



Informe final

**Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio
sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)
y de la Recomendación correspondiente (núm. 166)**
(Ginebra, 18-21 de abril de 2011)

Informe final

**Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio
sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)
y de la Recomendación correspondiente (núm. 166)**
(Ginebra, 18-21 de abril de 2011)

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción, deben formularse las correspondientes solicitudes a Publicaciones de la OIT (Derechos de autor y licencias), Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza, o por correo electrónico a pubdroit@ilo.org, solicitudes que serán bien acogidas.

Las bibliotecas, instituciones y otros usuarios registrados ante una organización de derechos de reproducción pueden hacer copias de acuerdo con las licencias que se les hayan expedido con ese fin. En www.ifrro.org puede encontrar la organización de derechos de reproducción de su país.

Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y de la Recomendación correspondiente (núm. 166): Informe final

ISBN: 978-92-2-325456-8 (impreso)

ISBN: 978-92-2-325457-5 (web pdf)

Publicado también en francés: *Réunion tripartite d'experts chargés d'examiner la convention (no 158) sur le licenciement, 1982, et la recommandation (no 166) sur le licenciement, 1982: Rapport final*, ISBN 978-92-2-225456-9, Ginebra, 2011 y en inglés: *Tripartite Meeting of Experts to Examine the Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158), and the Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166): Final report*, ISBN 978-92-2-125456-0, Ginebra, 2011.

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las sancione.

Las referencias a firmas o a procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la Oficina Internacional del Trabajo, y el hecho de que no se mencionen firmas o procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Las publicaciones y los productos electrónicos de la OIT pueden obtenerse en las principales librerías o en oficinas locales de la OIT en muchos países o pidiéndolas a Publicaciones de la OIT, Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza. También pueden solicitarse catálogos o listas de nuevas publicaciones a la dirección antes mencionada o por correo electrónico a pubvente@ilo.org.

Vea nuestro sitio en la red: www.ilo.org/publns.

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	1
II. Composición de la Reunión de expertos	1
III. Declaraciones iniciales.....	1
IV. Discusión.....	3
Principios comunes relativos a la protección contra el despido injustificado.....	3
Principales objetivos de las actividades de la OIT relativas a la protección contra el despido injustificado	9
Determinación de las disposiciones del Convenio núm. 158 que plantean dificultades	12
Artículo 2 del Convenio núm. 158: Exclusiones.....	12
Artículo 4: Causa justificada de despido.....	17
Artículos 5 y 6: Motivos que no constituyen una causa justificada	19
Artículos 7 a 10: Procedimientos	20
Artículos 11 y 12: Plazo de preaviso, indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos.....	21
Artículos 13 y 14: Despidos colectivos.....	22
Adecuación del Convenio núm. 158 y de la Recomendación núm. 166 para alcanzar los objetivos de la OIT.....	25
V. Discusión del documento final.....	27
Posición de los empleadores	27
Posición de los trabajadores.....	29
Posición de los gobiernos	29
VI. Adopción del documento final.....	30

I. Introducción

1. En su 306.^a reunión (noviembre de 2009) el Consejo de Administración aprobó la celebración de una Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166). Dicha reunión tuvo lugar en la sede de la OIT en Ginebra los días 18 a 21 de abril de 2011. La Oficina preparó un [documento de referencia](#) para esta reunión que, junto con la [lista de participantes](#), el informe aprobado y otros documentos pertinentes sobre la terminación de la relación de trabajo, puede consultarse en el [sitio web](#).

II. Composición de la Reunión de expertos

2. En la reunión participaron seis expertos gubernamentales ¹, seis expertos empleadores ² y seis expertos trabajadores ³. También participaron observadores gubernamentales de siete Estados Miembros (Argentina, Botswana, República de Corea, Francia, Guatemala, Portugal y República Bolivariana de Venezuela), dos observadores empleadores y una observadora trabajadora, así como representantes de la Organización Internacional de Empleadores (OIE) y la Confederación Sindical Internacional (CSI).
3. La Mesa de la Reunión de expertos estuvo constituida del siguiente modo:

<i>Presidente:</i>	Sr. Greg Vines (experto gubernamental, Australia)
<i>Portavoz de los trabajadores:</i>	Sr. Yves Veyrier (experto trabajador, Francia)
<i>Portavoz de los empleadores:</i>	Sr. Andrew Finlay (experto empleador, Canadá)

III. Declaraciones iniciales

4. El Sr. Guy Ryder, Director Ejecutivo del Sector de Normas y Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, dio la bienvenida a los expertos y recordó que los instrumentos relativos a la terminación de la relación de trabajo eran los únicos respecto de los cuales el Grupo de Trabajo sobre política de revisión de normas no había podido alcanzar un consenso en marzo de 2001. El Convenio núm. 158 abordaba algunos de los ámbitos más importantes de la política laboral; ahora bien, también se refería a la tensión entre protección del empleo y desempeño en el trabajo, así como a cuestiones relacionadas con el empleo precario y la flexiguridad. Puesto que estas eran algunas de las cuestiones que con mayor frecuencia se planteaban ante los tribunales del trabajo, era importante que la OIT las sometiera a examen. La Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa servía de marco de referencia y hacía hincapié en dos puntos: en

¹ Sr. Greg Vines (Australia), Sr. André Grandizoli (Brasil), Sra. Saier Ding (China), Sra. Brigitte Zago koch (Francia), Sra. Ghadeer Atieh (Jordania) y Sr. Thembinkosi Mkapili (Sudáfrica).

² Sr. Andrew Finlay (Canadá), Sr. Harrison Okeche (Kenya), Sr. Salvador Pasquel Villegas (México), Sr. Roberto Suárez Santos (España), Sr. Varija Ellepola (Sri Lanka) y Sr. Christopher Syder (Reino Unido).

³ Sr. Horacio Meguira (Argentina), Sr. Joel Fetter (Australia), Sr. Yves Veyrier (Francia), Sr. Klaus Lörcher (Alemania), Sra. Shamima Gaibie (Sudáfrica) y Sr. Claes-Mikael Jonsson (Suecia).

primer lugar, que la política social de la OIT debía ser pertinente para el mundo del trabajo y, en segundo lugar, que debería garantizarse la función de las normas internacionales del trabajo como medio útil para alcanzar los cuatro objetivos estratégicos de la OIT. Asimismo, señaló que en marzo de 2011 el Consejo de Administración había examinado las diferentes modalidades de un posible mecanismo de examen de las normas cuya finalidad consistiría en garantizar que el cuerpo normativo de la OIT fuera pertinente para el mundo del trabajo y respondiera a sus necesidades. La presente reunión podía considerarse como un paso previo en esa dirección.

5. El Presidente recordó que, aunque en los últimos 20 años se habían presentado varias ocasiones en las que hubiera podido alcanzarse un consenso sobre la manera de promover los instrumentos relativos a la terminación de la relación de trabajo, ese consenso no había podido alcanzarse por diferentes motivos. A juzgar por el número de ratificaciones de que había sido objeto el Convenio, aún era necesario hacer más esfuerzos. Pese a que en el documento de referencia se aludía frecuentemente a la necesidad de establecer un equilibrio entre los intereses del trabajador y los intereses de la empresa, en su opinión también era importante que a este respecto se hablara de acuerdos basados en concesiones mutuas.
6. La Secretaria General, Sra. Cleopatra Doumbia-Henry, Directora del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, señaló que tanto el Convenio núm. 158 como la Recomendación núm. 166 tenían en cuenta e intentaban equilibrar distintos elementos, como la seguridad en el empleo y la autonomía del empleador en las cuestiones que influyen en el funcionamiento eficaz de la empresa, el interés de mantener relaciones de trabajo pacíficas y evitar desequilibrios innecesarios causados ya sea por el desempleo o por unidades económicas improductivas y, asimismo, los resultados de las políticas de empleo y de mercado de trabajo. El artículo 2 del Convenio ofrecía flexibilidad en la manera de dar efecto a sus disposiciones. El Convenio establecía principios generales sobre las garantías procesales, por ejemplo el plazo de preaviso, el derecho a interponer recursos y la posibilidad de efectuar consultas, e indicaba los motivos que no constituían causa justificada para la terminación de la relación de trabajo.
7. El portavoz de los trabajadores agradeció a la Oficina por el documento de referencia y dijo que su Grupo acudía a la reunión con interés y con el deseo de consolidar los derechos y promover el progreso económico de los trabajadores. Subrayó la importancia del derecho al trabajo y a desempeñarse en empleos decentes, estables y dignificantes. La crisis mundial que comenzó en septiembre de 2008 se había propagado desde los mercados financieros hasta alcanzar a la economía y a los mercados de trabajo. La presión cada vez mayor para mejorar la rentabilidad de las inversiones hizo que aumentaran los riesgos de las empresas y de las cadenas de valor (en particular de las PYME), lo que a su vez repercutió en los trabajadores y dio lugar a un incremento de las formas de empleo precario (como los contratos de trabajo de duración determinada y a tiempo parcial, el empleo informal y las relaciones de trabajo encubiertas) que han puesto en peligro los contratos de trabajo tradicionales. Ello se ha convertido en una fuente de estrés continuo para los trabajadores, con consecuencias graves en algunos países. Así pues, no era de extrañar que en el Pacto Mundial para el Empleo de 2009 los mandantes de la OIT hubieran hecho referencia a los instrumentos sobre la relación de trabajo y la terminación del empleo. A pesar de su moderada tasa de ratificación, los principios más importantes del Convenio (es decir, que el despido se fundamente en una causa justificada, que se informe al trabajador sobre los cargos formulados contra él y se le ofrezca la posibilidad de defenderse de esos cargos, que se reconozca el derecho del trabajador a interponer un recurso y a no asumir por su sola cuenta la carga de la prueba, así como el derecho a recibir una reparación, y que se especifiquen los motivos que no constituyen causa justificada para la terminación de la relación de trabajo) estaban reconocidos en la legislación laboral de la mayoría de los países de todo el mundo y, como ponía de manifiesto el cuadro comparativo del documento de referencia, ello no dependía de que el instrumento hubiera sido ratificado.

En su Observación general de 2009 sobre el Convenio núm. 158, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ya se había referido a este hecho en el contexto de la crisis y de las consultas tripartitas celebradas en noviembre de 2008. Los estudios realizados por el Centro Internacional de Formación de Turín también mostraban que varios tribunales nacionales se referían directamente al Convenio en sus sentencias sobre despidos, incluso si el país no lo había ratificado. La pertinencia de este instrumento también se ponía de manifiesto en el hecho de que se hiciera referencia al Convenio en la Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200). La Carta Social Europea revisada — ratificada por 23 países — recogía explícitamente las disposiciones del Convenio. Era importante dar sentido a las disposiciones del Convenio y de la Recomendación, en primer lugar protegiendo a los trabajadores contra el despido injustificado. Todos los componentes de la cadena de producción tenían que conocer sus obligaciones y tener presente que «el trabajo no es una mercancía». Los principios contenidos en el Convenio se fundaban en el sentido común y en el respeto básico de la dignidad humana. Recalcó que los países que contaban con sistemas de seguridad social desarrollados habían amortiguado más eficazmente las perturbaciones producidas por la crisis. El Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 eran instrumentos pertinentes y de actualidad que era necesario promover y ratificar. La legislación del trabajo no es el enemigo sino la condición para realizar progresos.

8. El portavoz de los empleadores agradeció a la Oficina el documento de referencia y subrayó que era necesario tener en cuenta la evolución del mercado de trabajo durante los últimos 30 años y no limitarse a analizar el Convenio de forma aislada. El Grupo de los Empleadores deseaba entablar un diálogo constructivo para examinar la forma de armonizar eficazmente la protección del empleo y la creación de puestos de trabajo. Los trabajos preparatorios del Convenio pusieron en evidencia que era indispensable llegar a acuerdos y compromisos difíciles. La [discusión del Estudio General en la reunión de 1995 de la Conferencia](#) y el examen realizado por el Grupo de Trabajo Cartier habían identificado otra serie de obstáculos que dificultan la ratificación y aplicación. El instrumento no resultaba de mucha utilidad para los mandantes de la OIT que buscaban orientaciones sobre la materia a nivel internacional. La no ratificación de este y otros convenios ponían en tela de juicio la actividad normativa de la OIT. El portavoz de los empleadores recalcó que las normas de la OIT sólo llegarían a tener un impacto en el mundo del trabajo en la medida en que proporcionaran orientaciones equitativas y pertinentes elaboradas sobre la base de un pleno apoyo tripartito; insistió asimismo en que la OIT no debía contentarse con la elaboración de normas controvertidas y de dudoso valor. El Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 no se adecuaban a todos los modelos que podían utilizarse para la protección de los trabajadores. Existían otros modelos eficaces de protección contra el despido que no se ajustaban a las disposiciones del Convenio. Concluyó su declaración inicial indicando que los expertos empleadores estaban dispuestos a colaborar en la tarea de determinar los obstáculos para la ratificación y aplicación de los instrumentos y otras tendencias actuales pertinentes tanto en la legislación como en la práctica, de conformidad con la [solicitud formulada por el Consejo de Administración](#).

IV. Discusión

Principios comunes relativos a la protección contra el despido injustificado

9. El portavoz de los empleadores recordó que el examen de los principios comunes relativos a la protección contra el despido injustificado debería llevarse a cabo con sumo cuidado. Según la información suministrada por la Oficina, los principios enunciados en el Convenio y la Recomendación eran reconocidos en la legislación de muchos países; sin

embargo, había que señalar que sólo unos pocos países los aplicaban (únicamente 18 de 105 Estados Miembros de la OIT). El hecho de que un principio se aplicara en muchos países no significaba necesariamente que los resultados en materia de protección contra el despido fueran satisfactorios y, viceversa, el hecho de que no se aplicara no quería decir que la protección fuera insatisfactoria. Se refirió a título ilustrativo al ejemplo de Suiza. De acuerdo con la información suministrada, este país no aplicaba cuatro de los once principios enunciados. El sistema de protección contra el despido era efectivamente muy liberal y sus principales rasgos distintivos eran los siguientes: i) la terminación no requería una causa justificada, aunque el despido no podía constituir un «abuso de derecho»; ii) incluso los despidos abusivos eran válidos, excepto en caso de despido por discriminación de género; en esos casos debía abonarse una indemnización cuya cuantía no podía ser superior a seis meses de salario; iii) los plazos de preaviso eran breves, y iv) generalmente no se pagaba una indemnización por fin de servicios. Con todo, al parecer la protección contra el desempleo seguía siendo muy eficaz, con una tasa de desempleo que giraba en torno al 3,5 por ciento únicamente. Existían grandes diferencias en la aplicación a nivel nacional de determinados elementos del Convenio, lo que representaba un importante obstáculo para la ratificación del instrumento y el logro de sus objetivos. Por ejemplo, varios gobiernos habían expresado inquietudes con respecto a las excepciones del artículo 2. En algunas economías en desarrollo existía una economía informal de grandes proporciones en la que resultaba difícil aplicar las normas. Si bien algunos objetivos — como el régimen de prestaciones por desempleo — podían alcanzarse de forma relativamente fácil en los países nórdicos, dichos objetivos no eran razonables ni se ajustaban a la realidad en el caso de la gran mayoría de los países. El preaviso resultaba muy costoso en algunos países y ello contribuía a que los niveles de empleo no fueran elevados. Subrayó que era indispensable que los instrumentos de la OIT promovieran la creación de empleo y el desarrollo empresarial, y dijo que esperaba que los gobiernos indicaran de qué manera habían sorteado los obstáculos que planteaban los principios del Convenio. En algunos países los costos relativos al empleo eran extremadamente elevados debido a la legislación sobre la protección del empleo. Propuso que los siguientes principios fueran considerados principios comunes sobre la protección contra el despido desde la perspectiva de los empleadores: i) sistema eficaz de enseñanza y DRH (desarrollo de recursos humanos); ii) plazo de preaviso adecuado; iii) despidos no arbitrarios ni abusivos, y iv) prestaciones por desempleo que propicien la búsqueda activa de empleo.

10. El portavoz de los trabajadores señaló que la mayoría de los Estados Miembros habían incorporado los principios del Convenio en sus respectivas legislaciones nacionales, independientemente de que lo hubieran ratificado o no. El Convenio también había sido mencionado recientemente en la Recomendación núm. 200 y en el Pacto Mundial para el Empleo, donde se reconocía su importancia en el contexto de la crisis. Lo que debía hacerse en lugar de despedir trabajadores era invertir en mejorar sus capacidades, medida que a largo plazo arrojaría resultados positivos. Las normas internacionales del trabajo, en la medida en que eran el resultado de un diálogo social, siempre reflejaban un compromiso, lo que de ninguna manera restaba valor al Convenio. La competencia a nivel nacional e internacional era evidentemente cada vez más exacerbada, hecho que simplemente confirmaba la importancia de ofrecer protección a los trabajadores contra las consecuencias que ello acarrea. La búsqueda activa de empleo era una cuestión importante, pero no estaba directamente relacionada con el objeto de la discusión. Del mismo modo, en la discusión sobre el Convenio no debería incluirse, a pesar de su importancia, la cuestión relativa a las prestaciones por desempleo, ya que ésta era una cuestión que debía abordarse en el marco de un diálogo social a nivel nacional. Debía tenerse en cuenta la diferencia entre las obligaciones de los Estados Miembros en virtud del Convenio y la aplicación por los tribunales de la legislación nacional. El Convenio establecía una serie de principios, pero no establecía requisitos detallados para su aplicación en la práctica. Aunque el Convenio no era aplicable en la economía informal de los países en desarrollo, se requería una legislación adecuada para garantizar que los principios relativos a la terminación de la relación de trabajo también fueran aplicables a

los trabajadores precarios. Por último, advirtió que no tenía sentido reiniciar el enfrentamiento de la protección contra la creación de empleo ya que ningún estudio había llegado a conclusiones definitivas en favor de una u otra opción.

11. El Presidente señaló que el Convenio había sido adoptado hacía casi 30 años y que en los últimos años habían cambiado considerablemente la naturaleza del trabajo y la economía. Debía examinarse la pertinencia y la aplicabilidad actual de los principios del Convenio.
12. La experta gubernamental de Francia señaló que el Convenio establecía un conjunto de principios mínimos relativos a la protección que no planteaban ningún problema en particular. El Convenio preveía formas de protección que debían aplicarse en caso de despido injustificado y, en cuanto tal, no era contrario al crecimiento económico ni a la creación de empleo. Sin embargo, como lo demostraba la experiencia francesa entre 2005 y 2008 con un nuevo contrato de trabajo (CNE) del que se hablaba en el documento de referencia, la gran diversidad de decisiones judiciales podía generar confusión. El experto gubernamental de Sudáfrica dijo que su país no había ratificado el Convenio, pero que los requerimientos legales se encontraban en consonancia con sus disposiciones. El único problema que se planteaba era el de los despidos por motivos relacionados con las necesidades de funcionamiento de la empresa; en estos casos era probable que se conservaran los trabajadores altamente calificados y, por consiguiente, que los trabajadores que llevaran menos tiempo en la empresa fueran despedidos con una indemnización por fin de servicios de menor cuantía. El gobierno y los interlocutores sociales podrían entablar un diálogo social para abordar estas cuestiones.
13. El experto trabajador de Alemania recordó que los principios e incluso los mismos términos del Convenio estaban recogidos en la Carta Social Europea revisada. Subrayó que 17 países europeos habían ratificado el Convenio y que otros 24 Estados Miembros europeos de la OIT habían convenido en aceptar como vinculantes las disposiciones del Convenio en virtud de su adopción en las disposiciones pertinentes de la Carta Social Europea revisada. Además, los Estados miembros de la Unión Europea (en la medida en que aplican el derecho de la Unión Europea y no se encuentran dentro del alcance del respectivo Protocolo) estaban obligados al igual que la Unión Europea por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007, en la que se reconocía el derecho social fundamental a la protección en caso de despido injustificado. El experto trabajador de la Argentina señaló que el Convenio debería examinarse teniendo en cuenta las disposiciones de los documentos internacionales y regionales de derechos humanos. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se referían al derecho al trabajo y a los principios consagrados en el Convenio. La protección contra el despido era un derecho fundamental y, por ello mismo, el Convenio formaba parte de las normas generales relativas a la protección de los derechos fundamentales en el trabajo. Los principios del Convenio eran importantes para la estabilidad del empleo y tenían que ver con la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva. El concepto de eficiencia económica no era absoluto; en cambio, los principios establecidos en el Convenio constituían derechos fundamentales.
14. El experto empleador de Sri Lanka hizo hincapié en que las decisiones adoptadas a nivel nacional para la puesta en práctica del Convenio afectaban a los empleadores. Los gobiernos, por razones políticas, adoptaban ocasionalmente decisiones que aumentaban los costos y obstaculizaban el progreso, por ejemplo cuando decidían no autorizar los despidos por motivos relacionados con la introducción de la automatización. Recalcó que era necesario adoptar una actitud equilibrada que tomara en consideración todos los aspectos de la cuestión. El experto empleador del Reino Unido afirmó que tenía dudas sobre la eficacia de las medidas de protección que existían en la actualidad a nivel nacional. Habida cuenta de los diferentes tipos de asalariados, trabajadores, trabajadores de agencias privadas y contratistas, y los distintos regímenes jurídicos aplicables, se debía cuestionar si el principio según el cual el Convenio se aplica «a todas las personas empleadas» seguía siendo válido.

Además, el hecho de que los costos y la complejidad de las demandas por despido fueran cada vez mayores tanto para los empleadores como para los trabajadores estaba dificultando la aplicación de los principios del Convenio. El experto empleador de Kenya señaló que la Ley sobre el Empleo de 2007 y la práctica de los tribunales anterior a la promulgación de dicha ley garantizaban la plena aplicación del Convenio en su país. El artículo 2, párrafo 2, ofrecía cierto grado de flexibilidad en cuanto al campo de aplicación del Convenio pero el párrafo 3 la eliminaba. La aplicación del Convenio imponía restricciones específicas a los empleadores de su país, no sólo en lo concerniente a la contratación de trabajadores con contratos de trabajo de duración determinada y para realizar determinada tarea, sino con respecto a la obligación de especificar las causas del despido, algo que se había convertido en un asunto muy delicado. Por otra parte, se requería un mayor grado de flexibilidad al determinar lo que podía constituir una causa justificada de despido, ya que sobre esta cuestión se presentaban numerosas reclamaciones ante los tribunales, reclamaciones que a su vez podían dar lugar al pago de indemnizaciones muy elevadas sin ninguna proporción con la situación original.

- 15.** El portavoz de los trabajadores dijo que al hablar del costo de los despidos debía tenerse presente que el sistema de compensaciones se negociaba en los países. En el caso de Sri Lanka el problema no era el Convenio sino su aplicación en el ámbito nacional según lo expresado por los empleadores. El Convenio sólo establecía los principios más importantes, pero la manera de aplicarlos debía ser objeto de una negociación a escala nacional. El caso del CNE en Francia había puesto de manifiesto que los problemas nacionales podían resolverse mediante un proceso de diálogo social a nivel local lo que hubiese convenido hacer desde el inicio del caso. En Francia se reconocía que el hecho de incurrir en una falta constituía una causa justificada para el despido del trabajador. Sin embargo, para evitar que este tipo de situaciones volvieran a repetirse, había que explicar al trabajador en qué consistía su falta. Esta manera de proceder redundaba en beneficio de los intereses generales del trabajador, el empleador y el conjunto de la economía.
- 16.** El experto gubernamental de Sudáfrica observó que la discusión parecía indicar que los problemas más importantes en relación con el Convenio tenían que ver con la manera en que el instrumento se aplicaba a nivel nacional. El diálogo social facilitaba su correcta aplicación, por ejemplo reduciendo el riesgo de la compensación excesiva. La OIT debería centrar sus esfuerzos en el fortalecimiento del diálogo social como mecanismo para resolver este tipo de problemas.
- 17.** El portavoz de los empleadores destacó, a título ilustrativo, que, si bien en España se practicaba el diálogo social y se aplicaban todos los principios del Convenio en la legislación y en la práctica, este país registraba el mayor índice de contratos de trabajo de duración determinada, de desempleo y de desempleo de los jóvenes. Por el contrario, Singapur registraba un nivel de empleo elevado, aunque al parecer no observaba muchos de los principios del Convenio, especialmente la obligación de explicar las causas del despido y de otorgar una indemnización por fin de servicios. Estaba claro que los principios del Convenio no fomentaban el éxito económico y, en particular, el crecimiento del empleo. Algunos de los principios del Convenio resultaban de gran utilidad, siempre que se aplicaran correctamente; sin embargo, el Convenio no contenía ningún principio que tuviera en cuenta consideraciones relacionadas con el crecimiento del empleo y la promoción de las empresas.
- 18.** El Presidente indicó que Australia había ratificado el Convenio y registraba uno de los niveles de desempleo más bajos de todo el mundo.
- 19.** El portavoz de los trabajadores señaló que la observación del experto gubernamental de Sudáfrica resumía la esencia del debate. Los problemas que se planteaban tenían que ver con la aplicación de los principios, no con los principios propiamente dichos. Por eso en la reunión se debería insistir tanto en la necesidad de promover los principios y la ratificación

del Convenio como de prestar asistencia técnica a los Estados Miembros para el cumplimiento de esos principios. Un elevado número de reclamaciones y unos procedimientos complejos para tramitarlas eran factores que planteaban problemas a las empresas y a los trabajadores por igual. El aumento del número de reclamaciones obedecía en gran medida a la crisis y a los despidos que ésta había ocasionado. La creación de empleo también era importante para los trabajadores y, por tal motivo, el Convenio debería promoverse conjuntamente con otras normas, en particular con el Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122). Por último, sin pretender entrar en el debate sobre la protección del empleo frente a la creación de empleo, citó otro ejemplo de la experiencia de Francia que reflejaba que el hecho de que en 1986 se hubiera suprimido la obligación de solicitar la autorización administrativa para efectuar los despidos no había impedido que se produjera un incremento significativo del desempleo.

- 20.** El experto empleador de España dijo que el establecimiento de normas y prácticas demasiado rígidas conducía inevitablemente a la incapacidad de crear puestos de trabajo. La manera como se aplicaban en la práctica las disposiciones y los principios del Convenio en su país no propiciaba el deseado equilibrio entre protección del empleo y creación de empleo. En particular, el artículo 4 daba lugar a desequilibrios y era necesario mejorar su redacción.
- 21.** La Secretaria General precisó que casi todos los convenios de la OIT comenzaban por estipular un alcance muy amplio que abarcaba «a todas las personas empleadas», pero que más adelante introducían cláusulas de flexibilidad con el objeto de autorizar determinadas exclusiones sobre la base de consultas tripartitas y teniendo en cuenta el desarrollo económico relativo. Las excepciones a esta norma eran los convenios sectoriales, en los que el campo de aplicación se limitaba a los trabajadores de los sectores correspondientes.
- 22.** El Presidente destacó que al parecer los principios del Convenio no planteaban mayores problemas por sí mismos. En efecto, en varias intervenciones se indicaba que los principios seguían teniendo la misma pertinencia que en 1982 y que resultaban apropiados en las circunstancias económicas actuales. Los trabajadores y los empleadores reconocían que el Convenio contenía una serie de principios sumamente importantes para las relaciones en el lugar de trabajo. En la discusión se habían planteado otras dos cuestiones: 1) las medidas adoptadas por los países ratificantes y no ratificantes para aplicar los principios del Convenio incidían en los costos, la duración y la complejidad de los procedimientos; ello no se debía a los principios sino a la manera en que estos se aplicaban en la legislación o se interpretaban ante los tribunales; era importante insistir en el papel que desempeñaba el diálogo social en este sentido, y 2) en lo tocante a las consideraciones económicas relativas a la creación de empleo y el desarrollo empresarial, podían aplicarse otros instrumentos de la OIT y habría que considerar la posibilidad de emprender la promoción transversal de tales instrumentos. Tal vez pudiera alcanzarse un consenso sobre la promoción de los principios complementarios relativos a la terminación de la relación de trabajo y la creación de empleo. La discusión debía centrarse en las principales disposiciones del Convenio núm. 158 y en la eficacia con que se aplicaban; también debía determinar si el Convenio se basaba en otros principios que hicieran necesaria su revisión o si, por el contrario, dichos principios ya estaban implícitos en el instrumento.
- 23.** El portavoz de los empleadores expresó que no había acuerdo sobre los principios del Convenio. En la fase de redacción ya existían muchas dudas, por ejemplo en relación con el alcance de las definiciones, y la historia posterior ponía de manifiesto que esas definiciones todavía ocasionaban dificultades. El hecho de que los empleadores tuvieran que justificar los despidos resultaba oneroso y explicaba en parte la elevada tasa de no ratificación. Además, la utilización de términos equívocos como «razonable» o «irrazonable» era muy ambigua. También se habían planteado problemas de aplicación en la práctica en relación con el «plazo de preaviso» ya que no quedaba claro cuáles eran los objetivos que con ello se perseguían. ¿El Convenio debía centrarse en la promoción de

empleo o en la retención del empleo? Las reparaciones en forma de indemnización por despido y readmisión también planteaban problemas a los empleadores. Todas las obligaciones que imponía el Convenio recaían en los empleadores. Además, no podía exigirse lo mismo a todas las empresas ya que existían diferencias, entre otras cosas, por su tamaño (como en el caso de las empresas multinacionales, las PYME o los negocios que son propiedad de una única persona, para nombrar a unos pocos casos). Había que establecer un equilibrio en las obligaciones. Por ejemplo, para ayudarlos a encontrar otro empleo, los trabajadores debían asumir cierta responsabilidad en la formación y reclasificación, y también debía precisarse la parte que correspondía al gobierno en las medidas de ayuda a los trabajadores. Por otra parte, no estaba claro en qué momento entraba en juego el Convenio cuando se tenía la intención de efectuar despidos. En resumen, el Convenio carecía de claridad y su historia y la falta de ratificaciones demostraba que no estaba dando buenos resultados. Como lo había solicitado el Consejo de Administración ahora cabía explicar por qué razón no funcionaba correctamente.

- 24.** El portavoz de los trabajadores insistió en que los principios del Convenio no parecían plantear ningún problema. La información suministrada por los países no permitía extraer ninguna conclusión categórica sobre su aplicación, ya que el mismo principio podía dar lugar a que se recurra a distintos modos de aplicación según las situaciones particulares de cada país. La clave del éxito del Convenio residía en el diálogo social. En cuanto a la readmisión y la compensación, señaló que los derechos de los trabajadores no podían depender del tamaño de la empresa. Aunque los mecanismos quizás eran distintos, la protección de los trabajadores de las PYME planteaba problemas específicos, ya que con frecuencia estos trabajadores se encontraban en situaciones de precariedad laboral. La indemnización por fin de servicios debía pagarse en particular a los trabajadores que llevaban varios años en la misma empresa, sobre todo porque el despido no se debía a una falta de su parte y porque les resultaba más difícil encontrar otro empleo. A propósito de esta última cuestión, dijo que no sólo debería hacerse referencia a la reclasificación y readaptación profesional de los trabajadores; también deberían mencionarse los regímenes de seguro por desempleo y las disposiciones de los convenios colectivos. En resumen, había que examinar cuál era la mejor manera de promover los principios del Convenio y suprimir los obstáculos que impedían su aplicación efectiva.
- 25.** La experta gubernamental de Francia dijo que el plazo necesario para hacer efectiva la readmisión, debido a los procedimientos de recurso, había ocasionado algunos problemas en su país. Para evitar esos problemas, se había promulgado una ley en virtud de la cual el empleador no tenía la obligación de readmitir al trabajador cuando esta opción no fuera viable (como en los casos de despido por motivos económicos). Este ejemplo mostraba que los países podían solucionar los problemas que suscitaba la aplicación del Convenio. Añadió que la mayoría de los motivos que no constituían causa justificada para la terminación de la relación de trabajo enumerados en el artículo 5 también se consideraban motivos ilícitos en virtud de las Directivas europeas sobre discriminación, las cuales establecían además la obligación de informar a los trabajadores y a las administraciones sobre los despidos colectivos que se tuviera la intención de efectuar. En Francia, aproximadamente un 20 por ciento de los casos sobre despido se llevaban ante un tribunal, pero en los demás casos no resultaba necesario. En vista de los problemas que suscitaba la indemnización por fin de servicios, sugirió que los países intentaran combinar las medidas de reparación con otras medidas previas al despido, por ejemplo impartir formación para encontrar otro empleo.
- 26.** El experto trabajador de Australia señaló que el artículo 4 del Convenio establecía un equilibrio adecuado entre las necesidades de las empresas y las necesidades de los trabajadores. En Australia, sólo entre un 2 y un 3 por ciento aproximadamente de los 100.000 despidos que se producían cada año se remitían a una comisión de arbitraje o se llevaban ante un tribunal, lo que sugería que los demás despidos cumplían con las disposiciones de la legislación de Australia y las disposiciones del Convenio. También era

importante el plazo en que debía efectuarse la readmisión; en este sentido, precisó que en Australia los procedimientos judiciales debían completarse en un plazo de tres meses y que normalmente los arbitrajes se concluían en un plazo aún más breve. La OIT debía prestar asistencia técnica para ayudar a los países a tramitar las reclamaciones en un plazo limitado y propiciar el intercambio de ejemplos de prácticas óptimas. En cuanto a la carga de la prueba, el experto trabajador de la Argentina destacó que en las observaciones de la Comisión de Expertos relativas al Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) se indicaba que la carga de la prueba sólo se invertía en casos excepcionales, cuando de lo contrario la persona interesada podía ser objeto de discriminación. El Convenio núm. 158 permitía invertir la carga de la prueba en casos como éstos.

27. El Presidente señaló que, además de los dos puntos que era preciso examinar de forma más detallada, es decir, la aplicación y promoción del Convenio núm. 158 y su relación con los convenios que tratan sobre el empleo y la creación de puestos de trabajo, en particular el Convenio núm. 122, había un tercer punto que debía tomarse en consideración, a saber, las obligaciones recíprocas de los empleadores y los trabajadores en la relación de trabajo. Confiaba en que todos los mandantes aceptaran la idea de promover el Convenio.
28. El portavoz de los empleadores recordó que su Grupo se oponía a la promoción de los instrumentos debido a que no existía un acuerdo sobre los principios en que se basaban. Sugirió que los siguientes principios podían considerarse principios comunes sobre la protección contra el despido a efectos de la formulación de orientaciones internacionales: i) sistema eficaz de enseñanza y DRH (desarrollo de recursos humanos); ii) plazo de preaviso adecuado; iii) despidos no arbitrarios ni abusivos, y iv) prestaciones de desempleo que propicien la búsqueda activa de empleo.
29. El portavoz de los trabajadores expresó su confianza en que pudiera llegarse a un acuerdo sobre cómo proseguir los debates. En la reunión ya se había abordado la cuestión de la aplicación en distintas esferas; a continuación el debate debía centrarse en el examen de los principios, de conformidad con los puntos para discusión enumerados en el documento de referencia.

Principales objetivos de las actividades de la OIT relativas a la protección contra el despido injustificado

30. El portavoz de los empleadores dijo que los principales objetivos de las actividades de la OIT relativas a la protección contra el despido injustificado debían examinarse teniendo en cuenta el contexto y sin desvincularlos de los demás objetivos generales en materia de empleo. Las normas de protección contra el despido injustificado y la práctica en este sentido incidían en la capacidad y la voluntad de los empleadores de contratar nuevos trabajadores y, por consiguiente, en el logro de los objetivos generales de las políticas de mercado de trabajo. En el caso de muchos países, un objetivo fundamental de esas políticas era la creación de puestos de trabajo para luchar contra el desempleo y alcanzar el pleno empleo en mercados de trabajo integradores. Del mismo modo, el Convenio núm. 122 de la OIT establecía como objetivo general de las políticas de empleo el logro del pleno empleo, productivo y libremente elegido. Cualquier objetivo de la OIT en el ámbito de la protección contra el despido injustificado debería concordar con estos objetivos y prioridades y contribuir a su realización efectiva. El documento de referencia no aportaba pruebas de que la ratificación y aplicación del Convenio núm. 158 por parte de los Estados Miembros estuviera propiciando el pleno empleo, productivo y libremente elegido. En realidad ocurría lo contrario: los resultados del mercado de trabajo de países como Gabón, República Bolivariana de Venezuela y Yemen eran insuficientes y amplios sectores de la población activa trabajaban en el sector informal, sin beneficiarse de ningún tipo de protección. Casi ninguno de los países que habían ratificado y puesto en práctica el

Convenio núm. 158 habían obtenido resultados satisfactorios con respecto al objetivo del pleno empleo. Por otra parte, existían pruebas de que algunos países que no aplicaban uno o más de los principios básicos del Convenio registraban buenos resultados en materia de empleo, como ocurría por ejemplo en el caso de Austria, Singapur y Suiza. Por regla general, el nivel de las condiciones de trabajo en estos países también era muy elevado.

- 31.** El portavoz de los trabajadores hizo hincapié en que la cuestión específica que se estaba debatiendo en la reunión no era el empleo sino los derechos de los trabajadores en caso de despido improcedente. No había que olvidar que un número importante de países había ratificado el Convenio y que otros países lo estaban aplicando sin mayores dificultades. El objetivo general era claramente el de establecer un conjunto de normas mínimas internacionales para proteger a los trabajadores en una economía de mercado y, en particular, para impedir que el trabajo se convirtiera en una mercancía, como se destacaba en la Declaración de Filadelfia. El Convenio no prohibía el despido. Por eso era importante que en la reunión se precisaran los mecanismos para proteger a los trabajadores en caso de despido improcedente y se determinara si se estaba de acuerdo en que las disposiciones del Convenio seguían siendo pertinentes en la actualidad, en el contexto de una crisis mundial del empleo. Asimismo, en la reunión se deberían estudiar las medidas que podrían adoptarse para promover el Convenio y aumentar su nivel de ratificaciones, prestando especial atención a la función que desempeña el diálogo social en el logro de estos objetivos.
- 32.** La experta gubernamental de Francia reiteró que el objetivo principal del Convenio era lograr un equilibrio entre la protección de los trabajadores contra el despido injustificado y el necesario desarrollo económico de las empresas, preservando al mismo tiempo el derecho de los empleadores de despedir a los trabajadores cuando existan causas justificadas. Para ello era necesario combinar medidas de política macroeconómica (gobierno) y de política microeconómica (que los empleadores garanticen la empleabilidad de los trabajadores), pues de este modo se facilitaba la rápida reincorporación de los trabajadores al mercado de trabajo.
- 33.** El Presidente recordó que el objetivo de la reunión era examinar el Convenio en su situación actual. Aunque las cuestiones relacionadas con el empleo requerían un examen más amplio, en la reunión debería darse prioridad a la cuestión de la protección de los trabajadores contra el despido injustificado, así como a los objetivos de las actividades de la OIT a este respecto.
- 34.** El experto empleador de España afirmó que el alcance de la discusión era mucho más amplio y no se limitaba al despido injustificado; también abarcaba la protección contra la terminación de la relación de trabajo por diversos motivos, incluidos los motivos económicos. En este sentido, lo más importante era la cuestión del costo de los despidos.
- 35.** El experto gubernamental de Sudáfrica señaló que, a no ser que los empleadores estuvieran exigiendo el derecho a despedir a los trabajadores sin causa justificada, el Convenio seguía siendo pertinente en la actualidad. Creía que el Grupo de los Empleadores no había explicado con claridad en qué consistía su problema con el artículo 2. En su opinión, el problema no residía en las disposiciones del Convenio sino en su aplicación a nivel nacional.
- 36.** El portavoz de los empleadores observó que se trataba de una cuestión mucho más amplia que no se limitaba a la terminación de la relación de trabajo, sino que también tenía que ver con la necesidad de emprender una promoción más innovadora y activa de las políticas de empleo. Así pues, no podía examinarse el Convenio núm. 158 sin tener en cuenta otros instrumentos, por ejemplo el Pacto Mundial para el Empleo y el Convenio núm. 122.

-
37. El portavoz de los trabajadores acogió con satisfacción la aprobación por parte de los empleadores del objetivo estratégico de la promoción del empleo establecido en el Convenio núm. 122 y en el Pacto Mundial para el Empleo; asimismo, insistió en que el principio subyacente era que el mayor número posible de personas deberían estar empleadas y permanecer en el empleo. En la reunión debería prestarse especial atención a las medidas para mejorar la comprensión de las disposiciones del Convenio núm. 158 de modo que éstas puedan aplicarse de la forma más eficaz posible.
38. El experto empleador de México se mostró de acuerdo en que el Convenio había introducido un equilibrio entre el derecho del empleador a dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador y el derecho del trabajador a que no se lo prive de su trabajo sin justificación. Sin embargo, había que reformular el artículo 4 de manera que permitiera la elaboración de disposiciones legislativas flexibles que propiciaran la productividad del empleo y la de las empresas.
39. La experta trabajadora de Sudáfrica hizo hincapié en la pertinencia del Convenio en momentos de prosperidad y de dificultades económicas. El experto trabajador de Australia dijo que, como al parecer el texto del Convenio no planteaba problemas, suponía que las dificultades de los expertos empleadores debían de estar relacionadas con la aplicación o interpretación del Convenio. Varios expertos trabajadores pidieron a los expertos empleadores que aclararan en qué consistían sus dificultades con la justificación del despido y el plazo de preaviso.
40. El experto empleador de España hizo notar que el Convenio no sólo se refería a la protección contra el despido injustificado sino que también se refería a la protección contra los despidos colectivos. Así pues, cuando se procediera a la revisión del Convenio — revisión que resultaba necesaria en razón del nivel tan escaso de ratificaciones — debería examinarse la cuestión de la creación de empleo y la posibilidad de los trabajadores de encontrar un nuevo empleo; el texto actual del Convenio hacía que resultara imposible lograr el equilibrio que era necesario establecer a este respecto.
41. La experta gubernamental de Francia creía que existía un problema de terminología que debía solucionarse. El objeto del debate no era el despido justificado sino la justificación del despido. Todos los despidos deberían fundarse en un hecho objetivo, y las causas o motivos subyacentes tenían que estar justificados. En Francia, los requisitos sustantivos eran, entre otros, que existiera una razón válida (cuya ausencia implicaba que el despido era improcedente) y que los procedimientos que hubiera que seguir en caso de despido fueran legales.
42. El representante del Gobierno de la República de Corea (que participaba en la reunión en calidad de observador) señaló que la legislación laboral de su país era muy estricta, sobre todo en lo concerniente a las grandes empresas con sindicatos fuertes. En la reunión se deberían establecer mecanismos para facilitar el diálogo con los sindicatos antes de dar por terminada la relación de trabajo. Por su parte, la OIT debería proporcionar más orientaciones sobre las razones objetivas (y no de carácter subjetivo) que justifican el despido de conformidad con el Convenio. La representante del Gobierno de Botswana (que también participaba en la reunión en calidad de observadora) indicó que los tribunales de trabajo de su país habían dictado varias sentencias de conformidad con el requisito establecido en el Convenio de aducir una razón válida del despido. La experta gubernamental de Jordania añadió que el artículo 28 del Código del Trabajo de su país enumeraba los motivos que constituían causa justificada de despido, en conformidad con lo estipulado en el Convenio.
43. El experto gubernamental de Sudáfrica observó que durante la crisis económica mundial millones de trabajadores habían sido despedidos por motivos operativos, incluso en su propio país. Estaba claro que el artículo 4 no impedía los despidos en tales circunstancias y

por eso no entendía por qué era un problema el requisito de aducir una razón válida del despido, por ejemplo una razón económica.

44. El portavoz de los trabajadores recordó que la finalidad del Convenio no era prohibir el despido de trabajadores. Los estudios no indicaban que existiera relación alguna entre el nivel de protección de los trabajadores contra el despido injustificado y los niveles de empleo. Los empleadores deberían seguir teniendo la obligación de mantener la empleabilidad de los trabajadores mediante programas de formación y readaptación profesional. Muchas dificultades podían resolverse entablando un diálogo social. Si había acuerdo respecto de los principios, la reunión debería concluir expresando que es necesario promover el Convenio y que la Oficina debía explicar sus disposiciones.
45. El portavoz de los empleadores señaló que una reglamentación estricta para la protección del empleo como la que propugnaba el Convenio núm. 158 no sólo aumentaba los costos que acarrea la contratación de trabajadores sino que, además, afectaba de forma desproporcionada a los grupos más débiles del mercado de trabajo. Así, por ejemplo, disminuir las oportunidades de empleo de los jóvenes equivalía a fomentar más adelante el desempleo de larga duración de ese mismo grupo. La OIT no podía ignorar esas consecuencias. Por tanto, los objetivos de las actividades de la OIT relativas a la protección contra el despido injustificado debían limitarse a lo siguiente: i) prevenir los despidos abusivos y arbitrarios que pudieran equipararse a una ruptura del contrato de trabajo, y ii) conceder un plazo de preaviso para que el trabajador pueda encontrar otro empleo. Asimismo, toda actividad de la OIT en este sentido debería comenzar por asegurarse de que las normas aplicables sean transparentes y no entrañen ninguna ambigüedad en cuanto a los plazos que los empleadores deben respetar y los costos en que deben incurrir, procurando no recargarlos indebidamente y afectar con ello su capacidad y su voluntad de contratar nuevos trabajadores.

Determinación de las disposiciones del Convenio núm. 158 que plantean dificultades

Artículo 2 del Convenio núm. 158: Exclusiones

46. El portavoz de los empleadores señaló que las dificultades que planteaba el Convenio se debían a que estaba concebido, en su conjunto, desde la perspectiva de los trabajadores: no trataba sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa conjunta del empleador y el trabajador sino únicamente sobre las restricciones al despido por iniciativa del empleador. Las disposiciones del Convenio parecían razonables tomadas cada una por separado; lo que resultaba en una excesiva limitación de la libertad de contratación de los empleadores era el efecto combinado de las disposiciones en su conjunto. En cuanto al artículo 2, el campo de aplicación de sus disposiciones era impreciso, de ahí que los resultados obtenidos no fueran satisfactorios. Por ejemplo, sus disposiciones podían aplicarse a los trabajadores por cuenta propia, lo que en muchas situaciones no estaba justificado. Además, las excepciones permitidas no eran útiles ya que, como confirmaban los órganos de control, los cambios económicos que se hubieran producido entre el momento de la ratificación y la puesta en práctica del instrumento podrían exigir otras excepciones que no estaban permitidas.
47. Una representante empleadora de Francia (que participaba en la reunión en calidad de observadora) añadió que los puntos del Convenio que suscitaban dudas se referían sobre todo a las exclusiones autorizadas en virtud del párrafo 2, *b*), del artículo 2. Por ejemplo, en 2005 Francia había adoptado una legislación en virtud de la cual las empresas con menos de 20 empleados estaban autorizadas a contratar trabajadores sin proporcionar la protección exigida por el Convenio durante los dos primeros años de empleo. El objetivo

de esta medida era facilitar la contratación de trabajadores en las PYME. Los sindicatos alegaron que la legislación no cumplía las obligaciones internacionales contraídas por el país en virtud del Convenio. El Tribunal de Casación dictaminó que las disposiciones del Convenio eran directamente aplicables y que, con arreglo al párrafo 2, *b*), del artículo 2, dos años no podían considerarse un período razonable. Esta legislación había sido derogada en 2008. Si eran directamente aplicables, las disposiciones de un convenio tenían que ser suficientemente precisas para evitar la incertidumbre jurídica. Los países deberían tener la posibilidad de hacer reservas y exclusiones en el transcurso del tiempo y no sólo en su primera memoria, de modo que pudieran ir adaptando la aplicación del Convenio a sus políticas de empleo. La duración de los procedimientos, el costo de los despidos y la incertidumbre jurídica que generaba el Convenio eran todos obstáculos que dificultaban su ratificación. Había que revisar el artículo 2 en su totalidad. Por ejemplo, en la actualidad no era posible hacer ninguna exclusión en relación con el artículo 13 (tamaño de las empresas), algo que en su opinión era también fundamental para aumentar el nivel de ratificaciones del instrumento.

- 48.** El portavoz de los trabajadores lamentó que la discusión estuviera centrándose de nuevo en un caso nacional en particular. Se destacó que la legislación sobre el CNE había sido adoptada de forma unilateral, sin consultar previamente a las organizaciones de trabajadores y de empleadores. La experiencia de España también había mostrado que el hecho de facilitar el despido no conducía necesariamente a la creación de empleo. En Francia, algunas estadísticas indicaban que se habían celebrado 900.000 CNE; ahora bien, en vez de crear nuevos empleos, lo que se había logrado en todos los casos era evitar la firma de contratos de duración indefinida. De hecho, tras la abolición de los CNE no se habían perdido puestos de trabajo ya que estos contratos habían sido sustituidos por contratos de duración indefinida. De igual modo, el contrato de primera contratación (CPE) para los jóvenes menores de 24 años había suscitado una enconada controversia en 2006. Ello ponía de manifiesto que era una cuestión de sentido común considerar que los trabajadores no podían ser despedidos sin causa justificada ni explicación y que el diálogo social constituía siempre la mejor solución. Por lo que respecta a la exclusión de las PYME, señaló que el párrafo 2 del artículo 13 autorizaba su exclusión en los casos de despidos colectivos por motivos económicos. En cuanto a los trabajadores por cuenta propia, el Convenio era aplicable a todas las personas empleadas en el marco de una relación de trabajo.
- 49.** El Presidente señaló que la discusión sobre el CNE de Francia tenía que ver con la interpretación del párrafo 6 del artículo 2, cuya redacción daba pie a la cuestión de si esta disposición podía interpretarse como una limitación de la capacidad de los Estados Miembros para ratificar el Convenio o dar cumplimiento a sus disposiciones. Hipotéticamente, dos países podían aplicar el Convenio de diferentes maneras: por ejemplo, un país que lo hubiera ratificado en la década de 1980 podría no haber identificado algunas categorías de trabajadores que posteriormente hubiera deseado excluir de su campo de aplicación, mientras que un país que lo hubiera ratificado en medio de la crisis actual podría identificar esas categorías. Además, la decisión adoptada por el Consejo de Administración de crear un mecanismo de examen de las normas demostraba que era necesario reexaminar estos instrumentos, de manera que siguieran estando acordes con las circunstancias actuales y fuera posible aplicarlos, en particular, cuando los niveles de ratificaciones eran muy bajos, como en el caso del Convenio núm. 158.
- 50.** El experto trabajador de Alemania, refiriéndose a los trabajos preparatorios para la redacción del artículo 2, recordó que la Comisión de la Conferencia que elaboró los instrumentos no aprobó una propuesta de enmienda por la que se autorizaba a introducir cambios en la lista de las categorías de trabajadores que hubieran sido excluidas de la aplicación de las disposiciones del Convenio. El texto actual del artículo 2 reflejaba un consenso tripartito. El experto trabajador de Australia dijo que el artículo 2 ofrecía un adecuado nivel de flexibilidad. El principio de que los acuerdos debían cumplirse era un

principio establecido desde hacía mucho tiempo y no tenía sentido incumplir una obligación debido a los cambios que pudieran producirse en el futuro. Por otra parte, en el documento de referencia se indicaba que dos tercios de los países incluidos en la lista no hacían exclusiones aplicables a las PYME. Así pues, en la mayoría de países no se veía confirmada la necesidad de prever exclusiones para las PYME.

- 51.** La experta gubernamental de Francia explicó que el objetivo del CNE consistía en exonerar a las PYME de algunas de las obligaciones relativas a la terminación de la relación de trabajo, basándose para ello en el párrafo 2, *b*), del artículo 2. Había que aclarar que el CNE fue un contrato de duración indefinida. Francia había decidido no recurrir a las exclusiones previstas en el párrafo 5 (que se referían a problemas estructurales) ya que el CNE se introdujo 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. El CNE fue una medida provisoria. 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 despido.
- 52.** El portavoz de los trabajadores se refirió a los párrafos 5 y 6 del artículo 2 y dijo que no veía ninguna razón para privar de sus derechos a los trabajadores de las PYME. Si bien era cierto que las PYME estaban sometidas a presiones económicas, ello no justificaba que se restringieran los derechos de los trabajadores relativos al despido, y toda la cadena de producción debía tomar conciencia de esa responsabilidad.
- 53.** El portavoz de los empleadores respondió que sería interesante saber si los países estarían dispuestos a ratificar el Convenio de no existir el párrafo 6. Sobre la cuestión de si debía respetarse el consenso alcanzado al adoptarse el Convenio, hizo notar que el hecho de que se hubiera convocado la reunión que estaban celebrando probaba que ese consenso no había sido apropiado. Además, en cuanto a la afirmación de que no existían pruebas de que tales restricciones y costos incidían en las decisiones de contratación, dijo que el hecho de que algunos estudios no lo demostraran no significaba que ello no fuera así. Por ejemplo, un estudio realizado en 2008 por el Instituto de Economía Alemana mostraba que un número considerable de empresas estaban convencidas de que la protección jurídica contra el despido obstaculizaba la creación de nuevos puestos de trabajo. Más de la mitad de las empresas ya habían tenido que tomar la decisión de no contratar nuevos trabajadores a consecuencia de las onerosas y costosas protecciones jurídicas contra el despido. Una protección jurídica más flexible contra el despido, al igual que normativas más flexibles para los contratos de trabajo de duración determinada, eran factores que podían contribuir a que una gran mayoría de las empresas crearan puestos de trabajo adicionales en Alemania. Seguramente podía afirmarse lo mismo en el caso de los empleadores de muchos países con normativas estrictas sobre protección contra el despido. Las pequeñas empresas se veían especialmente afectadas por tales costos.
- 54.** El experto empleador de España señaló que el párrafo 3 del artículo 2 podía dar lugar a dos situaciones hipotéticas: a una elevada tasa de contratos temporales, lo que algunas interpretaciones podrían considerar como una manera de eludir la protección prevista en el Convenio, o bien al abuso o utilización fraudulenta de los contratos temporales, lo que a su vez podría considerarse una violación del derecho a esa protección. Correspondía a los Estados Miembros prever garantías adecuadas para asegurar la protección, por ejemplo garantías como las que se sugieren en la Recomendación núm. 166. Por otra parte, la Comisión de Expertos había indicado que los contratos de trabajo de duración determinada desempeñaban un papel variable y un tanto ambiguo, ya que podían ser tanto un medio de integración como un medio de exclusión del empleo estable. Sin embargo, el texto del Convenio no era suficientemente claro y podía ser mal interpretado sobre la utilización de contratos temporales como una medida para eludir la protección prevista. El experto empleador de Kenia añadió que en su país no era posible aplicar las cláusulas de

flexibilidad de este Convenio. Debía darse prioridad a la creación de más puestos de trabajo en lugar de restringirla por falta de flexibilidad. ¿El objetivo de la OIT era proteger los puestos de trabajo existentes o garantizar que más personas estuvieran empleadas?

- 55.** El experto gubernamental de Sudáfrica consideraba inaceptable que, debido a un consenso alcanzado en 1982, no pudieran modificarse las exclusiones permitidas en virtud del párrafo 6 del artículo 2, incluso si esa había sido una decisión adoptada sobre la base de un diálogo social. La experta gubernamental de Francia señaló que un Estado que ratificara el Convenio en este momento podía hacer uso del máximo número de exclusiones para protegerse y, por consiguiente, siempre estaría cumpliendo las disposiciones del Convenio aunque fueran cambiando las circunstancias. Dicho país tendría una ventaja en comparación con los países que lo hubieran ratificado hace 20 años sin haber hecho las mismas exclusiones. Había poderosas razones para autorizar cierta flexibilidad de carácter provisional negociada sobre una base tripartita. Francia no tenía la intención de denunciar el Convenio, pero el gobierno deseaba tener la posibilidad de recurrir a exclusiones temporales, y no sólo en el caso de las PYME.
- 56.** La Secretaria General indicó que la flexibilidad del artículo 1 ofrecía a los Estados Miembros un número considerable de mecanismos para llevar a la práctica los objetivos del Convenio. Al igual que los mecanismos de flexibilidad previstos en el artículo 2 eran importantes. La mayoría de los convenios de la OIT comenzaban con una misma cláusula que estipulaba la aplicación del convenio «a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas», es decir, a todas las personas que realizan actividades en el marco de una relación de trabajo, incluso sin un contrato escrito. La expresión «todas las ramas de actividad económica» se refería a los diferentes sectores de actividad económica a nivel nacional, por ejemplo el sector rural. La lectura del artículo 2 en conjunción con los demás, y no de forma aislada, mostraba que efectivamente el Convenio comenzaba estableciendo un campo de aplicación amplio, pero de inmediato estipulaba que los Estados Miembros podían excluir determinadas categorías de personas empleadas en situaciones contractuales particulares — lo que respondía a las observaciones formuladas por el experto empleador de España. La primera categoría de personas empleadas que podían excluirse eran los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada, por ejemplo contratos de corta duración o para realizar determinada tarea; a estos seguían los trabajadores que estuvieran efectuando un período de prueba y los contratados con carácter ocasional. Los párrafos 4 y 5 estipulaban otra variedad de exclusiones, como la posibilidad de excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del Convenio ciertas categorías de personas empleadas cuyas condiciones de empleo estuvieran regidas por disposiciones especiales, por ejemplo los funcionarios públicos. En el párrafo 6 se imponían restricciones al uso de estas exclusiones, en la medida en que los Estados Miembros tenían que enumerar en su primera memoria las categorías que hubieran sido excluidas. Como había señalado el experto trabajador de Alemania, en la interpretación del Convenio habían influido los trabajos preparatorios para la redacción del artículo 2, ya que no se había aceptado una enmienda al párrafo 6 por la que se autorizaba la modificación de las categorías excluidas después de la presentación de la primera memoria. Se aplicaban tres principios importantes al marco de flexibilidad contemplado en el Convenio: 1) sólo podía aplicarse mediante consultas tripartitas; 2) el proceso de negociación debía ser transparente y de buena fe, y 3) los gobiernos tenían la obligación de informar sobre las exclusiones que se hubieran hecho. De conformidad con lo estipulado en el párrafo 6, no era posible añadir otras exclusiones tras la presentación de la primera memoria, ni siquiera después de celebrar consultas tripartitas. En respuesta a otras observaciones, hizo notar que los párrafos 2, *a)*, *b)* y *c)*, del artículo 2 autorizaban la exclusión de los trabajadores temporales y estacionales. El párrafo 3 estipulaba que debían preverse garantías contra las prácticas abusivas relacionadas con las exclusiones autorizadas en virtud del párrafo 2.
- 57.** El experto trabajador de Australia señaló que las necesidades específicas de las PYME no justificaban ni excepciones temporales ni excepciones permanentes. El caso de Australia

era instructivo por lo que respecta a la aplicación de los párrafos 5 y 6 del artículo 2. Al ratificar el Convenio, Australia había excluido de su alcance a los empleadores con menos de 15 trabajadores, exclusión que había sido notificada de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 2. Pero la legislación se había modificado en 2006 con el objeto de excluir a las PYME con menos de 100 trabajadores, lo que supuso la exclusión del 80 por ciento de la mano de obra. No existía, sin embargo, ninguna prueba de que esta medida hubiera tenido consecuencias para la economía. Además, en 2009, durante la crisis, se había anulado esta disposición, lo que tampoco había tenido consecuencias apreciables en la tasa de empleo ni en la tasa de desempleo. La experta trabajadora de Sudáfrica observó que, de excluirse las PYME, el 80 por ciento de la fuerza de trabajo africana no se beneficiaría de la protección prevista en el Convenio. La legislación laboral sudafricana se inspiraba en el Convenio y los empleadores todavía estaban en condiciones de cumplir con la prescripción de aducir una causa justificada del despido, incluso en el caso de un período de prueba razonable. Convendría no autorizar otras exclusiones ya que ello iría en contra del objetivo principal del Convenio, es decir, impedir los despidos injustificados. El experto trabajador de Alemania destacó que el párrafo 6 del artículo 2 ofrecía una mayor flexibilidad en comparación con otras normas internacionales del trabajo, las cuales exigían que las exclusiones se notificaran en el momento de la ratificación y no en la primera memoria.

58. El portavoz de los trabajadores recordó que la idea que servía de fundamento al artículo 2 era que la aplicación del Convenio debería extenderse de forma progresiva. Con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 2, un país que hubiera excluido determinadas categorías de personas empleadas en virtud de los párrafos 4 y 5 debía informar sobre la situación de las categorías excluidas e indicar de qué manera se proponía aplicar el Convenio a tales categorías. En consecuencia, la utilización generalizada de exclusiones sería contraria al objetivo de la OIT de promover el progreso social mediante el diálogo social, que constituye un valioso mecanismo para solucionar este tipo de cuestiones. Por ejemplo, la ruptura negociada del contrato de trabajo (*rupture conventionnelle du contrat de travail*), que se citaba como uno de los logros del diálogo social en Francia, era un procedimiento simplificado para poner término de mutuo acuerdo a la relación de trabajo sin restringir los derechos de los trabajadores.
59. La experta gubernamental de China observó que era muy probable que surgieran nuevas relaciones de trabajo a medida que fueran produciéndose cambios a lo largo del tiempo. Por eso el Convenio debería autorizar la modificación de las exclusiones en una etapa ulterior. El experto gubernamental de Sudáfrica señaló que si se entablaba un verdadero diálogo social y las partes llegaban a un acuerdo sobre las categorías de personas empleadas que había que incluir o excluir, entonces lo mejor era permitir que este tipo de proceso siguiera su curso.
60. El Presidente indicó que las principales cuestiones planteadas en los debates estaban relacionadas con la necesidad de que la reglamentación y los procedimientos tuvieran seguridad jurídica, así como con la necesidad de aplicar las cláusulas de flexibilidad del Convenio teniendo en cuenta los cambios intervenidos en la economía y las circunstancias sociales. Allí donde se había introducido la flexibilidad había una mayor necesidad de establecer un diálogo social efectivo y lograr una mayor transparencia. Los expertos empleadores pusieron de relieve diversos problemas planteados por lo dispuesto en el artículo 2, que por lo general obedecían a ambigüedades observadas en su redacción. Según los gobiernos, la aplicación del párrafo 6 del artículo 2 parecía ser el principal obstáculo para la ratificación.
61. El portavoz de los trabajadores recordó que en el artículo 19 de la Constitución de la OIT se requería a los Miembros que comunicaran los progresos relativos a la aplicación de los convenios de la OIT, y se permitía un cierto grado de flexibilidad, así como la extensión progresiva de la aplicación de los convenios. El diálogo social no debía considerarse como

un medio para efectuar exclusiones. De hecho, si el diálogo social obedeciera a la lógica de la exclusión de las normas internacionales mínimas, el derecho internacional del trabajo estaría abocado a su fin. Por el contrario, y en tiempos de mundialización, urgía armonizar la legislación nacional. El diálogo social bipartito y tripartito era útil para adaptar la aplicación de los convenios al contexto nacional, no para abrogar lo dispuesto en los convenios. Habida cuenta del carácter delicado de estas cuestiones, convendría que los interlocutores sociales promovieran el Convenio para seguir armonizando la legislación nacional en materia laboral. Ni los trabajadores ni el trabajo debían ser una de las variables del ajuste económico.

Artículo 4: Causa justificada de despido

62. El experto empleador de México formuló objeciones de naturaleza filosófica, práctica y jurídica en relación con el artículo 4 del Convenio. Especialmente problemático era el hecho de tener que cumplir dos condiciones. Dado que debía existir una causa que justificara el despido, esto suponía una carga adicional para el empleador, que ya debía hacer frente al pago de una indemnización por fin de servicios y encargarse de reclutar y formar a un nuevo empleado. Además, el hecho de que se pudiera recurrir a esa «causa justificada» no garantizaba la seguridad jurídica, ya que los distintos órganos podían interpretar los motivos de forma diferente. Por consiguiente, la formulación del artículo 4 acarrea una falta de flexibilidad en las relaciones laborales que provocaba un enclaustramiento del mercado. Asimismo, el costo que esto suponía para los empleadores era muy elevado. También constituía un problema la falta del elemento adicional relativo a la confianza. Habida cuenta de que en algunos países las relaciones laborales estaban basadas en la confianza, si el empleador perdía la confianza en el trabajador, el artículo 4 no incluía de manera adecuada la «falta de confianza» como causa justificada para el despido. La rigidez del Convenio daba lugar a un recrudescimiento del recurso a relaciones de trabajo encubiertas. A la vista de la falta de aceptación del Convenio, que se reflejaba en sus pocas ratificaciones, era necesario buscar otras medidas para la protección de los trabajadores. En Suiza, por ejemplo, se había logrado un altísimo nivel de seguridad en el empleo a pesar de que (o más bien debido a que) no se aplicaba la «cláusula central» del Convenio, lo que demostraba que el Convenio núm. 158 no debía considerarse como el único modelo.
63. El portavoz de los trabajadores destacó que los términos «justificación» y «causa justificada» eran las piedras angulares del Convenio. Era fundamental que todos los trabajadores conocieran la causa del despido, ya fuera por una reducción de plantilla o por motivos personales. El conocimiento de este hecho capacitaba al trabajador para adquirir una formación para el futuro. No se podía concluir que ese artículo impedía que los países ratificaran el Convenio, dado que en el documento de referencia quedaba patente que muchos países estaban de acuerdo en que era de mero sentido común que existiera una «causa justificada para el despido». Reconocía el riesgo de que la justificación basada en el artículo 4 pudiera propiciar un giro hacia la economía informal o los contratos laborales precarios, pero insistió en que las prácticas irregulares no podían enmendarse mediante su legalización.
64. El experto empleador del Reino Unido observó que, según el documento de referencia, en Dinamarca sólo era necesario aducir una causa justificada para el despido en el caso de trabajadores amparados por convenios colectivos. Dado que sólo el 80 por ciento de la fuerza de trabajo danesa estaba amparada por estos convenios colectivos, se planteaba la cuestión relativa a la protección del 20 por ciento restante. Por lo tanto, era importante saber de qué manera países como Austria, Dinamarca o Suiza conciliaban su enfoque con lo dispuesto en el artículo 4 para aquellos trabajadores que no estaban amparados por convenios colectivos, dado que el hecho de que el Convenio se aplicara a todas las ramas

de la actividad económica y a todas las personas empleadas constituía un obstáculo evidente para su ratificación.

- 65.** La Secretaria General indicó que el amplio alcance del artículo 1, en el que no se preveía un método específico para dar efecto al Convenio, junto con la flexibilidad de las exclusiones previstas en el artículo 2, permitían el recurso a muy diversos métodos de ejecución. En el caso al que se había hecho alusión, era posible que parte de ese 20 por ciento estuviera incluido en una categoría específica, por ejemplo, en calidad de miembros de la administración pública.
- 66.** El experto gubernamental de Sudáfrica no veía motivo alguno para que el requisito de justificación pudiera inhibir la ratificación del Convenio. Señaló que 22 países que no habían ratificado el Convenio estaban de acuerdo en que el requisito de la justificación era justo y adecuado.
- 67.** El experto trabajador de Australia coincidía con la opinión expresada por el experto gubernamental de Sudáfrica. También había otras razones que explicaban el bajo índice de ratificación, como era la estructura federal de algunos países. Esto se confirmaba por el contraste entre el bajo índice de ratificaciones y el alto grado de cumplimiento. El experto trabajador de la Argentina destacó que el despido era un acto unilateral del empleador que apartaba a los trabajadores de su entorno social y les impedía participar en la sociedad. Por consiguiente, era necesario disponer de un marco contractual regido por normas para que existiera una protección en caso de despido. El experto trabajador de Alemania expresó su preocupación por el hecho de que la falta de confianza de un empleador pudiera constituir una causa justificada para el despido, ya que esto vulneraba los principios fundamentales del Convenio. Si se reconocía que la «confianza» podía constituir una causa justificada para el despido, se estarían destruyendo los fundamentos del Convenio.
- 68.** El portavoz de los empleadores destacó que aún estaba por identificar la auténtica finalidad del Convenio. Una posible función de éste, como bien habían indicado los expertos trabajadores, era la no terminación de la relación de trabajo. Sin embargo, otra función podría ser la de permitir que el trabajador encontrara un nuevo empleo. Los enfoques aplicados, por ejemplo, en Austria y Suiza, se centraban en el empleo y la readmisión, y planteaban la cuestión de si tales enfoques pudieran tener cabida en el Convenio — lo que no parecía posible. Era difícil comprender por qué una causa justa, definida de modo tan limitado como en el artículo 4, tenía tanta importancia. Por ejemplo, si bien en Suiza no se exigía una causa justificada para el despido, la seguridad en el empleo seguía estando a niveles muy altos, al igual que la tasa de empleo en general.
- 69.** El portavoz de los trabajadores consideró que los ejemplos proporcionados en el documento de referencia sobre la flexiguridad eran muy ilustrativos. Si bien algunos países podían optar por seguir el modelo danés, pronto se daban cuenta de que la prestación de un sistema de seguridad social de esa índole resultaba muy cara. Los cuatro estudios de casos europeos contenidos en el documento de referencia brindaban ejemplos de flexiguridad, y en todos los casos la legislación cumplía los requisitos del Convenio. Por consiguiente, lo dispuesto en el Convenio no constituía un obstáculo al enfoque de la denominada flexiguridad en Europa.
- 70.** El experto empleador de México indicó que la preocupación relativa a la rigidez del artículo 4 se refería a dos puntos: el hecho de que fuera necesario esgrimir una causa justificada para el despido, y que esa causa debiera además acreditarse y ser considerada como válida, lo que significaba que podía estar sujeta a interpretaciones jurídicas divergentes. En la legislación de por lo menos tres países de América Latina había listas exhaustivas en las que se enumeraban las causas justificadas y, si bien podían existir otras causas para la terminación de la relación de trabajo, estas últimas no podían utilizarse.

-
71. La Secretaria General añadió que en la legislación mexicana se distinguían dos categorías de finalización de un contrato: la terminación y el despido. Esta diferencia no tenía por qué existir en otros países.
72. El portavoz de los trabajadores reiteró que la protección prevista en el artículo 4 quedaba patente en el momento del despido cuando el trabajador podía contar con dicha protección. El despido podía quizás ser problemático para las empresas pequeñas. No obstante, el problema era aún mayor para los trabajadores, en particular de las PYME, que con frecuencia estaban aislados y no tenían acceso a información sobre un posible recurso contra el despido.

Artículos 5 y 6: Motivos que no constituyen una causa justificada

73. El portavoz de los empleadores observó que los artículos 5 y 6 del Convenio estaban relacionados con el artículo 4. La rigidez de una lista exhaustiva de causas no justificadas para la terminación, entre las que no se incluía la confianza, implicaba la probabilidad de que se diera preferencia a las relaciones de trabajo informales. Un ejemplo de una relación basada en la confianza sería la de un médico con su paciente, en la que el paciente debía confiar en el médico. Los motivos especificados en los artículos podían hacer que el despido constituya un riesgo incalculable para el empleador.
74. El experto empleador de España se refirió al enfoque del despido en Dinamarca como un modelo exitoso no cubierto por el Convenio. La justificación basada en la «confianza» no tenía cabida en el Convenio, incluso si el concepto era cada vez más pertinente. Aunque los trabajadores necesitaban protección, por ejemplo en virtud del artículo 12, tenía que equilibrarse mediante el reconocimiento del concepto de «confianza» como causa justificada para la terminación.
75. La experta gubernamental de Francia señaló que el Tribunal de Casación había determinado que la falta de confianza debía basarse en elementos objetivos o en determinadas acciones del trabajador. Ahora bien, en Francia la confianza no podía constituir la única causa para el despido.
76. El experto trabajador de Australia reconoció que la falta de confianza generada por la conducta del trabajador podía constituir una causa justificada para el despido. En el caso de México y otros países, podía examinarse con más detenimiento este aspecto concreto. El experto trabajador de la Argentina dijo que el derecho del empleador a contratar no era igual al derecho a despedir a un trabajador. Si bien los empleadores tenían el derecho de despedir a trabajadores, debían hacerlo dentro del respeto a la legislación.
77. La Secretaria General declaró que el alcance del modelo utilizado en el Convenio era suficientemente general y podía aplicarse a todos los enfoques existentes.
78. El Presidente indicó que el alcance del artículo 4 era muy amplio y en él podía tener cabida la «confianza», en el sentido de que el comportamiento de un trabajador había tenido como resultado su falta de capacidad para desempeñar el trabajo. Si la confianza estaba vinculada a la conducta del trabajador, ésta podía constituir una causa justificada para el despido. Los gobiernos podían dedicar años a verificar el cumplimiento de lo dispuesto en un convenio concreto antes de llegar a una decisión sobre su ratificación. Durante ese período, se podía modificar la legislación para que estuviera en consonancia con el Convenio.

Artículos 7 a 10: Procedimientos

- 79.** El portavoz de los empleadores indicó que las cláusulas procedimentales, tales como los artículos 7 a 10, solían ser fuente de problemas, y que su alcance solía ser limitado a raíz de su interpretación. En el artículo 7 se establecía que no debía darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le hubiera ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pudiera pedirse razonablemente al empleador que le concediera esta posibilidad. Si bien esta norma parecía justa en la mayoría de los casos, podía constituir una demora innecesaria en otros. Además, cuando un empleador no hubiera ofrecido esa posibilidad al trabajador por motivos fundados y justificados, el trabajador podía presentar un recurso, lo cual acrecentaba la inseguridad.
- 80.** El experto empleador de España expresó que la carta de despido utilizada en su país, en la que se detallaban los motivos de la terminación de la relación de trabajo, podía considerarse insuficiente a tenor de lo dispuesto en el artículo 7, en el que se establecía que se debía ofrecer al trabajador «la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él». Ahora bien, en la práctica el trabajador podía presentar un recurso contra el despido, de acuerdo con la interpretación del artículo 7 realizada por los tribunales españoles. El experto empleador de Kenya denunció que el procedimiento de despido era muy caro para las PYME de su país y que los retrasos en los procedimientos judiciales relativos a la readmisión rozaban el ridículo, con fallos que se demoraban más de 14 años a partir del despido, y en los que se concedía el pago retroactivo de los salarios.
- 81.** El portavoz de los trabajadores destacó que los problemas referidos en relación con el artículo 7 estaban únicamente asociados a la aplicación y ejecución del Convenio y no la disposición misma. Era cierto que los procedimientos de apelación solían demorarse, dado que el número de recursos iba en aumento. Sin embargo, alternativas como la conciliación podían limitar el número de casos que se presentaban ante los tribunales.
- 82.** El experto trabajador de Australia, en alusión al concepto de los procedimientos parajudiciales, dijo que nada en el Convenio requería un procedimiento específico. Correspondía a la práctica nacional determinar los procedimientos que se debían utilizar. Por ejemplo, en Australia se favorecía la conciliación frente a los procedimientos judiciales. El experto trabajador de Alemania añadió que el artículo 7 ofrecía cierta flexibilidad mediante la formulación «a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad», lo que permitía algunas exclusiones.
- 83.** La experta gubernamental de Francia destacó que, a tenor del artículo 7 del Convenio, debían existir tanto un proceso interno en la empresa como procedimientos externos. En Francia, la conciliación era obligatoria, si bien en general había muy pocos casos de conciliación en los tribunales de trabajo.
- 84.** La experta gubernamental de China indicó que, a pesar de su importancia, el artículo 7 podía plantear algunas dificultades a los empleadores que deseaban efectuar despidos. El representante del Gobierno de la República de Corea (que participaba en la reunión en calidad de observador) explicó que, para su Gobierno, la rigidez del artículo 7 constituía el obstáculo más significativo a la ratificación del Convenio. Era importante que tanto los empleadores como los trabajadores reconocieran la importancia que tenía la seguridad en el empleo para minimizar la dualidad en el mercado de trabajo.
- 85.** El portavoz de los empleadores consideraba que los artículos 8 a 10, en los que se abordaba el procedimiento de recurso, no sólo reconocían a los trabajadores el derecho de recurso, sino que tenían por objeto favorecer la posición de los trabajadores en el procedimiento, en detrimento del empleador, puesto que garantizaban que el trabajador no estuviera obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su despido

había sido injustificado. Se estipulaba que el tribunal (o cualquier otro órgano competente), además de estar facultado para declarar injustificada la terminación de la relación de trabajo, debía tener la competencia de conceder reparaciones de toda índole, incluida la readmisión, el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considerase apropiada. La orden de readmisión podía tener en particular repercusiones negativas para el funcionamiento de la empresa. El experto empleador de Sri Lanka añadió que, incluso si inicialmente el empleador podía estar satisfecho por existir una causa justificada para el despido, debía sin embargo emprender un largo procedimiento en el cual debía demostrar una vez más a un tercero que existían motivos para el despido, lo que constituía una pesada carga para los empleadores.

86. El portavoz de los trabajadores destacó que el derecho a ser escuchado por un órgano imparcial era un principio básico del derecho y el fundamento del respeto a las garantías procesales. Algunos casos podían presentar problemas, pero éstos eran fruto de los requisitos a escala nacional. El experto trabajador de la Argentina añadió que los procedimientos de apelación y reparación se contemplaban en numerosos instrumentos internacionales, incluido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por consiguiente, era necesario considerar el Convenio no como un instrumento aislado, sino como una parte de un sistema reglamentario más amplio en el que se incluían otros tratados internacionales y acuerdos regionales.
87. La Secretaria General indicó que el artículo 8 no ofrecía una fórmula uniforme, sino que ilustraba mecanismos de resolución de conflictos, como las comisiones de arbitraje, un mediador o cualquier otro órgano imparcial determinado por el sistema jurídico nacional. Aunque el acento se situaba en el carácter imparcial del órgano, su composición podía diferir, y en algunos países existían órganos tripartitos. Por lo tanto, el artículo 8 dejaba al país la elección del sistema más adecuado a las circunstancias nacionales.
88. El Presidente recordó que, en Australia, el 81 por ciento de los casos se resolvían en un plazo máximo de 25 días desde la presentación de la demanda. Algunos casos se resolvían incluso mediante conciliación por vía telefónica.
89. El experto empleador del Reino Unido indicó que en su país se producían mayores retrasos debido a la gran cantidad de reclamaciones ante los tribunales por despidos asociados a las difíciles circunstancias económicas pese a la existencia de procedimientos de conciliación previa.

Artículos 11 y 12: Plazo de preaviso, indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos

90. El portavoz de los empleadores opinaba que, si bien el preaviso y el fin de servicios eran conceptos diferentes, éstos se solapaban. Ambos conceptos podían estar relacionados con la antigüedad en el servicio dando lugar a que los empleados reciban una compensación doble.
91. El experto empleador del Reino Unido reconoció que, con el requisito de un plazo de preaviso por despido previsto en el artículo 11, se había logrado equilibrar los intereses del empleador y los de los trabajadores. Ahora bien, el artículo 12 no tomaba en consideración los diversos sistemas jurídicos nacionales, según revela el ejemplo relativo a la indemnización por despido injustificado en el Reino Unido, que se concedía sólo en el caso en que se haya determinado que el despido era injustificado. El principal problema que planteaba el artículo 12 era que atribuía al empleador la obligación de pagar la indemnización por fin de servicios. Por ese motivo, el artículo 12 constituía un obstáculo importante para la ratificación, dado que los empleadores de países que no disponían de un

sistema de seguro de desempleo debían cubrir el costo de la indemnización por fin de servicios y otros beneficios análogos, con independencia de que fueran o no responsables del despido. En ciertas circunstancias, los despidos eran lamentablemente necesarios para asegurar la existencia de empresas sostenibles, lo que no aseguraba un equilibrio adecuado.

92. El portavoz de los trabajadores no consideraba que los artículos 11 y 12 constituyeran obstáculos a la ratificación. El plazo de preaviso previsto en el artículo 11 tenía por objeto garantizar que el trabajador pudiera adaptarse al cambio de situación. Era un factor que había que contemplar con antelación y que constituía una práctica que se esperaba que respetara toda empresa razonable. Tampoco consideraba que el artículo 12 careciera de flexibilidad, ya que permitía que el Estado Miembro determinara un sistema para dar asistencia en caso de despido. Si no se establecía un sistema de seguro por desempleo, el empleador podía prever el costo del despido pidiendo al trabajador que participara en un fondo común, o bien reflejar los costos previstos en los gastos operativos de la empresa.
93. El experto trabajador de Australia coincidió en que el artículo 12 imponía una obligación para el empleador, con independencia de que éste fuera o no responsable. Sin embargo, también debía tenerse en cuenta el punto de vista de los trabajadores, quienes, sin haber incumplido ninguna obligación derivada de su contrato de trabajo, debían asumir las consecuencias de, por ejemplo, la deslocalización del negocio a otro país. El experto trabajador de Alemania añadió que, de acuerdo con el documento de referencia, en la mayoría de países la legislación vigente obligaba al empleador a pagar una indemnización por fin de servicios u otras prestaciones análogas. En muchos países existían disposiciones de seguridad social que aliviaban la carga de los empleadores.
94. La Secretaria General indicó que existía una distinción clara entre los artículos 10, 11 y 12 del Convenio. A este respecto, el Estudio General de 1995 señalaba que «la indemnización por fin de servicios, que es una de las formas de protección de los ingresos, debe distinguirse tanto de la indemnización por terminación injustificada, cuando no se considere posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador (artículo 10) como de la indemnización compensatoria en lugar del preaviso (artículo 11). Estas tres indemnizaciones varían en función de los criterios que se tengan en cuenta para determinar su cuantía» (párrafo 262).

Artículos 13 y 14: Despidos colectivos

95. El portavoz de los empleadores observó que los artículos 13 y 14 versaban sobre la consulta a los representantes de los trabajadores y la notificación a la autoridad competente en el caso específico de despido por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos. Si bien en algunos casos esta cláusula tendería a suavizar el proceso de reestructuración, en otros podía retrasar los procesos de adaptación urgentes que era necesario realizar. También podía revelarse impracticable. En determinadas situaciones, debido a la naturaleza sensible o confidencial de los cambios, era posible que los empleadores no pudieran ofrecer esa oportunidad a los trabajadores o a sus representantes.
96. El portavoz de los trabajadores recordó que el artículo 13 invocaba los principios del diálogo social y de la negociación colectiva, que eran principios fundadores de la propia OIT. Pidió explicaciones pormenorizadas en cuanto a la naturaleza exacta de los problemas a los que se estaban refiriendo los empleadores, y ponía en entredicho que el artículo 13 pudiera tener como consecuencia la limitación de la inversión extranjera. En la mayoría de países europeos prevalecían los principios de la negociación, la consulta y el diálogo social, según se reflejaba en la Carta Social Europea revisada. Tanto los trabajadores como los empleadores debían tener fe en el diálogo social para hallar soluciones que dieran satisfacción a ambas partes. La Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 estaba en consonancia con los principios del Convenio núm. 158, y era obligatoria para los

27 Estados miembros de la Unión Europea, y por ende una parte importante de la economía mundial aplicaba lo dispuesto en el Convenio.

- 97.** La experta gubernamental de Francia recordó que el artículo 13 del Convenio permitía cierta flexibilidad, en particular en virtud del párrafo 2. En referencia a la Directiva 98/59/CE del Consejo, en la que se incluían algunos de los principios contenidos en el Convenio núm. 158, destacó que las cláusulas relativas a la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos a escala internacional tenían por objeto armonizar la legislación de los Estados y evitar la competencia desleal entre éstos.
- 98.** El experto trabajador de Australia puso de relieve que, durante la crisis, las medidas adoptadas a raíz del requisito de consultas del artículo 13 habían facilitado la recuperación de diversas economías, lo que ponía de manifiesto que la ratificación no suponía un obstáculo. Un estudio de la situación de esos países había demostrado que éstos habían paliado mejor los efectos de la crisis, dado que las consultas habían permitido que los interlocutores sociales estudiaran medidas comunes, como el trabajo a tiempo parcial, para evitar despidos. En otros países, como los Estados Unidos, que no habían ratificado el Convenio y donde no existía la obligación de efectuar consultas, la crisis había desembocado en despidos masivos en la mayoría de los casos.
- 99.** El portavoz de los empleadores dijo que si existían estudios en los que se demostraban esos efectos, sería interesante poder examinarlos. Hay seguramente casos donde el diálogo no ayuda, y muchos casos donde las firmas protegen al empleo sin el dispositivo del diálogo previsto en el Convenio. En relación con las políticas aplicadas en los Estados Unidos, se había reconocido que las empresas estadounidenses del automóvil habían logrado protegerse a sí mismas y al mismo tiempo brindar protección a los trabajadores en ese proceso, en el que se habían llevado a cabo mediante el diálogo con el Gobierno y con las entidades financieras. Un representante empleador de Alemania (que participaba en la reunión en calidad de observador) añadió que en la Unión Europea no existía ningún requisito general de consulta, aunque sí era obligatoria en el caso de los despidos colectivos.
- 100.** El experto trabajador de Alemania añadió que en la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2002 se establecía un marco general para informar y consultar a los trabajadores de la Unión Europea. En efecto, informar y consultar a los trabajadores a su debido tiempo era la clave para resolver los problemas. Si los representantes de los trabajadores y los sindicatos participaban en la búsqueda de soluciones para evitar los despidos colectivos, los empleadores también se beneficiarían de ello, ya que podrían mantener su fuerza de trabajo y reiniciar con mayor rapidez su actividad en el momento de la recuperación económica. El experto trabajador de la Argentina citó el ejemplo de General Motors, que había previsto 2.500 despidos en la Argentina. Tras la celebración de consultas tripartitas, no sólo se conservaron esos puestos de trabajo, sino que se crearon 1.500 más.
- 101.** La experta gubernamental de Francia explicó que en su país se había firmado un acuerdo interprofesional nacional para limitar los efectos de la crisis, acuerdo en el que se incluían, entre otras cosas, el desempleo parcial y la formación. La experta gubernamental de Jordania indicó que los empleadores de ese país habían abusado de la crisis para justificar los despidos. Para mejorar la protección de los trabajadores, el Gobierno había modificado la legislación y el empleador debía ahora comunicar al Ministro las reducciones de plantilla previstas. A su vez, el Ministro debía constituir una comisión tripartita para que verificara la validez de las medidas tomadas por el empleador y formulara recomendaciones al Ministro.
- 102.** El portavoz de los empleadores reiteró que sería útil recopilar información, estudios y datos objetivos con respecto a enfoques alternativos que hubieran tenido éxito, incluidos

los aplicados por los Estados que han ratificado y que no hubieran ratificado el Convenio. Esta información ayudaría a los países una mejor comprensión de los costos y beneficios de la ratificación.

- 103.** En respuesta a la solicitud del portavoz de los empleadores relativa a la recopilación de información sobre enfoques alternativos que hubieran tenido éxito, la Secretaria General recordó el ejemplo de Singapur, donde la OIT había llevado a cabo un estudio de caso que no versaba sobre el Convenio, sino sobre la utilización ejemplar del tripartismo y el diálogo social para superar la crisis económica, en particular con respecto al mantenimiento de los trabajadores en su puesto de trabajo y la formación de los que habían perdido su empleo como consecuencia de la crisis mundial.
- 104.** El experto gubernamental del Brasil recordó que su país había ratificado el Convenio en 1995, y lo denunció menos de un año después de su entrada en vigor por no ser conforme a la Constitución. Se estaba volviendo a examinar la ratificación y se esperaba alcanzarla. El Convenio estaba estrechamente relacionado con el principio del diálogo social, el cual desempeñaba un importante papel, en especial en tiempos de crisis, ya que daba a los empleadores la oportunidad de explicar las dificultades que motivaban los despidos y ofrecer alternativas para superar las consecuencias de la crisis. A su vez, los gobiernos podían adoptar medidas para evitar despidos, como podían ser las exenciones fiscales.
- 105.** Respecto de los requisitos procedimentales y temporales previstos en el artículo 14 del Convenio, el portavoz de los empleadores expresó las mismas preocupaciones que en lo relativo al artículo 13. No cabía duda de que se necesitaba flexibilidad en este ámbito. El requisito de notificación a las autoridades competentes locales hacía que éstas se creyeran con derecho a influir en esas decisiones, lo que acarrea dificultades y procedimientos adicionales.
- 106.** En lo referente a la notificación a las autoridades competentes, el portavoz de los trabajadores recordó que una de las decisiones más importantes de los líderes del G-20 y del Pacto Mundial para el Empleo era la de promover medidas, como el desempleo parcial, que contaban con el apoyo de las autoridades y de las finanzas públicas. Esto había sido necesario para las empresas y se había llegado a un acuerdo tripartito. Del mismo modo, cuando una empresa se veía afectada por la crisis, era de interés general poner los hechos en conocimiento de las autoridades públicas lo antes posible.
- 107.** La experta gubernamental de Francia observó que las autoridades administrativas competentes a las que se debían comunicar los despidos colectivos también prestaban asesoramiento y podían ayudar a los trabajadores y empleadores a encontrar soluciones. Habida cuenta de que las autoridades administrativas competentes participaban con frecuencia en los programas de reciclaje profesional y reubicación, era importante que conocieran el número de despidos para evaluar la contribución financiera necesaria para los planes sociales.
- 108.** El experto empleador del Reino Unido advirtió que, en vista de la necesidad de esperar a recibir una autorización antes de proceder a los despidos, los requisitos del artículo 14 podían provocar una demora en las respuestas y otorgar una ventaja competitiva a las empresas de los países que no estaban sujetos a esos requisitos. Además, si se denegaba la autorización, los empleadores tenían entonces que aceptar la decisión y hacer correr un riesgo a sus empresas o bien correr el riesgo de que los despidos se consideraran improcedentes pese a que opinaban que dichos despidos eran necesarios para que las empresas sigan siendo sostenibles. El portavoz de los empleadores observó que el Gabón constituía un buen ejemplo, y destacó lo que los empleadores temían que podía suceder en muchos países que contemplaban la ratificación. Insistió en la necesidad de seguir investigando, y destacó que lo importante era la capacidad de adaptación. En la crisis

reciente se habían dado casos de éxito, pero también se habían perdido cientos de miles de puestos de trabajo debido a la incapacidad para adaptarse a los cambios.

109. El experto trabajador de la Argentina destacó que el artículo 14 se basaba en los principios básicos de la OIT del diálogo social y la negociación colectiva. Se debían evitar despidos colectivos mediante el diálogo social, en particular en tiempo de crisis. El experto trabajador de Australia indicó que, para los países desarrollados, el artículo 14 tenía por objeto, en caso de que existiera un sistema de seguro de desempleo, permitir que los gobiernos adoptaran medidas para reubicar a los trabajadores afectados por los despidos. Además de evitar consecuencias negativas, la importancia del artículo 14 para los gobiernos de los países menos desarrollados, en particular los que tenían un número limitado de grandes empresas, era que la información obtenida podía complementar sus datos sobre el mercado de trabajo y mejorar el conocimiento de la situación de la economía nacional. El experto trabajador de Alemania, en referencia al cuadro comparativo del documento de referencia, recordó que en una gran mayoría de Estados la notificación a la autoridad competente era obligatoria.
110. La experta gubernamental de China subrayó la importancia del artículo 14 para los despidos masivos, como los causados por la crisis financiera, dado que su notificación permitía al Gobierno evaluar su impacto y ayudar a las empresas a pagar las indemnizaciones por fin de servicios, contribuyendo así a mantener la estabilidad social. El experto gubernamental de Sudáfrica explicó que, si bien la legislación sudafricana no requería notificación, el diálogo entre las tres partes era importante y las organizaciones de empleadores habían acordado por consiguiente informar de forma voluntaria a la autoridad competente, lo que había contribuido a minimizar los despidos durante la crisis. El Presidente admitió que las autoridades competentes podían utilizar esa información como herramienta para mantener la estabilidad económica.
111. El portavoz de los trabajadores reafirmó que el objetivo de la notificación era obtener asesoramiento de las autoridades, así como que el gobierno verificara el cumplimiento de la legislación nacional. Muchos Estados Miembros habían incluido el requisito de notificación en su legislación nacional, puesto que consideraban oportuno tener conocimiento de los despidos masivos para planificar las medidas adecuadas en el plano político, social y laboral.

Adecuación del Convenio núm. 158 y de la Recomendación núm. 166 para alcanzar los objetivos de la OIT

112. El Presidente observó que los comentarios de los expertos gubernamentales ponían de manifiesto que el Convenio cumplía una función económica que iba más allá de la protección general del empleo. No se habían planteado objeciones a ninguna disposición que constituyera un obstáculo para la ratificación. Los expertos empleadores habían expresado su preocupación por el modo en que se estaba aplicando el Convenio a escala nacional, pero no habían formulado objeciones al Convenio en sí. Se planteaba la cuestión de si los problemas de aplicación podían deberse a una mala interpretación o a la falta de claridad respecto de los requisitos del Convenio. No cabía duda de que era necesario establecer un diálogo social completo entre los gobiernos, los trabajadores y los empleadores sobre la aplicación de esas disposiciones. La OIT podría seguir realizando investigaciones para dar mejor información y asesoramiento a los interlocutores sociales sobre la aplicación del Convenio, modelos alternativos que hubieran tenido éxito y enfoques que hubieran recibido apoyo tripartito. El Convenio tenía por objeto tomar en consideración toda la gama de medidas sociales, económicas y culturales adoptadas por los países que habían aplicado el Convenio, y por consiguiente no sería viable contemplar un Convenio que propusiera un enfoque único. Muchos expertos habían insistido en que la

protección del empleo era una de las funciones fundamentales de la OIT y en que se trataba de un ámbito en el que el diálogo social era muy necesario.

- 113.** El portavoz de los empleadores reiteró que su Grupo no estaba sugiriendo que la aplicación del Convenio fuera la única preocupación. El efecto combinado del conjunto exhaustivo de disposiciones y principios consagrados en el Convenio y la Recomendación restringía demasiado la libertad contractual de los empleadores y hacía que a los empleadores les resultara caro e imposible calcular el costo del despido. Las leyes basadas en esas disposiciones implicaban que se podía reclamar en caso de cualquier respecto de su justificación, del procedimiento seguido o de ambas cosas, con las siguientes consecuencias: *a)* los procedimientos judiciales resultan largos y sus resultados inciertos, en particular en lo relativo a las indemnizaciones; *b)* el tribunal podría declarar improcedente el despido, lo que generaría incertidumbre, sobre todo en caso de que se ordenase la readmisión del trabajador, y *c)* se desalentaría la creación de empleo y la inversión en empresas sostenibles. El objetivo principal debían ser las metas fijadas en el Convenio núm. 122, esto es, el logro del pleno empleo, productivo y libremente elegido. La capacidad de los empleadores para crear y mantener empleos productivos era un elemento clave, y no consideraban que el Convenio núm. 158 instaurara un equilibrio significativo en este sentido. Parecía que los gobiernos compartían esa opinión, ya que desde la adopción de ese Convenio, hacía 30 años, sólo el 20 por ciento de los Estados Miembros (35 de 183) lo había ratificado. En términos de la fuerza de trabajo amparada por el Convenio, los países que lo habían ratificado hasta el momento sólo representaban al 9 por ciento de la población mundial, y ninguno de ellos pertenecía al grupo de países más poblados. Desde una perspectiva regional, la ratificación del Convenio era irregular: la mayor parte de las ratificaciones se habían producido en Europa (17) y África (12), y muy pocas en Asia y el Pacífico (2), las Américas (1), el Caribe (2) o los Estados árabes (1). Llamaba especialmente la atención que «se hubiera perdido» la región asiática, que conocía un fuerte crecimiento económico y que era con mucho la región donde había un mayor número de trabajadores. Era evidente que los gobiernos de la región no consideraban que la protección descrita en el Convenio fuera compatible con sus planes de desarrollo y crecimiento económico. Además, casi el 70 por ciento de los 35 países ratificantes se consideraban economías en desarrollo, y ocho de ellos pertenecían a la categoría de los países menos adelantados. Un gran número de países desarrollados que habían ratificado el Convenio tenían dificultades para aplicarlo, según se desprendía de los comentarios de los órganos de control. El Convenio no había logrado establecer la igualdad de condiciones entre los Estados Miembros en el ámbito de la protección social. Una cuestión importante que no se contemplaba en el Convenio, y que tampoco se había abordado en el documento de referencia, era la percepción de la seguridad en el empleo y su relación con la protección frente al despido. Citando los resultados de una encuesta social europea de 2004, basada en las respuestas a un cuestionario realizado a 34.000 trabajadores de 14 países europeos, el orador señaló que la percepción de la seguridad en el empleo no se correspondía con la rigidez de la normativa contra el despido, sino que de hecho ponía de manifiesto una relación inversa entre ambos factores. De los países estudiados, la República Checa era el país donde la percepción de la seguridad en el empleo era menor, si bien era, junto con Portugal, el país donde la normativa del mercado de trabajo era más estricta. Por el contrario, Suiza, que con el Reino Unido contaba con la reglamentación más flexible, registraba los mejores resultados en relación con la percepción de la seguridad en el empleo. Entre los países con buena percepción de la seguridad en el empleo también figuraba Dinamarca, a pesar de la alta tasa de movilidad laboral (800.000 cambios de puesto anuales, para un número global de 2,8 millones de trabajadores). Todo esto demostraba que el pleno empleo y un mercado de trabajo abierto eran más importantes para la percepción de la seguridad en el empleo que una legislación que previera una protección estricta frente al despido. Por consiguiente, el orador dudaba de que el Convenio ofreciera una respuesta adecuada al problema de la seguridad en el empleo, y reiteró la necesidad de encontrar un equilibrio entre los objetivos de la OIT y la sensibilidad y el respeto por los derechos de los trabajadores y los empleadores.

-
- 114.** El portavoz de los trabajadores indicó que no se habían detectado problemas en el análisis artículo por artículo del Convenio, aunque sí habían surgido dificultades referentes a la aplicación práctica. Además, la cuestión del trabajo informal constituía un problema en sí mismo, y no estaba relacionada con el Convenio. El análisis del caso de Dinamarca en el documento de referencia, en particular en lo relativo a la flexibilidad, había puesto de manifiesto que la práctica estaba en consonancia con el Convenio. Los países europeos estaban vinculados por la Carta Social Europea revisada y la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos, que se basaba en los principios del Convenio núm. 158. En lo referente a la cuestión de si la reglamentación podría perjudicar el empleo y los objetivos del Convenio núm. 122, era importante que en tiempo de crisis todas las partes interesadas asumieran su responsabilidad para promover el pleno empleo, productivo y libremente elegido. En el marco del Pacto Mundial para el Empleo, se acordó que el Convenio núm. 158 fuera un instrumento importante para paliar la crisis. El orador resaltó el valor de los instrumentos relativos al despido como objetivos estratégicos de la OIT.
- 115.** La experta gubernamental de Francia observó que el alcance del Pacto Mundial para el Empleo y la Declaración de 2008 sobre la Justicia Social era mucho más amplio que el del Convenio núm. 158, cuyo propósito no era promover la creación de empleo o garantizar la seguridad en el empleo. El Convenio establecía una serie de normas mínimas necesarias para garantizar la competencia leal, aunque debía estudiarse la adopción de medidas más activas, por ejemplo en el ámbito de la formación, las prestaciones sociales y las ayudas financieras a las empresas. Se podría discutir sobre la flexibilidad del Convenio, que no planteaba ningún obstáculo para el logro de los objetivos estratégicos de la OIT.
- 116.** El portavoz de los empleadores recordó las cuestiones que habían surgido en el análisis artículo por artículo del Convenio, no sólo con respecto a la aplicación de los instrumentos, sino también en referencia a los propios textos y a los principios consagrados en éstos.

V. Discusión del documento final

- 117.** El Presidente presentó un [proyecto de documento final](#) que había preparado para que sirviera de base para la discusión y que tenía por objeto poner de relieve las cuestiones que habían surgido durante los debates. El Presidente indicó que la intención del proyecto era la de acordar los principales temas y preocupaciones que identificaron los tres grupos en las intervenciones que se efectuaron durante el curso de la reunión y proponer un mecanismo para la acción futura.

Posición de los empleadores

- 118.** El portavoz de los empleadores indicó que su Grupo había examinado el documento y estaba alarmado porque consideraba que no reflejaba en absoluto los puntos que éste había planteado. El Grupo estaba profundamente preocupado por el hecho de que el proyecto de documento final no reconocía en absoluto ni reflejaba en modo alguno su participación en el proceso. En lo relativo a las recomendaciones, no estaban en absoluto de acuerdo con la promoción de los instrumentos. El orador destacó lo que en opinión de su Grupo constituían los puntos de convergencia alcanzados en la reunión: 1) se debía ofrecer protección a los trabajadores en caso de despido; 2) el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 tenían vínculos con otros convenios y objetivos de la OIT y toda labor en materia de políticas en ese ámbito debía estar equilibrada; 3) toda acción de la OIT debía tener en cuenta esas convergencias, y 4) convendría seguir llevando a cabo estudios factuales sobre los distintos modelos de protección de los trabajadores en caso de despido. Desde la adopción, en 1982, del Convenio núm. 158 y de la Recomendación núm. 166, el mundo del trabajo había cambiado mucho: la globalización había acentuado

la presión de la competencia y aumentado la necesidad de que las empresas sostenibles se adaptaran con rapidez, y los países se preocupaban cada vez más por crear condiciones que propiciaran la inversión y la creación de empleo para promover un mercado de trabajo dinámico. Con la crisis económica, aumentaba la necesidad de una mayor flexibilidad para que las empresas sostenibles pudieran reaccionar sin incertidumbres ni obstáculos a los vaivenes de la situación económica. El efecto combinado de un conjunto exhaustivo de disposiciones y principios consagrados en el Convenio y la Recomendación restringía demasiado la libertad contractual de los empleadores y podía tener como consecuencia que la terminación de la relación de trabajo por parte de los empleadores resultara cara e imposible de calcular. Las leyes basadas en esas disposiciones implicaban que cualquier despido pudiera ser recurrido respecto de su justificación, procedimiento o ambas cosas, con las siguientes consecuencias: *a)* los procedimientos judiciales serían largos y sus resultados inciertos, en particular en lo relativo a las indemnizaciones; *b)* el tribunal podría declarar improcedente el despido, lo que generaría incertidumbre, sobre todo en caso de que se ordenase la readmisión del trabajador, y *c)* se desalentaría la creación de empleo y la inversión en empresas sostenibles. En particular, los expertos empleadores no habían logrado disipar su preocupación en los siguientes ámbitos: la falta de flexibilidad del artículo 2, la falta de adecuación de las excepciones y la incapacidad para adaptarse a los cambios, así como su alcance; el artículo 4 daba lugar a normas rígidas, excesivos litigios y una gran incertidumbre en cuanto al costo y la duración de los litigios, así como a la interferencia de terceros en las decisiones de la dirección de la empresa; el artículo 7 contenía procedimientos obligatorios en los que se partía del supuesto de que todo el empleo era igual; los artículos 10 a 12 imponían una batería de reparaciones que tenían un impacto material en los empleadores en cuanto a la creación y la protección de los puestos de trabajo; y los artículos 13 y 14 restringían la capacidad de los empleadores para adaptarse a las circunstancias cambiantes. La Recomendación acentuaba los puntos débiles del Convenio. Más importante aún, el Convenio núm. 158 no encajaba con todos los modelos de protección de los trabajadores. El Convenio partía del supuesto de que un aspecto de la protección de los trabajadores, esto es, la terminación de la relación de trabajo, se podía regular de forma aislada, sin tomar en consideración un marco más amplio, y en particular el impacto de la regulación relativa a la protección sobre los demás objetivos socioeconómicos. Además, en el Convenio no se tenía en cuenta el desarrollo de conceptos modernos más en consonancia con el mercado, como la flexiguridad, o el cambio de prioridades, como el logro de altas tasas de empleo y la creación de mercados de trabajo inclusivos, lo que podía poner trabas a la consecución de los objetivos de la OIT. Después de casi 30 años, se hacía necesario estudiar otros modelos de éxito en materia de despidos. Si bien no aplicaban los principios clave del Convenio, países como Austria, Dinamarca, Singapur o Suiza estaban logrando un alto grado de protección del empleo, acompañado de altos niveles de riqueza, altas tasas de empleo, un desempleo bajo, mercados de trabajo inclusivos con buenas oportunidades de trabajo para los grupos desfavorecidos, y unas condiciones de trabajo en general excelentes. Aunque en esos países se preveía una cierta protección contra los despidos arbitrarios y abusivos, esa protección se centraba en permitir que los trabajadores encontraran rápidamente un empleo. Los empleadores dudaban de que los países que habían adoptado un modelo alternativo cumplieran íntegramente lo dispuesto en el Convenio, incluso en caso de ratificarlo. Además, los órganos de control de la OIT, y en particular la Comisión de Expertos, habían realizado en muchos casos una interpretación extensiva, lo que acentuaba aún más la rigidez de lo dispuesto en el Convenio y dificultaba aún más su aplicación. La OIT debía conciliar la protección del empleo con la competitividad y centrarse en la creación de empleo, la empleabilidad y un apoyo a los ingresos adecuado, que alentara a los desempleados a buscar trabajo. Los principales objetivos de cualquier acción emprendida por la OIT en materia de protección frente a los despidos deberían coincidir con los objetivos generales del mercado de trabajo relativos al pleno empleo, productivo y libremente elegido. Los empleadores destacaron que las normas de la OIT sólo podían tener un impacto en el mundo del trabajo si contaban con el pleno apoyo tripartito y se basaban en las mejores prácticas.

119. El portavoz de los empleadores indicó que su Grupo no discutía la necesidad de proteger a los trabajadores en caso de despido. Para poder avanzar, opinaba que en el documento final se debía reconocer que los principios relacionados con las empresas sostenibles, que eran fundamentales para los empleadores, no estaban presentes en el Convenio; que la regulación relativa a la protección del empleo estaba directamente relacionada con la capacidad de los empleadores para crear puestos de trabajo; y que existían otros modelos de éxito en el ámbito de la protección contra el despido que no se ceñían al enfoque del Convenio y que valía la pena examinar. Sobre esa base, convendría que la OIT llevara a cabo estudios factuales sobre el uso de normas rígidas como obstáculo para la ratificación y los modelos alternativos de protección del empleo. Esta investigación factual debería efectuarse en colaboración con el Banco Mundial y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos. La OIT debería abstenerse de promover el Convenio y la Recomendación habida cuenta de la falta de acuerdo sobre los principios consagrados en estos instrumentos. Para que la OIT pudiera examinar la cuestión de la terminación de la relación de trabajo bajo un nuevo prisma y de una manera equilibrada y holística, se debía proceder a una reflexión tripartita exhaustiva sobre cuál debía ser la acción de la OIT en materia de protección contra el despido. Esta reflexión incluiría, una vez entrara en vigor la Enmienda Constitucional de 1997, considerar la inclusión del Convenio en el orden del día de la Conferencia para su abrogación, de modo que la OIT pudiera promover una norma que reflejara las necesidades de todos los mandantes tripartitos.

Posición de los trabajadores

120. El portavoz de los trabajadores indicó que el proyecto de documento final presentado por el Presidente proporcionaba una buena síntesis sobre cuya base los expertos trabajadores estaban dispuestos a trabajar para formular conclusiones. Observó que se enfrentaban a un problema de confianza. Si durante los debates los empleadores hubieran reclamado la abrogación del Convenio, no hubiera sido necesario celebrar la reunión ni los debates. Reiteró su confianza en el diálogo social tripartito y destacó el compromiso de todos los participantes en la reunión. El objetivo de la reunión era examinar los obstáculos para la ratificación y la aplicación del Convenio. Los participantes en la reunión habían acudido en calidad de expertos sobre las cuestiones relacionadas con el Convenio y sobre los métodos y procedimientos de la OIT. El orador estaba de acuerdo en que el Convenio planteaba diversos problemas y que no contaba con suficientes ratificaciones. Se habían debatido esas cuestiones en profundidad y se había identificado una serie de problemas. Ahora bien, esos problemas no se derivaban del Convenio, sino de su aplicación en el plano nacional. La opinión de los expertos empleadores también planteaba grandes problemas en relación con la labor de la Comisión de Expertos. En el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la OIT se establecía que los Estados Miembros podían garantizar a los trabajadores condiciones más favorables en sus leyes o prácticas nacionales. Otro problema importante que planteaban las opiniones expresadas por los empleadores provenía de la afirmación de que el Convenio no podía promoverse hasta que no recibiera el apoyo de los mandantes. Tanto en la OIT como en el ámbito general debía respetarse el principio jurídico inequívoco en virtud del cual, en ausencia de una nueva decisión fruto del consenso, la decisión preexistente tomada por los mandantes con respecto a cualquier instrumento seguiría en vigor hasta que fuera sustituida.

Posición de los gobiernos

121. El experto gubernamental del Brasil indicó que su país solía ser citado como ejemplo de regulación excesiva de las relaciones de trabajo. Sin embargo, la crisis financiera llegó tarde y abandonó rápidamente el Brasil, lo cual se atribuía al diálogo social. Era necesaria una interpretación correcta del Convenio, en particular en lo referente a la aplicación de las cláusulas de flexibilidad. En ese sentido, el experto gubernamental de Sudáfrica señaló que

las dificultades con el Convenio eran fruto de las interpretaciones efectuadas a escala nacional. La experta gubernamental de Francia también recordó la necesidad de mantener un instrumento que sentaba unas bases mínimas y proporcionaba a los Estados un importante margen de maniobra para su transposición a la legislación nacional. Asimismo, destacó la importancia de la flexibilidad necesaria del Convenio y recordó que los Estados miembros de la Unión Europea estaban amparados por lo dispuesto en el Convenio, dado que sus requisitos estaban plasmados en la legislación europea.

- 122.** La experta gubernamental de China declaró que era crucial lograr el equilibrio entre la flexibilidad y los derechos de los trabajadores, según se establecía en el Convenio. China aplicaba este principio desde la adopción a tal efecto de la Ley de Contrato de Trabajo, en junio de 2007. La experta gubernamental de Jordania indicó que las cláusulas introducidas en el Código del Trabajo en 2008 y 2010 reflejaban lo dispuesto en el Convenio.
- 123.** La experta gubernamental de Francia, hablando en nombre de todos los expertos gubernamentales, declaró que los gobiernos no podían aceptar una postura que contemplara la abrogación del Convenio núm. 158.

VI. Adopción del documento final

- 124.** El portavoz de los empleadores dijo, en relación con el proyecto de documento final presentado por el Presidente, que en el documento también debía quedar patente que su Grupo no respaldaba esas posiciones. La reunión había resultado valiosa, incluso si las conclusiones plasmaban opiniones divergentes. Recordó los puntos en los que había acuerdo, que eran los siguientes: 1) se debía ofrecer protección a los trabajadores en caso de despido; 2) el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 tenían vínculos con otros convenios y objetivos de la OIT y toda labor en materia de políticas en ese ámbito debía estar equilibrada; 3) toda acción de la OIT debía tener en cuenta esas convergencias, y 4) convendría seguir efectuando estudios factuales sobre los distintos modelos de protección de los trabajadores en caso de despido. Reiteró sus serias dudas acerca de la posibilidad de que el Convenio obtuviera más ratificaciones. La abrogación del Convenio sería tal vez posible cuando entrara en vigor la Enmienda Constitucional de 1997. No obstante, en última instancia, los expertos empleadores instaban a la OIT a que examinara de nuevo el Convenio para incluir diversas opciones y modelos a partir de un análisis integral de la cuestión.
- 125.** El portavoz de los trabajadores indicó que los expertos trabajadores estaban de acuerdo con el fondo del proyecto de documento final propuesto por el Presidente y propusieron diversos cambios. La dificultad no residía en que los expertos empleadores no estuvieran de acuerdo, sino en que rechazaban que los expertos hubieran identificado problemas y dificultades durante la reunión e intentado hallar soluciones. Los problemas no estaban relacionados con el Convenio en sí mismo, sino con su aplicación práctica por los países ratificantes y no ratificantes. El orador señaló que si los expertos empleadores consideraban que el Convenio resultaba problemático, su Grupo respetaría esa postura. Sin embargo, los expertos empleadores no podían negar que se había llevado a cabo un análisis y a raíz de éste se habían formulado conclusiones que diferían de lo que ahora estaban sugiriendo los expertos empleadores.
- 126.** Los expertos gubernamentales expresaron su acuerdo con el proyecto de documento final propuesto por el Presidente con las modificaciones presentadas por los expertos trabajadores.

127. *El documento final de la Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio núm. 158 y de la Recomendación núm. 166, adoptado por los expertos gubernamentales y los expertos trabajadores, es el siguiente:*

1. Los representantes gubernamentales y trabajadores observan que:
 - 1) el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166), reconociendo el derecho del empleador a despedir a un trabajador por causa justificada, tienen como objetivo garantizar el derecho del trabajador a no ser privado de su trabajo sin justificación. La finalidad de los instrumentos es lograr un equilibrio entre los intereses del empleador y los del trabajador, y promover la utilización del diálogo social como una manera de lograr dicho equilibrio;
 - 2) el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 se inscriben en la Agenda del Trabajo Decente de la OIT y por ende, en el marco de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa y del Pacto Mundial para el Empleo, de 2009. En el Pacto Mundial para el Empleo se reconoce la importancia de los instrumentos sobre el despido para apoyar la recuperación después de la crisis;
 - 3) el Convenio núm. 158 proporciona una base para que los trabajadores reciban una protección en caso de terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, y los Estados Miembros pueden aplicar sus disposiciones mediante una serie de mecanismos, entre los que se incluyen los acuerdos colectivos, los laudos arbitrales, las decisiones judiciales, o cualquier otra forma conforme con la práctica nacional, así como también mediante leyes y reglamentos;
 - 4) el Convenio contiene ciertas cláusulas de flexibilidad y también ofrece flexibilidad para su aplicación, incluyendo disposiciones que han previsto:
 - a) la exclusión de alguna o de todas las disposiciones del Convenio de ciertas categorías de trabajadores, en cualquier momento (párrafo 2 del artículo 2), o su enumeración en la primera memoria que se debe presentar dos años después de la ratificación (párrafos 4 y 5 del artículo 2);
 - b) la determinación de causas justificadas de despido (artículo 4);
 - c) procedimientos antes o al momento de la terminación de la relación de trabajo (artículo 7);
 - d) procedimientos para recurrir contra el despido (artículos 8 y 9);
 - e) la posibilidad que en caso de despido injustificado, dadas las circunstancias, de readmitir al trabajador o de pagar una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada (artículo 10);
 - f) la determinación de un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, de una indemnización (artículo 11);
 - g) optar sobre el alcance y la naturaleza de la indemnización por fin de servicios u otra forma de protección de los ingresos (artículo 12);
 - h) la naturaleza y la forma de la consulta con 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 y 14);
 - 5) el Convenio núm. 158 no promueve un modelo único para lograr su aplicación;
 - 6) los Estados Miembros deberían ratificar y aplicar el Convenio núm. 158 en plena consulta con los interlocutores sociales, y
 - 7) si bien muchos Estados Miembros han mostrado que cumplen con todas o casi todas las disposiciones del Convenio, el nivel de ratificación es insuficiente, en particular teniendo en cuenta que su importancia ha sido confirmada en el Pacto Mundial para el Empleo de 2009.

-
2. Los representantes gubernamentales y trabajadores recomiendan al Consejo de Administración que:
 - 1) la OIT promueva la ratificación y la aplicación del Convenio núm. 158, esclareciendo sus objetivos y contenido, poniendo particularmente énfasis en las cláusulas de flexibilidad;
 - 2) la OIT brinde asistencia técnica a los Estados Miembros que la soliciten, así como también a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, en sus preparativos para ratificar y aplicar el Convenio núm. 158;
 - 3) la OIT desarrolle un programa de investigación sobre temas relacionados con el Convenio núm. 158, incluyendo asuntos tales como la relación entre creación de empleo y despido, y el papel del diálogo social y la negociación colectiva en el contexto del despido. Dicho programa debería incluir el estudio de casos, y
 - 4) se aliente a los Estados Miembros a que se comprometan a celebrar consultas plenas y regulares con los interlocutores sociales para ratificar y aplicar el Convenio.

128. El Presidente agradeció a los portavoces y expertos por su contribución. El Presidente lamentó que no se hubiera alcanzado un consenso sobre el documento final de la reunión dado que durante la reunión hubo debates constructivos. El Presidente destacó que la respuesta de los expertos empleadores al proyecto de documento final había planteado asuntos que no se había discutido durante la reunión. Se lamentaba que dichos asuntos no se hubieran presentado con anticipación. En el documento final se había intentado incluir los problemas planteados por los expertos empleadores y que fueron discutidos durante la reunión. Cuando dos grupos consideraban oportuno promover los instrumentos y el tercero sugería la posibilidad de abrogarlos y someterlos a una revisión sustancial, resultaba difícil hallar un compromiso. En cuanto a las siguientes etapas, el Presidente propuso que la Oficina preparara un informe sobre la discusión reconociendo los comentarios formulados sobre la importancia del debate. Los problemas detectados no eran fruto del Convenio en sí, sino del modo en que se aplicaba a través de la legislación, las decisiones judiciales, los reglamentos y la práctica. En determinados ámbitos, convenía hacer más investigaciones y aumentar la labor de cooperación técnica. Si bien los gobiernos tenían importancia por su capacidad regulatoria, también cumplían un papel de empleadores, y las opiniones que habían expresado reconocían que la aplicación práctica desde su perspectiva era fundamental para el éxito y la aceptación del Convenio. Incluso sin un pleno consenso, seguía siendo importante presentar los resultados de la reunión al Consejo de Administración, que tomaría la decisión final. El Presidente concluyó que la reunión había sido valiosa y había contribuido a mejorar la comprensión tripartita de las posiciones y preocupaciones de cada una de las partes.