

El seguro de desempleo

Ernesto Alonso Aguinaga Meza
Bachiller en Derecho por la PUCP
Diploma en Derechos Humanos por la PUCP

Sumario

I. Introducción. II. La protección contra el desempleo como derecho humano y el derecho constitucional a estar protegido frente al desempleo. III. ¿Qué es el seguro de desempleo? IV. ¿Cuáles son sus características? V. Reflexión final.

I INTRODUCCIÓN.

Durante los últimos años, se ha venido desarrollando un intenso debate acerca de la necesidad de implementar en nuestro país un seguro de desempleo. En efecto, varias propuestas legislativas se han presentado al respecto¹. Igualmente, se ha discutido en el seno del Consejo Nacional de Trabajo la posibilidad de sustituir la Compensación por Tiempo de Servicios (en adelante, “CTS”), por un mecanismo que otorgue al trabajador una suma de dinero que le permita mantenerse mientras esté desempleado. Incluso, se han planteado alternativas que yendo más allá, pretenden unificar la indemnización por despido arbitrario, la CTS y el futuro seguro de desempleo y, de esta forma, crear un sistema integral de protección contra dicha contingencia².

¹ En la página web del Congreso (www.congreso.gob.pe) se puede ubicar el Proyecto de Ley N° 3988/2002, que propone crear el “Seguro Nacional de Desempleo”, y el Proyecto de Ley N° 7182/2003, que propone crear un “Seguro de Desempleo”. A la fecha, el primero, cuenta con dictamen negativo en la Comisión de Seguridad y Social y, el segundo, se encuentra pendiente de dictamen en la Comisión de Trabajo.

² Esta idea ha sido estudiada por STIGLITZ, Joseph y Jungyoll YUN, en el trabajo titulado “Integration of Unemployment Insurance with Retirement Insurance” publicado en www.nber.org/papers/w9199. Dicha tesis ha sido recogida en la Ley N° 19728 chilena que, en su artículo 13°, dispone que del monto correspondiente por indemnización por años de servicios (nuestra indemnización por despido arbitrario), se deduzca la suma que el empleador hubiera aportado a la Cuenta Individual por Cesantía del trabajador afiliado al Seguro Obligatorio de Cesantía.

Aparentemente, las alternativas planteadas se estarían enfocando únicamente en analizar el aspecto económico de este mecanismo de protección (otorgar dinero al desempleado), y no en sus especiales características jurídicas que, en definitiva, lo alejan de figuras que –de alguna manera– estarían cumpliendo en la práctica su misma función económica. Por tal motivo, en el presente trabajo voy a tratar de definir jurídicamente, de un lado, ¿qué es el “seguro de desempleo”? y, de otro, ¿cuáles son sus características? De esta forma, pretendo establecer algunos criterios que sirvan de pautas al momento de legislar sobre esta materia.

II. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESEMPLEO COMO DERECHO HUMANO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL A ESTAR PROTEGIDO FRENTE AL DESEMPLEO.

Antes de responder las preguntas planteadas en este trabajo, es necesario exponer una idea previa. A mi juicio, cualquier régimen que pretenda proteger al individuo de las consecuencias nefastas que se presentan al perder su medio de subsistencia, tiene su fundamento final en la dignidad intrínseca al ser humano. En otras palabras, cualquier Estado que se preocupe por implementar un sistema de protección contra el desempleo estará tratando de efectivizar un derecho humano. En efecto, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 25° de la Declaración Universal de Derechos Humanos³:

“Toda persona tiene derecho (...) a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

En consecuencia, es innegable que el derecho de toda persona a estar protegida contra el desempleo, es un derecho humano. Este dato es sumamente relevante ya que, de conformidad con el artículo 3° de nuestra actual Constitución, adquieren rango constitucional todos aquellos derechos que se fundan en la dignidad del hombre, aun cuando no hayan sido establecidos expresamente⁴.

³ Sobre la naturaleza jurídica obligatoria de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ver: (i) CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Soberanía de Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo. 2da. ed. Madrid: Tecnos, 2001, pp. 68 - 72; y (ii) REMIRO BROTONS, Antonio. Derecho Internacional. Madrid: Mc Graw Hill, 1997.

⁴ Al respecto, SALMÓN sostiene que “(...) en virtud de los artículos 2° y 3° de la actual Constitución peruana podemos lograr establecer sin mayor dificultad que las normas sobre derechos humanos.../

“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

En ese sentido, al tener los derechos humanos su fundamento en la dignidad intrínseca al ser humano⁵, podemos concluir que el derecho de todo peruano a estar protegido contra el desempleo tiene rango constitucional. Por lo tanto, es evidente que nuestro ordenamiento constitucional le impone al Estado peruano la obligación de brindar protección frente al desempleo.

No obstante, de una interpretación literal del artículo 10° de la Constitución, se podría llegar a sostener todo lo contrario. Efectivamente, dicha norma señala:

“El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

Como se puede apreciar, del texto expreso de esta norma, se desprende que el constituyente remitió al legislador la potestad de determinar cuáles son las contin-

...contenidas en tratados, siguen teniendo rango constitucional” y, como tal, “(...) los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos no solo abarcan el listado del artículo 2° de nuestra Constitución, sino todos aquellos derechos de la persona consagrados en instrumentos internacionales (tratados, declaraciones, etc), hayan o no sido ratificados por el Perú. Todos los cuales pueden ser considerados derechos con rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico” (SALMÓN, Elizabeth y Fabián NOVAK. Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, segunda edición, 2002. pp. 125 - 126). Del mismo modo, NEVES señala que “(...) los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional. La base normativa de esta asignación, se encuentra, (...), en el artículo 3 de la Constitución, que contiene la llamada cláusula de los derechos implícitos: la enumeración de derechos fundamentales hecha por el artículo 2, se amplía con otros similares proclamados por la Constitución o los tratados sobre derechos humanos (...)” (NEVES, Javier. Introducción al Derecho al Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, segunda edición, 2003. p. 62). Para un estudio profundo sobre este tema, ver: SALMÓN, Elizabeth. Encuentros y Desencuentros: El Perú y el Derecho Internacional Humanitario. CICR. 2001, pp. 40 - 56.

⁵ El primer párrafo del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala: *“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.*

gencias que debe cubrir la seguridad social. En ese sentido, si este último no incluye al desempleo como un riesgo protegido, entonces no existiría el derecho a estar cubierto frente al acaecimiento de dicha contingencia.

No comparto esta posición porque considero que este artículo debe ser leído conjuntamente con el artículo 3º de la Constitución y, de esa forma, concluir que el artículo 10º citado le impone al legislador la obligación de implementar un sistema de seguridad social que incluya las contingencias previstas en el artículo 25º de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Además, no debe olvidarse que de acuerdo con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución *“las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos (...)”*⁶. En ese sentido, el mandato al legislador contenido en el artículo 10º de nuestra Carta Magna, debe ser interpretado de manera que incluya la obligación de implementar un seguro contra el desempleo, tal como se estipula en el artículo 25º del instrumento internacional citado. En consecuencia, la seguridad social debe brindar protección contra el desempleo.

Ahora bien, las pautas que debe seguir el legislador para cumplir con ese mandato, como es evidente, no se encuentran establecidas en el artículo citado de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷, ni mucho menos en nuestra Constitución. En efecto, de las disposiciones citadas en este punto es imposible responder las siguientes preguntas: ¿qué se entiende por desempleo?, ¿qué sujetos deben estar protegidos por dicho seguro?, ¿qué prestaciones deben otorgarse?, ¿qué requisitos deben cumplirse para acceder a sus prestaciones?, ¿qué debe entenderse por protección contra el desempleo?, etc. Lo único que se puede afirmar es que al estar reconocido como derecho humano, se le impone al Estado

⁶ Esta disposición constitucional ha sido desarrollada por el artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, que señala que *“el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código, deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, (...)”*.

⁷ Salvo, claro está, que el ámbito subjetivo del sistema de protección contra el desempleo que se pretenda implementar tendrá que incluir forzosamente a todas las personas y no sólo a los trabajadores dependientes propiamente dichos, si es que se pretende efectivizar realmente el derecho humano en cuestión (sobre el carácter universal de los derechos humanos ver: NIKKEN, Pedro. El concepto de los Derechos Humanos. En: Estudios Básicos de Derechos Humanos, IIDH, San José, 1994, p.6).

peruano la obligación de implementar dicho sistema de protección⁸. Para determinar la forma en que debe implementarse dicho sistema, es indispensable recurrir a los diversos instrumentos internacionales que sobre el tema han sido adoptados en el seno de la OIT⁹. Sus disposiciones y lo previsto en la doctrina acerca de ellas, me permitirán resolver las preguntas que motivan el presente trabajo: ¿qué es el seguro de desempleo? y ¿cuáles son sus características?

III. ¿QUÉ ES EL SEGURO DE DESEMPLEO?

El marco normativo general de análisis de este mecanismo de protección, está compuesto por tres instrumentos internacionales adoptados en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "OIT"): (i) el Convenio 44, denominado "Convenio sobre el desempleo", adoptado el 23 de julio de 1934¹⁰, y su respectiva Recomendación; (ii) el Convenio 102, denominado "Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)", adoptado el 28 de junio de 1952¹¹; y (iii) el Convenio 168, denominado "Convenio sobre el fomento del empleo y la protec-

⁸ Al respecto, NIKKEN ha señalado que "la realización de los derechos económicos, sociales y culturales no depende, en general, de la sola instauración de un orden jurídico ni de la mera decisión política de los órganos gubernamentales, sino de la conquista de un orden social donde impere la justa distribución de los bienes, lo cual sólo puede alcanzarse progresivamente. Su exigibilidad está condicionada a la existencia de recursos apropiados para su satisfacción, de modo que las obligaciones que asumen los Estados respecto de ellos esta vez son de medio o de comportamiento" (NIKKEN, Pedro. Op. Cit, p.12). En el mismo sentido, ver: VILLÁN DURÁN, Carlos. Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Madrid: Trotta, 2002, p. 420.

⁹ Sobre este punto es pertinente recordar que de acuerdo con NEVES, "(...) estos convenios internacionales del trabajo, los cuales -en su mayoría- desarrollan derechos laborales antes regulados con menos detalle por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, deben calificarse también como tales. De este modo, el tratamiento que brinda nuestra Constitución a los tratados sobre derechos humanos (...) se hace extensivo a los convenios internacionales del trabajo" (NEVES, Javier. Op. Cit., p. 60).

¹⁰ El Perú ratificó este Convenio el 4 de abril de 1962, mediante Resolución Legislativa 14033.

¹¹ Este Convenio establece los siguientes regímenes de protección en función de las distintas contingencias que asegura: asistencia médica (parte II), prestaciones monetarias de enfermedad (parte III), prestaciones de desempleo (parte IV), prestaciones de vejez (parte V), prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional (parte VI), prestaciones familiares (parte VII), prestaciones de maternidad (parte VIII), prestaciones de invalidez (parte IX) y prestaciones de sobrevivientes (parte X). Por disposición de su artículo 2º, el mismo puede ser ratificado aceptando por lo menos tres de las nueve ramas señaladas. El Perú ratificó este Convenio el 23 de agosto de 1961, ratificando solamente las partes II, III, V, VIII y IX. Por tanto, no ratificó las disposiciones relativas a la protección contra el desempleo.

ción contra el desempleo”, adoptado por el 21 de junio de 1988¹², y su respectiva Recomendación. De todos ellos el más importante, a mi criterio, es el Convenio 102 porque sus disposiciones son las “*reglas mínimas, como la denominación del convenio lo indica, destinadas más bien a los países en vías de desarrollo*”¹³. En tal sentido, sus disposiciones deberían servir como modelo al momento de legislar sobre protección contra el desempleo¹⁴.

Antes de revisar la parte que nos interesa, es necesario exponer una idea previa. El Convenio 102 contiene las prestaciones mínimas en seguridad social que son consideradas básicas por la OIT. Esto quiere decir que busca cubrir todas las contingencias sociales y extender progresivamente el ámbito de protección a todo ser humano¹⁵. En suma, éste es un Convenio que se ciñe al concepto de seguridad social definido por William Beveridge¹⁶ que, en palabras de Plá Rodríguez, “*(...) independiza la seguridad social del contrato de trabajo por lo que protege a toda la población, cualquiera que sea su situación laboral (...)*”¹⁷.

¹² Este Convenio no ha sido ratificado por el Perú.

¹³ RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Derecho de la Seguridad Social. Lima, Ediciones Tarpuy, 1992, p. 263. Asimismo, de acuerdo con el sexto párrafo del preámbulo del Convenio 168 “*(...) las disposiciones relativas a las prestaciones de desempleo del Convenio sobre seguridad social (norma mínima), 1952, fijan un nivel de protección superado actualmente por la mayor parte de los regímenes de indemnización existentes en los países industrializados y que todavía no han sido completadas por normas más elevadas, (...), pero que los principios en los que se basa este Convenio siguen siendo válidos y que sus normas pueden constituir todavía un objetivo que deben alcanzar ciertos países en desarrollo en condiciones de instituir un régimen de indemnización de desempleo*”.

¹⁴ Esto no significa que no se hará referencia a los otros Convenios mencionados en lo que fuera pertinente.

¹⁵ Cfr. Con NEVES MUJICA, Javier. La Seguridad Social en la Constitución. En “La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación”, 11 estudios interpretativos. Dirigido por Eguiguren Praeli, Francisco. Lima, Cultural Cuzco S.A., 1987, p. 174.

¹⁶ “William Beveridge, economista inglés, presidió una comisión interdepartamental nombrada por la Cámara de los Comunes de su país en 1941, cuyo informe y recomendación han ejercido notable influencia sobre la legislación moderna de seguridad social” (ver NEVES MUJICA, La Seguridad Social..., p. 174, nota al pie 5). Dicho informe denominado “Social Insurance and Allied Services”, fue presentado en 1942 al Parlamento británico. Su propósito fundamental fue diseñar la cobertura de las necesidades sociales a través de la redistribución de la renta, extendiendo tanto el número de riesgos cubiertos como el de personas protegidas, y simplificando y unificando la gestión del sistema.

¹⁷ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Personas Protegidas, Asegurados y Beneficiarios”. En: Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. Dirigido por De Buen Lozano, Néstor y Emilio Morgado Valenzuela. México, UNAM, 1997, primera edición, p. 625.

Esta pequeña introducción ha sido necesaria porque nos muestra el sustrato ideológico que inspira las disposiciones contenidas en el Convenio 102. En ese sentido, la primera conclusión que podemos extraer es que las denominadas “prestaciones de desempleo” contenidas en dicho Convenio (parte IV), deben ceñirse a los principios rectores de la seguridad social:

*“(…), se rige por los principios de **universalidad**, que significa la extensión del campo de los beneficiarios a todo ser humano, **integridad**, que le permite cubrir todas las contingencias sociales mediante acciones de prevención, reparación y recuperación, **solidaridad**, que obliga a todos a cooperar en el cumplimiento de sus objetivos, abandonando la proporcionalidad entre aportes y beneficios, **unidad en sentido orgánico y estructural**, e **internacionalidad**, referido a la adecuación a un sistema unitario internacional.”¹⁸*

En consecuencia, para este Convenio la protección contra el desempleo debe formar parte del sistema de seguridad social¹⁹. En ese sentido, si el seguro de desempleo se constituye como una prestación más que debe brindar la seguridad social, cualquier intento de definirlo requiere que, previamente, se defina el propio concepto de seguridad social:

“Seguridad social, (...), es prevención y remedio de siniestros que afectan al individuo en cuanto miembro de la sociedad y que ésta es incapaz de evitar en su fase primera de riesgo, aunque puede remediar y, en alguna medida, prevenir su actualización en siniestro. (...).

En esta concepción, (...), la seguridad social se define, pues, mediante la referencia conjunta a unos riesgos, a un mecanismo que se arbitra para su protección y a una asignación o redistribución de medios con el propio fin.”²⁰

¹⁸ NEVES MUJICA, La Seguridad Social..., p. 174. Un análisis detallado de estos principios puede encontrarse en ERMIDA URIARTE, Oscar. “Los Principios de la Seguridad Social”. En: La Seguridad Social en el Uruguay, Montevideo, 1991, pp. 31 - 55.

¹⁹ Esta opción ha sido confirmada por el Convenio 168, que en el séptimo párrafo del preámbulo señala que “(...) es importante, (...), que los sistemas de seguridad social brinden un ayuda al empleo y un apoyo económico a las personas desempleadas (...)”.

²⁰ ALONSO OLEA, Op. Cit, p. 19 - 20.

Como se puede apreciar, el concepto de seguridad social implica prevenir y proteger a los ciudadanos frente a una serie de acontecimientos futuros que, en algunos casos, sucederán y, en otros, existe alta probabilidad de que sucedan²¹. En tal sentido, será necesario definir los conceptos de “previsión” y de “riesgo o contingencia”. De acuerdo con Rendón Vásquez, el término “previsión” debe entenderse de la siguiente manera:

*“La expresión previsión social deriva del término previsión con el cual se señalaba una actividad destinada a dar protección a una persona o conjunto de personas afectadas por un riesgo social.”*²²

Por tanto, se puede concluir que la “previsión” implica la protección frente a una serie de riesgos o contingencias de acaecimiento previsible. En otras palabras, implica prever la ocurrencia de un riesgo o contingencia, con la finalidad de proteger a los individuos frente a su probable o segura realización. En tal sentido, los mecanismos de protección contra los riesgos sociales son una materialización del concepto de “previsión”.

*En lo que respecta al concepto de “riesgo” o “contingencia”, debemos aclarar que – en estricto – ambos términos no son sinónimos. En efecto, “el riesgo es la contingencia o proximidad de un daño; (...); y la contingencia, la posibilidad de que una cosa suceda o no suceda”*²³. *Lo que sucede es que los vocablos “riesgo” y “contingencia”, con la calificación de social a cada uno, son de uso corriente en la legislación y la doctrina de la seguridad social para hacer referencia a un mismo concepto. Sin embargo, el vocablo*

²¹ GRZETICH la define como “(...) el conjunto de normas y principios jurídicos que regula la cobertura de determinadas contingencias sociales, de acaecimiento individual, a través de prestaciones en dinero o en especie, con la finalidad de lograr el bienestar individual y social” (GRZETICH LONG, Antonio. Derecho de la Seguridad Social. Concepto y Evolución Histórica. Montevideo, Editorial Dana, 1997, p. 5).

²² RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Manual de Derecho de la Seguridad Social. Lima, Ediciones Tarpuy, 1981, p. 7. Por su parte, la Enciclopedia Jurídica Omeba señala que dicho término “equivale a acción de disponer lo conveniente para atender las contingencias o necesidades previsibles, seguida esta palabra del adjetivo social, que se refiere en lo pertinente o relativo a la sociedad, ya tenemos que las contingencias o necesidades que han de ser previstas, son aquellas que contemplan intereses sociales y no meramente particulares.”

²³ PODETTI, Humberto. “Los riesgos sociales”. En: Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Dirigido por De Buen Lozano, Néstor y Emilio Morgado Valenzuela. México, UNAM, 1997, primera edición, p. 648

“contingencia” aparece actualmente como el de más conveniente utilización, por cuanto es comprensivo del concepto de riesgo²⁴. Además, esa es la terminología que la OIT ha venido utilizando en los instrumentos internacionales que sobre la materia ha emitido²⁵.

Hecha la salvedad mencionada, corresponde definir el concepto de contingencia. De acuerdo con Rendón Vásquez, el riesgo social (en este caso lo debemos entender como sinónimo de contingencia social) es:

“(...) todo acontecimiento de realización incierta que afecta la plenitud de las facultades físicas y mentales de una persona, disminuye sus recursos económicos o determina su desaparición”²⁶.

El mismo autor, completando su idea, señala que “la incertidumbre puede referirse a la posibilidad de realización, como la enfermedad, o a la fecha de acaecimiento, como la muerte”²⁷. Por su parte, Humberto Podetti, citando a Alonso Olea, señala que se configura una contingencia social:

“(...) cuando tiene por efecto que una persona o los miembros de su familia a su cargo, o unos y otros (nota de individualidad), resultan desfavorablemente afectados (nota de personalidad), en perjuicio de su nivel de vida, a consecuencia de un incremento en el consumo o de disminución o supresión de los ingresos (nota económica)”²⁸.

En ese sentido, las contingencias sociales serán aquellos sucesos futuros e inciertos (porque no se sabe si sucederán o, sabiéndolo, no hay certeza sobre cuando sucederán) que afectan al individuo o a su familia ocasionándole un perjuicio económico (porque aún cuando el perjuicio sea físico o mental siempre habrá

²⁴ PODETTI, Humberto. Op. Cit., p. 649. En este punto el autor, citando a Deveali, resalta que no pueden ser calificados de riesgo: la maternidad, por ser una contingencia feliz, o la vejez y la muerte, que son acontecimientos inevitables.

²⁵ Los Convenios 102 y 168 de la OIT utilizan esa terminología al momento de establecer el tipo de desempleo objeto de protección (ver los artículos 20º y 10º, respectivamente).

²⁶ RENDÓN VÁSQUEZ, “Derecho...”, p. 13.

²⁷ Ibid, p. 12.

²⁸ PODETTI, Humberto. Op. Cit., p. 649.

un incremento en los gastos o una disminución e, incluso, la desaparición de los ingresos)²⁹. Y uno de esos riesgos o contingencias sociales es el desempleo.

Efectivamente, tal como se ha señalado previamente, el desempleo ha sido incluido por el Convenio 102, como una de las contingencias que como mínimo debe cubrir la Seguridad Social. El fundamento de esta inclusión reside en los perjudiciales efectos que el desempleo produce tanto en el individuo que lo sufre como en la sociedad en general.

“Los efectos del desempleo se desbordan al terreno social en la forma de miseria, hambre y descontento. Un trabajador despedido no sólo deja de producir, también deja de consumir, lo que genera un efecto en cadena de paralización de la producción; y puede ser arrojado a la desesperación si no consigue una fuente supletoria de ingresos que le permitan sobrevivir”.³⁰

Por lo demás, no es necesario resaltar que, en la mayoría de los casos, el desempleo se presenta para el trabajador como un suceso futuro e incierto que, de producirse, le ocasionaría un grave perjuicio económico³¹. En consecuencia, no hay duda que el desempleo es, o debería ser, una contingencia cubierta por el sistema de seguridad social.

Para poder definir la forma en que debe ser entendido el concepto de desempleo, a los efectos de ser cubierto por la seguridad social, es necesario remitirnos a las disposiciones del Convenio 102. En efecto, el artículo 20° de dicha norma señala:

“La contingencia cubierta deberá comprender la suspensión de ganancias, según la define la legislación nacional, ocasionada por la imposibilidad de obtener

²⁹ PLA RODRÍGUEZ define el concepto de contingencia como *“todo acontecimiento que provoque una disminución de ingresos o un exceso de gastos en el presupuesto de una familia”*, agregando que *“tanto puede ser un hecho venturoso (un matrimonio, un nacimiento), como un hecho lamentable (un accidente, una enfermedad, la muerte, la incapacidad total o parcial para el trabajo por obra de la vejez o de cualquier otra circunstancia del empleo, etc)”* (PLA RODRÍGUEZ, Américo. Introducción. Conceptos Generales. En: La Seguridad Social en el Uruguay, Montevideo, 1991, p. 10).

³⁰ RENDÓN VÁSQUEZ, “Derecho ...”, p. 260.

³¹ Para RENDÓN *“el desempleo se presenta como un riesgo social para el trabajador, pues, sobreviene por una causa que le es ajena, y está sujeto respecto de él a cierto grado de incertidumbre sobre el momento de su acontecimiento y duración”* (RENDÓN VÁSQUEZ, “Derecho ...”, p. 261).

un empleo conveniente en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté disponible para el trabajo”.

Como se puede apreciar, el desempleo protegido supone la “suspensión de ganancias” de una persona que no puede “obtener un empleo conveniente” pero que está “apta” y “disponible” para trabajar. Es pertinente resaltar que estos tres últimos conceptos, también están previstos en los Convenios 44 y 168³². Esto quiere decir que para la OIT la aptitud y disponibilidad para el trabajo y la imposibilidad de obtener un empleo conveniente, son conceptos centrales dentro de la definición del “desempleo” objeto de protección.

Por “apta” debe entenderse al desempleado que puede trabajar, es decir, al que física, mental o jurídicamente está capacitado para el trabajo³³. Por su parte, la “disponibilidad” supone que dicha persona quiere trabajar, es decir, además de ser capaz tiene el deseo o motivación de trabajar³⁴. Finalmente, la noción de “empleo conveniente” alude a la imposibilidad de la persona apta y disponible para el trabajo de obtener un empleo que se ajuste a sus características profesionales o técnicas, a sus necesidades familiares, a la ubicación de su domicilio, a sus expectativas remunerativas, etc³⁵. De acuerdo con Monereo, este último criterio está compuesto por los siguientes elementos:

“el concepto de ocupación adecuada a estos efectos queda abstractamente acotado en el sistema positivo atendiendo a tres elementos (...): el funcional (que hace referencia a la profesión habitual del trabajador, (...), o a cualquier otra profesión que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas, con respecto, pues, al dato de que se trate de un trabajo que

³² El literal a) del artículo 4º del Convenio 44 dispone que el derecho a recibir las prestaciones podrán condicionarse a que el desempleado cumpla con “(...) ser apta para el trabajo y estar disponible para el mismo; (...)”. Del mismo modo, el numeral 1) del artículo 10º del Convenio 168, al definir el concepto de desempleo total, señala que éste consiste en “(...) la pérdida de ganancias debida a la imposibilidad de obtener un empleo conveniente, (...), para una persona apta para trabajar, disponible para el trabajo y (...)”.

³³ Cfr. MONEREO PEREZ, José Luis. El Sistema de Protección por Desempleo en España. Valencia. Tirant lo Blanch, 1997. p. 98.

³⁴ Cfr. ALONSO OLEA, Op. Cit, pp. 191 – 192.

³⁵ Cfr. GALLEGOS VEGA, Jaime. Consideraciones acerca de la Compensación por Tiempo de Servicios y el Seguro contra la Contingencia de Desempleo. Tesis. PUCP, 1991, pp. 90 - 91.

pueda ser objetivamente realizado), el económico (la adecuación económica remite a que el nuevo trabajo implique un salario o retribución equivalente al establecido en el sector en el que se ofrezca el puesto de trabajo, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho) y el territorial (la oferta de empleo no debe suponer un cambio de residencia habitual del trabajador, salvo que tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo)³⁶".

Estos factores son sumamente importantes a los efectos de evaluar el requisito de la "disponibilidad". Efectivamente, tanto el numeral 1) del artículo 10º del Convenio 44 como el numeral 1) del artículo 21º del Convenio 168, permiten suspender o suprimir el otorgamiento de las prestaciones por desempleo si el beneficiario rechaza una oferta de trabajo considerada "conveniente". La lógica es la siguiente: si se rechaza un empleo de estas características, entonces se presume que no se está disponible para el trabajo y, como tal, que no se está incurrido dentro del "tipo" de desempleo objeto de protección. Entonces, queda claro que por el criterio de la disponibilidad se le impone al desempleado la obligación de aceptar un trabajo que sea funcional, económica y territorialmente conveniente³⁷.

Ahora bien, no toda pérdida del empleo origina la situación de desempleo protegible. Efectivamente, el literal i) del artículo 69º del Convenio 102 permite que las legislaciones internas excluyan el siguiente supuesto:

"Una prestación a la cuál tendría derecho una persona protegida, (...), podrá ser suspendida, (...):

(...)

i) en lo que se refiere a las prestaciones de desempleo, cuando el interesado (...) haya abandonado su empleo voluntariamente sin motivo justificado".

³⁶ MONEREO PEREZ, Op. Cit., p. 105. Dicho autor emite esta reflexión al comentar el numeral 2) del artículo 213º del Real Decreto Legislativo 1/1994, Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social Española que dispone que "(...) se entenderá por colocación adecuada aquella que se corresponda con la profesión habitual del trabajador o cualquier otra que, ajustándose a sus aptitudes físicas y formativas, implique un salario equivalente al establecido en el sector en el que se le ofrezca el puesto de trabajo, (...), y no suponga cambio de su residencia habitual, salvo que tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo. (...)".

³⁷ MONEREO ha señalado que "de alguna forma (...) al desempleado se le impone un "deber" de trabajar" (MONEREO PEREZ, Op. Cit., p. 102.)

Como se puede apreciar, se permite que se exija la “involuntariedad” en la pérdida del trabajo como requisito para acceder a las prestaciones por desempleo. Si se agrega el hecho que este criterio, también es exigido explícitamente tanto en el Convenio 44³⁸ como en el Convenio 168³⁹, resulta que para la OIT la “involuntariedad” debería formar parte del concepto de desempleo objeto de protección.

Por este criterio se hace alusión a la no imputabilidad del trabajador en la pérdida de su empleo; es decir, a su no participación en forma directa o indirecta en la toma de dicha decisión. En otras palabras, implica que está desempleado por una causa ajena a su voluntad⁴⁰. Los dos supuestos extremos de este requisito son, de un lado, la renuncia voluntaria y, de otro, el despido sin expresión de causa. Sin embargo, al medio, existen una serie de formas de extinción del vínculo laboral cuya tipificación puede ser problemática. Por ejemplo, ¿es voluntario el despido motivado en la capacidad del trabajador?, ¿qué pasa con el supuesto de renuncia bajo coacción (intimidación)?, ¿es voluntaria la renuncia con incentivos económicos?, ¿es voluntario el cese en los casos de despido indirecto por hostilidad?, si el trabajador es despedido arbitrariamente y cobra la respectiva indemnización ¿ha aceptado “voluntariamente” la extinción del vínculo?, ¿qué pasa si el trabajador es despedido y éste no impugna esta medida en sede judicial?, en este último supuesto ¿la sola presentación de la demanda es prueba suficiente de la involuntariedad del cese?, etc⁴¹.

Como se puede apreciar, el requisito de la involuntariedad en el cese, añade un factor problemático al momento de efectuar el análisis del concepto de desem-

³⁸ El artículo 1º claramente señala que el Convenio garantiza indemnizaciones o subsidios a los desempleados involuntarios. Este requisito se materializa en el Convenio al permitirse que las legislaciones internas suspendan el otorgamiento de las prestaciones por desempleo por un período determinado, cuando el solicitante *“haya perdido el empleo por su propia culpa o lo haya abandonado voluntariamente sin motivo justificado”* (literal b del numeral 2 del artículo 10º).

³⁹ Este Convenio insiste en su preámbulo en el carácter involuntario del desempleo protegido por los sistemas de seguridad social, en el sentido de que se trata de brindar *“un apoyo económico a las personas desempleadas por razones involuntarias”*.

⁴⁰ Cfr. ALONSO OLEA, Manuel y José Luis TORTUERO PLAZA, *Instituciones de la Seguridad Social*. Madrid. Editorial Civitas S.A., 1995, Décimo Cuarta edición, p. 208.

⁴¹ Por razones de espacio no vamos a responder estas interrogantes. Si se quiere indagar más sobre el tema, un interesante punto de partida puede ser el artículo 208º del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social Española, donde se ha dado solución a varias de las preguntas planteadas aunque, por cierto, desde su especial idiosincrasia jurídica.

pleo objeto de protección. Por tal motivo, y tomando en cuenta que *“la involuntariedad del cese no constituye un rasgo constitutivo “per se” de la situación de desempleo”*⁴², se ha planteado que, sin llegar a desnaturalizar la contingencia, este requisito sea sustituido por períodos de espera que varíen dependiendo de diversos parámetros, tales como la causa de extinción del vínculo, la tipología contractual, el monto de la indemnización recibida, etc⁴³.

Considero que la razón de exigir este requisito parte de una vinculación errónea del mismo con el criterio de “disponibilidad”. Efectivamente, se puede sostener que una manifestación de este elemento es, precisamente, que el cese haya sido involuntario, toda vez que ello sería prueba de la disponibilidad del desempleado para el trabajo (la involuntariedad en el cese demuestra que el desempleado quiere seguir trabajando). Si ello es así, es evidente que este criterio se sustenta en una falacia porque no todos los ceses voluntarios suponen la negativa a seguir trabajando (pensemos, por ejemplo, en aquél que renuncia con la expectativa fundada de conseguir un nuevo empleo pero que al final no obtiene). En todo caso, lo único que se podría desprender es que la persona que voluntariamente extingue su vínculo laboral, ya no quiere seguir trabajando en “ese” empleo, pero no que ya no quiere trabajar nunca más. Por tanto, considero que dicho requisito debería excluirse del concepto de desempleo objeto de protección.

Llegados a este punto, es pertinente estudiar las disposiciones del Convenio 168 sobre esta materia. En lo que se refiere a las contingencias cubiertas, este Convenio abarca el *“desempleo total”* (numeral 1 del artículo 10°), el *“desempleo parcial”* (literal a del numeral 2 del artículo 10°), *“la suspensión o la reducción de ganancias como consecuencia de una suspensión temporal del trabajo, sin terminación de la relación de trabajo”* (literal b del numeral 2 del artículo 10°), y *“a los trabajadores a tiempo parcial que estén efectivamente en busca de un empleo a tiempo completo”* (numeral 3 del artículo 10°).

El desempleo “total” ha sido definido como *“(…) la pérdida de ganancias debida a la imposibilidad de obtener un empleo conveniente, (…), para una persona apta para trabajar, disponible para el trabajo y efectivamente en*

⁴² MONEREO PEREZ, Op. Cit., p. 100.

⁴³ Sobre esta propuesta, ver: TORTUERO PLAZA, José Luis. Supuestos Legales de Desempleo en el Ordenamiento Español: una Valoración Crítica. En: Relaciones Laborales. Nº 13, 1994, pp. 20 – 23.

busca de empleo". Como se puede apreciar, a los clásicos elementos "aptitud" y "disponibilidad", se ha añadido la referencia a la "búsqueda efectiva de empleo". La definición de este concepto viene dada por la economía. De acuerdo con esta ciencia la Población Económicamente Activa equivale "*a toda la población que está en capacidad y quiere trabajar*"⁴⁴. Ésta es una definición que engloba tanto a los empleados como a los desempleados, la diferencia está en que los primeros son personas que trabajan y los segundos son aquellas personas que no tienen trabajo pero que están buscándolo activamente⁴⁵.

La diferencia entre este nuevo criterio y la "disponibilidad" (querer trabajar), está en que el primero supone la materialización por parte del desempleado del deseo de trabajar. Es decir, además de estar obligado a aceptar alguna oferta de empleo considerada "conveniente", deberá demostrar que él, por su cuenta, está buscando efectivamente un empleo de esas características. La diferencia está en que mientras la "disponibilidad" supone una actitud pasiva (esperar la oferta de empleo conveniente⁴⁶), el requisito "efectivamente en busca de empleo" implica tener una actitud activa en la reinserción en el mercado de trabajo.

Como se puede apreciar, con este requisito se refuerza la obligación impuesta por el criterio de la "disponibilidad". Efectivamente, el desempleado además de estar obligado a aceptar una oferta de empleo considerada conveniente, tendrá que demostrar que él la está buscando activamente. La razón de imponer una obligación de esta naturaleza estriba en que, desde una perspectiva neoliberal, "*(...) se tiende a reprochar a los sistemas de seguro de desempleo que prolongan "artificialmente" la situación de paro, por su efecto psicológico anestésico del interés del desempleado en la búsqueda de ocupación (...)*"⁴⁷.

⁴⁴ INSTITUTO APOYO, "La Economía para Todos. Texto y Guía para Consulta". Editorial Bruño. Lima 1997, p.136

⁴⁵ "*La tasa de desempleo es igual al porcentaje de la PEA que no tiene trabajo, pero que se encuentra activamente buscando trabajo. (...)*" (INSTITUTO APOYO, Op. Cit., p. 136.)

⁴⁶ Por ejemplo, en los países desarrollados existen agencias gubernamentales de empleo que se encargan de colocar a los desempleados en puestos de trabajo considerados convenientes. El gran problema en dichos países es que, muchas veces, los desempleados sólo se dedican a esperar dicha oferta y no buscan por sus propios medios un nuevo empleo.

⁴⁷ MONEREO PEREZ, Op. Cit., p. 24.

Sin perjuicio de rechazar esa corriente de pensamiento, lo cierto es que se debe “(...) *prestar particular atención en evitar la “instalación” de las personas protegidas en el desempleo (...)*”⁴⁸. Por tal motivo, considero que este requisito también debería ser tomado en cuenta al momento de definir el concepto de desempleo objeto de protección. Solamente exigiéndose eso se estará evitando que la cobertura que brinda el “seguro de desempleo” sirva de asignación económica para algunas personas que “queriendo trabajar” no tengan el incentivo suficiente para materializar ese deseo.

Ahora bien, como ya dijimos, este Convenio introduce nuevas categorías de desempleo protegido. Efectivamente, en primer lugar, añade el concepto de desempleo parcial. Por éste se debe entender una “*pérdida de ganancias*” producida por “*una reducción temporal de la duración normal o legal del trabajo*”. Para su configuración, la persona protegida debe ver reducidos sus ingresos por haber sufrido una reducción temporal (no permanente) en su jornada ordinaria de trabajo (no se define en cuánto). Asimismo, se protege contra “*la suspensión o la reducción de ganancias como consecuencia de una suspensión temporal del trabajo, sin terminación de la relación de trabajo, en particular por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos*”. Este supuesto es equivalente a los casos de suspensión perfecta de labores por motivos objetivos, siempre preferible al despido. Aquí lo que se busca es asignar una prestación económica al trabajador que lo sufre hasta que se reanuden las labores⁴⁹. Finalmente, se busca proteger “*a los trabajadores a tiempo parcial que estén efectivamente en busca de un empleo a tiempo completo*”. Aquí se pretende ayudar a aquellas personas que desean efectivamente incrementar sus ganancias trabajando a tiempo completo.

Después de haber revisado los tres convenios de la OIT que conforman el marco jurídico general sobre protección contra el desempleo, podemos concluir que la contingencia cubierta por el seguro de desempleo debe abarcar los siguientes supuestos:

⁴⁸ MONEREO PEREZ, Op. Cit., p. 25.

⁴⁹ Para MONEREO este supuesto representaría la clara función económica y política que cumple el seguro de desempleo, al revelarse “(...) *como un instrumento de las políticas de reorganización y reestructuración industrial, (...)*” que permite “*reducir, anestesiar, los conflictos sociales y políticos*” que siempre se desprenden de la implementación de estas medidas (Cfr. MONEREO PEREZ, Op. Cit., p. 28 - 39).

- (i) El desempleo total, definido como la imposibilidad de obtener un empleo conveniente que sufre una persona apta, disponible y en búsqueda efectiva de empleo⁵⁰.
- (ii) El desempleo parcial, definido como la reducción significativa de la remuneración por haberse sufrido una reducción temporal en la jornada ordinaria de trabajo.
- (iii) La suspensión perfecta de labores por motivos objetivos.
- (iv) El trabajo a tiempo parcial, siempre que el trabajador respectivo esté buscando efectivamente un empleo a tiempo completo.

Definida de esta forma la contingencia del desempleo, corresponde examinar cuáles son los mecanismos de prevención y protección (“previsión”) establecidos desde la perspectiva de la seguridad social. Con respecto a ello, Alonso Olea señala:

“Remedio típico contra el paro forzoso es, además, su inclusión dentro del sistema de protección de la seguridad social. Encuadrado dentro de ésta o autónomo, el seguro de paro forzoso o desempleo tiene por finalidad garantizar la percepción por el parado de prestaciones de seguridad social sustitutivas del salario que deja de percibir precisamente por su situación de paro; convirtiéndose éste así en contingencia cubierta por la seguridad social.”⁵¹

En el mismo sentido, se pronuncian los tres Convenios revisados. En efecto, el Convenio 44 exige que se le otorgue al desempleado una suma de dinero acumulada (devengada) *“con motivo de las cotizaciones abonadas en virtud del empleo del beneficiario”* (artículo 1º). Por su parte, el Convenio 102 garantiza el pago de prestaciones económicas periódicas que varían en su monto en función del criterio seguido para determinar el universo de personas protegidas (artículo

⁵⁰ Para un estudio exhaustivo de estos tres elementos, ver: (i) VIQUEIRA PEREZ, C. “La Prestación por Desempleo”. Valencia, 1990. pp. 127 y sgts; y (ii) DESDENTADO BONETE, A. – MERCADER UGUINA, J. R. El Desempleo como Situación Protegida (Un Estudio sobre los Problemas de Acceso a la Protección en el Nivel Contributivo y en el Asistencial). Madrid, 1996, pp. 25 y sgts y 101 y sgts.

⁵¹ ALONSO OLEA, Op. Cit., p. 204. Por su parte, RENDÓN señala: *“La reparación de sus efectos sobre el trabajador (el desempleo) ha sido confiada principalmente a la seguridad social, bajo la forma de entrega de ayudas económicas a los desocupados, de manera que puedan hacer frente a sus necesidades personales y familiares por un tiempo determinado.”* (RENDÓN VÁSQUEZ, “Derecho...”, p. 262).

22°)⁵². Finalmente, el Convenio 168 establece el otorgamiento de prestaciones económicas periódicas que varían dependiendo del tipo de desempleo protegido. Para hacer frente al desempleo total se establece el pago de prestaciones periódicas calculadas de manera “que se facilite al beneficiario una indemnización parcial y transitoria por su pérdida de ganancias (...)” (artículo 14°)⁵³. En lo que respecta a las prestaciones por desempleo parcial y en el caso del trabajador a tiempo parcial que busca un empleo a tiempo completo, se establece un criterio cualitativo para su fijación: *“el total de las indemnizaciones y de las ganancias procedentes de su empleo a tiempo parcial podrá ser tal que les incite a aceptar un empleo a tiempo completo”* (numeral 3 del artículo 10°). En otras palabras, el monto de la prestación más las ganancias por el empleo a tiempo parcial, no deben desincentivar la búsqueda de un empleo a tiempo completo; es decir, dicha suma debe ser menor a lo que se ganaría de trabajar a tiempo completo.

En ese sentido, podemos afirmar que la prevención y protección contra el desempleo supone: (i) incluir dicha situación dentro de las contingencias cubiertas por la seguridad social y (ii) garantizar el pago de una asignación económica (monetaria) periódica y temporal sustitutiva de la remuneración dejada de percibir. Como se puede apreciar, las prestaciones económicas son indispensables dentro del concepto de “seguro de desempleo”⁵⁴.

Por lo tanto, el “seguro de desempleo” será aquel sistema de protección contra el desempleo que formando parte del sistema de seguridad social, previene y

⁵² Si se protege sólo a los asalariados, la prestación se calcula en base a las reglas del artículo 65° o a las reglas del artículo 66° (numeral 1 del artículo 22°). Si, por el contrario, se protege a todos los residentes cuyos recursos a la hora de la contingencia no exceden de ciertos límites, la prestación se calcula en base a las reglas del artículo 67° (numeral 2 del artículo 22°). Las diferentes reglas de cálculo mencionadas, buscan garantizar montos mínimos para las prestaciones periódicas.

⁵³ La cuantía en este caso, al igual que en el caso de suspensión de ganancias como consecuencia de una suspensión temporal del trabajo, sin terminación de la relación de trabajo, variará dependiendo de la base de cálculo que se utilice (artículo 15°). Si se calculan *“sobre la base de cotizaciones pagadas por la persona protegida o en su nombre, o en función de sus ganancias anteriores, éstas se fijarán en el 50 por ciento por lo menos de las ganancias anteriores dentro del límite eventual de máximos de indemnización o de ganancias”* (literal a del numeral 1 del artículo 15°). Si se calculan *“independientemente de las cotizaciones o de las ganancias anteriores, éstas se fijarán en el 50 por ciento por lo menos del salario mínimo legal o del salario de un trabajador ordinario, o en la cuantía mínima indispensable para cubrir los gastos esenciales”*.

⁵⁴ Por lo demás, si ello no fuera así ¿de qué manera se podrían evitar los efectos nefastos tan claramente relatados por Rendón Vásquez? (ver nota al pie 30).

protege (“previsión”) contra el desempleo (“contingencia”⁵⁵) otorgando periódicamente una suma de dinero que sustituya temporalmente las remuneraciones dejadas de percibir.

IV. ¿CUÁLES SON SUS CARACTERÍSTICAS?

En el punto precedente hemos señalado la definición de “seguro de desempleo”. En ese sentido, corresponde ahora desarrollar cuáles son las características que, como mínimo, dicho sistema de protección debería tener. Para ello, nuevamente, recurriremos a las disposiciones de los Convenios 44, 102 y 168.

a) Ámbito subjetivo (personas protegidas).

En lo referido a este tema, el Convenio 44 establece un sistema de protección contra el desempleo que es aplicable únicamente a los “asalariados”⁵⁶ sin fijar un porcentaje mínimo de cobertura (artículo 2°). Por su parte, el Convenio 102 –acorde con sus principios subyacentes– establece una tendencia universalista al permitir a las legislaciones internas optar entre proteger a un porcentaje mínimo de asalariados (por lo menos, el 50% de todos los asalariados) o a cualquier persona (asalariada o no asalariada), siempre y cuando resida habitualmente en el territorio del Estado y sus ingresos no excedan de ciertos límites (artículo 20°). Finalmente, el Convenio 168 siguiendo la línea marcada por el Convenio 102, cubre un universo amplio de personas (ya sean asalariadas o no) donde, necesariamente, debe incluirse como mínimo al 85% de los asalariados (artículo 11°). Como se puede apreciar, existe una clara progresión en el ámbito subjetivo del seguro de desempleo⁵⁷.

*Considero que esta tendencia universalista, es plenamente compatible con los principios rectores de la seguridad social, especialmente con el principio de universalidad*⁵⁸. Siendo consecuentes con este principio, deberían

⁵⁵ Tal como la he definido en la página 13.

⁵⁶ Con ese término nos referimos a aquellas personas que ponen su fuerza de trabajo a disposición de un tercero –quien la dirige, supervisa y, eventualmente, sanciona– a cambio de una remuneración. Es decir, aludimos a los “trabajadores dependientes”.

⁵⁷ De proteger sólo asalariados sin siquiera exigir un porcentaje mínimo de cobertura, se pasa a exigir dicho mínimo de protección subjetiva (primero, 50% y, luego, 85%).

⁵⁸ Que –como se dijo– consiste en extender el “campo de los beneficiarios a todo ser humano” (NEVES MUJICA, Op. Cit., p. 174).

estar protegidas contra el desempleo todas aquellas personas que sean susceptibles de ver disminuidos o extinguidos sus ingresos (al margen de ser asalariadas o no asalariadas). Además, no debe olvidarse que la protección contra el desempleo al ser un derecho humano (ver punto I), extiende su ámbito de protección subjetivo a todas las personas.

Ahora bien, eso no quiere decir que esté absolutamente de acuerdo con ello. Efectivamente, considero que la protección generalizada es sólo una meta a alcanzar. No debe olvidarse que el principal instrumento internacional sobre seguridad social, el Convenio 102, sólo marca una tendencia universalista, por lo demás, coherente con su carácter de norma mínima. En consecuencia, en una primera etapa, debería cubrirse a todos los asalariados bajo la modalidad de aseguramiento obligatorio, pero permitiendo el aseguramiento facultativo de los no asalariados. Para poder alcanzar la meta de la protección universal, creo que es indispensable una reforma radical del actual sistema de financiamiento de la seguridad social que, realmente, permita garantizar este sistema de protección, haciéndola plenamente compatible con el principio de solidaridad⁵⁹.

b) Contingencia cubierta.

Sobre este tema me remito a lo ya mencionado en el punto III.

c) Período de calificación y plazo de espera.

Es común a los tres Convenios estudiados permitir que las legislaciones internas condicionen el otorgamiento de las prestaciones por desempleo al cumplimiento de un “período de calificación” (conocido también como “período de prueba”) y de un “plazo de espera” (momento que transcurre entre el cese en el empleo y el inicio del pago de la prestación respectiva).

Efectivamente, el Convenio 44 señala que el primero puede ser cumplido mediante el pago de cierto número de cotizaciones dentro de un período deter-

⁵⁹ “*implica este principio que todas las personas de la sociedad tienen el deber de contribuir a financiar las prestaciones de seguridad social. Los recursos captados deben distribuirse en función... (del principio de solidaridad)... sin que necesariamente deba haber conexión entre el monto de lo aportado y las prestaciones recibidas*” (RENDÓN VASQUEZ, “Derecho...”, p. 74). Para un estudio a profundidad de este principio, ver: ERMIDA URIARTE, Op. Cit., pp. 42 – 46.

minado o trabajando en un empleo específico durante un período específico. En ambos casos, dichos períodos deben preceder a la solicitud de indemnización o al comienzo del desempleo (artículo 6º)⁶⁰. Con respecto al “período de espera”, el 8º párrafo de la Recomendación 44 señala que ese lapso de tiempo no debería exceder de 8 días por período de desempleo. Por su parte, el Convenio 102 resalta que el “período de calificación” puede consistir en un “período de cotización”, en un “período de empleo”, en un “período de residencia” o en cualquier combinación de los mismos, según se determine en la legislación interna (literal f del numeral 1 del artículo 1º)⁶¹. En lo que respecta al “período de espera”, se fija en 7 días contados desde la suspensión de ganancias (numeral 3 del artículo 24º). Finalmente, el Convenio 168 repite lo establecido por el Convenio 102 para el caso del “período de calificación” (artículo 17º). Con respecto al “plazo de espera” (artículo 18º), se repite el plazo máximo fijado en el Convenio 102 (7 días), pero se sugiere “proteger a los trabajadores que encuentren dificultades” durante dicho período (párrafo 17 de la Recomendación 176).

Como se puede apreciar, hay consenso en el seno de la OIT sobre los criterios utilizables para la fijación del período de calificación. En efecto, éste puede consistir en un “período de cotización”, en un “período de empleo” o en un “período de residencia”. Sobre lo que no hay acuerdo es sobre el tiempo de duración de dicho período⁶². Considero que la única alternativa completamente compatible con los principios de la seguridad social sería condicionar las prestaciones por desempleo al cumplimiento de un “período de residencia”. En efecto, este supuesto supone la plena vigencia del principio de universalidad porque no restringe el ámbito subjetivo del “seguro de desempleo” (abarca a todos los “residentes” de un país) y, al mismo tiempo, respeta el principio de solidaridad ya que no condiciona el otorgamiento de las prestaciones por desempleo al aporte previo de un míni-

⁶⁰ La Recomendación 44 añade que el período de prueba no debería exceder del pago de 26 semanas de cotización o de 26 semanas de empleo, en ambos casos durante los 12 meses precedentes a la solicitud de la prestación.

⁶¹ A diferencia del Convenio 44, no establece límites que guíen la fijación de un “período de calificación”, es más, se otorga una amplia discrecionalidad para fijar éste, ya que se permite que las legislaciones internas establezcan el “*que se considere necesario para evitar abusos*” (artículo 23º).

⁶² Mientras que el Convenio 44 y su respectiva Recomendación establecen un plazo máximo de duración, los Convenios 102 y 168 permiten que las distintas legislaciones fijen el que crean conveniente para evitar abusos.

mo de cotizaciones⁶³. No obstante, un esquema como ese es absolutamente irrealizable en las actuales condiciones de nuestra seguridad social⁶⁴. Por tal motivo, en una primera etapa, sería recomendable condicionar las prestaciones por desempleo a un período previo de cotización⁶⁵.

En lo que respecta a los límites temporales del “período de calificación”, creemos que el criterio más adecuado es el establecido por el Convenio 102. En efecto, permitir que las legislaciones internas establezcan el “que se considere necesario para evitar abusos”, le otorga una nota de flexibilidad al sistema de protección contra el desempleo que permite adecuarlo, por lo menos en este aspecto, a las peculiaridades propias de cada país. Finalmente, sobre el “período de espera” creemos que el más adecuado es de siete días, tal como se señala en los Convenios 102 y 168.

d) Prestaciones por desempleo y su cuantía.

Tal como se dijo, las prestaciones económicas son indispensables dentro del concepto de “seguro de desempleo”. Sobre este punto me remito a lo ya expresado en el punto III. Para calcular su “monto” o “cuantía” se han establecido diversos criterios en los Convenios 102 y 168⁶⁶.

El primero garantiza el pago de prestaciones económicas periódicas que varían en su monto en función del criterio seguido para determinar el universo de personas protegidas. Si se protege sólo a los asalariados, la prestación se calcula en base a las reglas del artículo 65° o a las reglas del artículo 66°. Si, por el contrario, se protege a todos los residentes cuyos recursos a la hora de la contingencia no exceden de ciertos límites, la prestación se calcula en base a las reglas del artículo 67°. En el primer supuesto, el monto de la prestación no debe ser inferior al 45% del “total de las ganancias anteriores del beneficiario” (artículo 65°) o al 45% del “salario del trabajador ordinario no calificado adulto del sexo

⁶³ Según NEVES, este principio “obliga a todos a cooperar en el cumplimiento de sus objetivos, abandonando la proporcionalidad entre aportes y beneficios” (NEVES MUJICA, Op. Cit., p. 174). En el mismo sentido se pronuncia Rendón Vásquez (ver nota al pie 59).

⁶⁴ Para adoptar el criterio “período de residencia” es necesario, primero, alcanzar un sistema de protección universal financiado de conformidad con el principio de solidaridad.

⁶⁵ Que, por lo demás, es el criterio que sigue el artículo 210° del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social Española.

⁶⁶ El Convenio 44 no tiene disposiciones para establecer el monto mínimo de las prestaciones.

masculino” (artículo 66°). En el segundo caso, se debe establecer un monto fijo determinado de acuerdo con las reglas que establezca cada país que “deberá ser suficiente para asegurar a la familia condiciones de vida sanas y convenientes, y no deberá ser inferior al monto de la prestación calculada de conformidad con las disposiciones del artículo 66°” (artículo 67°).

Por su parte, el Convenio 168 establece criterios cualitativos y cuantitativos para fijar la cuantía de las prestaciones por desempleo, los mismos que varían en función de las distintas contingencias cubiertas. Para hacer frente al desempleo total se establece el pago de prestaciones periódicas calculadas de manera *“que se facilite al beneficiario una indemnización parcial y transitoria por su pérdida de ganancias y se eviten al mismo tiempo efectos disuasivos para el trabajo y la creación de empleos”*. La cuantía en este caso, al igual que en el caso de suspensión de ganancias como consecuencia de una suspensión temporal del trabajo, sin terminación de la relación de trabajo, variará dependiendo de la base de cálculo que se utilice. Si se calculan *“sobre la base de cotizaciones pagadas por la persona protegida o en su nombre, o en función de sus ganancias anteriores, éstas se fijarán en el 50 por ciento por lo menos de las ganancias anteriores dentro del límite eventual de máximos de indemnización o de ganancias”*. Si se calculan *“independientemente de las cotizaciones o de las ganancias anteriores, éstas se fijarán en el 50 por ciento por lo menos del salario mínimo legal o del salario de un trabajador ordinario, o en la cuantía mínima indispensable para cubrir los gastos esenciales”*. En lo que respecta a las prestaciones por desempleo parcial y en el caso del trabajador a tiempo parcial que busca un empleo a tiempo completo, se establece un criterio cualitativo para su fijación: *“el total de las indemnizaciones y de las ganancias procedentes de su empleo a tiempo parcial podrá ser tal que les incite a aceptar un empleo a tiempo completo”*. En otras palabras, el monto de la prestación más las ganancias por el empleo a tiempo parcial, no deben desincentivar la búsqueda de un empleo a tiempo completo; es decir, dicha suma debe ser menor a lo que se ganaría de trabajar a tiempo completo.

Como se puede apreciar, el Convenio 102 fija la cuantía de la prestación por desempleo en función del universo protegido, mientras que el Convenio 168 lo hace de acuerdo con la contingencia cubierta. Considero que los criterios para fijar la cuantía establecidos en el Convenio 168 son más adecuados a nuestra definición de “seguro de desempleo”. En consecuencia, debemos seguir, en este

punto, al Convenio que fija reglas específicas para cada supuesto cubierto. Y ello debe ser así porque, aun cuando todos los supuestos cubiertos tienen elementos en común, afectan a las personas protegidas en forma distinta. Por tal motivo, deben establecerse reglas diferentes para calcular el monto de la prestación por desempleo en cada caso.

En lo referido al desempleo total y a la suspensión perfecta de labores por motivos objetivos, lo más adecuado para evitar los efectos nefastos del desempleo sería calcular el monto de la prestación por desempleo en función de las ganancias anteriores. Efectivamente, si se fija ésta en un porcentaje (digamos, el 50%) del monto resultante de promediar los ingresos percibidos durante el período de empleo exigido como “período de calificación”, se estará garantizando un monto mínimo que le permita al desempleado mantener, en cierta forma, su estándar de vida. Además, al ser el porcentaje de un promedio no se desincentivará la búsqueda efectiva de empleo por parte del beneficiario (debe tenerse en cuenta que la prestación por desempleo nunca será superior o igual a la última remuneración, con lo cual el beneficiario se verá forzado a buscar un nuevo empleo que le permita mantener el nivel de vida alcanzado). En lo que respecta a las prestaciones por desempleo parcial, no tenemos más que adherirnos al criterio cualitativo expuesto al momento de estudiar en este mismo punto el Convenio 168, por lo que nos remitimos a lo ya expresado en ese momento.

En conclusión, en el caso de desempleo total y suspensión perfecta de labores por motivos objetivos, la cuantía de la prestación debe ser igual a un porcentaje del monto resultante de promediar los ingresos percibidos por el beneficiario durante el “período de cotización”. En el caso de desempleo parcial, el monto de la prestación más los ingresos obtenidos luego de la reducción significativa de la jornada ordinaria de trabajo, no debe desincentivar la búsqueda de un empleo a tiempo completo.

e) Duración de las prestaciones.

Como se recuerda, los tres Convenios revisados permiten que las legislaciones internas limiten el otorgamiento de las prestaciones por desempleo a un período de tiempo determinado.

De acuerdo con el Convenio 44, la duración de dichas prestaciones podrá limitarse a un período de tiempo determinado que, normalmente, no deberá ser inferior a 156 días laborables en un período de un año. Sin embargo, se permite en situaciones excepcionales reducir el límite inferior a 78 días laborables por año. Por su parte, el Convenio 102 dispone que las prestaciones por desempleo deberán *“concederse durante todo el transcurso de la contingencia”*; sin embargo, al igual que el Convenio 44, se permite establecer límites que varían dependiendo del criterio seguido para determinar a las personas protegidas. Sí se protege sólo a los asalariados, la duración de la prestación podrá limitarse a 13 semanas en el transcurso de un período de 12 meses. Sí, por el contrario, se protege a todos los residentes cuyos recursos a la hora de la contingencia no exceden de ciertos límites, la duración de la prestación podrá limitarse a 26 semanas en el transcurso de un período de 12 meses. Finalmente, el Convenio 168 establece disposiciones específicas para el desempleo total y para la suspensión perfecta de labores por motivos objetivos. Para ambos casos, se establece que las prestaciones por desempleo *“deberán abonarse mientras duren estas contingencias”*. Sin embargo, en caso de desempleo total se permite limitar las prestaciones a *“veintiséis semanas por cada caso de desempleo o a treinta y nueve semanas en el transcurso de todo período de veinticuatro meses”*.

Como se puede apreciar, aparentemente la regla es otorgar la prestación durante todo el tiempo que dure la contingencia. Sin embargo, ello puede traer efectos perjudiciales al sistema de protección contra el desempleo ya que puede incentivar la *“holgazanería”* en los beneficiarios (podrían tomarse unas *“vacaciones”* mientras la seguridad social les asigna una prolongada cuota dineraria). Por tal motivo, lo mejor sería establecer un límite temporal al otorgamiento de las prestaciones por desempleo.

Ahora bien, para fijar ese límite además de tener en cuenta las disposiciones de los Convenios estudiados, debe considerarse la duración promedio de la rotación laboral en un país determinado. En efecto, la duración de las prestaciones por desempleo debe cubrir aquel período de tiempo donde razonablemente se puede esperar que el beneficiario consiga un nuevo empleo. En otras palabras, debe cubrir el período de tiempo promedio que dura la situación de desempleo. Y ¿cuál es ese período de tiempo? Consideramos que éste viene determinado por el Convenio 44. Efectivamente, los períodos mínimos establecidos en los Convenios 102

y 168 nos parecen excesivos (en promedio garantizan 6 meses y medio dentro de un período de un año).

Sin embargo, considero que este criterio sólo debe ser aplicable a los casos de “desempleo total”. Efectivamente, para los casos de “suspensión perfecta de labores por motivos objetivos”, lo lógico sería que la protección cubra todo el período de suspensión. En ese sentido, asumimos completamente el criterio del Convenio 168 para este último caso. Finalmente, en lo que respecta a la duración de la prestación por “desempleo parcial”, cabe delimitar la misma en función del mismo criterio cualitativo establecido para fijar su cuantía: no debe ser demasiado prolongada de tal forma que desincentive la búsqueda de un empleo a tiempo completo.

Un pequeño comentario merece lo establecido en el párrafo 19 de la Recomendación 176. En este punto, sugiere prolongar las prestaciones por desempleo *“hasta la edad de admisión a la pensión de vejez para los desempleados que hayan alcanzado una edad prescrita anterior a la edad de admisión a la pensión de vejez”*. Al respecto, estoy plenamente de acuerdo con este criterio. En efecto, que un desempleado de edad avanzada vuelva a insertarse en el mercado laboral es prácticamente imposible. El no otorgarle protección adecuada, significa condenarlo a la miseria absoluta. Por tal motivo, creo que el “seguro de desempleo” debe otorgar una cobertura especial para estos casos. Sobre el tipo de cobertura a otorgar, la edad mínima para acogerse a ella, etc; debería realizarse un estudio pormenorizado, el mismo que escapa a los alcances del presente trabajo⁶⁷.

V. REFLEXIÓN FINAL.

Como se señaló en el punto II, el derecho a estar protegido contra la contingencia del desempleo es un derecho humano y, como tal, un derecho constitucional. Esto, a su vez, supone que el legislador está obligado a incluir dicha contingencia dentro de los alcances de nuestra seguridad social. Las pautas sobre cómo debería regularse esta materia, a mi juicio, están previstas en los capítulos III y IV.

Ahora bien, el hecho que, a la fecha, nuestro sistema de seguridad social no otorgue las prestaciones por desempleo estudiadas en el presente trabajo, no sig-

⁶⁷ Para profundizar en este punto, ver: MONEREO PEREZ, Op. Cit., pp. 53 – 196 y 209 – 237.

nifica que los desempleados estén absolutamente desamparados. En efecto, nuestra legislación ha previsto una serie de mecanismos que, en la práctica, estarían haciendo las veces de “seguro de desempleo”, aunque jurídicamente no califiquen como tales. Aun cuando, por razones de espacio, no voy a hacer un análisis detallado de los mismos, sí es necesario mencionarlos y precisar, a grandes rasgos, porque no calificarían como un “seguro de desempleo”.

En primer lugar, habría que mencionar el derecho especial de cobertura por desempleo, previsto en el artículo 11° de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, que señala que *“en caso de desempleo y de suspensión perfecta de labores que genere la pérdida del derecho de cobertura, los afiliados regulares y sus derechohabientes tienen el derecho a las prestaciones de prevención, promoción y atención de la salud durante un período de latencia de hasta doce meses, siempre que cuenten con un mínimo de cinco meses de aportación en los últimos tres años precedentes al cese, acogándose a dos meses de período de latencia por cada cinco meses de aportación. El período de latencia para los casos de suspensión perfecta de labores será de aplicación a partir de la fecha de pérdida del derecho de cobertura”*. De lo señalado en la norma, queda absolutamente claro la ausencia del factor monetario (otorgamiento periódico de una suma de dinero que sustituya temporalmente las remuneraciones dejadas de percibir) en esta cobertura especial que brinda la Seguridad Social en Salud, elemento fundamental en la definición de “seguro de desempleo”.

En segundo lugar, es necesario hacer referencia a la indemnización por despido arbitrario establecida en el artículo 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. De acuerdo con dicha norma, *“si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. (...)”*.

Como se puede apreciar, la finalidad de la norma es claramente resarcitoria: busca reparar el daño producido en el trabajador despedido arbitrariamente. En ese sentido, es evidente que esta norma es tributaria del artículo 1321° del Código Civil, que –de forma general– señala que *“queda sujeto a la indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa*

inexcusable o culpa leve. (...)". Esto quiere decir que, si no existiera el artículo 34° citado, un trabajador despedido arbitrariamente podría demandar a su empleador por no haber ejecutado su obligación contractual de dar trabajo y, como tal, reclamar la respectiva indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. En consecuencia, en realidad, la indemnización por despido arbitrario no persigue cubrir la contingencia del desempleo sino, únicamente, reparar el daño ocasionado al trabajador despedido por el incumplimiento contractual de su empleador. Tanto es así que este beneficio para su otorgamiento no requiere comprobar, de un lado, si el trabajador despedido está "apto" y "disponible" para el trabajo y, de otro, si está buscando activamente un empleo conveniente (sólo interesa verificar la arbitrariedad en la decisión empresarial). Incluso, el trabajador afectado podría encontrar un nuevo empleo al día siguiente de ser despedido y este hecho no impediría que cobre el monto correspondiente por indemnización por despido arbitrario. En ese sentido, queda claro que no existe vinculación entre este concepto y la definición de desempleo objeto de protección⁶⁸.

En tercer lugar, habría que hacer referencia a la Compensación por Tiempo de Servicios (en adelante, "CTS"). A mi criterio, este es el supuesto más difícil de dilucidar toda vez que, de conformidad con el artículo 1° del Decreto Supremo N° 001-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (en adelante, "LCTS"), este concepto "*(...) tiene la calidad de beneficio social de previsión de las contingencias que origina el cese en el trabajo (...)*". Al margen de tener que determinarse, en el futuro, cuál es la verdadera naturaleza jurídica de este beneficio⁶⁹, lo cierto es que por su propia construcción jurídica, más allá de declaraciones retóricas, se puede deducir que es una figura completamente distinta al "seguro de desempleo".

⁶⁸ Por lo demás, es evidente que no cumple con las características de este mecanismo: (i) no es universal (sólo le corresponde a los trabajadores asalariados despedidos arbitrariamente), (ii) no cubre todos los supuestos previstos en la contingencia protegida (sólo cubre el desempleo total "involuntario" en su versión más extrema: el despido arbitrario), (iii) no existe un período previo de "calificación" para su configuración ni un período de "espera" para iniciar su goce (el monto de la indemnización no depende de haber realizado cotizaciones previas y el pago se realiza ni bien se produce el despido arbitrario), y (iv) no está sujeto a un período máximo de disfrute (es un solo pago).

⁶⁹ Sobre este punto, ver: (i) OBREGÓN SEVILLANO, Tulio. La Compensación por Tiempo de Servicios. Lima: Estudio Vera Paredes, segunda edición, 1998, pp. 11 – 19; y (ii) GALLEGOS VEGA, Jaime. Op. Cit., pp. 54 – 81.

Efectivamente, si la CTS fuera un régimen de protección frente al desempleo, no se entendería por qué, de conformidad con el artículo 44° de la LCTS, dicho beneficio se abona, incluso, cuando un trabajador ha cesado con el fin de acogerse a la jubilación (contingencia totalmente distinta al desempleo). En este último supuesto, es claro que dicha persona ya no se encuentra “apta” y “disponible” para el trabajo y, mucho menos, está buscando un empleo considerado conveniente y, aun así, tiene derecho a recibir el pago total de este beneficio. Es más, si una persona cesa en su empleo y al día siguiente obtiene otro, al igual que en el caso de la indemnización por despido arbitrario, tiene derecho a recibir el monto total de su CTS. En ese sentido, es evidente que, a los efectos de proceder al cobro de este beneficio, poco importa la condición de desempleado, ya que lo único relevante será verificar si el trabajador cesó o no en su empleo. Consecuentemente, queda claro que la CTS y el “seguro de desempleo” son, a primera vista, conceptos jurídicamente distintos. En todo caso, podría alegarse que la primera, a lo más, califica como un seguro de “cesantía”, situación jurídica que, como dije, no guarda relación con el tipo de “desempleo” objeto de protección.

Finalmente, es necesario hacer una breve referencia al Régimen Especial de Jubilación Anticipada para Desempleados (en adelante, “REJAD”), previsto en el Sistema Privado de Pensiones (en adelante, “SPP”). El REJAD creado por la Ley N° 27617, es un esquema temporal que persigue proporcionar condiciones de jubilación más flexibles para los trabajadores afiliados al SPP que se encuentren en situación de desempleo por un período igual o mayor a 12 meses consecutivos. Según sus disposiciones, el afiliado debe contar con 55 años cumplidos al momento de presentar su solicitud de jubilación anticipada ante la AFP y su fondo debe permitirle una pensión mayor o igual al 30% del promedio de las últimas 60 remuneraciones, debidamente actualizadas por el índice de precios al consumidor, o una pensión no menor a un monto equivalente a dos remuneraciones mínimas vitales.

La primera observación que cabría hacer es que estamos ante un supuesto de “jubilación” adelantada. Efectivamente, el hecho que el supuesto jurídico habilitante sea encontrarse en una situación de desempleo, no convierte a esta figura en un “seguro de desempleo” propiamente dicho. Debe tenerse en cuenta que estamos ante el caso de una persona que, al haber estado desocupada durante un largo período de tiempo, persigue retirarse anticipadamente del mercado laboral y no incorporarse nuevamente al mismo. En otras palabras, jurídicamente, se asume

que el sujeto que solicita acogerse a este beneficio ya no se encuentra “apto” y “disponible” para el trabajo.

El segundo cuestionamiento a esta figura es mucho más profundo (y, quizás, ideológico) y apuntaría al régimen del que se desprende: el SPP. Como se sabe, este régimen, en la medida que no se ciñe a los principios de universalidad, integridad, solidaridad, unidad e internacionalidad, no califica, *en estricto sensu*, como un régimen de seguridad social. Y si ello es así, es evidente que se encuentra en la orilla opuesta al “seguro de desempleo” que, como dije, es una de las tantas prestaciones que tendría que asumir nuestro sistema de seguridad social.