

# EL DERECHO INTERNACIONAL DEL EMPLEO FRENTE A LA CRISIS

Jean-Michel Servais\*

*Ex-Director de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT)*

## EXTRACTO

**Palabras clave: Derecho del empleo, normas internacionales, crisis económica y paro**

En este ensayo se analiza la efectividad del derecho del empleo como instrumento en la lucha contra el paro. A tales efectos se repasan los principales estándares mínimos establecidos por los Convenios y Resoluciones de la OIT a lo largo de su historia en la práctica totalidad de las materias relativas al mercado de trabajo, incentivos, formación, contratación y hasta normas de protección social, pues sin obviar la necesidad de una adecuada política económica se resaltarán la interconexión de todas las acciones posibles.

La principal conclusión a extraer será que una política y un derecho efectivos del empleo no se conciben sin una administración del trabajo moderna, abierta a colaboraciones con instituciones privadas, y organizada de una manera eficiente que evite las competencias acumulativas.

## ABSTRACT

**Key words: Right to employment, international standards, economic crisis and unemployment**

This essay analyzes the effectiveness of the right to employment as an instrument in the fight against unemployment. For such purposes studies the main minimum standards established by the conventions and resolutions of the ILO throughout its history in virtually all matters relating to the labour market, incentives, training, recruitment, and up to standards of social protection, are reviewed as without obviating the need for an appropriate economic policy the interconnection of all possible actions will be highlighted.

The main conclusion to be drawn is that a right and effective employment policy are not conceived without a modern labour administration, open to collaborations with private institutions, organized in an efficient manner that avoids the cumulative powers.

\* Profesor invitado en las Universidades de Gerona y de Lieja. Presidente de honor de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la seguridad Social.

## ÍNDICE

1. Introducción: el dilema de la flexibilidad y de la protección
2. El derecho internacional del empleo
  - 2.1. Políticas sociales y estimulación del trabajo
  - 2.2. Servicios de empleo
  - 2.3. Despido
  - 2.4. Beneficios por desempleo y empleo
3. Puesta en valor de las capacidades profesionales
  - 3.1. Una visión moderna del desarrollo de los recursos humanos
  - 3.2. Derecho internacional sobre formación y orientación profesionales
  - 3.3. Alcance de las normas
4. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN: EL DILEMA DE LA FLEXIBILIDAD Y DE LA PROTECCIÓN

Ni la Organización internacional del Trabajo (OIT) ni sus normas pueden ayudar directamente a los gobiernos en la promoción del empleo. La creación de puestos de trabajo depende ante todo de una situación económica que arrastre a las empresas privadas y, cuando el dinero lo permita, al sector público a contratar. La Organización ofrece, sin embargo, un amplio análisis del malestar social reciente por las tendencias de los mercados de trabajo, evaluando las perspectivas probables. Pone de relieve los riesgos de que el empleo experimente otra caída relacionada con las estrategias que ponen excesivo énfasis en las preocupaciones a corto plazo de los mercados financieros. Demuestra que es posible una recuperación sostenible y creadora de empleo, siempre que se aborden los factores que han llevado a la crisis<sup>1</sup>. En resumen, subraya que ciertas políticas socio-económicas y legislativas favorecen más la reactivación de los negocios con creación de empleo.

Tentativas de ir más allá del dilema tradicional entre mantenimiento de las protecciones del asalariado y flexibilización del mercado de trabajo han surgido en el seno de la OIT con el concepto de “trabajo decente” y dentro de la Unión europea con el de “flexiseguridad”. Las dos nociones tienen mucho en común si bien la segunda se dirige a un grupo de países más homogéneo.

He identificado en el concepto de trabajo decente<sup>2</sup> una dimensión ética que se enfoca en la defensa de los derechos fundamentales en el trabajo, consagrados por la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el

<sup>1</sup> Instituto internacional de Estudios Laborales, *Informe sobre el Trabajo en el Mundo 2011*, Ginebra, OIT, 2012.

<sup>2</sup> J. M. Servais, “El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica”, *Revista de Relaciones laborales* (Madrid), núm. 15-18, agosto de 2012, págs. 150-159.

Trabajo adoptada por la Conferencia internacional del trabajo en 1998. Otra Declaración, votada en 2008 y titulada “sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa”, confirma la primacía de la defensa de los derechos civiles en el trabajo frente a las normas técnicas sobre las condiciones de empleo.

La noción de trabajo decente contiene además un componente de solidaridad que ha conducido, por ejemplo, a la adopción en 2012 de una recomendación sobre la seguridad social en el sentido amplio de la palabra. Es un texto no obligatorio que manifiesta, como las declaraciones citadas, la tendencia de preferir instrumentos de *soft law* a los convenios con efectos jurídicos contundentes. El “pacto” mundial para el empleo, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2009 constituye otro documento incentivador sin valor jurídico. Esta observación no significa que estos documentos no tengan un impacto: constituyen la promoción racional, a través de compromisos políticos, de determinados programas. Han permitido una implicación más profunda de la OIT en el debate mundial sobre el desarrollo económico, como lo ejemplifica su participación en las reuniones recientes del G.8 y del G.20.

No es fácil, desde el punto de vista de una política social, conseguir un equilibrio óptimo entre *soft* y *hard law*, entre lograr una cierta conducta y fomentarla, por una parte, y, por la otra, imponerla con sanciones. Aquí, como en el campo de la educación, se necesita utilizar el palo y la zanahoria. Constatado, sin embargo, que los textos sin valor jurídico no han demostrado una efectividad significativa frente a la presente crisis. Observo a este respecto que en sus primeras intervenciones, el recientemente elegido Director General de la OIT parece poner un énfasis particular sobre el corpus completo de las normas obligatorias<sup>3</sup>.

El término «flexibilidad» viene de los Países Bajos y de una legislación que ha tratado de encontrar el equilibrio entre la flexibilidad laboral y la necesaria protección de los empleados. Una ley del 1<sup>er</sup> de enero de 1999, basada en un acuerdo informal entre los actores sociales, ha estabilizado la posición de los trabajadores temporales<sup>4</sup>. La fórmula provee cierta seguridad a los empleados interesados, en el sentido que pueden beneficiarse completamente, transcurrido un tiempo, de la ley laboral y de la seguridad social, mientras

<sup>3</sup> Véase Conferencia internacional del trabajo, *Ante el centenario de la OIT: realidades, renovación y compromiso tripartito*, Memoria del Director General, 102.ª reunión, 2013, informe I (a), Ginebra, OIT, 2013, §§ 103 y siguientes.

<sup>4</sup> G. Heerma van Voss, “The ‘Tulip Model’ and the New Legislation on Temporary Work in the Netherlands”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1999, no.15 (4), pp. 80-4; T. Jaspers, “Flexibilidad: ¿es la respuesta acertada a la modernización del Derecho del Trabajo? Una perspectiva holandesa” in J.P. Landa Zapirain (ed.), *Estudios sobre la estrategia europea de flexibilidad: una aproximación crítica*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, pp. 25-56; OIT, “Combining flexibility and security for decent work”, *Document GB.306/ESP/3/1*, Ginebra, Noviembre, 2009, §4.

mantengan la requerida movilidad. Parece haber sido bien aceptado por todas las partes involucradas.

El concepto ha tomado un significado más amplio en el debate público europeo<sup>5</sup>. Se refiere a una política social que apunte a lograr el equilibrio óptimo entre flexibilidad en el mercado de trabajo y protección social. Constituye el objetivo de la estrategia europea de empleo (EEE), que intenta conciliar una política activa de empleo con la defensa de la protección social. Se diferencia en los países nórdicos (como Dinamarca) de los países del sur de Europa como España, Francia e Italia. En los primeros, el despido es relativamente sencillo, pero los beneficios por desempleo son bastante generosos, financiados por una alta tributación; las políticas de empleo son activas y exitosas. Los segundos han adoptado un tipo de políticas completamente diferente, la terminación de las relaciones de trabajo se presenta difícil, pero las políticas activas de reintegración son menos eficaces y los beneficios por desempleo, limitados; la tributación y las deducciones sociales también son menos elevadas<sup>6</sup>.

La estrategia referida se realiza de nuevo a través de una regulación de *soft law*, como el método abierto de coordinación. Favorece el diálogo social, incluso dándole la primacía al derecho "heterónimo", es decir impuesto por las instancias públicas<sup>7</sup>. Acuerdos marco entre las asociaciones empresariales y sindicales han sustituido a menudo a directivas en el campo del trabajo; a veces si bien menos frecuentemente que en el pasado, se apoyan sobre una directiva que refuerza su valor obligatorio.

En consecuencia notamos un énfasis renovado sobre los derechos civiles en el trabajo. Esta tendencia se hace eco de las preocupaciones de pensadores anglo-sajones, deseosos de consolidar la protección de los más desfavorecidos, que insisten en la defensa de los derechos de los trabajadores como un aspecto de la salvaguardia de los derechos civiles en los países en los cuales domina el

<sup>5</sup> Se puede leer una síntesis de esta discusión en European Industrial Relations Observatory on-line *EU Countries: Flexicurity and industrial relations*, 30 Septiembre 2008, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/09/index.htm>. Véase también F. Hendrikx (coord.), *Flexicurity and the Lisbon Agenda. A Cross-Disciplinary Reflection*, Mortzel, Intersentia, 2008; R. Blanpain, J.P. Landa and B. Langille (coord.), «Employment Policies and Multilevel Governance», *Bulletin of Comparative Labour Relations* (Países Bajos, Kluwer), no. 71, 2009; B. Conter, *La stratégie européenne pour l'emploi: de l'enthousiasme à l'effacement*, Bruselas, CRISP, 2013.

<sup>6</sup> B. Palier, « Refonder la Protection Sociale: les Experiences européennes », *Esprit*, 2006, pp.53-78; D. Anxo and H. Nicklasson, « The Swedish model in turbulent times: Decline or renaissance? » *International Labour Review*, 2006, no. 145(4), pp.379.

<sup>7</sup> Artículos 152, 154 y 155 del Tratado sobre el funcionamiento de la UE.

voluntarismo en las relaciones laborales<sup>8</sup>. La Comisión europea se concentra sobre cuestiones de negociación colectiva y de igualdad, especialmente de género<sup>9</sup>. La Corte europea de los derechos humanos juzga un papel más amplio en la defensa de los derechos sociales fundamentales<sup>10</sup> cuando el Tribunal de Justicia de la UE trata de conciliar los últimos con las libertades económicas, como en las famosas sentencias *Laval*, *Viking*, *Rüffert* y *Comisión contra Luxemburgo*, intensamente comentadas.

Eso es todo y no es mucho frente a la crisis que conocen muchos países, principalmente ahora en Europa<sup>11</sup>. El nivel de desempleo ha alcanzado niveles cumbre en España, Grecia u otros países del sur del continente, no entro a valorar la situación de países de África, Asia o América latina. Aún más grave: según la OIT, el 40 por ciento de los desempleados en el mundo son jóvenes<sup>12</sup>. A escala mundial, se estima que hay 73 millones de jóvenes desempleados de entre 15 y 24 años en 2013. Según las proyecciones actuales, en las economías desarrolladas y la Unión Europea, la tasa de desempleo de los jóvenes no bajará del 17 por ciento antes de 2016<sup>13</sup>.

Es verdad que las perturbaciones no tocan igualmente a todos y que los empleos perdidos aquí, se ganan a veces allá. Alemania y Brasil buscan a ingenieros cuando la huida de los cerebros afecta incluso a países industrializados. No son ahora los trabajadores menos formados, sino los que más formación han recibido quienes frecuentemente se van del país que ha gastado en esa buena parte de su presupuesto.

Para empezar, examinaremos el derecho del empleo adoptado OIT. Observaremos su actualidad para elaborar una política de desarrollo económico creadora de empleo. Después insistiremos sobre una categoría particular de este derecho, es decir las normas internacionales sobre la formación y el reciclaje profesionales. Subrayaremos su papel indispensable para ajustar los mercados

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, Committee on Monitoring International Labor Standards, *Monitoring International Labor Standards. Techniques and Sources of Information*, Washington DC, The National Academies Press, 11 mai 2004, en particular pp. 224 et ss ; Ph. Alston (dir. de publ.), *Labour Rights as Human Rights*, Oxford University Press, 2005. Comp. C.Fenwick and T. Novitz (eds), *Human Rights at Work: Perspectives on Law and Regulation*, Portland, Hart Publishing, 2010; J. Fudge, "The new discourse of labor rights: from social to fundamental rights?", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, automne 2007, vol. 29(1), págs. 29-66.

<sup>9</sup> Véase. [ec.europa.eu/pol/policies/employment\\_social\\_rights\\_es.htm](http://ec.europa.eu/pol/policies/employment_social_rights_es.htm), 16 Nov 2012.

<sup>10</sup> Véase F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 10<sup>e</sup> ed., 2011.

<sup>11</sup> B. Canter, *La stratégie européenne pour l'emploi : de l'enthousiasme à l'effacement*, Bruxelles, CRISP, 2013 ; *Pauvreté et inégalités*, Problèmes économiques, n°3070, Junio de 2013.

<sup>12</sup> Véase también "Les jeunes, une génération sacrifiée?", Problèmes économiques, núm. (especial) 3036 del 1 de febrero de 2012; Conferencia internacional del trabajo, *La crisis del empleo juvenil: Un llamado a la acción*, 101.ª reunión, 2012, informe V, Ginebra, OIT, 2012.

<sup>13</sup> OIT, *Tendencias mundiales del empleo juvenil 2013*, Ginebra, 2012.

de trabajo a las realidades actuales, antes de terminar evocando la necesidad de irse más de las palabras y declaraciones y de hacer estas normas y políticas realmente efectivas.

## 2. EL DERECHO INTERNACIONAL DEL EMPLEO

La prevención del desempleo está mencionada en la Parte XIII del Tratado de Versalles, que vio el establecimiento de la OIT. Una redacción más elaborada es utilizada en la Declaración de Filadelfia, votada al final de la Segunda Guerra Mundial y anexada a la Constitución de la OIT.

La promoción del empleo descansa en el corazón de los programas y políticas sociales de la OIT adoptados por sus miembros, sean ellos países en desarrollo o industrializados<sup>14</sup>. Para los programas de la OIT, la pobreza no puede ser eliminada “salvo que la economía genere oportunidades de inversión, empresas, creación de puestos de trabajo y medios de vida sustentables”<sup>15</sup>. La estrategia para eliminar la pobreza propuesta por la OIT tiene un número de componentes, todos relacionados de un modo u otro al empleo y a las normas laborales internacionales: desarrollar habilidades para una subsistencia sustentable; invertir en trabajos y la comunidad (a través de programas intensos de trabajo); promover las empresas, hacer trabajar al dinero (utilizando la microfinanzas), construyendo desarrollo local a través de cooperativas; superando la discriminación y trabajando para eliminar el trabajo infantil; asegurando los ingresos y seguridad social básica; trabajando de modo seguro (a través de la implementación de pasos adecuados a fin de prevenir accidentes y enfermedades del trabajo).

El paro forzoso también tiene un impacto devastador en los países industrializados, tanto entre los desempleados como en las empresas obligadas a suspender trabajadores. Los despidos forzosos dejan cicatrices en los mecanismos internos de las empresas y en el espíritu de los trabajadores. Obviamente, una compañía no puede deshacerse de una parte de su personal sin perder su experiencia y su know how. Esas capacidades no se reconstruyen fácilmente, especialmente desde que, por definición, el tiempo no está destinado a ser utilizado para formar a aquellos trabajadores que permanecen empleados. Y todavía, en estas situaciones es cuando el empleador debería reaccionar, adaptar e innovar.

<sup>14</sup> Alfredo Sánchez-Castañeda «Los alcances del derecho del empleo: su lugar en la legislación internacional y nacional», *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Volumen 1, núm. 1, enero-marzo de 2013.

<sup>15</sup> J. Somavia, *Salir de la pobreza*, Informe del Director General a la sesión 91ª de la CIT (2003) (Ginebra), OIT, 2003, p. 7 *et seq.*

Las cicatrices son también psicológicas. En Europa occidental y en Japón, las relaciones de empleo eran habitualmente de tiempo indeterminado, por ejemplo, por un largo período, y en Japón sobre todo, por toda la vida laboral del asalariado. Un vínculo moral de lealtad se forjaba entre el empleador y el trabajador. Los despidos rompen ese vínculo, desestabilizando a aquéllos que permanecen. Los trabajadores despedidos por cuestiones económicas a veces tienen prioridad en la re-contratación, pero esto hace poca diferencia. Aunque aquéllos que permanecen pueden tratar de trabajar mejor de modo de protegerse de los despidos, su percepción del trabajo cambia: no se comprometen o cambian sus prioridades por actividades fuera del trabajo (o toman un segundo trabajo). ¿Vamos a pensar que esto no afecta el rendimiento?

Las repercusiones del desempleo van mucho más lejos que los simples casos de reducción de personal. El fenómeno es serio. Empuja a la gente, especialmente a los jóvenes buscadores de trabajo, a consumir drogas y alcohol y puede tener efectos psicosomáticos. Si la tasa de desempleo crece, la fábrica social que mantiene al país unido puede volverse ?na y romperse.

La declaración de Filadelfia reconoce que la OIT tiene la obligación de promover entre las naciones del mundo la implementación de los programas cuyos objetivos enumera en detalle. Ellos incluyen: pleno empleo y elevación de los niveles de vida; el empleo de trabajadores en ocupaciones en las que pueden tener la satisfacción de dar lo mejor de sus habilidades; la provisión de facilidades para formación y transferencia de trabajo, incluyendo migración. ¿Cómo hacen las normas internacionales del trabajo para promover el logro de esos objetivos? La respuesta es compleja porque se encuentra en el terreno gris entre el derecho y la economía. Más razones, entonces, para ser específicos y e indagar en cada disciplina.

La promoción del empleo completo, productivo y libremente elegido debería ser observada, como lo establece una recomendación de la OIT<sup>16</sup>, como el medio de dar efecto práctico al derecho al trabajo. Este derecho es programado antes que inmediatamente factible, al menos en los países con economías de mercado. Está mencionado también en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>17</sup> en la Carta Social Europea<sup>18</sup> y en varias constituciones nacionales; es político, “promocional”, antes que directamente exigible. El trabajador, debería agregarse, tiene un derecho, no un deber, de trabajar.

El derecho a trabajar también es habitualmente construido como no imponiendo al Estado la obligación de proveer un trabajo a cualquiera que quiera

<sup>16</sup> Recomendación sobre la política de empleo (disposiciones complementarias), 1984 (No. 169), para. 1.

<sup>17</sup> Artículo 6.

<sup>18</sup> Artículo 1.

trabajar. El Estado tiene un deber de actuar, no de tener éxito. Se compromete a idear y a adoptar una política de empleo – y las visiones sobre el valor de tales políticas varían – que aplicará utilizando métodos económicos y sociales. En términos de medidas económicas, en todo caso, los compromisos no se encuentran bajo ninguna obligación especial. Sin embargo, un cierto derecho subjetivo a obtener y retener un trabajo que se corresponda con las habilidades de uno, a veces existe para grupos determinados de trabajadores (los minusválidos, veteranos, mujeres embarazadas, etc.).

Expertos anglosajones en particular incluyen el derecho a trabajar en la categoría de los derechos reñivos, haciendo posible, en caso de duda, elegir la solución más cercana a favorecer el logro del derecho.

No importa cuál sea el caso, en las economías de mercado, las disposiciones relativas al derecho a trabajar tienden a ser programáticas por naturaleza. Establecen obligaciones de medios, no de resultado. Las normas internacionales pertinentes obligan a los Estados rati?cantes a justi?car sus políticas al respecto. El Convenio No. 122 sobre política de empleo, de 1964, contiene tal obligación, aunque no menciona expresamente “el derecho a trabajar”. La Recomendación No. 164, sin embargo, menciona, como ya lo he indicado, ese derecho con el mismo contenido.

Va sin decirlo que ningún texto legal acabará completamente con el desempleo: sólo una política económica puede hacerlo. Una política tal apuntará, por ejemplo, a reestructurar compromisos y el sistema de producción nacional (regional) según se necesite. Pero las normas legales pueden ayudar a encontrar una solución si, de un lado, sientan objetivos a lograr, recomiendan políticas y programas especí?cos, crean canales apropiados para esas políticas y esos programas y, de otro, proveen al mercado de trabajo medidas tangibles y medios para evaluar su efectividad.

Existen dos tipos de medidas: las primeras son a corto plazo, las otras están dirigidas a preparar el terreno para una política activa de empleo en el más largo plazo. Todas ellas, sin embargo, buscan descubrir lo que se considera un equilibrio satisfactorio entre los intereses divergentes de los empleadores y los buscadores de trabajo.

En estas páginas daremos una mirada a los instrumentos adoptados con ese fin. Consideran las normas de la OIT sobre políticas sociales y estimulación del trabajo (1), servicios de empleo (2), terminación del empleo (3), y el rol de la seguridad social en una política de empleo (4). Veremos que los beneficios de la seguridad social (algunas veces concebidos como una compensación si el derecho a trabajar no puede ser logrado “en especie”) pueden estar atados a una obligación de aceptar cualquier empleo adecuado.



## 2.1. Políticas sociales y estimulación del trabajo

El Convenio No. 122 de 1964 es el principal instrumento de referencia de la OIT sobre política social. Se suplementa con dos recomendaciones: la Recomendación No. 122 adoptada el mismo año y la Recomendación No. 169 adoptada en 1984. Además, varios otros instrumentos se refieren de un modo u otro a la formulación e implementación de la política de empleo: el Convenio No. 142 y la Recomendación No. 150 (1975) sobre el desarrollo de los recursos humanos; el Convenio No. 88 y la Recomendación No. 83 (1948) sobre servicio de empleo; y el Convenio No. 168 y Recomendación No. 176 (1988) sobre promoción del empleo y protección contra el desempleo.

Los instrumentos son muy amplios en su alcance e interesan “a todas las personas disponibles y que busquen trabajo”, para citar al Convenio No. 122.<sup>19</sup> El objetivo principal que se fija para los Estados ratificantes es una política activa designada a fin de promover empleo completo, productivo y libremente elegido. Pide a los Estados que tomen las medidas necesarias –incluyendo la consulta a los círculos interesados– para hacer esa política efectiva.

Las dos recomendaciones sucesivas especifican los objetivos generales de una política de empleo. La primera –No. 122– enumera las medidas generales y selectivas que propone y destaca las políticas a ser adoptadas (inversión e ingreso; promoción del empleo industrial y rural, crecimiento de la población, acción por parte de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, acción internacional). Contiene un anexo con sugerencias sobre métodos de aplicación. La Recomendación No. 169 completa el cuadro con disposiciones sobre empleo de personas jóvenes y desamparadas o grupos de gente, sobre tecnología y políticas de desarrollo regional, sobre el sector informal y pequeños negocios, inversión programas de trabajos públicos. Contiene también párrafos sobre política poblacional, cooperación económica internacional y migración.

En 1998, la OIT adoptó otra Recomendación, No. 189, sobre creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas. La Recomendación trata sucesivamente de la política y el marco legal, del desarrollo de la cultura de empresa y de un servicio efectivo de infraestructura así como –temas recurrentes de la OIT– del papel de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de la cooperación internacional.

Como podemos ver, la mayoría de las normas propuestas son macroeconómicas. De allí la dificultad de supervisar su aplicación. La forma de preparar los informes periódicos sobre la aplicación del Convenio No. 122 comprende preguntas sobre las relaciones entre los objetivos de las políticas de empleo y

<sup>19</sup> Artículo 1, párrafo 2.

otros objetivos sociales y económicos. Se refiere expresamente a políticas generales y sectoriales de desarrollo y a medidas adoptadas, por ejemplo, en términos de inversiones, políticas fiscal y monetaria, comercio, precios, ingresos, salarios y desarrollo regional. También considera temas relativos a políticas de educación, formación y de mercado de trabajo.

Esto confirma que numerosos aspectos de la política de empleo se encuentran más allá de la inmediata competencia de las administraciones del trabajo y que es sensato comprometer otras administraciones gubernamentales e instituciones (planificación económica, finanzas, estadísticas, etc.) en la aplicación de un convenio.

Las dificultades económicas actuales, los últimos desarrollos económicos, la creciente interdependencia de las economías nacionales, todo hace más difícil lograr los objetivos del Convenio No. 122. En muchos casos, la internacionalización de las estructuras económicas limita el margen de maniobra de los gobiernos. Pero no los paraliza y ellos siempre pueden tomar iniciativas para mejorar las condiciones y adaptarlas a las nuevas tecnologías. Dicho esto, una política de empleo es más que sólo términos jurídicos. Los indicadores, criterios claramente económicos de progreso, son necesarios para analizar los programas del mismo tipo.

Otros convenios tratan más abiertamente la política social e impulsan a los Estados a tomar una acción sistemática y a lanzar programas de empleo coordinados de manera apropiada. Lo hacen para un sector particular, como las plantaciones, los arrendatarios y aparceros y las cooperativas, o de modo general.

El convenio No. 117 de 1962 se refiere a normas y objetivos básicos. Fija el principio general relativo a que cualquier política debería estar dirigida al bienestar de la gente, al desarrollo y a la promoción del deseo de su parte del progreso social. El mejoramiento del nivel de vida es el principal objetivo en la planificación del desarrollo económico, y enumera una serie de medidas prácticas a ese fin. Contiene disposiciones sobre la fijación de los salarios mínimos y la protección de esos salarios, sobre la no discriminación, y acerca de educación y formación profesional, hay también varios artículos sobre trabajadores migrantes.

La Recomendación No. 193 de 2002 considera que una sociedad equilibrada requiere la existencia de sectores, público y privado, fuertes, de un importante sector cooperativo, mutualista, y de otras organizaciones sociales no gubernamentales. Fija objetivos; las cooperativas deberían servir en particular para: "a) crear y desarrollar actividades generadoras de ingresos y empleo decente y sostenible; b) desarrollar capacidades en el campo de los recursos humanos y fomentar el conocimiento de los valores del movimiento cooperativo, así como de sus ventajas y beneficios, mediante la educación y la formación; c) desarrollar su potencial económico, incluidas sus capacidades empresaria-

les y de gestión; d) fortalecer su competitividad y acceder a los mercados y al ?nanciamiento institucional; e) aumentar el ahorro y la inversión; f) mejorar el bienestar social y económico, tomando en cuenta la necesidad de eliminar todas las formas de discriminación; g) contribuir al desarrollo durable, y h) establecer y expandir un sector social distintivo de la economía, viable y dinámico que comprenda las cooperativas y responda a las necesidades sociales y económicas de la comunidad <sup>20</sup>.”

La Recomendación propone un marco legal y destaca el rol de los gobiernos, de las organizaciones profesionales y de las cooperativas. Sugiere métodos de implementación de las políticas para promover tales instituciones y alienta la cooperación internacional.

Dos instrumentos de la OIT versan sobre los servicios sociales para los trabajadores y la vivienda. La Recomendación No. 102 de 1956 discute las facilidades que deben ser otorgadas a los asalariados de empresas públicas y privadas<sup>21</sup> en términos de comidas, descanso (asientos y salas de descanso), recreación y transporte. La Recomendación No. 115 de 1961 se aplica a la vivienda “de los trabajadores manuales y no manuales, incluidos los trabajadores independientes y las personas de edad avanzada, las acogidas al retiro o la jubilación y las físicamente incapacitadas”. De?ne los objetivos de una política nacional de vivienda y la responsabilidad de las autoridades públicas a ese respecto. Trata sucesivamente las cuestiones relativas a la vivienda provista por empleadores, el ?nanciamiento de los programas de vivienda, el nivel de las viviendas, medidas para promover la e?cacia en la industria de la construcción, el vínculo entre la construcción de la vivienda y la estabilización del empleo y la plani?cación en el pueblo, el país y la región. Contiene sugerencias sobre los métodos de aplicación de los principios que establece.

## 2.2. Servicios de empleo

Al principio, los servicios públicos de empleo se dedicaban esencialmente a la orientación profesional y a los desempleados. Desarrollándose, sus actividades se volvieron más sistemáticas: clasi?cación de las profesiones, análisis de los puestos de trabajo, búsqueda y distribución de información sobre reclutamiento. En la medida que el Estado asumió, en varios países, un rol más signi?cativo en los terrenos económicos y sociales, se adoptaron nuevas vías de acción. Luego de la Segunda Guerra Mundial en particular, el objetivo de muchos gobiernos fue el pleno empleo y esto los impulsó a actuar –o a tratar de hacerlo – como reguladores del mercado de trabajo; en realidad, los resultados Åuctuaron con la salud económica de cada país. En los años sesenta, los

<sup>20</sup> Parágrafo 4.

<sup>21</sup> Excluyendo trabajadores de la agricultura y del transporte marítimo

Estados expandieron sus campos de acción e integraron esas actividades en sus políticas y programas generales<sup>22</sup>.

Las normas laborales redactadas por la OIT en este tema reflejan esos desarrollos. En 1948, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Convenio No. 88 sobre servicio de empleo y la Recomendación suplementaria No. 83; ambos instrumentos consideran al pleno empleo como el resultado natural de un mercado de trabajo racionalmente organizado. En 1964, el Convenio No. 122 y la Recomendación No. 122 sobre política de empleo invitaron a los Estados a asumir programas de acción de largo alcance. La tendencia continuó, colocando el acento de modo creciente en la política global y activa. La Recomendación No. 158 de 1978 sobre la administración del trabajo destacó la necesidad de coordinación entre los servicios de empleo, los programas para crear y promover empleos, la orientación y la formación profesionales y los regímenes de prestaciones por desempleo. Aunque en cierta medida repitió los términos de los instrumentos de 1948, la Recomendación enfatizó que los servicios, sistemas y programas debían ser implementados por medio de políticas generales. La Recomendación No. 169 de 1984 completó el arsenal de medidas adelantadas por la OIT.

En los años noventa, sin embargo, la tendencia del Estado ha sido la de retirarse. Esto encendió nuevamente la discusión acerca de si las agencias de colocación debían ser gestionadas pública o privadamente. El punto nunca fue verdaderamente decidido aunque aquellos que están a favor de prohibir las oficinas privadas por una cuestión de principios dominaron y la situación hoy se ha revertido. En 1933 –durante la gran crisis económica– la OIT adoptó un convenio (el No. 34) sobre agencias retribuidas de colocación en el que se estipulaba que tales agencias debían ser abolidas a los tres años de la entrada en vigencia del Convenio para el Miembro interesado. El Convenio, sin embargo, fue considerado demasiado rígido y revisado en 1949 por un nuevo convenio (el No. 96) que dejó a los Estados ratificantes la opción de prohibir la existencia de tales agencias (Parte II) o de regular su actividad (Parte III). Durante gran parte del siglo XX, en consecuencia, las autoridades públicas jugaron una participación activa en la colocación de trabajadores de modo de poner un freno, inicialmente, a abusos bien conocidos. Muchos países prohibieron las agencias privadas de empleo, dando al Estado un monopolio.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> S. Ricca, *Introduction to public employment services* (Ginebra), OIT, 1994, p. 5 *et seq.*; OIT, *Strategies developed by the Public Employment Service in response to structural changes in the labour market*, Acts of the Interregional Technical Meeting (WAPES/ILO, 23–24 enero 1997), OIT, Ginebra, 1997.

<sup>23</sup> Documento GB.25/2/1 del Consejo de Administración, Noviembre 1992, para. 88 *et seq.*; Conferencia internacional del Trabajo (81a sesión, 1994), *The role of private employment agencies on the functioning of labour markets*, informe VI (Ginebra), OIT, 1994

El debate continuó. Las dudas expresadas sobre la eficacia de ciertas agencias públicas de empleo fueron obviamente un aspecto, las prácticas de ciertas agencias privadas otro. En 1997, la Conferencia Internacional del Trabajo finalmente adoptó un nuevo Convenio (el No. 181) y una recomendación suplementaria (No. 188) sobre agencias privadas de empleo permitiendo a estas últimas operar mientras protejan a los trabajadores interesados de posibles formas de abuso.

Los nuevos instrumentos definen el término “agencia de empleo privada” como “toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

- servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;
- servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución;
- otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.”

El Convenio No. 181 considera casos en los que las partes de la relación laboral son ya la agencia privada misma, ya la empresa usuaria. En el último caso en particular, la legislación y práctica nacionales deben especificar las respectivas responsabilidades de la agencia y de la empresa. El artículo 12 lo estipula con respecto a un amplio espectro de temas: negociación colectiva, salarios mínimos; horas de trabajo, jornada y otras condiciones de trabajo; beneficios legales de seguridad social, acceso a la formación; seguridad y salud en el trabajo; indemnización en caso de accidentes o enfermedades del trabajo; compensación en caso de insolvencia y protección de los reclamos de los trabajadores; maternidad y protección parental y beneficios.

El Convenio prohíbe recurrir a las agencias privadas para ciertas categorías de trabajadores y ciertas ramas de actividad; también autoriza la exclusión de ciertos trabajadores del ámbito del convenio siempre que “se garantice por otros medios a los trabajadores en cuestión una protección adecuada”. La Recomendación No. 188 agrega que las agencias privadas no deben proveer trabajadores a las empresas a fin de reemplazar otros que se encuentren en huelga.

La Recomendación llama a los Estados a combatir las prácticas publicitarias desleales y los avisos engañosos, incluyendo aquéllos relativos a trabajos

inexistentes, y requiere de las agencias que no recluten trabajadores para empleos que supongan peligros o riesgos inaceptables. Recomienda que el contrato se celebre por escrito. El Convenio por su parte, solicita que las agencias no carguen directa o indirectamente, en todo o en parte, cualquier estipendio o costo a los trabajadores.

Varios de los artículos del Convenio versan sobre la protección de los trabajadores reclutados por la agencia. Esas garantías atañen a derechos laborales fundamentales (libertad sindical y derecho a negociar colectivamente, igualdad de oportunidades y de trato, inexistencia de trabajo infantil) y al procesamiento de los datos personales (los que deberían limitarse a temas relativos a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores interesados y cualquier otra información directamente relevante). La Recomendación específica que las agencias deberían almacenar tales datos sólo por el tiempo que se justifique y que los trabajadores deberían poder obtener y examinar una copia de los datos y corregir cualquier error. Salvo los directamente relevantes a los fines de los requerimientos de una ocupación particular y con el expreso permiso del trabajador interesado, las agencias no deberían requerir, mantener o usar la información relativa al estado médico de un trabajador.

El Convenio requiere adecuada protección de los trabajadores por parte de las agencias en todas las principales áreas del derecho del trabajo y de la seguridad social ya mencionadas con relación a las responsabilidades que esas agencias comparten con las empresas usuarias. Los trabajadores migrantes también deben recibir suficientes salvaguardas. La legislación nacional debe asegurar adecuados sistemas y procedimientos, incluyendo a las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas, para que se investiguen las quejas, los abusos alegados y las prácticas fraudulentas relativas a las actividades de las agencias privadas de empleo.

Varias legislaciones buscan prevenir que agencias inescrupulosas recurran a prácticas censurables y estipula, por ejemplo, las condiciones para la entrega y revocación de las licencias para operar y la posibilidad para las agencias legalmente reconocidas de formar una asociación o federación. El artículo 3 del Convenio establece que el status legal de las agencias privadas de empleo debe ser determinado de acuerdo con la legislación y práctica nacionales, luego de consultar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas; las condiciones que gobiernan la operación de las agencias privadas de empleo están en principio determinadas de acuerdo con un sistema de licencia o certificación.

Aún se debe determinar la naturaleza de la relación entre tales agencias, cualquier autoridad regulatoria y los servicios públicos de empleo (o cualquier otro regulador público del mercado de trabajo). Este es el tema del artículo 13 del Convenio. Las agencias privadas de empleo deben proporcionar a las

autoridades públicas la información que les sea requerida, con respeto de la naturaleza confidencial de tal información, para estar en conocimiento de la estructura y actividades de tales agencias y con fines estadísticos. Las autoridades competentes compilan esa información y, a intervalos regulares, la hacen públicamente disponible. De acuerdo con la Recomendación, la cooperación entre los servicios públicos de empleo y las agencias privadas puede incluir: "a) la puesta en común de informaciones y la utilización de una terminología común para mejorar la transparencia del funcionamiento del mercado de trabajo; b) intercambios de anuncios de vacantes; c) la promoción de proyectos conjuntos, por ejemplo en materia de formación; d) la conclusión de convenios entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas sobre la ejecución de ciertas actividades, tales como proyectos para la inserción de los desempleados de larga duración; e) la formación del personal; f) consultas regulares dirigidas a mejorar las prácticas profesionales."

El Convenio establece que la cooperación, más generalmente, se basa en el principio según el cual las autoridades públicas retienen la autoridad final para formular la política en materia de mercado de trabajo y para utilizar o controlar el uso de los fondos públicos destinados a la implementación de tal política. Sería sin duda difícil imaginar la completa privatización de los servicios de empleo, en particular de aquellos que participan en las estrategias del gobierno para combatir el desempleo.

Los Estados también tienen la obligación, si ratificaron el Convenio No. 88 de la OIT, de mantener y asegurar el mantenimiento de un servicio público gratuito para este fin. La disposición ya estaba contemplada en el Convenio No. 2 sobre desempleo, de 1919. El Convenio No. 88 apunta particularmente a reforzar y aumentar la eficacia de los servicios públicos de empleo nacionales. Con la Recomendación No. 83, pide que se mejore la información sobre el mercado de trabajo y orientación profesional; estimula las actividades que promuevan la movilidad geográfica y ocupacional.

Los representantes de los empleadores y de los trabajadores deben asociarse en el funcionamiento de tales servicios y en la política para su implementación.

Las administraciones del trabajo actúan sobre los mecanismos que regulan el mercado de trabajo. Lo hacen de diferentes maneras: a través del otorgamiento de permisos de transporte y bonos para movilidad, a través de subsidios a los costos que insume la búsqueda de un nuevo empleo, y por medio de la concesión de subsidios especiales a los trabajadores considerados como una prioridad, a través de prácticas profesionales, asesoramiento a empresas, propiedades teniendo en vista la colocación, etc. Varias de esas tareas son parte de la misión básica del Estado moderno.

Las administraciones del trabajo, o unidades más especializadas, están a

cargo de la readaptación profesional y de la promoción del reclutamiento de personas inválidas, como se expresó en otros convenios de la OIT y en una recomendación<sup>24</sup> que destaca el vínculo entre la formación, la readaptación y la colocación de esos trabajadores con desventajas y el sistema de seguridad social.

En términos de colocación en general, la legislación de numerosos países requiere que los buscadores de empleo reúnan ciertas condiciones, tales como la aceptación de un trabajo con un número mínimo de horas por semana, de modo que puedan registrarse en las oficinas públicas.

### 2.3. Despido

El despido no es el único medio de romper una relación de empleo, pero es el más frecuentemente utilizado y la mayor parte de lo que sigue, en consecuencia, se refiere a él.

La relación de empleo también puede terminar porque su término fue fijado por anticipado. Siempre se ha considerado que dar al trabajador un plazo de trabajo le permite planificar su futuro, pero existe el riesgo de abuso: su extensión puede ser muy breve, y la utilización de sucesivos contratos a plazo fijo puede ser un modo de evitar la protección concierne al despido. El Convenio No. 158 de 1982, demanda garantías adecuadas contra esos procesos. La Recomendación No. 166, que lo suplementa, enumera las medidas a ese fin: limitación del recurso a los contratos por plazo determinado a los supuestos en los que la relación de empleo no pueda ser de duración indeterminada (debido a la naturaleza del trabajo a ser realizado o a las circunstancias bajo las cuales debe ser realizado o a los intereses del trabajador); en los otros casos, asimilar los contratos por un período de tiempo específico a contratos de trabajo de tiempo indeterminado, o hacerlo cuando son renovados en una o más ocasiones. Muchos países tienen leyes y regulaciones con disposiciones de este tipo; la regla ha sido también establecida en algunos casos por la jurisprudencia. Sin embargo, el interés por impulsar este tipo de trabajo a fin de combatir el desempleo ha conducido a más de un legislador a liberalizar el recurso a los contratos de plazo determinado, como en Francia, Alemania o España.

Debe recordarse asimismo que el asalariado también puede terminar unilateralmente su contrato de empleo. De lo contrario, existirían formas de trabajo forzoso, tales como las que prohíben varias leyes civiles derivadas del Código de Napoleón que establecen que los servicios de uno pueden ser contratados sólo por un tiempo o para una empresa específica. En principio, los procedimientos son los mismos, no importa qué parte tome la iniciativa de romper

<sup>24</sup> Ver en particular el convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) (No. 159) y la recomendación (No. 168), 1983.



la relación; los trabajadores habitualmente deben dar un preaviso más breve.

El Convenio No. 158 y la Recomendación No. 166 versan sobre la ?nalización del empleo, su justi?cación y los procedimientos a seguir. Se aplican, en principio, a todos los asalariados, excepto aquéllos que acabamos de mencionar: trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por período determinado de tiempo o una tarea especi?ca, trabajadores que prestan servicios a prueba y aquéllos contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración.

El Convenio distingue entre despidos vinculados con la capacidad o la conducta del trabajador y aquéllos basados en requerimientos de la empresa o del servicio. Por supuesto, lo que debe considerarse no son las razones esgrimidas sino los motivos reales del despido; depende del juez, cuando el caso es llevado ante él, discernir en dónde reside la verdad.

Ese comentario vale en particular respecto de las razones que no pueden ser invocadas para justi?car un despido. Existen, básicamente, dos tipos de esas razones: la primera involucra a la discriminación de algún tipo, las otras están basadas en el ejercicio de algún derecho por parte del trabajador.

El Convenio No. 148 y la Recomendación No. 166 definen a la primera categoría del modo que sigue: afiliación o participación en actividades sindicales “fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”; ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; presentar una queja o participar en procesos contra el empleador alegando violaciones de leyes o reglamentos; raza, color, sexo, estado civil, responsabilidades familiares, embarazo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social; edad, “sin perjuicio de la legislación y la práctica nacionales con respecto a la jubilación”.

La segunda categoría comprende: licencia por maternidad; ausencia del trabajo debida a enfermedad o accidente (el Convenio especi?ca que la definición de lo que constituye ausencia temporaria del trabajo, la medida en que se exigirá certificado de trabajo y las posibles limitaciones deben ser determinadas en el ámbito nacional); servicio militar y otras obligaciones cívicas.

Las leyes y las reglamentaciones de muchos países prohíben los despidos sobre esas bases.

Las razones personales para los despidos conducen al empleador a considerar que es imposible continuar con la relación de empleo. Los motivos económicos tienen que ver con los beneficios de la empresa; afectan a los trabajadores individualmente y como grupo; en el último caso, la decisión adquiere una dimensión especial.

Diferentes pasos se pueden seguir para prevenir los despidos colectivos o a fin de limitar sus efectos. En países como Francia y Alemania (donde los comités de trabajo juegan un papel decisivo) la ley determina el establecimiento de

verdaderos planes sociales. Empresas de inserción han sido instaladas en ambos países. La Recomendación de la OIT No. 166 de 1982 sobre terminación del empleo expresamente sugiere una serie de pasos a seguir. El más común es el congelamiento de las contrataciones, la no renovación de los contratos temporarios, transferencias, ubicación en empleos alternativos (con readaptación y/o asistencia por movilidad según se requiera), licencias temporarias, trabajo a tiempo parcial, retiro temprano o gradual, retiro voluntario (con o sin prima), reducción de horas extra, etc. En Japón, los tribunales se aseguran que el empleador haya utilizado esos procedimientos para retener al personal antes de considerar que los despidos económicos son válidos<sup>25</sup>.

Como lo sugiere la Recomendación No. 166, las leyes nacionales habitualmente establecen anticipadamente los criterios a partir de los cuales los trabajadores afectados deben ser seleccionados, su orden de prioridad y su número relativo, sopesando los intereses de la empresa o servicios y aquéllos de los trabajadores. Los criterios más frecuentemente utilizados son la antigüedad, las calificaciones profesionales, la capacidad personal y la situación familiar. Otros incluyen la nacionalidad, edad o pertenencia a una categoría protegida (representantes de los trabajadores, inválidos, veteranos).

Si el empleador reduce la fuerza de trabajo, varias leyes y convenios colectivos imponen, en consonancia con la Recomendación, prioridad en la recontractación con ciertas condiciones. Además, la Recomendación No. 166 menciona dos tipos de medidas de uso habitual en estos días a fin de atenuar los efectos de tales despidos: indemnización, que luego estudiaremos, y asistencia en la búsqueda de otro empleo adecuado.

Los procesos a seguir son, en términos generales, un aspecto importante de la protección dada a los trabajadores despedidos. De acuerdo con el artículo 11 del Convenio No. 158, tales trabajadores tienen derecho a un “plazo de preaviso razonable” o, en su lugar, a una indemnización, salvo que sean culpables de una falta seria; esto se refiere a una falta de tal naturaleza que tome irrazonable requerirle al empleador que continúe empleando al trabajador durante el plazo de preaviso. Este plazo pretende permitir a los trabajadores comenzar a buscar otro empleo. Muchas leyes proveen facilidades a ese fin, en particular, como lo sugiere la Recomendación No. 166, tiempo libre sin pérdida de salario durante lapsos convenientes para ambas partes.

<sup>25</sup> Ver K. Sugeno: *Japanese Employment and Labor Law*, Durham, Carolina Academic Press, 2002, p. 479 *et seq.*; H. Nakakuto, ‘The 2003 Revision of the Labor Standards Law: Fixed-Term Contracts, Dismissal and Discretionary-work schemes’, *Japan Labor Review*, Vol. 1 (2), primavera 2004, pp. 4–25. El empleador puede incluso recibir dentro de ciertos límites, una asignación con miras a la formación de los trabajadores interesados y a mantenerlos en la empresa; ver T. Araki, *Labor and Employment Law in Japan*, Tokyo, The Japan Institute of Labor, 2002, p. 25 *et seq.* Con relación a Francia: G. Lyon-Caen: ‘Le contenu du contrat de travail’, *Les cahiers de relations professionnelles*, No. 10, Feb. 1995, pp. 22–23.

Ambos instrumentos explican claramente las medidas que deben ser tomadas antes o durante la terminación del empleo; tales medidas se repiten en las leyes nacionales. Toman, por ejemplo, la obligación del empleador, si el despido tiene que ver con la persona del trabajador, de dar una advertencia previa. El asalariado tiene el derecho de defenderse. Sea inmediatamente o luego del plazo de preaviso, una ruptura no voluntaria requiere una notificación en la que se indique la decisión del empleador de poner fin al contrato; muchos países requieren que ese aviso unilateral sea dado por escrito, a menudo con mención de la fecha de terminación, las razones para ello, y las disposiciones legales sobre el tema (incluyendo la posibilidad de apelar); los plazos de preaviso son a veces objeto de reglas detalladas. Por último, el trabajador despedido puede requerir habitualmente al empleador que le entregue un certificado de trabajo indicando solamente, como se estipula en la Recomendación No. 166, “las fechas de comienzo y de terminación de la relación de trabajo y la naturaleza de las tareas que desempeñaba”; sin embargo, “y a requerimiento del trabajador, podría incluirse una evaluación de su conducta y de su trabajo en ese mismo certificado o en un segundo certificado”.

El Convenio y la Recomendación indican procedimientos a seguir antes o contra el despido: recursos internos que pueden involucrar a los representantes de los trabajadores se complementan con quejas ante organismos externos a la empresa o servicio público y que son habitualmente un tribunal o una junta de árbitros. Si el trabajador pierde su empleo por motivos económicos, numerosas leyes y convenios colectivos, y el derecho europeo, requieren la consulta previa a los representantes de los trabajadores y la notificación a las autoridades públicas, de acuerdo con los artículos 13 y 14 del Convenio. Las leyes de algunos países van aún más lejos y requieren autorización previa de la administración del trabajo o de un cuerpo colegiado, sujeta a apelación judicial.

El trabajador puede encontrar difícil probar que el despido es ilegal. Las leyes de algunos países desplazan la carga de la prueba, otras requieren que los jueces o los árbitros basen sus fallos en lo concerniente a las razones del despido en los elementos provistos por ambas partes. Ambos procedimientos están de conformidad con el artículo 9 del Convenio.

Cuando un Tribunal o una Junta Arbitral considera que el despido ha sido injustificado puede anularlo y/u ordenar que el trabajador sea reinstalado. Esa decisión, que generalmente incluye el pago de los salarios perdidos, es obviamente difícil de ejecutar en la práctica. De allí que, varios países, meramente obliguen al empleador a pagar una indemnización. Ambas fórmulas concuerdan con los términos del artículo 10 del Convenio. La solución adoptada varía de país en país y de caso en caso; la indemnización puede ser una suma global (calculada sobre la base del salario previo y la antigüedad), constituye una reparación completa de los daños sufridos (en algunos casos sólo si la ley ha sido violada) o es dejada a la discreción del juez.

En concordancia con el artículo 12 del Convenio, la costumbre, los convenios colectivos y los contratos individuales han introducido gradualmente el concepto de indemnización por cese de empleo. Este tipo de indemnización es ahora parte de las leyes y las reglamentaciones de muchos países, sujeta al principio de que no haya existido una falta seria de parte del trabajador y a veces sólo si se con?gura una reducción del personal.

Ya en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1995, los empleadores señalaron que las condiciones impuestas por el Convenio No. 158 eran difíciles y restrictivas. La mayoría de los Estados Miembros dijo que había establecido alguna otra forma de protección contra el despido, aunque la protección así otorgada era a menudo menos intensa que la prevista por el Convenio. Mientras que era del interés de los empleadores mantener su personal, especialmente aquellos trabajadores a los que habían formado, también tenían que poder adaptarse a los cambios operativos y económicos. Cualquier protección que fuera más allá de la prohibición del despido arbitrario, agregaron, obstaculizaba su capacidad de actuar adecuadamente. Fueron especialmente críticos del artículo 9 (carga de la prueba) y 12 (indemnización por cese).<sup>26</sup> Su punto de vista no fue compartido por los delegados de los trabajadores.

Aún hoy no existe un punto de vista común sobre el tema. Se puede observar sin embargo en algunos países europeos en particular, una tendencia a levantar la obligación de justificar el despido u a limitar los recursos judiciales a cambio de una indemnización más generosa que privilegie la seguridad material sobre el control de los motivos de la ruptura.

¿Qué sucede si el empleador quiebra? En 1992 la OIT ?jó dos modos de proteger los reclamos de los trabajadores: por medio de un privilegio y a través de una institución de garantía.

Acordar una preferencia a ciertos acreedores constituye una práctica jurídica de muchos años; ellos son pagados con los activos del deudor insolvente antes que otros, no privilegiados, que pueden ser pagados a prorrata. El Convenio No. 173 y la Recomendación No. 180 mencionan las principales deudas privilegiadas: salarios y otras sumas debidas (vacaciones pagadas, ausencias retribuidas, indemnizaciones por ?n de servicio, otras indemnizaciones, seguridad social y premios de seguros, etc.) Establecen que la protección por medio de privilegios de los reclamos de los trabajadores puede ser limitada a un monto determinado, pero el Convenio requiere que los reclamos de los trabajadores tengan un rango alto.

El privilegio para el pago de los salarios no es un invento nuevo. En Europa continental, por ejemplo, fue introducido por el Antiguo Régimen. El Có-

<sup>26</sup> A. Wisskirchen and Ch. Hess, *Employers' handbook on ILO standards-related activities* (Ginebra), OIT 2001, p. 11.

digo de Napoleón estableció el privilegio para los salarios de los servidores domésticos y la ley de bancarrotas lo extendió a los trabajadores manuales y empleados. El derecho del trabajo a menudo consolidó y luego extendió ese tipo de protección. Los países con sistema de common-law reaccionaron más lentamente y menos ampliamente, y el derecho en esos países no se encontraba inicialmente tan desarrollado en este punto.<sup>27</sup>

El segundo medio consiste en crear una institución que garantice los pagos de los reclamos de los trabajadores en casos en los que el empleador insolvente no pueda afrontarlos. Algunos fondos fueron creados con ese propósito en Europa occidental, y Bélgica jugó un papel pionero en los años '60. El Convenio de la OIT más arriba mencionado <sup>?</sup>jó un límite a los reclamos así protegidos (esencialmente el mismo que para los privilegios). La Recomendación establece los principios de tales fondos, los que, debe ser dicho,<sup>28</sup> son similares a los de los regímenes de seguridad social: son obligatorios, trabajan sobre la base de la solidaridad, y son gestionados por instituciones que son, desde el punto de vista administrativo, <sup>?</sup>nanciero y legal, independientes. En Israel y en Suiza, el fondo de garantía es una parte integral del sistema de seguro social.

El privilegio aún es el método más común de proteger los reclamos de los trabajadores. El derecho europeo ha elegido solamente la otra opción<sup>29</sup>. Los fondos de garantía no constituyen soluciones milagrosas. No sustituyen totalmente los privilegios porque la duración del empleo y el importe tomados en consideración quedan limitados. También suponen instituciones <sup>?</sup>nancieras sólidas y bien administradas que muchos Estados no tienen la capacidad de crear inmediatamente<sup>30</sup>. Sin embargo, el mecanismo resulta el más e<sup>?</sup> caz, por la seguridad de pagamiento que otorga, en los países que pueden instituirlo.

Además, los trabajadores despedidos pueden recibir un ingreso proveniente del seguro de desempleo y ayuda a los desempleados. Algunos países obligan al empleador a noti<sup>?</sup> car los despidos a los fondos de seguridad social.

<sup>27</sup> Ver CIT (78<sup>o</sup> sesión, 1991), *Informe V(i)*, (Ginebra), ILO, 1990, p. 20.

<sup>28</sup> Ver también, A. Bronstein, 'The protection of workers' claim in the event of the insolvency of their employer. From civil law to social security', ILR, Vol. 126(6), Nov.-Dic. 1987, pp. 715-731; ver también J.V. Gruat: *Les problèmes des régimes de protection des salariés en cas de faillite de l'entreprise (étude comparative); protection contre le chômage et politique de l'emploi*, Documentation de sécurité sociale, Série européenne, No. 5 (Ginebra), ISSA, 1981, pp. 171-196.

<sup>29</sup> La Directiva europea No. 80/ 987 del 20 de octubre de 1980 también trata sobre este tema.

<sup>30</sup> Ver Conferencia internacional del Trabajo, (91a sesión, 1991), *Informe general de la Comisión de Expertos sobre la aplicación de los convenios y de las recomendaciones*, informe III (parte 1B) (Ginebra, OIT), 2003, §§ 351-353.

#### 2.4. Beneficios por desempleo y empleo

Transferir parte de la protección social de la empresa a la sociedad, recurrir al impuesto en vez de a cargas empresariales es probablemente inevitable a largo plazo cuando leyes muy estrictas inducen a las empresas a utilizar medidas indirectas para obtener o conservar la misma libertad. Sería mucho más grave reducir sensiblemente los beneficios de la seguridad social, incluso del desempleo. Más allá de sus efectos en la lucha contra la pobreza, debilitaría el consumo de productos y servicios, provocando un círculo vicioso que afectaría a las empresas que los producen, incluso a sus puestos de trabajo y, finalmente, la riqueza del país entero. La recomendación núm. 202 adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2012 sobre los pisos de protección social subraya “que la seguridad social es una inversión en las personas que potencia su capacidad para adaptarse a los cambios de la economía y del mercado de trabajo y que los sistemas de seguridad social actúan como estabilizadores sociales y económicos automáticos, ayudan a estimular la demanda agregada en tiempos de crisis y en las etapas posteriores y ayudan a facilitar la transición hacia una economía más sostenible”. No se podría decir mejor que un progreso económico duradero implica un mínimo de justicia social.

Los programas de empleo deben, para ser eficaces, articularse con el sistema de seguridad social vigente, en primer lugar con las prestaciones por desempleo que existan. El Convenio No. 168 de 1988 sobre promoción del empleo y protección contra el desempleo insiste en que dichas políticas deben estar apropiadamente coordinadas. El artículo 14 sienta el principio según el cual en casos de completo desempleo, los beneficios deben ser provistos en forma de pagos periódicos calculados de tal manera que le otorguen al beneficiario un reemplazo parcial y transitorio de su salario y, al mismo tiempo, evitar la creación de desincentivos al trabajo o a la creación de empleo.

Si bien es verdad que algunos economistas sostienen que la suma pagada por prestaciones por desempleo desincentivó la búsqueda de trabajo, la afirmación, no importa cuán relevante sea, es de menor valor práctico cuando los trabajos son escasos y los buscadores de empleo muchos. En cualquier caso, el artículo 21 del Convenio No. 168 permite que el beneficio sea rehusado cuando la persona interesada se niega a aceptar un empleo adecuado; esta condición es habitualmente idéntica en el derecho nacional.

Los métodos para proveer las prestaciones por desempleo, dice el Convenio, deben contribuir a la promoción del empleo “pleno, productivo y libremente elegido” y no disuadir a los empleadores de ofertar y a los trabajadores de buscar empleo productivo. Un ejemplo signficativo es Japón, donde los empleadores en dificultades pueden recibir diferentes tipos de subsidios a fin de evitar despedir a los trabajadores; los fondos utilizados a ese fin provienen

solamente de las contribuciones de los empleadores a un régimen de seguro de desempleo<sup>31</sup>.

La Recomendación No. 176 de 1988, por su parte, enumera medidas para ser tomadas en respuesta a la misma preocupación: asistencia a la movilidad profesional (es el caso de España), acceso sencillo a trabajos temporarios (los Países Bajos), impulso a los desempleados para que inicien sus propios negocios o se involucren en otra actividad económica (Italia, Suecia), ayuda a trabajadores que deseen regresar voluntariamente a sus países (Francia), inversión de las reservas acumuladas por los regímenes legales de pensiones y los fondos de previsión y aquéllos regímenes privados de pensiones, con miras a fomentar el empleo (“a reserva de las garantías necesarias en cuanto a seguridad y rendimiento de las inversiones realizadas”), la progresiva introducción de servicios a la comunidad, incluyendo servicios de atención a la salud (“?nanciados con las cotizaciones de la seguridad social o con otros recursos”). En algunos países como Grecia y Hungría, los trabajadores desempleados que reciben beneficios pueden ser obligados a tomar cursos de formación profesional.

El primer convenio de la OIT sobre desempleo –Convenio No. 2 de 1919, el año en que fue fundada la Organización– requería a los Estados proporcionar información, estadística u otra, y abrir agencias gratuitas de empleo. Contiene una obligación adicional que promueve la movilidad internacional de los trabajadores: los Estados que establecieron sistemas de seguro contra el desempleo deben, de acuerdo a los términos acordados entre los Miembros interesados, hacer arreglos en los que los trabajadores pertenecientes a un Miembro y trabajando en el territorio de otro sean admitidos con los mismos niveles de beneficio que los pertenecientes a este último.

En las leyes y reglamentaciones de muchos países, y en el convenio más arriba mencionado, se le presta especial atención a la colocación de las personas en una situación desfavorecida. Entre ellos, los inválidos, ocupan un lugar especial. A menudo la legislación versa sobre el caso difícil de la gente joven desempleada, cuyo desempleo tiende a generar verdaderos problemas sociales. El Convenio No. 168 también se refiere a las mujeres, los trabajadores de edad mayor, el desempleo de largo plazo, los emigrantes regulares y los trabajadores afectados por cambios estructurales. Los habitantes de regiones deprimidas a veces se benefician con programas de empleo especiales, incluyendo los de la Unión Europea.

Los modos de hacer efectivas esas políticas varía: algunos son legislativos, otros consensuados, otros una combinación de ambos. El artículo 3 del Conve-

<sup>31</sup> T. Araki, ‘Promotion and regulation of job creation opportunities’, informe nacional presentado en el Congreso XIV de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Seúl, 27–30 Septiembre 1994), *Reports and Proceedings*, Vol. I, Seúl, Academia Coreana de Relaciones Industriales, 1996, pp. 414–415.

nio No. 168 determina que sus previsiones deben ser implementadas en consulta y colaboración con las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Los empresarios, los asalariados y sus asociaciones, a veces pero no siempre, juegan un rol decisivo en la aplicación de los programas. En algunas ocasiones, como a menudo en Europa, las negociaciones son tripartitas y los Estados concluyen pactos sociales genuinos con las organizaciones profesionales; el valor de tales pactos es más político que legalmente obligatorio, salvo que sean repetidos en otros tipos de instrumentos.

La negociación colectiva, sea bilateral o tripartita, es un medio muy adecuado de abordar temas controversiales tales como los efectos de los acuerdos relativos al tiempo de trabajo en el empleo. Las partes siempre pueden encontrar ventajas en esos arreglos: para los trabajadores, más tiempo libre y así más oportunidades de hacer otras cosas (culturales, sociales, etc.) y tiempo de trabajo mejor adaptado a la vida familiar (incluyendo el trabajo a tiempo parcial) o jubilación anticipada si lo prefieren, etc.; para el empleador, la posibilidad de evitar despidos pero también la oportunidad de modificar el calendario de producción a fin de utilizar mucho más tiempo (con cuadrillas por turnos) máquinas costosas, etc. El Estado podría obtener, en estas discusiones, la posibilidad de influenciar el contenido de los acuerdos y obtener, en algunos casos, el respaldo de su política que es la mejor garantía de que la política triunfe. Las partes pueden asumir el riesgo de abordar temas respecto de los cuales se encuentran divididos: el recurso al tiempo extra (un modo para el empleador de evitar nuevos contratos), retiro flexible total o parcial, la posibilidad de compartir el tiempo de trabajo.

De verdad, el tema real es el requisito de la flexibilidad combinada con la indispensable naturaleza protectora de las normas laborales. El problema es agudo cuando se trata de las formas precarias de empleo. Todos están de acuerdo en que se lo trata mejor con diálogo que con confrontación, pero a veces son pocas las (buenas) intenciones de materializar las normas.

La partida del trabajador puede disparar también el derecho a otros beneficios, en particular, a una pensión por vejez (que puede ser temprana).

Esos convenios de la OIT sobre seguridad social completan los instrumentos programáticos promotores del empleo. Se completan en varios países con una forma u otra de ingreso mínimo garantizado para las personas que no tienen nada. La Recomendación No 202 de la Organización contiene propuestas concretas al respecto.

### **3. PUESTA EN VALOR DE LAS CAPACIDADES PROFESIONALES**

¿Cómo pueden las normas internacionales contribuir a la puesta en valor de las capacidades profesionales y tener un impacto positivo en las políticas



nacionales (III)? Antes de contestar esa pregunta, deberemos evocar la visión moderna de la formación y del reciclaje profesionales (I) y mirar el contenido de las normas pertinentes (II).

### **3.1. Una visión moderna del desarrollo de los recursos humanos**

Todos los estudios confirman que la formación es la mejor garantía contra el desempleo. Por supuesto, la formación no es garantía de un trabajo. El empleo, sabemos, depende de varios factores. Las habilidades profesionales son ciertamente importantes, pero otros factores, algunos de ellos económicos, también juegan un rol. Además, aun las calificaciones pueden ser mal empleadas. Una distinción deba probablemente ser realizada entre los países industrializados y los otros. No pueden tener la misma política: en los países industrializados, donde la mano de obra suele ser altamente cualificada, los problemas de empleo surgen esencialmente en términos de adaptación y conversión de cara a los cambios en el sistema de producción; en los países en desarrollo, donde la mano de obra tiende a ser pobremente cualificada, la formación tiene que apuntar a crear trabajadores cualificados y a estimular iniciativas con miras, por ejemplo, a la creación de pequeños negocios. Debe tomarse en cuenta también el sector informal.

Pero ¿quién podría negar la utilidad de unir formación con empleo? Dan testimonio de ello el sinnúmero de enfoques trazados por los gobiernos en los años recientes, alentando a los empleadores a contratar o aceptar aprendices y practicantes, en particular a través del auxilio financiero. La decisión de varios países de prolongar la educación obligatoria también hace al punto. La crisis del empleo ha impulsado a varios gobiernos a cuestionar la calidad y eficacia de sus sistemas educativos y a introducir lo que a veces constituyen reformas fundamentales que conciernen la reconversión de adultos y la formación progresiva tanto como la educación de las personas jóvenes.

Cualquier política de desarrollo de recursos humanos que intente tener resultados tangibles presupone la implementación de un esquema integrado de formación y orientación profesional que refleje las opciones hechas en términos de objetivos, estructuras, condiciones y fuentes de financiamiento. La llave del éxito de tal política es la definición de objetivos concretos y específicos para el corto y mediano plazo. En muchos países, la OIT contribuye a la ejecución de los programas relevantes en el marco de proyectos de cooperación técnica. El interés no reside tanto en formar gente para una ocupación específica como enseñar a los trabajadores cómo adaptarse a situaciones laborales inesperadas, tareas y trabajos, cómo manejarse, particularmente en los países industrializados, con las consecuencias de los cambios tecnológicos y los ajustes y reestructuraciones enderezadas a incrementar la economía. La formación

profesional debería hacer a los asalariados más polivalentes y permitirles cambiar de ocupación, aun dentro de la compañía, en el curso de sus vidas laborales. Es también un medio de introducir un grado de flexibilidad de largo plazo en la industria, comercio y oficinas.

Ninguna sociedad puede, sin encargarse de aumentar el conocimiento y las cualificaciones, fomentar la reflexión, la iniciativa y la creatividad. Resultante de las ideas de igualdad y de democracia vehiculadas por la Revolución francesa –debemos mencionar aquí Condorcet– la educación pública para todos ha sido consagrada en el curso del siglo XIX. Paralelamente los Estados prohibieron uno después del otro, el trabajo de los niños. El objetivo ha consistido en proporcionar una enseñanza básica a cada uno y permitir a los mejores, viniendo de cualquier origen social, acceder a la ciencia y a la cultura así como progresar de esta manera sobre la escala social. Este tipo de educación era general: no correspondía a la preparación para un trabajo particular. Sin embargo, una enseñanza técnica y profesional luego la ha completado.

En cambio, el aprendizaje de un trabajo u oficio al lado de un patrón se remonta a tiempos antiguos: es natural aprender una profesión con prácticas en la empresa de una persona que tiene una larga experiencia. La institución se integró durante la Edad Media en el sistema de los gremios donde los aprendices frecuentaban los maestros y los obreros confirmados, ha sobrevivido a su desaparición y ha evolucionado después de la revolución industrial.

La oposición entre las dos formas de educación -en la escuela o in situ- tiende hoy a disminuir. De hecho varios países hacen alternar en el curso de la formación clases y prácticas en empresa. Mucho más: la educación, incluso profesional, no se orienta tanto hasta un empleo específico que se puede perder o nunca obtener. Aparece más y más difícil prever los oficios o trabajos que una persona va a ejercer durante su vida. La formación técnica pretende capacitar al obrero, el empleado y el ejecutivo para adaptarse sin demasiados problemas a un cambio de empleo. También tiende a facilitar su realización, el conocimiento de sus aptitudes y, posiblemente, su ascenso social.

Alemania constituye un ejemplo de un sistema educativo moderno y eficiente que incluye prácticas profesionales. Ha retenido el interés de muchos expertos y de la Comisión Europea. Suiza tiene instituciones bastante similares.

### **3.2. Derecho internacional sobre formación y orientación profesionales**

El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales mira a la formación profesional desde dos ángulos: en términos del derecho de todas las personas a la educación (establecido en el artículo 13) y en los de las medidas que todos los Estados deben tomar (bajo el artículo 6) para asegurar el pleno disfrute del derecho a trabajar.

La OIT y la UNESCO tomaron esas disposiciones y las expandieron a instrumentos internacionales más detallados. En 1974 la UNESCO adoptó la Recomendación revisada sobre Enseñanza Técnica y Profesional; el 10 de noviembre de 1989 es adoptada una convención internacional sobre el mismo tema. En la OIT, los textos básicos en esta área son el Convenio No. 142 de 1995 y la Recomendación No. 195 de 2004, sobre desarrollo de recursos humanos. Ambas instituciones también trabajaron juntas en una recomendación de 1997 relativa a la condición del personal docente de enseñanza, que contiene varios párrafos sobre la preparación para la profesión y sobre formación posterior. Como regla, la UNESCO, trata principalmente temas de educación y organización, mientras que la OIT se encuentra más profundamente interesada en la relación entre la formación por un lado y el empleo y el trabajo por el otro.

La organización de la enseñanza técnica y profesional fue una de las medidas enumeradas en 1919 en el Preámbulo de la Constitución de la OIT. La Declaración de Filadelfia, adjuntada en 1944 a este instrumento fundamental, también se refiere a las posibilidades de formación.<sup>32</sup> Por los años setenta la OIT había adoptado una serie de recomendaciones que reflejaban los intereses de ese momento, sólo una, la Recomendación No. 99 de 1955 sobre la readaptación profesional de los inválidos, es considerada relevante en la actualidad.

Cuando la crisis del empleo golpeó a la mayoría de los países, la OIT consideró todos los problemas relativos al desarrollo de los recursos humanos y como resultado adoptó nuevos instrumentos, incluyendo, esta vez, convenios. El Convenio No. 140 sobre licencia pagada de estudios estableció en 1974 la necesidad de la educación de los adultos, y el Convenio No. 142 y la Recomendación No. 195 trató, el año siguiente, de la formación y de la orientación profesionales en una perspectiva global, como factores de desarrollo económico y social. En 1983, la OIT adoptó el Convenio No. 159 y la Recomendación No. 168 sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas;<sup>33</sup> incluyen artículos sobre adaptación y readaptación, trabajo y empleo, nivel adecuado de vida y protección social.

El Convenio No. 142 y la Recomendación No. 195 proponen una verdadera política social para el desarrollo de los recursos humanos.<sup>34</sup> El Convenio invita a los Estados a que adopten y desarrollen políticas comprensivas y coordinadas y programas de guía y formación profesionales y que establezcan un estrecho vínculo con la política de empleo. Estas preocupaciones ya se han notado. Mientras que los objetivos son ambiciosos – las políticas y los programas

<sup>32</sup> Párrafo III(c).

<sup>33</sup> El convenio y su protocolo adicional fueron adoptados el 13 de diciembre de 2006; fue abierto a la firma el 30 de marzo de 2007.

<sup>34</sup> Ver H.H. Barbagelata (ed.), *El derecho a la formación profesional y las normas internacionales*, Montevideo, CINTERFOR, 2000.

deben ser “comprensivos y coordinados”- el artículo 1 agrega que los últimos deben tomar debida cuenta del nivel de desarrollo económico, social y cultural y la relación con otros “objetivos económicos, sociales y culturales” y deben ser perseguidos por medio de métodos apropiados a las condiciones nacionales. El párrafo final establece que esas políticas y programas deberían ayudar a todos a desarrollar y usar sus capacidades para el trabajo y tomar cuenta de las necesidades de la sociedad.

El artículo requiere de los Estados, a fin de lograr esos objetivos, que establezcan y desarrollen “sistemas abiertos, flexibles y complementarios”, así como de orientación escolar y profesional y de formación profesional. Los Estados también se obligan gradualmente a extender sus sistemas de orientación profesional e información de empleo, “a fin de asegurar que se pongan a disposición de todos los niños, adolescentes y adultos una información completa y una orientación tan amplia como sea posible, inclusive por medio de programas apropiados en el caso de los minusválidos”.

Los Estados también se obligan a “extender, adaptar y armonizar” sus sistemas de formación profesional de modo de cubrir “las necesidades de formación profesional permanente de los jóvenes y de los adultos en todos los sectores de la economía y ramas de actividad económica y a todos los niveles de calificación y de responsabilidad”.

Todo Estado que ratifica el Convenio No. 140 debe formular y aplicar la política designada para promover el otorgamiento de licencia pagada por estudio con el propósito de: a) formación en todos los niveles, b) educación general, social y cívica; c) educación sindical. El artículo 1 aclara que el término “licencia pagada de estudios” significa licencia concedida a un trabajador con fines educativos por un período determinado, durante horas de trabajo y con pago de prestaciones económicas adecuadas.<sup>35</sup> Según los considerandos del Convenio, la licencia debe ser concebida en términos de una política de educación y formación continua implementada progresivamente y de manera efectiva.

El grupo de los empleadores tiene reservas sobre las obligaciones contenidas en el instrumento. Desde años, ha puesto énfasis desde 1991, en el alto nivel de los requerimientos del Convenio, que en su opinión reflejaba “el gran optimismo prevaleciente al momento de su adopción”.<sup>36</sup>

Los Convenios Nos. 142 y 140 insisten en que las organizaciones de empleadores y de trabajadores, y otras agencias interesadas, deben colaborar en la preparación y aplicación de estas políticas y programas. Las organizaciones de

<sup>35</sup> De acuerdo con el artículo 11, un período de licencia paga por estudios debería ser asimilada a un período de servicio efectivo a los efectos de determinar los derechos a beneficios sociales y otros derechos derivados de la relación de empleo.

<sup>36</sup> A. Wiskirchen and Ch. Hess, *op. cit.*, p. 9.

trabajadores han estado interesadas en los temas educativos desde que aparecieron. Comenzaron por reclamar escolarización libre y obligatoria para todos; al mismo tiempo, lucharon por prohibir el trabajo infantil. Más recientemente han reclamado formación para los adultos. Ellas mismas han fundado, a menudo, instituciones con ese fin –tales como las universidades de los trabajadores– o han buscado colocar la escuela a la luz de los requerimientos del trabajo, promoviendo las clases nocturnas.

Los empleadores habitualmente quieren trabajar con trabajadores calificados. En muchos casos han armado, solos o en grupo, sus propias estructuras de formación profesional. Las autoridades públicas, por su parte, tienen todo el interés de asociar los negocios y sus facilidades de investigación en las formas actuales de formación profesional.

Los empleadores y los sindicatos son depositarios de la formación y reconversión profesional, las que son vistas de modo creciente –en Alemania y Japón especialmente– como aspectos esenciales para la negociación colectiva. Algunos códigos laborales imponen la obligación de negociar el tema y enumerar los puntos a discutir. La cuestión da lugar a pocos conflictos. Es una de las identificadoras para el diálogo social europeo.

En la compañía o en la empresa, los comités de trabajadores o los representantes pueden habitualmente introducir el tema con la dirección. El empleador se encuentra a menudo obligado por la ley o el convenio colectivo a proveerlos de información o a consultarlos. Menos habitualmente, los comités o los representantes pueden negociar el tema o aun obtener poder genuino para co-dirigir. Por otro lado, frecuentemente existen a nivel nacional, regional o por rama de actividad, organismos informales o institucionalizados de diálogo permanente sobre esos tópicos entre las autoridades públicas y las organizaciones profesionales; ellas discuten la organización, los programas y el financiamiento, proyectan leyes y regulaciones.

Va sin decirlo que la colaboración activa entre las asociaciones de empleadores y los sindicatos sirve para hacer al sistema más flexible y para adaptar la formación a las necesidades de los usuarios.

Otros varios instrumentos de la OIT contienen disposiciones sobre formación profesional, respecto del empleo<sup>37</sup> sobre todo, para sectores específicos tales como las plantaciones<sup>38</sup> o para grupos como la gente joven.<sup>39</sup> Y hablando

<sup>37</sup> Ver por ejemplo la recomendación sobre discriminación (empleo y ocupación), 1958 (No. 111); el convenio sobre política de empleo (No. 122) y la recomendación (No. 122), 1964, y el convenio sobre promoción del empleo y protección contra el desempleo (No. 168) y la recomendación (No. 169), 1988

<sup>38</sup> Ver la recomendación sobre plantaciones, 1958 (No. 110), paras 5 a 8.

<sup>39</sup> El convenio sobre edad mínima, 1973 (No. 138) no se aplica al trabajo hecho en escuelas o en instituciones de formación ni a practicantes bajo ciertas condiciones (artículo 6).

en general, los convenios y recomendaciones laborales internacionales se aplican a los aprendices en cuanto conciernen a todas las personas empleadas u ocupadas, según el caso, en una empresa o en una determinada tarea.

Bajo los términos del Convenio No.159 y la Recomendación No. 168 que lo suplementa, el propósito de la readaptación profesional es permitir a las personas inválidas que se aseguren, retengan y avancen en un empleo apropiado y así impulsar su integración o reintegro a la sociedad.<sup>40</sup> Los Estados deben formular, implementar y periódicamente revisar la política nacional con ese fin. El artículo 3 del Convenio establece que las oportunidades de empleo para las personas inválidas deberían ser promocionadas en el mercado de trabajo abierto. Contiene un segundo componente: la igualdad de oportunidades con otros trabajadores. El artículo 4 agrega que no deben ser vistas como discriminatorias contra otros trabajadores las medidas especiales positivas dirigidas a una efectiva igualdad de oportunidades y trato.

### 3.3. Alcance de las normas

Mejorar las calificaciones profesionales no es un tema de la ley: los problemas encontrados son, sobre todo, económicos y financieros, tiene que ver con el sistema educativo y la organización. Sin embargo las medidas legales son requeridas para implementar una política relevante. Es a través de los textos legales que los principios que apuntalan el sistema son establecidos, las elecciones hechas y los compromisos entre los objetivos, a veces conflictivos, alcanzados. Es a través de ellos que los conceptos son traducidos en acción, por ejemplo, en programas de formación y condiciones para conceder los beneficios, en medios de estimular a los trabajadores a readaptarse, en estructuras financieras y administrativas, en consultas a las organizaciones de empleadores y trabajadores. Es a través de los textos jurídicos que se les conceden ciertos derechos y garantías a los aprendices y practicantes. Esos textos tienden a ser legislativos o reglamentarios, pero vale considerar la utilidad de permitir a los empleadores y a los sindicatos, aun donde no es tradición, concluir acuerdos colectivos independientes a esos efectos. Hacerlo haría a las disposiciones más flexibles, más adaptables a las necesidades de los interesados, y aseguraría que fueran más rápidamente aceptadas.

Pero ¿cuál es el rol en este terreno de los instrumentos normativos internacionales, en particular de las normas de la OIT? Los textos adoptados, por el solo hecho de su existencia, ponen la pelota en juego, llevan a la opinión a volcarse a favor de una política para desarrollar recursos humanos, especialmente desde que la OIT hace un importante despliegue para promover la aplicación

<sup>40</sup> Ver también el código de prácticas de la OIT sobre la gestión de la discapacidad en los lugares de trabajo, Ginebra, 2002.

de sus normas. Obviamente, sin embargo, hacen mucho más. El Convenio No. 142 y otros instrumentos recientes sobre el tema proponen “modelos” para el desarrollo armónico de la capacidad profesional. Esas disposiciones programáticas no tienen el mismo ámbito de aplicación que aquéllas sobre condiciones de trabajo o seguridad social: impulsan una cierta política social, ¿han metas a ser alcanzadas, en lugar de imponer obligaciones de resultado a los Estados.

Están estrechamente relacionadas a la economía. Su aplicación depende casi más de los programas prácticos que de los métodos legales. De allí la importancia en este campo, más que en otros, de la colaboración técnica de la OIT para la implementación de las normas internacionales sobre este tema. El Centro Internacional de Formación de Turín y asesores regionales proveen servicios en instalaciones a ese fin. La acción práctica puede tomar la forma de publicaciones, reuniones, seminarios y prácticas, y de modernos sistemas de recolección, coordinación y distribución de información sobre formación y orientación profesional. Esos métodos ayudan a realzar a las calificaciones profesionales como una realidad de todos los días. El efecto de cada una de esas medidas tomadas conjunta o separadamente no debe ser subestimado.

Problemas más específicos pueden, no obstante, aparecer. Uno de ellos es la cláusula por la cual un trabajador acuerda permanecer por un cierto tiempo al servicio del empleador que lo formó (o pagar una penalidad si rompe el contrato). En caso de abuso, la cuestión de la compatibilidad de esa cláusula con las normas laborales internacionales reside, entre otros, en el Convenio No. 29 de 1930, sobre trabajo forzoso.

Los Convenios Nos. 142, 140 y 159 tienen una misión universal y el modelo que proponen debe en consecuencia corresponder a las necesidades de tantos países como sea posible. El enfoque escogido, el hecho de que esos instrumentos recomienden ciertas políticas sociales, ha provocado inevitables preguntas acerca de la relevancia de esas políticas: ¿son adecuadas – aunque los textos sean escritos en términos generales y flexibles– para países en desarrollo, especialmente su sector informal? Yendo más directamente al punto, los países industrializados encuentran difícil reconciliar los objetivos de igualdad y eficacia: deben elegir sus prioridades y las inversiones resultantes. La persona que más necesita de la formación puede no ser la persona cuya formación sea la de mayor beneficio para la comunidad: ¿no es más redituable permitir a un trabajador calificado aumentar sus calificaciones? Y –de nuevo– ¿qué hay de la educación profesional de todos los trabajadores –a menudo la mayoría– en el sector no organizado?

Estas preguntas muestran que los medios económicos o prácticos apropiados son los únicos que van a servir para evaluar la efectiva aplicación de esos instrumentos. Esos medios podrían figurar en los formularios de informes. Ha

sido sugerido<sup>41</sup> que una colección de directrices prácticas sean compiladas a fin de suplementar las normas internacionales sobre formación profesional y reunidas en una unidad de conocimiento y experiencia de conflictos potenciales, problemas reales y compromisos necesarios para que las elecciones sean hechas.

#### 4. CONCLUSIONES

No basta con proclamar políticas e imponer reglas, ellas deben ser también ejecutadas. Es un tema de credibilidad, de confianza en el Estado y sus agencias, de respeto por el sistema legal (por la regla de derecho) y por los organismos judiciales del lugar. A este respecto, el vigor con que la lucha contra el fraude y la corrupción es llevada a cabo y la accesibilidad al sistema judicial son indicadores altamente relevantes.

A fin de conducir sus programas y supervisar el respeto por sus normas, el Estado necesita instituciones sobresalientes<sup>42</sup>. Cualquier servicio público, sin embargo, implica usuarios en busca de servicios de calidad al mejor precio y pagadores de impuestos interesados en la carga financiera que esos servicios crean. Que esas instituciones sean públicas o privadas tiene que ver, en varios extremos, con la tensión entre esos dos aspectos de todo ciudadano y su relación con el Estado<sup>43</sup>.

El Convenio No. 150 y la Recomendación No. 158 se encargan de la estructura, de las directrices generales y de un marco institucional que permitan a las administraciones del trabajo desempeñar su tarea eficazmente.

El Convenio destaca que es en el interés del trabajo de las administraciones asociarse a sus usuarios, principalmente los empleadores y los trabajadores agrupados en sus respectivas organizaciones. Más aún, deja libre a los Estados para delegar o encomendar algunas de sus actividades a organizaciones no gubernamentales tales como las asociaciones de empleadores o de trabajadores (o los representantes de los empleadores y de los trabajadores). Por la misma razón, algunos aspectos de la política laboral nacional pueden ser decididos por la negociación directa de las partes<sup>44</sup>.

Esfuerzos mayores han sido realizados en ciertos países para mejorar la

<sup>41</sup> T. Alfthan, D. Bas, A. Cabral de Andrade and Cl. de Moura Castro *The human resources development convention: Is it applicable in poor countries?* (Training Policies Programme, Discussion Paper No. 28) (Ginebra,) OIT, 1988.

<sup>42</sup> J. Somavía, *Superar la pobreza*, *op. cit.*, pp. 80-81.

<sup>43</sup> J.-M. Servais, 'Labour and employment agencies: Public or private management?', en J.R. Bellace and M.G. Rood (eds.), *Labour Law at the Crossroad: Changing Employment Relationships, Studies in Honour of Benjamin Aaron*, La Haya, Kluwer, 1997, pp. 167-181.

<sup>44</sup> Artículos 2, 3 y 5 del convenio.



aptitud de las administraciones nacionales a fin de llevar a cabo su misión. Esos esfuerzos apuntan a incrementar la calidad de los servicios provistos y las relaciones con los "clientes". Se refieren a las modificaciones de las estructuras administrativas a fin de asegurar el control real por parte de las autoridades administrativas y aumentar la colaboración entre las unidades del ministerio de trabajo o con los departamentos cuya misión es económica. Esta coordinación refleja los principios expresados en los instrumentos antes mencionados<sup>45</sup>.

El objetivo es armar una administración del bienestar social competente y sofisticada como el mejor medio de preparar, coordinar y ejecutar una política social general; una administración que pueda dar instrucciones a las unidades operativas y asegurarse de que sean aplicadas. Como el artículo 10 del Convenio establece, esto requiere un personal cualificado decentemente tratado.

La administración debe contar también con la información que necesita para construir su acción sobre un terreno técnicamente sólido y para estimular la creatividad. Ello presupone investigaciones serias del trabajo y del empleo (el párrafo 18 de la Recomendación No. 158 sugiere que una política genuina sea adoptada sobre este punto) y estadísticas confiables. El Convenio No. 160 y la Recomendación No. 170, adoptados en 1985, tratan el tema de las estadísticas laborales. El Convenio obliga a los Estados a coleccionar regularmente, compilar y publicar estadísticas laborales básicas, que puedan ser progresivamente extendidas hasta abarcar los datos más relevantes relativos al trabajo: población que trabaja; empleo, desempleo y (si fuera posible) subempleo visible, ingresos y tiempo de trabajo; salarios; costos laborales; índices de precios al consumidor; gastos del hogar e ingresos; accidentes y enfermedades del trabajo; conflictos laborales. La Recomendación agrega estadísticas sobre productividad y enfatiza la importancia para los Estados de crear una estructura sólida en esta área.

En pocas palabras, una política y un derecho eficaces del empleo no se conciben sin una administración del trabajo moderna, abierta a colaboraciones con instituciones privadas, y organizada de una manera eficiente que evite las competencias acumulativas.

<sup>45</sup> Artículo 9 del convenio No. 150 y paras 19 *et seq.* de la recomendación No. 158.