

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

12

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Convenio sobre el desempleo 1934 (núm. 44)

Miguel GUTIÉRREZ PÉREZ*

RESUMEN: En el presente trabajo abordamos la protección por desempleo desde el punto de vista del Convenio OIT n. 44, sin adentrarnos en el resto de instrumentos normativos de carácter internacional que vienen a abordar esta materia. En concreto, en relación dicho Convenio se analizan las distintas posibilidades, contempladas en el Convenio, en cuanto a la estructura que puede adoptar el modelo de protección. Asimismo, se examinan los distintos colectivos a los que se incluye en el ámbito de protección de la norma, así como los que quedan al margen de la misma, realizando una especial mención en este caso a algunos colectivos concretos, tal cual viene a ser el caso de las personas empleadas en el servicio doméstico. Por otro lado, se viene a enjuiciar cual es la noción de desempleo protegible que se ofrece a tenor de los propios preceptos del Convenio. A partir de aquella noción, se delimitan los tipos de desempleo protegible, con una especial referencia al desempleo parcial. Finalmente, nos adentramos en el contenido de la protección contemplado en dicha norma.

Palabras clave: Desempleo, subsidio, indemnización, cuantía y protección.

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. 2. La estructura del sistema de protección: las distintas vías recogidas en el Convenio. 3. Ámbito subjetivo de aplicación. 4. La contingencia protegible. 4.1 Tipos de desempleo protegible: El protagonismo del desempleo parcial. 5. El contenido de la protección. 6. Bibliografía.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura.

Unemployment Provision Convention 1934 (No. 44)

ABSTRACT: In this paper we address unemployment protection from the point of view of ILO Convention No. 44, without entering into the rest of the international normative instruments that come to address this issue. Specifically, in relation to said Convention, the different possibilities contemplated in the Convention are analyzed, in terms of the structure that the protection model can adopt. Likewise, it examines the different groups to which it is included in the scope of protection of the rule, as well as those that are left out of it, making a special mention in this case to some specific groups, as it is the case of persons employed in domestic service. On the other hand, it comes to prosecute what is the notion of protectable unemployment that is offered according to the precepts of the Convention. From that notion, the types of protectable unemployment are defined, with a special reference to partial unemployment. Finally, we delve into the content of the protection contemplated in said norm.

Key Words: Unemployment, subsidy, compensation, amount and protection.

1. Consideraciones previas

En tanto que expresión de un desajuste entre la oferta y la demanda de trabajo, el desempleo es un riesgo social inherente al modo de producción capitalista y, con toda probabilidad, eso explica el temprano interés de la normativa internacional que, desde antiguo, regula este fenómeno en su doble vertiente: la prevención y la protección¹ (lo que, en nomenclatura más actual, suele nombrarse como medidas de política activa y de política pasiva frente al desempleo)².

No obstante, en este trabajo vamos a abordar únicamente la vertiente de la protección, desde un concreto instrumento normativo como es el Convenio OIT n. 44, de 23 de junio de 1934³, por el que se garantizan indemnizaciones o subsidios a los desempleados involuntarios⁴. Aun cuando no debe obviarse que no es este el único instrumento normativo de la OIT que regula la protección que otorga la Seguridad Social a las personas desempleadas. Es por ello que junto a otros tantos Convenios⁵ encontramos un amplio número de Recomendaciones⁶ que, con carácter

¹ Cabe destacar que con referencia al desempleo, según datos de 2015, solo el 28% de los trabajadores de la economía mundial cuentan con prestaciones contributivas o asistenciales, mostrándose diferencias regionales enormes. En Europa está cubierto el 80% de los trabajadores, en América Latina el 38%; en el Medio Oriente el 21%; en la región de Asia y el Pacífico el 17% y en África solo el 8%, datos estos teóricos que luego la realidad rebaja todavía más, de modo que se convierten, respectivamente, en porcentajes ciertos del 64%, 5%, 3%, 7% y 3%. L.E. DE LA VILLA GIL, *Editorial*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, n. 117, p. 14.

² C. VIQUEIRA PÉREZ, *La protección del desempleo en los Convenios de la OIT*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, n. 117, p. 137.

³ Véase, N. VÁLTICOS, M.J. TRIVIÑO, *Derecho Internacional del Trabajo*, Tecnos, 1977.

⁴ Instrumento de ratificación de 8 de abril de 1971 (BOE 18 Mayo 1972). En este sentido, debe advertirse que este Convenio, adoptado en la época de la Gran Depresión, fue el primer Convenio en que se estipularon concretamente las condiciones de las prestaciones que deberían contemplar los países ratificantes. W. KIM, *La ratificación de los Convenios de la OIT y la provisión de prestaciones por desempleo: análisis empírico*, en *Revista Internacional de Seguridad Social*, 2010, vol. 63, n. 1, p. 47.

⁵ Convenio 002 sobre desempleo de 1919; Convenio 008 sobre las indemnizaciones de desempleo –naufragio– (1920); Convenio 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo (1988); Convenio 179 sobre contratación y colocación de la gente del mar (1996); Convenio 102 sobre Seguridad Social (1952).

⁶ Recomendación 1, sobre el desempleo (1919); Recomendación 10, sobre el seguro de desempleo (gente del mar) (1920); Recomendación 11, sobre desempleo –agricultura– (1921); Recomendación 44 sobre desempleo (1934); Recomendación 45 sobre desempleo –menores– (1935); Recomendación 176, sobre fomento del empleo y protección contra el desempleo (1988); Recomendación 151, sobre trabajadores migrantes (1975); Recomendación 67, sobre la seguridad de los medios de vida (1944); Recomendación 165, sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

central o tangencial, se ocupan también de la protección por desempleo y con un buen número de disposiciones que, aunque contenidas en normas reguladoras de otras materias, inciden en la ordenación de la protección por desempleo. Si bien, debe resaltarse que los instrumentos internacionales en materia de desempleo, entre ellos el Convenio OIT n. 44, se vienen ocupando de propugnar mecanismos de protección frente al desempleo coyuntural y estacional, cuando el reto principal en esta materia es, en cambio, la lucha contra los efectos del desempleo estructural⁷.

Concretamente, por lo que se refiere a nuestro país debe advertirse que el Convenio OIT n. 44 es el eje central de la regulación internacional en materia de protección por desempleo, al no haber sido ratificado por España el Convenio 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo (1988)⁸. Por lo que, como instrumento internacional de referencia en nuestro país sobre la protección por desempleo nos encontramos con una norma que perfectamente puede considerarse antigua⁹, la cual, lógicamente, como veremos posteriormente, contiene una regulación acorde a los estándares de la época, lejanos de los que hoy delimitan el escenario en el que opera y se aplica¹⁰.

⁷ M. BASTERRA HERNÁNDEZ, *De la protección frente al desempleo a la renta básica universal: un análisis comparativo entre España y Portugal*, en *Revista de Información Laboral*, 2018, n. 12, p. 3 (versión digital).

⁸ Esta materia seguirá rigiéndose en lo que al Estado español hace referencia, por el Convenio anterior sobre la misma cuestión, ratificado en su momento. S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. BARCELON COBEDO, *Cien años de promoción de la Seguridad Social. El papel de la OIT en la creación, expansión, perfeccionamiento y adaptación de los sistemas de protección social*, en *Revista Trabajo y Derecho*, 2019, n. 9, p. 6. Véase, J.M. SERVAIS, *España y las normas de la OIT o cómo renovar una bella historia*, en AA.VV. (J.L. GIL Y GIL, coord.), *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante*, Cinca, 2017, pp. 27 y ss.

⁹ En este sentido, se ha venido afirmando que el Convenio n. 44 quedó totalmente obsoleto en la década de 1970 y que fue sustituido por el Convenio no 168 de 1988, véase W. KIM, *La ratificación de los Convenios de la OIT y la provisión...*, *op. cit.*, p. 47. Del mismo modo, J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA, *La Seguridad Social en general, en los Convenios de la OIT*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, n. 112, p. 36. O S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. BARCELON COBEDO, S., *Cien años de promoción de la Seguridad Social. El papel de la OIT en la creación, expansión, perfeccionamiento y adaptación de los sistemas...*, *op. cit.*, p. 3, quienes afirman que se trata de un Convenio totalmente superado por el Convenio 168.

¹⁰ C. VIQUEIRA PÉREZ, *La protección del desempleo en los Convenios...*, *op. cit.*, p. 138.

2. La estructura del sistema de protección: las distintas vías recogidas en el Convenio

La estructura de la protección frente al desempleo es uno de los temas de mayor complejidad a los que deben hacer frente los sistemas de protección social. Como es consabido, resulta ya clásica la reflexión acerca de la inadecuación de la técnica del seguro social como fórmula de protección frente al paro, en la medida en que la lógica contributiva descansa en una previsión estadística y casa mal con un fenómeno de intensidad y duración difícilmente previsible. Este desajuste resulta especialmente apreciable cuando (como ha ocurrido durante el periodo de recesión económica) el desempleo alcanza a un elevado porcentaje de la población activa, adquiere carácter intermitente para gran parte de los afectados y alcanza de modo masivo a los demandantes de primer empleo (como es el caso de la población juvenil) y, por ello, tradicionalmente se ha defendido que, además de la protección contributiva (seguro) es necesario articular una protección de base asistencial que permita ofrecer cobertura a quienes resultan excluidos del ámbito contributivo o hubiesen agotado las prestaciones allí ofrecidas¹¹.

Precisamente, aquella dificultad para articular un modelo adecuado de protección venga a explicar el hecho de que el Convenio OIT n. 44 establezca un amplio abanico de posibilidades en cuanto a la estructura que puede adoptar el modelo de protección. En este sentido, el artículo 1.2 del Convenio determina que “a condición de que garantice a todas las personas a las que se aplica el presente Convenio las indemnizaciones o subsidios previstos en el párrafo 1, este sistema podrá ser:

- a) un sistema de seguro obligatorio;
- b) un sistema de seguro voluntario;
- c) una combinación de los sistemas de seguro obligatorio y de seguro voluntario;
- d) cualquiera de los sistemas precitados completado con un sistema de asistencia”. Por tanto, de acuerdo con dicho precepto, el modelo de protección podrá asentarse en un sistema de seguro obligatorio, voluntario o mixto, completado en todo caso con un sistema de asistencia. Este precepto, aun cuando se constituye en el eje central en torno al cual ha de construirse la protección por desempleo, entendemos que debe completarse con la Recomendación 44 sobre el seguro de desempleo y las diversas formas de asistencia a los desempleados, adoptada en Ginebra, 18ª reunión CIT (23 junio 1934), cuyo principio 4.d) establece que

¹¹ *Idem, op. cit.*, p. 138.

“siempre que sea posible y en particular cuando puedan aplicarse medidas de control adecuadas, deberían tomarse disposiciones especiales para ayudar, en caso de desempleo, a los trabajadores independientes con escasos recursos económicos”. Esto es, la protección por desempleo ha de completarse con un sistema de protección propio de los trabajadores autónomos, a pesar de situarse los mismos fuera de la protección por desempleo en sentido estricto.

3. **Ámbito subjetivo de aplicación**

En este sentido, el Convenio OIT n. 44 delimita el ámbito subjetivo de la protección por la vía de la regla y la excepción, indicando a que personas debe alcanzar la cobertura y estableciendo, posteriormente, los colectivos que pueden ser excluidos de dicha protección. Como regla general el artículo 2 del Convenio determina que deben estar incluidas en la protección por desempleo todas las personas habitualmente empleadas que perciban un salario o un sueldo. A partir de aquí, en el párrafo segundo de dicho precepto se contemplan las excepciones a aquella regla general, las cuales vienen constituidas por un variado panorama, a las que dan cuerpo diez colectivos que el Convenio permite excluir de la protección por desempleo. De este modo, podrán quedar excluidos de la protección por desempleo: a) las personas empleadas en el servicio doméstico; b) los trabajadores a domicilio; c) los trabajadores que ocupen empleos estables dependientes del gobierno, de las autoridades locales o de un servicio de utilidad pública; d) los trabajadores no manuales cuyas ganancias sean consideradas por la autoridad competente suficientemente elevadas para que puedan protegerse ellos mismos contra los riesgos del desempleo; e) los trabajadores cuyo empleo tenga carácter temporal, siempre que la duración de la temporada sea normalmente inferior a seis meses y que los interesados no ocupen habitualmente durante el resto del año otro empleo comprendido en el presente Convenio; f) los trabajadores jóvenes que aún no hayan alcanzado una edad determinada¹²;

¹² En relación a esta exclusión, debe señalarse que la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT recuerda que si el Convenio consiente la exclusión del subsidio por desempleo a los jóvenes trabajadores que no hayan alcanzado una edad determinada (artículo 2, párrafo 2, f), se sobreentiende sin embargo de los trabajos preparatorios que la palabra joven fue añadida a esta disposición del Convenio para garantizar que la edad prescrita no sea demasiado elevada. (Conferencia Internacional del Trabajo, n. 88, 2000, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, p. 150). En este sentido, en el caso

g) los trabajadores que excedan de una edad determinada y que disfruten de una pensión de retiro o de vejez¹³; h) las personas que sólo estén ocupadas, a título ocasional o subsidiario, en empleos comprendidos en el presente Convenio; i) los miembros de la familia del empleador; j) aquellas clases excepcionales de trabajadores a las que, por circunstancias especiales, resulte innecesaria o impracticable la aplicación de las disposiciones del presente Convenio¹⁴.

En relación a las diferentes exclusiones contempladas por la norma internacional, debemos llamar la atención sobre las personas empleadas en el servicio doméstico. En este sentido, la exclusión de este colectivo profesional de la prestación por desempleo, parece claro que obedece a la evidente conveniencia del mercado, puesto que la protección social de trabajo doméstico se ha mantenido siempre en niveles mínimos por ser éste un sector extremadamente sensible al aumento de los costes sociales, cuyo incremento se traduce inevitablemente en un retraimiento de la demanda y en una precarización importante con motivo del paso del empleo declarado al empleo sumergido. No obstante, tal y como ya advertíamos al comienzo de este mismo trabajo, debe tenerse presente el carácter anacrónico que ostenta el Convenio OIT n. 44. Es por ello que esta exclusión contemplada en dicha norma debe ser relativizada, a tenor de las disposiciones contenidas en el Convenio OIT n. 189 sobre las

concreto de España, se muestra la preocupación por parte de la Comisión acerca de la exclusión de la protección por desempleo de los trabajadores con contratos formativos o de aprendices. Si bien, dicha Comisión (Conferencia Internacional del Trabajo, n. 101, 2012, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, p. 941), por lo que se refiere al artículo 2 del Convenio OIT n. 44, viene a mostrar, precisamente, su satisfacción por la aprobación en el ordenamiento español de la Ley 35/2010, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, la cual viene a extender a las personas que están recibiendo una formación la protección contra el desempleo, de conformidad con el artículo 2 del Convenio.

¹³ Esta exclusión viene amparada igualmente por la Recomendación n. 44, donde en el principio 4 b) se señala expresamente que “los beneficiarios de estos sistemas deberían estar protegidos por el seguro o por la asistencia hasta la edad en que tengan derecho a cobrar una pensión de vejez”.

¹⁴ No obstante, debe tenerse en cuenta que, tal y como recuerda la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT, los Estados que recurran a las excepciones autorizadas por las mencionadas disposiciones del Convenio, deberán comunicar, en sus memorias siguientes, las informaciones relativas a las razones que hubiesen motivado la exclusión de los mencionados trabajadores, e indicar si éstas persisten y siguen justificando, por ejemplo, la existencia de edades límite diferentes, en función del tipo de programa de ayuda al retorno al empleo (Conferencia Internacional del Trabajo, 97.ª reunión, 2008, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, p. 681).

trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011, el cual en su artículo 14 viene a establecer que todo Miembro, actuando en conformidad con la legislación nacional y teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, deberá adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social. Por tanto, a pesar de la exclusión contenida en el Convenio OIT n. 44, este Convenio deja, sin duda, la puerta abierta a la inclusión de este colectivo profesional en el ámbito de la protección por desempleo¹⁵. Lo que en el caso concreto de nuestro país, precisaría de la ratificación del Convenio OIT n. 189, algo que hasta la fecha no se ha producido, al contrario de lo que ha ocurrido en otros países, como es el caso de Alemania¹⁶, Italia¹⁷ o Portugal¹⁸.

En otro orden de cosas, y desde otro punto de vista, debe tenerse en cuenta que la delimitación del ámbito subjetivo de la protección por desempleo va a depender de la respuesta que se otorgue a la cuestión de si dicha protección diferencia a nacionales y no nacionales. En este sentido, si acudimos al artículo 16 del Convenio OIT n. 44, el mismo establece que “los extranjeros deberán tener derecho a indemnizaciones y subsidios en las mismas condiciones que los nacionales. Sin embargo, todo Miembro podrá negar a los nacionales de otro Miembro o Estado no obligado por el presente Convenio la igualdad de trato con sus propios nacionales, con respecto a las prestaciones que provengan de fondos a los que el solicitante no haya contribuido”. Con lo que el precepto contempla la igualdad entre nacionales y extranjeros, debiendo estos últimos tener derecho a indemnizaciones y subsidios en las mismas condiciones que los nacionales. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el precepto admite la quiebra del trato igual para los nacionales de países no obligados por el Convenio con respecto a las prestaciones de carácter no contributivo. Si bien, la Recomendación n. 44 que desarrolla el Convenio OIT n. 44, alienta a no aplicar la regla anterior, al establecer en su principio 16 que “debería aplicarse la igualdad de trato, no sólo a los trabajadores de la nacionalidad de los Miembros obligados por el Convenio, sino también a

¹⁵ En relación a dicho Convenio, M. OELZ, *El convenio y la recomendación de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos: una oportunidad para la justicia social*, en *Revista internacional del trabajo*, 2014, vol. 133, n. 1, pp. 161 y ss.; J. CABEZA PEREIRO, *El trabajo doméstico en la normativa de la OIT*, en *Revista Trabajo y Derecho*, 2019, n. 9, pp. 1 y ss.

¹⁶ Este país ratificó el Convenio OIT n. 189 el 20 de septiembre de 2013.

¹⁷ Este país ratificó el Convenio OIT n. 189 el 22 de enero de 2013.

¹⁸ Este país ratificó el Convenio OIT n. 189 el 17 de julio de 2015.

los nacionales de los Miembros o Estados que, sin haber ratificado el Convenio, apliquen efectivamente sus disposiciones”¹⁹.

4. La contingencia protegible

En cuanto a la noción de desempleo protegible, la misma puede ser inferida si acudimos a distintos preceptos del Convenio OIT n. 44. Así, dicha noción se identifica con una persona habitualmente empleada que percibe un salario (artículo 2 del Convenio) que deviene en desempleo involuntario (artículo 1 del Convenio) por la pérdida o reducción de su empleo (artículo 3 del Convenio) y que es apta y está disponible para un nuevo trabajo (artículo 4.a del Convenio). No obstante, si bien a tenor de los anteriores parámetros, la norma internacional se refiere con carácter general al desempleo involuntario, debe tenerse en cuenta que el propio Convenio n. 44 OIT en su artículo 10.2.b establece la posibilidad de suspender el derecho a indemnización o subsidio durante un periodo adecuado a quien haya abandonado voluntariamente sin motivo justificado su empleo. La dicción de la norma no es, ciertamente, concluyente pero, parece abundar en la idea de la conveniencia de revisar el tratamiento de los ceses voluntarios, terminando con su exclusión de la protección por desempleo (lo que no excluye la posibilidad de establecer un tratamiento distinto al de los ceses involuntarios)²⁰.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en consonancia con los parámetros establecidos por la norma internacional, que la misma permite condicionar el acceso a la protección por desempleo a que el desempleado sea apto para el trabajo, esté “disponible” para el mismo, se inscriba en una oficina pública (art. 4) y acepte un empleo en “trabajos de asistencia” (art. 9), al tiempo que autoriza a que se suspenda el derecho a la prestación si el desempleado rechaza una oferta de “empleo conveniente” (art. 10). Precisamente, el tema relativo al empleo conveniente es una de las materias que dota de visibilidad al Convenio n. 44 OIT.

La norma internacional muestra un evidente interés por la delimitación del empleo conveniente, siendo abordada esta cuestión por el Convenio n. 44 OIT en sentido negativo, señalando que empleos deben quedar fuera de esta calificación, que, en términos generales, se identifican con: a) un empleo cuya aceptación implique la residencia en una región donde no

¹⁹ En este sentido, en el caso del ordenamiento español, no se ha recogido la referida excepción y la protección por desempleo opera en las mismas condiciones para nacionales y extranjeros.

²⁰ C. VIQUEIRA PÉREZ, “La protección del desempleo en los Convenios...”, *op. cit.*, p. 144.

pueda conseguirse un alojamiento adecuado; b) un empleo cuya tasa de salario sea inferior o cuyas otras condiciones de trabajo sean menos favorables: i) que las que el solicitante hubiera podido esperar, dada su profesión habitual, en la región en que estaba generalmente empleado o las que hubiera obtenido si hubiese continuado empleado en la misma forma (cuando se trate de un empleo en la profesión y en la región en donde habitualmente estaba empleado el solicitante); ii) que el nivel que generalmente se observe en aquel momento en la profesión y en la región donde se le ofrezca el empleo (en todos los demás casos); c) un empleo que se encuentre vacante en virtud de una suspensión del trabajo causada por un conflicto de trabajo; d) un empleo que pueda ser rechazado con razonable fundamento en atención a la situación personal del trabajador o de otras circunstancias²¹.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que sendas Recomendaciones de la OIT²² han realizado una labor de concreción en relación a aquella noción en negativo de empleo conveniente, pudiendo extraerse de dicha

²¹ Sobre esta cuestión viene a incidir, precisamente, la Recomendación 165—sobre trabajadores con responsabilidades familiares—, en su principio 30, al concretar que a la hora de calificar un empleo como adecuado deben ser tenidas en cuenta las responsabilidades familiares del desempleado y, si el empleo implica un traslado, particularmente, debe considerarse la localidad en la que trabaja el cónyuge y las posibilidades de educación de los hijos.

²² Al respecto, la Recomendación 67—sobre la seguridad de los medios de vida— en su artículo 14.3 señala que “durante un período inicial, fijado equitativamente según las circunstancias del caso, deberían considerarse como empleos convenientes únicamente los siguientes: a) un empleo en el trabajo habitual del asegurado, en un lugar que no entrañe un cambio de residencia, retribuido con la tasa vigente de salarios, fijada por un contrato colectivo, cuando ésta sea aplicable; o b) otro empleo aceptable para el asegurado. Después de la expiración del período inicial: a) podrá considerarse conveniente un empleo que entrañe un cambio de profesión si puede ser ofrecido razonablemente al asegurado, habida cuenta de sus fuerzas, aptitud, experiencia previa y de las facilidades de formación a su alcance; b) podrá considerarse empleo conveniente aquel que entrañe un cambio de residencia si existen posibilidades de alojamiento adecuado en el nuevo lugar de residencia; c) podrá considerarse conveniente un empleo en condiciones menos favorables que las que el asegurado obtuvo generalmente en su región y profesión habituales si las condiciones ofrecidas corresponden a las normas comúnmente observadas en el empleo y región en que se ofrece el trabajo”. Por su parte, la Recomendación 44, en su principio 9^o advierte que “cuando se trate de determinar si el empleo ofrecido a un solicitante en una profesión distinta de la que ejercía anteriormente es un empleo conveniente cuya no aceptación pueda dar lugar a la descalificación del solicitante autorizada por el Convenio, deberían tenerse en cuenta el tiempo de servicio del interesado en la profesión anterior, las posibilidades que tenga de encontrar nuevo empleo en la misma profesión, su formación profesional y sus aptitudes para el trabajo propuesto”.

labor que el empleo conveniente es, en primera instancia, el que se corresponde con la profesión habitual del trabajador, no exige cambio de residencia y está retribuido conforme a la tasa de salario fijada convencionalmente; y que, transcurrido un tiempo, la noción se ve ampliada, pudiendo considerarse también conveniente el empleo en profesión distinta (pero que se adecúe a la aptitud y formación), que exija cambio de residencia (si hay posibilidades de alojamiento adecuado) y que ofrezca condiciones menos favorables que las que el desempleado obtuvo generalmente en su región y profesión habitual (si respetan las ofrecidas en la profesión y región en que se ofrece el trabajo)²³.

4.1. Tipos de desempleo protegible: El protagonismo del desempleo parcial

En relación a esta cuestión, debe destacarse el especial interés que muestra el Convenio n. 44 OIT en la figura del desempleo parcial, al establecer expresamente el Convenio en su artículo 3 que “se concederán indemnizaciones o subsidios a los trabajadores cuyo empleo se encuentre reducido”. En idéntica línea la Recomendación 44 en su principio 3 determina que “todo sistema que establezca el pago de indemnizaciones o subsidios a los desempleados debería amparar no sólo a las personas que estén totalmente desempleadas, sino también a las que se encuentren desempleadas parcialmente”²⁴.

Un aspecto a tener en cuenta, en relación a la protección del desempleo parcial, es que el propio Convenio n. 44 OIT, establece la necesidad de proteger el desempleo parcial en las condiciones que fije la legislación nacional, con lo que se hace evidente que esta es una cuestión que dependerá por completo de la normativa existente en los distintos Estados, lo que evidencia un vacío de protección por parte de la norma

²³ Acerca de la noción de empleo conveniente en el marco internacional, véase, M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, *La nueva dimensión de la protección del desempleo*, La Ley, 2332, 2002, p. 1 y ss. (versión digital).

²⁴ Sobre esta cuestión, con mayor claridad se manifiesta el Convenio n. 168 OIT al afirmar en su artículo 10 que “Las contingencias cubiertas deberán abarcar ... el desempleo total, definido como la pérdida de ganancias debida a la imposibilidad de obtener un empleo conveniente. Además, todo Miembro deberá procurar extender la protección...a las contingencias siguientes: a la pérdida de ganancias debida al desempleo parcial definido como una reducción temporal de la duración normal o legal del trabajo; la suspensión o reducción de ganancias como consecuencia de una suspensión temporal de trabajo, sin terminación de la relación de trabajo, en particular por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos”.

internacional, siquiera sea estableciendo ciertos límites que habrían de ser tenidos en cuenta por la normativa interna de los Estados.

5. El contenido de la protección

La protección por desempleo se articula en la norma internacional en torno a la concesión de una suma de dinero, distinguiéndose entre una indemnización, es decir, el pago de una cantidad devengada con motivo de las cotizaciones abonadas en virtud del empleo del beneficiario afiliado a un sistema obligatorio o voluntario y un subsidio, es decir, una prestación que no constituye ni una indemnización, ni un socorro concedido en virtud de medidas generales de asistencia a los indigentes, pero que puede constituir la remuneración de un empleo en trabajos de asistencia. Siendo la prestación económica, por tanto, el núcleo central de la protección, lo que explica que la norma internacional se ocupe de los dos elementos sobre los que ésta se define: la duración y la cuantía.

En primer lugar, debe partirse de la base de que determinar la duración de la prestación por desempleo es una cuestión ciertamente compleja, al tener que buscar el equilibrio entre una protección prolongada en el tiempo, especialmente en tiempos de crisis económica, y la necesidad de evitar poner en riesgo el sistema. De este modo, aunque la Recomendación 67 aconseja que la protección se extienda “hasta que se le ofrezca al asegurado un empleo conveniente” (art. 14.2) y a pesar de que la Recomendación 44, más concreta, señala que la prestación contributiva “debería prolongarse tanto como lo permita la solvencia del sistema” y los subsidios deberían pagarse “durante todo el tiempo que los solicitantes lo necesiten” (principio 7); lo cierto es que, más allá de lo que sería deseable, el Convenio n. 44 OIT autoriza a limitar la duración de la protección (sea prestación o subsidio) estableciendo un doble umbral mínimo: el que debe operar normalmente, que se sitúa en 156 días laborables por año, de acuerdo con el artículo 11 del Convenio; y el que opera como umbral mínimo, el cual se establece en 78 días laborables por año, según el referido precepto.

No menos complejo que determinar la duración de la prestación vendrá a resultar determinar la cuantía. Sobre esta cuestión, no hallamos requerimientos específicos por lo que respecta al Convenio. En este sentido, el artículo 12 de la norma internacional determina que el pago de las indemnizaciones no deberá depender del estado de necesidad del solicitante. Si bien, el derecho a recibir un subsidio podrá estar sujeto a la comprobación del estado de necesidad del solicitante. Habrá de acudirse a

la Recomendación 67, la cual viene a concretar al respecto que las prestaciones “deberían sustituir a las ganancias perdidas... hasta un nivel tan elevado como sea factible, sin que ello impida el deseo de reanudar el trabajo” (art. 22), de modo que la cuantía ha de fijarse con la idea de facilitar al desempleado una renta próxima a la renta salarial perdida pero procurando que no tenga un efecto disuasorio de cara a la búsqueda y aceptación de un nuevo empleo. Este equilibrio lo cifra la Recomendación 67 –para trabajadores no especializados– en un mínimo del “40% de las ganancias anteriores netas del asegurado, si no tiene cargas familiares, o del 60%” en el caso de que las tenga, al tiempo que autoriza a reducir esta relación cuando se trata de salarios elevados (art. 22)²⁵.

Por otro lado, aun cuando la prestación económica viene a constituir el núcleo esencial de la protección por desempleo, debe advertirse que el propio artículo 13 del Convenio contempla la posibilidad de establecer prestaciones suplementarias destinadas a facilitar la vuelta al trabajo del asegurado. Con lo que en el contenido de la acción protectora, conjuntamente con la prestación económica, será posible incluir una serie de acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación y reconversión profesionales, con las que se busca lograr el establecimiento de las condiciones que permitan salir de la situación de desempleo.

6. Bibliografía

BASTERRA HERNÁNDEZ M., *De la protección frente al desempleo a la renta básica universal: un análisis comparativo entre España y Portugal*, en *Revista de Información Laboral*, 2018, n. 12

CABEZA PEREIRO J., *El trabajo doméstico en la normativa de la OIT*, en *Revista Trabajo y Derecho*, 2019, n. 9

DE LA VILLA GIL. L.E., *Editorial*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, n. 117

GONZÁLEZ ORTEGA S., BARCELON COBEDO S., “Cien años de promoción de la Seguridad Social. El papel de la OIT en la creación, expansión, perfeccionamiento y adaptación de los sistemas de protección social”, *Revista Trabajo y Derecho*, n. 9, 2019

KIM W., *La ratificación de los Convenios de la OIT y la provisión de prestaciones por desempleo: análisis empírico*, en *Revista Internacional de Seguridad Social*, 2010, vol. 63, n. 1

²⁵ C. VIQUEIRA PÉREZ, *La protección del desempleo en los Convenios...*, *op. cit.*, p. 150.

MARTÍNEZ GIRÓN J., ARUFE VARELA A., *La Seguridad Social en general, en los Convenios de la OIT*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, n. 112

OELZ M., *El convenio y la recomendación de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos.: una oportunidad para la justicia social*, en *Revista internacional del trabajo*, 2014, vol. 133, n. 1

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER M., *La nueva dimensión de la protección del desempleo*, La Ley, 2332, 2002

SERVAIS J.M., *España y las normas de la OIT o cómo renovar una bella historia*, en AA.VV. (J.L. GIL Y GIL coord.), *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante*, Cinca, 2017

VALTICOS N., TRIVIÑO M.J., *Derecho Internacional del Trabajo*, Tecnos, 1977

VIQUEIRA PÉREZ C., *La protección del desempleo en los Convenios de la OIT*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015. n. 117

Web sites

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C044

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312382,es

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R165

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R067

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C168

[https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2000\)1A.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2000)1A.pdf)

[https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2008-97-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2008-97-1A).pdf)

[https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2012-101-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2012-101-1A).pdf)

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo