

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*)

Comité Evaluador

Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Henar Álvarez Cuesta (*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*), 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*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María 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*), Francesca Sperotti (*Italia*), 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*)

La profesionalidad: patrimonio profesional del trabajador

María del Luján CHARRUTTI GARCÉN**

RESUMEN: La profesionalidad conforma un patrimonio profesional que posee todo trabajador, el cual no se encuentra limitado por las aptitudes requeridas para un puesto de trabajo o para el desempeño de una categoría, sino que se compone de todas las cualidades que posee el trabajador en cuanto persona, las experiencias adquiridas en su trayectoria laboral, es decir todo aquello que lo distingue de otros trabajadores que poseen su misma cualificación. El presente estudio centra el análisis de la relación entre la profesionalidad del trabajador estudiado no sólo como un resultado del intercambio contractual sino como un dato previo al mismo, ligado a la persona del trabajador y que como tal es manifestación de la dignidad de éste. Diversos programas de formación profesional contribuyen a expandir esta visión ligada al derecho de formación, a la promoción y ascenso, así también a la recualificación de trabajadores. La empresa pasa a ser un centro de formación de trabajadores especializados y escuela técnica en algunas profesiones. La certificación de competencias alude a la profesionalidad en el sentido de distinción de competencias adquiridas en el desarrollo de la profesión u oficio, a la formación profesional dentro de la empresa, considerando las cualidades y aptitudes adquiridas durante la relación laboral.

Palabras clave: Profesionalidad, poder de dirección, dignidad del trabajador, derecho a la formación, certificación de competencias.

SUMARIO: 1. Introducción 2. La profesionalidad del trabajador 3. La profesionalidad estática y dinámica 4. La profesionalidad del trabajador como límite jurídico al poder de dirección del empleador. 5. La tutela de profesionalidad en el contexto del reconocimiento del derecho al trabajo. 5.1. El derecho al trabajo en la relación individual de trabajo. 5.2. El derecho al trabajo durante el desarrollo de la relación de trabajo. El derecho a la ocupación efectiva y su relación con la profesionalidad. 6. Profesionalidad y derecho a la promoción y formación profesional. 6.1. El derecho a la formación profesional dentro del contrato de trabajo. 6.2. El derecho a la promoción, la carrera profesional y el derecho al ascenso. 6.3. Polivalencia o polifuncionalidad y profesionalidad. 7. La tutela de la profesionalidad del trabajador en el Sur de América Latina. El caso uruguayo. 8. Profesionalidad y certificación de competencias: los nuevos retos de América Latina. 9. Bibliografía.

** Profesora Ayudante Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de la República de Uruguay.

Professionalism: the professional heritage of the worker

ABSTRACT: Professionalism consists of a professional heritage owned by every worker, which is not limited by the skills required for a job or for the performance of a category, but is composed of all the qualities that the worker has as a person, the experiences acquired in his career, that is to say everything that distinguishes him from other workers who have the same qualification. The present study focuses the analysis of the relationship between the professionalism of the worker studied not only as a result of the contractual exchange but as a prior information to the same, linked to the person of the worker and as such is a manifestation of the dignity of the worker. Various vocational training programs contribute to expanding this vision linked to the right to training, promotion and promotion, as well as the retraining of workers. The company becomes a training center for specialized workers and technical school in some professions.

Certification of competences refers to professionalism in the sense of distinguishing competencies acquired in the development of the profession or trade, to professional training within the company, considering the qualities and skills acquired during the employment relationship.

Key Words: Professionalism, power of direction, dignity of the worker, right to training, certification of competences.

1. Introducción

La evolución del trabajo y sus nuevas formas de organización han incidido profundamente en el poder de dirección. Los cambios en las organizaciones productivas, por la pérdida de centralidad del trabajo industrial de fábrica siguiendo al modelo taylorista, la aparición de nuevas formas de prestación subordinada de trabajo, deslocalizaciones empresariales, las externalizaciones y la tercerización, sumada al impacto de las nuevas tecnologías en la empresa, han transformando la idea de empresa con una unidad de mando, concentrada en su poder absoluto. Sumado a la abolición de la categoría profesional en el contexto flexibilizador en que se inserta el derecho laboral europeo y su antítesis la conservación de la categoría profesional en la legislación laboral latinoamericana, lleva al análisis y la búsqueda de nuevas limitaciones como la profesionalidad, que centrarán el objeto de este estudio.

Analizando los regímenes jurídicos laborales que refieren al poder de dirección su relación con los derechos fundamentales de los trabajadores y el comportamiento de los operadores jurídicos en los modelos de relaciones laborales, es que se llega focalizar el análisis de la profesionalidad del trabajador como uno de los límites al poder de dirección del empleador.

Centramos el análisis concreto en el presente estudio de la relación entre la profesionalidad del trabajador estudiado no sólo como un resultado del intercambio contractual sino como un dato previo al mismo ligado a la persona del trabajador y como manifestación de la dignidad de éste. Se hará referencia a la tutela de la profesionalidad del trabajador en el sistema europeo – considerando la normativa española – y el sur de América Latina con especial consideración al régimen de Uruguay.

2. La profesionalidad del trabajador

Si bien el estudio de la profesionalidad posee varias aristas, este trabajo centra el estudio de la profesionalidad dentro de la relación de trabajo, y como bien que posee el trabajador ligado a los derechos de la personalidad, es un análisis de la relación entre la profesionalidad del trabajador estudiado no sólo como un resultado del intercambio contractual sino como un dato previo al mismo ligado a la persona del trabajador y que como tal es manifestación de la dignidad de éste.

No obstante, importa destacar que la profesionalidad desde otra perspectiva de estudio constituye uno de los objetivos de la política social

de la Unión Europea, se entiende que la mejora de la competitividad europea basada en patrones de calidad tiene un pilar fundamental en la mejora y defensa de la profesionalidad de los trabajadores. También la misma ha sido de interés de los Estados al aprobar programas de formación profesional y de los sindicatos al celebrar acuerdos de formación continua¹, así también ha sido de significativa relevancia el tema de la formación profesional para la Organización Internacional del Trabajo.

La profesionalidad de los trabajadores posee gran trascendencia en un modelo social como el europeo que, formalmente apuesta por el conocimiento, los recursos humanos, la obtención de las cualificaciones elevadas y amplias y la calidad de la producción en cuanto elementos centrales de la competitividad empresarial². Por tanto hay dos vertientes dogmáticas en este punto.

En efecto, también se estudia la profesionalidad desde el plano contractual, sosteniendo que el contrato de trabajo ha de ser un instrumento de promoción y realización de la profesionalidad.

Es decir, es un bien amenazado por la concepción vigente del contrato, pero al mismo tiempo es un bien cada vez más necesario para el trabajador y encuentra en el contrato de trabajo uno de los instrumentos específicos e idóneos para su desarrollo y perfeccionamiento³. Con este enfoque se ha priorizado uno de los derechos profesionales, como soporte institucional de la profesionalidad, la formación profesional, así se propone una visión promocional de los instrumentos jurídicos necesarios para protección de la profesionalidad desde la bilateralidad contractual.

Partiendo también del contrato de trabajo se ha estudiado la profesionalidad ubicándola dentro de su objeto. Los elementos esenciales para la validez de los contratos son consentimiento, objeto, capacidad y causa, de tal forma que el contrato de trabajo también debe tener estos elementos para poder tener validez, por tanto, el objeto es uno de sus elementos esenciales sin el cual no existe como tal. Pero también vemos que el objeto del contrato debe contener determinados requisitos sin los cuales tampoco es válido y por supuesto tampoco el contrato, por tanto, se dice entonces que el objeto del contrato y del contrato de trabajo

¹ Aparicio Tovar, J., “La Profesionalidad del Trabajador” (en torno a los arts. 22, 23, 24 y 25), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, editorial Civitas, n. 100, Madrid, marzo/agosto 2000, p. 598.

² Casas Baamonde, M.E., “Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva”, *REDT*, n. 89, editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 413.

³ Santos Fernández, M.D., *El Contrato de trabajo como límite al poder del empresario*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2005, p. 261.

deberá tener certeza y determinación, ésta a su vez puede ser genérica o individualizada.

Es en este sentido en el que se afirma que el objeto del contrato es el trabajo, es decir el trabajo como actividad. Si bien la doctrina laboral española señala que no debemos diferenciar el objeto del contrato del objeto de la obligación, puesto que no existe una identificación entre ellos, se asegura que este extremo nunca se presenta con total nitidez, la manera más eficaz de ver la diferencia existente entre un objeto de un contrato y el de una obligación tiene lugar cuando al consensuar un negocio se efectúa una determinación genérica del objeto contractual, es decir el objeto de la obligación estará conformado por los actos necesarios para cumplir con la obligación esto es la realización de una única actividad de entre las diversas incluidas en el área acotada por el objeto contractual⁴. Pero además siguiendo al Código Civil español que expresa que este objeto contractual para tener validez debe ser lícito, posible y determinado, esta posición afirma, que decir que el objeto del contrato de trabajo es el trabajo resulta por tanto insuficiente, es preciso determinar la cantidad, calidad y clase del mismo⁵. De esta manera se señala que una de las cualidades que las partes deberán negociar será sobre la rama profesional a la cual debe pertenecer la actividad, puesto que en su aspecto subjetivo el trabajo será prestado por un individuo el cual debe revestir determinadas cualidades y características las cuales no solo serán propias de la actividad o profesión sino también tendrán un componente que lo distinguirá de otros trabajadores que desempeñen la misma profesión, de ahí la característica *intuitu personae* del contrato de trabajo con relación al trabajador, por lo que debe desempeñar en forma personal sus tareas sin poder delegarlas en otro, pues la persona del trabajador es esencial para definir la contratación laboral.

Por tanto, se encuentran dos aspectos diferenciados: a) el acuerdo para la determinación del objeto del contrato y b) el acto de clasificación profesional. La fijación del objeto contractual se efectúa como regla general y primera a través del consenso entre los dos contratantes, bien sea al iniciar la relación o en posteriores novaciones. La relación con los sistemas clasificatorios es evidente, por otra parte y desde otro ángulo, la profesionalidad aparece como una cualidad inherente al sujeto, es decir constituye “*un cúmulo de conocimientos, habilidad, experiencia, práctica o esfuerzo físico específico, que en la relación de trabajo resultan necesarios para realizar un tipo*

⁴ Valdes De La Vega, B., *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Editorial Trotta Madrid, 1997, p. 53.

⁵ Valdes De La Vega, B., *La profesionalidad...*, *op. cit.*, 1997, p. 57.

*de actividad determinada*⁶. Entonces la profesionalidad como ha señalado la doctrina laboral española conforma *un patrimonio profesional*⁷, el cual forma parte de la persona, es este patrimonio que lo distingue de otros sujetos que puedan poseer la misma profesión u oficio. Es decir, la profesionalidad desde su aspecto objetivo se encuentra constituida por los conocimientos y habilidades que discierne una profesión de otra, pero en su aspecto subjetivo está compuesta por las cualidades personales del trabajador, sus expectativas de promoción y ascenso, sus habilidades y destrezas adquiridas en su vida laboral. Tanto en los aspectos iniciales de gestación del negocio como a medida que este se desarrolla se ponderan los aspectos subjetivos y objetivos de la clasificación (cualificación profesional, formalización de la categoría pactada y juicio de correspondencia con esta última en el momento funcional del negocio)⁸.

Este patrimonio profesional que posee el trabajador no se ciñe a las aptitudes requeridas para un puesto de trabajo, o las adquiridas a través del propio trabajo. En él se contemplan todas las que el trabajador posee sean o no contratadas, en cada acto clasificatorio concreto⁹. Estos derechos profesionales están ligados a la dignidad¹⁰ humana y contribuyen al desarrollo de la personalidad del individuo. Es así que la profesionalidad dice la doctrina laboral constituye *“un bien del trabajador”*¹¹ y como tal deberá ser protegido, y es a través de los valores ligados a la dignidad de la persona (constitucionalmente establecidos), que se logra imponer esa protección, limitando así los poderes empresariales.

⁶ Valdés de la Vega, B., *La profesionalidad...., op. cit.*, 1997, p. 19.

⁷ Aparicio Tovar, J., *La profesionalidad...., op. cit.*, 2000, p. 598.

⁸ Alemán Páez, F., *El encuadramiento profesional*, Informes y Estudios Ministerio de Trabajo y Seguridad Social España, 1995, p. 109.

⁹ Valdés de la Vega, B., *La profesionalidad...., op. cit.*, 1997, p. 25.

¹⁰ Como señala Valdés de la Vega, B., *La profesionalidad...., op. cit.*, 1997, p. 209 “con la ley 11/1994 de modificación del Estatuto de los trabajadores se introducen dos cambios, por un lado, la expresión derechos profesionales desaparece del texto, y el legislador ha optado por recoger el contenido concreto que la jurisprudencia le atribuyó, aludiendo expresamente a la dignidad del trabajador su formación y promoción profesional, se formulan como derechos del trabajador lo cual supone atribuir un instrumento jurídico para la defensa de un bien. La segunda modificación es el ámbito de aplicación de estos límites, que se extiende ahora a cualquier cambio funcional incluido el realizado en base al *jus variandi*?”.

¹¹ Valdés de la Vega, B., *La profesionalidad...., op. cit.*, 1997, p. 25.

3. La profesionalidad estática y dinámica

La doctrina laboral española ha distinguido entre la profesionalidad estática y dinámica. En su aspecto estático se señala que cada trabajador posee una capacitación o formación adecuada para el puesto de trabajo que pretende desempeñar, esta cualificación requerida es la que el deudor (trabajador) se compromete a realizar al inicio de la relación contractual. En su aspecto dinámico conforma lo que se ha entendido como ese patrimonio profesional adquirido por el trabajador “*lo que se traduce en el término de promoción profesional*”¹².

Desde esta noción de la profesionalidad, se construye una dimensión político-ciudadana a través del engarce de ésta en el reconocimiento de un derecho cívico en la constitución española cuyo artículo 35 reconoce y tutela, dentro del derecho al trabajo, la propia noción de profesionalidad en su doble sentido, estático y dinámico, como promoción profesional. La promoción a través del trabajo como un derecho ciudadano englobado en el derecho al trabajo, la libertad profesional tiene por tanto un mismo tratamiento en la jerarquía de derechos y libertades señalada por el artículo 53 CE¹³.

Desde esta perspectiva, pues son reconocidos constitucionalmente como derechos fundamentales: el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio y a la promoción profesional, derechos preexistentes a la norma, reconocidos en el texto constitucional y que deben encontrar su espacio y garantía en el ordenamiento jurídico todo. Este punto, el de la tutela de la profesionalidad derivada de esa vertiente político-ciudadana señalada, es objeto de análisis a continuación.

La profesionalidad ha recibido especial tutela en el ordenamiento constitucional español, consagrando el artículo 35 explícitamente el derecho fundamental “*al trabajo*”, a “*la libre elección de profesión u oficio*” y a la “*promoción a través del trabajo*”. El tratamiento de este derecho como derecho fundamental muestra que forma parte de aquellos bienes importantes para los individuos que no pueden ser dejados a la libertad de acción del legislador ordinario¹⁴. Por tanto el legislador no puede limitar este derecho a través de normas que afecten la efectividad del mismo, sino que toda normativa debe tener presente que estos derechos revisten la categoría de derechos fundamentales.

¹² Baylos Grau, A., *La carrera profesional del trabajador: promoción y ascensos*, Documentación Administrativa 210-21, Publicación del Instituto Nacional de Administración Pública, España, 1987, p. 207.

¹³ Baylos, A., *op. cit.*, *La carrera...*, p. 207.

¹⁴ Aparicio Tovar, J., *La profesionalidad...*, *op. cit.*, 2000, p. 599.

4. La profesionalidad del trabajador como límite jurídico al poder de dirección del empleador

La doctrina española ha integrado a la relación individual los valores que forman parte de la personalidad del trabajador, siendo la vía elegida el recurso a mecanismos de imposición externa, la ley fundamentalmente a través del Estatuto de los Trabajadores. Esta técnica de imposición legal externa de límites y restricciones a los poderes empresariales derivados del contrato sería la vía normalmente escogida por su idoneidad para tutelar o garantizar la profesionalidad del trabajador, como elemento directamente ligado a la personalidad del mismo¹⁵.

Consecuentemente una de las manifestaciones de esta tutela tendrá como objetivo impedir a través de medios jurídicos, el perjuicio a la profesionalidad, operando como límite al poder de dirección del empleador.

Es decir, la acción tutelar del legislador tiene como efecto la reducción del ámbito obligacional del deudor de actividad. Supone que ciertas prestaciones exigibles al trabajador, cualquiera que sea su origen, y realizables por el mismo en base a su aptitud, devienen dispensadas de su cumplimiento cuando perjudiquen su profesionalidad. El objetivo es la tutela de un bien de carácter personal no valorable patrimonialmente, que sin embargo se inserta en el núcleo de la relación¹⁶. Esta perspectiva se explica adecuadamente si se integra en el análisis del alcance del reconocimiento del derecho al trabajo.

Consecuentemente el fundamento constitucional de todos los demás límites al poder de dirección es el respeto a la dignidad de los trabajadores y sus derechos inviolables, parámetro para la aplicación de todo el ordenamiento, desde los valores superiores a la última norma jurídica; por tanto, el ejercicio de los derechos del empresario se ve limitado por el respecto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador¹⁷.

El respeto a la dignidad del trabajador y a la intimidad posee hoy claro fundamento constitucional, (artículos 72 Constitución Uruguay y 10.1 y 18.1 CE) con aplicación tanto en la esfera pública como privada.

El reconocimiento por un texto, constitucional de los derechos vinculados

¹⁵ Valdés de la Vega, B., *La profesionalidad...*, *op. cit.*, 1997, p. 25.

¹⁶ Valdés de la Vega, B., *La profesionalidad...*, *op. cit.*, 1997, p. 209.

¹⁷ Palomeque Lopez, M.C. y Alvarez De La Rosa, M., *Derecho del Trabajo*, 16ª.ed, Ed. Universitaria Ramón Areces Madrid, 2008, p. 531.

a la persona del trabajador –derecho a la dignidad personal, a la no discriminación, a la libertad de pensamiento, a la libertad sindical, a mantener pleno dominio sobre su esfera privada, es desde luego la condición necesaria para el disfrute de los mismos en el concreto ámbito de la empresa¹⁸.

5. La tutela de profesionalidad en el contexto del reconocimiento del derecho al trabajo

En la CE el artículo 35.1 consagra y garantiza el derecho al trabajo. El alcance de este reconocimiento resulta extraordinariamente limitado por la afirmación también constitucional de un principio de libre iniciativa privada en el marco de una economía de mercado, lo que en la Constitución Española (art 38) se condensa en la expresión “libertad de empresa” porque este sistema económico impide la posibilidad de garantizar el derecho del trabajo de todos los ciudadanos¹⁹.

No obstante, hay autores que sostienen que el derecho al trabajo concentraría un derecho al empleo, mientras que para una postura más restrictiva sería un derecho inoperante, llegando a discutirse su propia condición de derecho²⁰, incluso algunos llegan a prescindir de su ubicación constitucional considerándolo meramente programático o disuelto en la orientación que cada caso adopte la política de empleo²¹.

El derecho al trabajo no se agota en las orientaciones de la política de empleo al contrario es posible que ambas nociones interactúen entre sí restringiéndose mutuamente en sus efectos. El derecho al trabajo impone límites en su contenido individual a las medidas que en el plano individual buscan alcanzar el pleno empleo. Lo que significa que mecanismos de desregulación parcial consistentes en la expulsión del ámbito iuslaboral de determinados trabajadores o medidas de flexibilidad concentradas en los elementos del despido, por mucho que se presenten o aparezcan como

¹⁸ Valdes Dal-Ré, F., “Los Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en AA.VV. (coords. Aparicio, J. y Baylos, A.), *Autoridad y Democracia en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1992, p. 27.

¹⁹ Baylos Grau, A., “Por una (Re) Politización de la figura del despido”, *RDS*, n. 12, 2000, p. 12.

²⁰ Sastre Ibarreche, R., *El derecho al trabajo*. Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 129.

²¹ Baylos Grau, A. y Perez Rey, J., *El Despido o la violencia del poder privado*, Ed Trotta, Madrid, 2009, p. 66: “en este sentido la interpretación quizás nostálgica de la programaticidad de las viejas leyes fundamentales, de Miñanbres Puig, C., *La estabilidad de funcionarios y trabajadores. Una gran distancia entre ambas relaciones de empleo?* CES Madrid, 2001, pp. 44-45”.

fórmulas al servicio de la política de empleo, difícilmente son compatibles con el reconocimiento del derecho al trabajo²².

Por otra parte, cabe precisar que ese derecho al trabajo se garantiza en la medida que se posea trabajo, por ende, no garantiza trabajo a quién no lo posea²³.

El derecho al trabajo se garantiza en la medida que se posee efectivamente un trabajo concreto, es decir, en cuanto se desempeña realmente una actividad retribuida por cuenta y bajo la dependencia de otra persona²⁴.

También la libertad profesional y deber de trabajar establecido constitucionalmente pueden considerarse como aspectos, estrechamente vinculados con el derecho al trabajo. Esta vinculación puede ser entendida armónicamente o como categorías que se excluyen. De este modo cabe ser entendida la libertad profesional como un ingrediente más del derecho al trabajo, esto postularía el derecho a desempeñar una profesión libremente escogida de acuerdo con la propia capacidad profesional. Por su parte el deber de trabajar puede integrarse con el derecho al trabajo y con la libertad profesional o puede rechazarse como una coacción inadmisibles y opuesta precisamente a la libertad profesional²⁵.

Corresponde precisar que existen varias posturas doctrinales relativas al contenido o alcance del derecho al trabajo, pero la más importante y de mayor adhesión la constituye aquella que considera que posee un alcance amplio.

En un alcance amplio presentaría una pluralidad de manifestaciones e imbricaciones múltiples. Así la conexión con diversas materias es constante: tales como el ingreso al trabajo, ocupación efectiva, cláusulas de seguridad sindical, huelga, extinción del contrato, protección por desempleo. La conexión con otros derechos contenidos en la Constitución española también, como el libre desarrollo de la

²² Baylos Grau, A. y Perez Rey, J., *El Despido...*, *op. cit.*, 2009, p. 67.

²³ El Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias (Salo de lo Social) en sentencia 965/2003 refiere diciendo: “El derecho al trabajo en su aspecto individual se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir a no ser despedidos si no existe una justa causa TC 22/1981...El ordenamiento jurídico del Estado no puede asegurar un empleo a cada trabajador, no ya porque el sistema económico no asegura el número de puestos de trabajo suficiente para todos sus demandantes, sino en esencia porque la oferta de trabajo reside mayoritariamente en sujetos privados cuya decisión de creación de empleo es libre y no viene determinada, aunque si puede venir impulsada o fomentada por la acción de los poderes públicos a través de la política de empleo. Por lo tanto el art. 35.1 de la Constitución española no puede ser invocado para asegurar un puesto de trabajo a todo aquel que lo desee (...)”.

²⁴ Baylos Grau, A., “Por una (Re) Politización...”, *op. cit.*, 2000, p. 12.

²⁵ Sastre Ibarreche, R., *El derecho al trabajo...*, *op. cit.*, 1996, p. 87.

personalidad (artículo 10.1), el derecho a la vida (artículo 19), la protección por desempleo (artículo 41), la formación y readaptación profesionales (artículo 40.2), la orientación política al retorno de emigrantes (artículo 42) o la atención a los disminuidos físicos y psíquicos (artículo 49). De esta forma y siguiendo el mencionado parecer, tales ámbitos normativos abarcarían la práctica totalidad de instituciones laborales: la disciplina de la extinción del contrato de trabajo, edades mínimas de ingreso y de jubilación, ordenación del tiempo de trabajo y vacaciones; definición organizativa y papel otorgado a los servicios de empleo; la específica consideración de la inserción de trabajadores minusválidos, política de retorno de emigrantes y de formación y readaptación profesionales, protección por desempleo, subvenciones e inversiones públicas. Claro que cotejando la jurisprudencia y la doctrina científica, el derecho al trabajo presentaría un contenido amplio, en primer lugar porque estaría directamente ligado a los derechos de la personalidad, dado que el contenido de los derechos profesionales se encuentra directamente unido a la dignidad del trabajador (artículo 10.1 CE), si el ejercicio del derecho al trabajo cualificado profesionalmente sirve para definir al propio ser es claro que el ejercicio de una profesión supone un desarrollo de la personalidad elemento central de la dignidad humana. La dignidad humana es el contenido material del derecho formal (formal porque está reconocido como derecho fundamental en el capítulo II, título I de la Constitución) a la promoción profesional y los otros derechos profesionales²⁶. En segundo lugar porque este derecho se encuentra conectado con otros derechos como el derecho a la ocupación efectiva, consagrado en el artículo 4.2 a del ET. De modo que, el derecho constitucional al trabajo proyecta su eficacia hacia un doble destinatario: los poderes públicos como garantes de una legislación orientada a su pleno desarrollo y fiscalizador de los posibles incumplimientos y el empresario que, si bien no puede ser compelido a la asignación directa de un puesto de trabajo en la fase precontractual, una vez perfeccionado el contrato ha de abstenerse de cualquier actuación contraria al derecho comentado. Pasando por tanto a convertirse la ocupación efectiva en el presupuesto nuclear y existencial del derecho al trabajo, cuya vulneración vaciaría de contenido y operatividad al mandato constitucional, formando parte de su contenido esencial²⁷.

De acuerdo con la construcción del Tribunal Constitucional el derecho al

²⁶ Aparicio Tovar, J., *La profesionalidad...*, *op. cit.*, 2000, p. 602.

²⁷ Guanche, M., *El Derecho del trabajador a la ocupación efectiva*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 25.

trabajo ofrece en tanto que derecho a un puesto de trabajo, un doble aspecto constitucional individual y colectivo ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de la Constitución. Así el TC en sentencia 22/1981 señala que “el derecho al trabajo se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir a no ser despedidos sino existe una justa causa”, en tanto que en el colectivo “el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma”²⁸.

Esta doctrina constitucional tiene como primera y relevante consecuencia la expulsión del despido *ad nutum* o sin causa del ámbito de lo constitucionalmente posible²⁹. Lo que tendrá gran relevancia cuando se plantean situaciones en donde el trabajador es conducido a considerarse despedido tácitamente o indirectamente, ante la falta de ocupación efectiva, o la rebaja de categoría o cuando la movilidad le causa un daño que le impide continuar con la relación laboral. El acto del despido debe revestir un control una forma, debe tener una causa (CIT 158 OIT), es decir conforma también el contenido del derecho al trabajo. La causalidad del despido por tanto debe tener un control judicial o arbitral, el despido sin causa debe ser nulo, vulnera el derecho constitucional al trabajo. La revisión judicial del empleador es un derecho que compete al trabajador y que se deriva del reconocimiento constitucional del artículo 35. La necesaria causalidad del despido implica a su vez el conocimiento adecuado por parte del trabajador de los motivos que justifican la ruptura unilateral de su contrato de trabajo, así como la necesaria atribución del juez de las facultades necesarias para revisar la justa causa a la que apela el empresario³⁰.

En suma, el acto del despido en tanto revisable en su forma como en su contenido causal, viene a frenar los poderes direccionales del empleador, en cuanto a que no podrá libremente prescindir del trabajador sin respetar las formas legalmente establecidas, y en particular justificando el acto con una causa que deberá ser revisable por el poder judicial.

Aquí se visualiza la diferencia con los regímenes de despido libre, como el uruguayo donde el empleador despide sin causa, y solo será revisable el

²⁸ Palomeque Lopez, M.C. y Alvarez De La Rosa, M., *Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, 2008, p. 106.

²⁹ Baylos Grau, A. y Perez Rey, J., *El Despido...*, *op. cit.*, 2009, p. 52.

³⁰ Baylos Grau, A. y Perez Rey, J., *El Despido...*, *op. cit.*, 2009, p. 54.

acto del despido a los efectos de controlar judicialmente si la indemnización ha sido abonada correctamente. No se revisa el acto del despido, en cuanto a la causa que constituyó el mismo, y para el caso de que este acto haya sido ejercido con abuso de derecho también este acto será revisable en su contenido patrimonial es decir si fue pago conforme al criterio establecido por la propia jurisprudencia, dos o tres veces más que el despido común, salvo del despido del dirigente sindical el cual si será revisable en su causa y se dispondrá su nulidad en caso de probarse el motivo atentatorio contra la libertad sindical.

Es decir, en un régimen de despido libre como el uruguayo, lo importante no es la causa, sino el elemento patrimonial, si este fue abonado conforme a la normativa el mismo no admite revisión alguna, y aún en caso de que haya sido cometido por el empresario con abuso de derecho, la sanción será pecuniaria únicamente, no existiendo readmisión alguna. El monto de la sanción patrimonial dependerá de la antigüedad del trabajador en el cargo, un trabajador con poca antigüedad en la empresa tendrá un despido notoriamente menor a aquel que ya reviste varios años en la misma, dado que la base de cálculo de despido abusivo es la base del despido común. Y esto ha sido el criterio impuesto por toda la judicatura, dado que al respecto se carece de normativa. No obstante, y sin haber ratificado el CIT 158 ya hay una jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones de Primer turno, aunque incipiente pero cimentando las bases hacia una posterior jurisprudencia que dispone que la expresión de causa en el despido conforma un derecho del trabajador, la no saber la causa del despido atentaría contra su dignidad³¹.

En lo que refiere a sus garantías el derecho al trabajo se encuentra pues reconocido en el sistema constitucional español como un derecho cívico complementado por el artículo 40.2 en el que se da un mandato dirigido a

³¹ Así la Sentencia Interlocutoria n. 81 de 2010 el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er turno sostuvo: “(...) la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes como dispone el art. 1253 del C.Civil (...). Vale decir que lo que se indaga, conforme lo que se pretende, es el derecho a conocer las razones y no la legitimidad de estas. El derecho de la trabajadora a conocer la causa del despido es exponente de dos derechos mayores: dignidad e información. Ciertamente es que en nuestro ordenamiento jurídico, como se ha dicho, el empleador goza de la facultad de despedir y no se releva ley alguna que obligue al empleador a preavisar la rescisión ni a respetar la estabilidad absoluta del empleo (salvo los casos especialmente previstos como los de libertad sindical al amparo de la ley 17.940 y lo que especialmente se pacten). Ciertamente es que Uruguay no ha ratificado el CIT n.158 sobre la terminación de la relación de trabajo. Empero esta disciplina legal del despido no puede barrer indiscriminadamente con el derecho a la dignidad laboral cuya especial falta de reglamentación – debido a la fuente indicada – deberá suplirse recurriendo al fundamento de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas (art. 332 Constitución)”.

los poderes públicos para fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesional y realizar una política orientada al pleno empleo. No se reconoce aquí derecho algunos de los trabajadores o ciudadanos con un contenido concreto, lo que no quiere decir que carezca de contenido normativo, lo tiene pero como un principio que como tal indica la dirección a seguir y puede dar lugar a controlar la constitucionalidad de las leyes y de otras normas infra constitucionales, e incluso puede generar un derecho a una acción positiva del Estado a la puesta en práctica de medidas no determinadas en el texto constitucional que satisfagan aquel mandato. Importa destacar que a diferencia de lo que ocurre en el artículo 40.2, en el artículo 35 estamos en presencia de auténticos derechos fundamentales reconocidos como se deduce del artículo 53.1.³²

En lo que refiere a la normativa uruguaya el derecho al trabajo estaría contenido dentro del artículo 72 de la Constitución, al cual integraría el bloque de derechos humanos laborales y tendría como se ha hecho referencia antes, plena consagración en cuanto aplicabilidad inmediata.

5.1. El derecho al trabajo en la relación individual de trabajo

Como se ha visto el derecho al trabajo no se agota en las políticas públicas de empleo. La doctrina española ha estudiado el derecho al trabajo en tres momentos, previamente a la conformación de la relación de trabajo es decir en el ingreso al trabajo, durante la relación de trabajo y en la extinción de la relación de trabajo.

De esta forma se ha referido a las limitaciones que puede tener el ingreso al trabajo, si bien el empresario tiene un derecho a la libre contratación y libre elección del trabajador, estas se ven limitadas a través de distintos mecanismos, que pueden provenir de la ley, de los actos administrativos o de los convenios colectivos.

Las limitaciones a la libertad para contratar quedarían plasmadas tanto en el aspecto de fijación de plantillas como en la amortización de vacantes, reducciones de plantillas y reconversiones industriales. Por lo que respecta a la libertad de elección tales limitaciones vendrían reflejadas en las normas antidiscriminatorias en el empleo, en las diversas prohibiciones de contratar, en las normas sobre colocación en las pruebas de aptitud para el ingreso en el trabajo y en el régimen jurídico de los ascensos³³. La libertad

³² Aparicio Tovar, J., *La profesionalidad...*, *op. cit.*, 2000, p. 600.

³³ Sastre Ibarreche, R., *El derecho al trabajo...*, *op. cit.*, 1996, p. 169.

de contratación entonces se ve limitada por ejemplo en el caso de reservas legales para determinado sector de la población más vulnerable, como las personas con discapacidad, también la obligación de tener determinado número de mujeres contratadas, como lo establece la ley de igualdad. También la libertad de contratación puede verse limitada por normas convencionales, en el caso de convenios colectivos donde se establezca que las vacantes serán cubiertas por descendientes de los trabajadores de la empresa, o que las mismas serán cubiertas por los afiliados al sindicato. Más relevantes son las indicaciones sobre la relación existente entre el derecho al trabajo y la extinción de la relación laboral, con ella se encuentra estrechamente relacionado el principio de estabilidad en el empleo, tal como ha establecido el TC en la sentencia 22/1981 en cuanto al derecho a no ser despidos si no es por justa causa, pero también tiene estrecha relación con las garantías que revisten la forma de despedir (notificación por escrito, preaviso), o exigiendo un conjunto de garantías para que pueda materializarse dicha extinción, imponiendo la obligación en ciertos casos de readmitir al trabajador cuyo despido no se ha ajustado a determinados requisitos legales previstos³⁴.

Esta construcción teórica de base constitucional se corresponde con la doctrina que sobre el particular se ha elaborado en el Uruguay. En definitiva podría considerarse que este derecho al trabajo estaría conformado también por el principio de continuidad de la relación laboral – al que también nos hemos referido antes al estudiar los límites al poder de dirección en Uruguay – el cual expresa la preferencia del derecho laboral por los contratos de tiempo indefinido, como forma de asegurarle al trabajador la estabilidad en el empleo, como lo ha desarrollado la doctrina laboral uruguaya al señalar que “*la mayor prolongación de la permanencia de éste – el trabajador – en la empresa, redundando también en beneficio del empleador. No sólo por la posición anímica del trabajador, sino por la mayor experiencia y conocimientos que se adquieren con el transcurso de los años, y que en definitiva benefician a los empleadores*”³⁵.

³⁴ Sastre Ibarreche, R., *El derecho al trabajo...*, op. cit., 1996, p. 232.

³⁵ Plá Rodríguez, A., *Los Principios del Derecho del Trabajo*, 3era. Ed. De Palma Buenos Aires, 1998, p. 120.

5.2. El derecho al trabajo durante el desarrollo de la relación de trabajo. El derecho a la ocupación efectiva y su relación con la profesionalidad

El derecho a la ocupación efectiva se encuentra consagrado en el ordenamiento español en el artículo 4.2 a) del Estatuto de los Trabajadores, ha sido señalado como una de las manifestaciones más destacadas del derecho constitucional al trabajo³⁶.

Cabe precisar que la normativa anterior era más restrictiva en la medida que condicionaba la efectividad del derecho a que su vulneración implicara un daño a la formación y profesión del trabajador, dejando a un lado la transgresión del derecho al desarrollo de la personalidad del individuo, y el respeto a su dignidad.

Es así que el ET refleja un avance en la regulación legal de esta figura puesto que el anterior artículo 75.2 LCT disponía que el empresario está obligado a darle ocupación efectiva al trabajador cuando el no dársela perjudicase considerablemente su formación o perfeccionamiento profesional añadiendo dicho artículo que “no obstante el empresario podrá justificar el incumplimiento de este deber por motivos ocasionales e importantes”. Se trataba de una configuración extremadamente restrictiva, limitando su efectividad a los casos de posible daño considerable a la formación o perfeccionamiento profesional del trabajador³⁷.

Del sistema actual interesa destacar su relación con la profesionalidad y la dignidad personal del trabajador. En efecto la doctrina científica³⁸ y la jurisprudencia española relacionan el derecho a la ocupación efectiva con la defensa de la dignidad y la profesionalidad. Al respecto se señala que es de tal importancia el derecho a la ocupación efectiva para la dignidad y la carrera profesional del trabajador, que es posible aunarlo con los objetivos constitucionales que hacen del Derecho al Trabajo una disciplina jurídica igualadora y compensadora de diferencias originarias. En efecto el derecho constitucional al trabajo (artículo 35.1 CE) proyecta su eficacia no sólo hacia los poderes públicos sino hacia el empresario que, si bien no

³⁶ Sastre Ibarreche, R., *El derecho al trabajo...*, *op. cit.*, 1996, p. 184.

³⁷ *Idem.*

³⁸ Valdés de la Vega, B., *La profesionalidad...*, *op. cit.*, 1997, p. 210, señala “Uno de los grados más altos de lesión a la dignidad y a la profesionalidad del trabajador se provoca por aquellos cambios funcionales que deriven en una falta efectiva de ocupación (...). En efecto si decimos que las aptitudes profesionales y personales se desarrollan mediante su puesta en práctica, tanto los cambios funcionales que alejen al trabajador de su profesión, como aquellos otros que reduzcan o anulen la actividad, afectan su dignidad profesional (...)”.

puede ser compelido a asignar directamente un puesto de trabajo, tiene la obligación una vez perfeccionado el vínculo contractual, de dar trabajo y abstenerse de cualquier actuación que comporte una lesión a este derecho constitucional.

Por su parte la jurisprudencia a través de la STC 22/1981, permite afirmar que la ocupación efectiva es la traducción legal del derecho constitucional al trabajo y forma parte de su contenido esencial³⁹.

Al encontrarse este derecho en directa relación con el respeto a la dignidad del trabajador, la negativa del empleador a dar ocupación al trabajador (aún en el caso de que se siga abonando el salario), atenta contra el desarrollo profesional del mismo y lo coloca en una situación de inferioridad frente al resto de los trabajadores. Constituye por tanto una violación a los derechos de la personalidad del trabajador, a su profesionalidad, como derecho inherente a la persona. Lógicamente que este derecho a la ocupación efectiva también se encuentra relacionado con los otros derechos profesionales consagrados en el artículo 35.1 de CE, como el derecho a la promoción y ascenso. En tanto el trabajador que se ve vulnerado en su derecho a la ocupación real y efectiva del puesto de trabajo, a la que el empleador se comprometió en el contrato de trabajo, se ve lesionado también en su derecho y expectativa de formación profesional, carrera y ascenso dentro de la empresa.

Así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo español al señalar *“No asignar a un trabajador servicio o actividad alguna supone, en principio (...) un claro agravio y menosprecio a su dignidad, cuya gravedad se eleva en progresión geométrica en función del tiempo que transcurra en tal situación (...) porque el trabajo es una obligación pero al mismo tiempo un inseparable derecho de acuerdo con nuestra Constitución (artículo 35.1) (...) con esta forma de actuar el empresario se destruye el natural deseo de superar y mejorar y se ocasiona un perjuicio psíquico y profesional al trabajador, ya que ofensivo es claramente recibir un salario sin trabajar y sin que en ello exista una razonable justificación”*⁴⁰.

La inactividad profesional del trabajador va a entrañar pues un atentado contra su dignidad personal al verse privado este de un instrumento esencial en la realización de su personalidad. Los valores morales – que se encuentran en el primer plano del orden jurídico – quedarían directamente violentados si el trabajador se viera forzado a mantener una ociosidad incompatible con su deber constitucional de trabajar. Resulta indiscutible

³⁹ SSTs 24/09/1985, 12/12/1989 A 8957 y 7/05/1990 A 3973, STSJ del País Vasco del 29 de enero de 1992, Palomeque Lopez, M.C. y Alvarez De La Rosa, M., *Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, 2008, p. 613.

⁴⁰ STS 6 de 24/09/1985 ar 4361 cita de Sastre Ibarreche, R., *El derecho al trabajo...*, *op. cit.*, 1996, p. 188.

que la vulneración de la profesionalidad del trabajador entre de lleno en el campo de su dignidad como ser humano. Por tanto, el derecho a la ocupación efectiva queda también hermanado con el derecho constitucional a la vida reconocido en el artículo 43. 1 de la CE en su dimensión de salud o equilibrio psicológico⁴¹.

La falta de ocupación efectiva puede configurarse tanto cuando al trabajador no se le da trabajo, como también cuando no se le dan los medios necesarios e indispensables para cumplir con su tarea en la forma que establece el compromiso contractual. De hecho, no otorgarle al trabajador las herramientas necesarias para el cumplimiento de la prestación a la cual se obligó configura una violación al derecho al trabajo. El contrato de trabajo no se cumple no ya por inercia del empleado, sino porque es el empleador que indirectamente hostiga a aquel a que no pueda cumplir con el compromiso pactado. Esta es la otra cara de la falta de ocupación efectiva, pero la que comúnmente se manifiesta y a veces es difícil de probar para el trabajador, dado que este deberá demostrar a que se comprometió, cuál es su tarea y como debe desempeñarse. De lo contrario podrá ser acusado de incompetente para el cargo. Creemos que los representantes de los trabajadores deberán considerar este tipo de situaciones, cuando en los convenios colectivos se describen las tareas a desempeñar por cada categoría, agregando además cuales son los elementos indispensables que el trabajador debe poseer para desempeñar el puesto de trabajo en forma acorde con su compromiso contractual.

Este derecho también se encuentra conectado con otros derechos laborales básicos. El trabajador deberá ocupar el puesto de trabajo para el cual se comprometió es decir debe desempeñar su cualificación pactada en el contrato de trabajo, teniendo presente por supuesto el artículo 39 del ET en cuanto a la movilidad funcional y el artículo 23 ET, sobre trabajos de inferior o superior categoría, dado que estamos ante un contrato de tracto sucesivo. De esta forma se observan mayores garantías para la ocupación efectiva que para la convenida, aunque ambas constituyen límites al poder de dirección del empleador y ambas afectan la

⁴¹ Guanche, M., *El Derecho del trabajador...*, op. cit., 1993, p. 35. Quien cita a colación un pronunciamiento judicial, donde el STS en sentencia del 9/04/1990 dice: “ en el contrato de trabajo subyace siempre el trasfondo de un renacimiento de la dignidad del trabajador, principio esencial que no puede ni debe mantenerse en una simple expresión programática, así el art. 4 en su párrafo 2 letra a del Estatuto de los trabajadores al dar a aquél el derecho al respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, lo que supone, por tanto, e inequívocamente situar, para todos los efectos en el primer plano del contenido contractual los valores morales o espirituales cuales son el haz de derechos, no evaluables directamente en dinero que corresponden a la persona humana por el hecho de serlo con independencia de cualquier otra consideración o circunstancias”.

profesionalidad del trabajador que se ha visto afectado por la vulneración de estos derechos.

El respeto de este derecho es también condición *sine qua nom* para el ejercicio efectivo del derecho a la promoción y formación en el trabajo, así como el derecho a la no discriminación que incorpora la prohibición de tratamientos vejatorios e injustificadamente diferenciadores (artículos 14 CE y 4.2 c, así como el 17 de ET⁴²). Indudablemente quien carece de ocupación efectiva, no tiene la expectativa de ascender dentro de la empresa, tampoco de ser cualificado, ni tampoco participa de cursos de formación, lo que coloca al trabajador en una condición de inferioridad frente al resto de sus compañeros. Le causa un daño moral, pero también un daño económico materializable en la expectativa de ascender, de lograr un mayor salario, y de ascender no solo a nivel de la empresa, sino que lo limita en sus posibilidades de emprender una carrera en otra empresa, en decir daña su ascenso dentro de la sociedad en sí. Lo cual puede tener mayor importancia en la medida que el trabajador tenga más especialización puesto que se verá relegado en su carrera profesional dentro de la corporación a la cual pertenece como profesional.

Al respecto la jurisprudencia de los tribunales ordinarios así lo ha entendido, al pronunciarse en el caso donde trabajadores del sector bancario habían sido trasladados a una oficina que carecía de las condiciones mínimas para desempeñar la función asignada, quedando también inhabilitados para seguir cualquier carrera profesional dentro de la institución bancaria. El tribunal señala: *“Como quiera que por el contrario los hechos que han quedado inalterados ponen de manifiesto que los codemandados quedaron relegados en una oficina, que no estaba abierta al público, sin logotipo, con falta de medios y sin conexión informática la red del banco, es acertado deducir como hace la sentencia que por aquel entonces a que se contraen las actuaciones no tenían reconocido ni se ofertaba su derecho a la ocupación efectiva (artículo 4.2 a) del ET) (...) entiende infringido el artículo 4.1 b) del ET los trabajadores afectados no han sido llamados por la empresa para realizar cursos de formación, ni se les ha hecho la evaluación personal anual sobre su actividad”*⁴³.

Delimitado así este derecho se plantea el problema de la efectividad del mismo. La doctrina científica sostiene que es un derecho judicialmente invocable y que permite amparar específicas pretensiones de invalidez o antijuridicidad de comportamientos empresariales discrecionales que impliquen la inactividad profesional contraria a la voluntad del trabajador,

⁴² Monereo Pérez, J.L. (dir.), *Comentarios al Estatuto de los trabajadores*, Actualizado a octubre de 1998, Editorial Comares. Granada, 1998, p. 135.

⁴³ STS Cantabria sent. 1091/2002, Sala de lo Social.

configurándose no sólo como concreción de determinados deberes de protección del empresario sino como deber básico de prestación⁴⁴.

6. Profesionalidad y derecho a la promoción y formación profesional

El artículo 35.1 de la CE como norma clave en todo lo que se refiere a los derechos profesionales del trabajador y como instrumento fundamental en la protección dinámica de la profesionalidad, tiene una manifestación clara en el ámbito de la relación de trabajo, que en definitiva se concreta en el deber del empresario de no atacar los derechos laborales de tipo profesional del trabajador (ocupación efectiva, ascensos, carrera profesional), y de facilitar la formación del mismo mediante cauces que sean compatibles con las necesidades de la unidad productiva⁴⁵.

Continuando con el estudio del artículo 35.1 de la CE esa protección dinámica de la profesionalidad se encuentra reconocida en la promoción profesional y la libertad de elección de profesión u oficio. Se trata de un derecho ciudadano que requiere su formulación desde el contrato de trabajo mismo, de manera que dentro de este marco se ha de garantizar la promoción profesional, la expectativa de ascenso, el derecho a la carrera profesional. Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional español al señalar que es desde el puesto de trabajo que se garantizan estos derechos: *“(...) El artículo 35.1 CE protege frente a aquellas medidas que impidan desarrollar con libertad una determinada actividad profesional, proscribiendo que los Poderes Públicos pueden impedir la elección de oficio o profesión, pero ni garantiza el derecho a realizar cualquier actividad que desee el individuo o que aquella elección carezca de límites⁴⁶; y la promoción a través del trabajo nada tiene directamente que ver con el libre desarrollo de la personalidad o la protección del acceso a un puesto de trabajo adecuado a la capacitación de cada cual, sino que en el marco del puesto de trabajo se garantice la adecuación de los servicios efectivamente prestados a la aptitud profesional y su mejoramiento (...)”⁴⁷*. Con este alcance el reconocimiento de la promoción profesional implica también reconocer un derecho a una carrera profesional, no obstaculizar el mejoramiento de las cualificaciones

⁴⁴ Monereo Pérez, J.L. (dir.), *Comentarios...*, *op. cit.*, 1998, p. 135.

⁴⁵ García Murcia, J., “El derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo. El Estatuto de los Trabajadores”, *Revista de Derecho Privado*, Comentarios a las leyes laborales, Tomo V Madrid, 1985, p. 223.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 225/1993

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1999.

profesionales, además la protección de la profesionalidad se lleva a cabo en el reconocimiento de la libertad de elección de profesión u oficio, dado que se trata de la protección del desarrollo de los conocimientos y habilidades que puede adquirir el trabajador y la posibilidad de ejercerlos⁴⁸. Veamos este tema con más detalle.

6.1. El derecho a la formación profesional dentro del contrato de trabajo

Primeramente, cabe precisar que el estudio de la formación profesional implica ámbitos diversos multidisciplinares, y aún desde una perspectiva laboral ofrece dos campos de acción, uno enmarcado en las políticas de empleo y capacitación para la obtención de mejores puestos de trabajo⁴⁹ y otra dentro de la relación laboral. Será ésta última y su conexión con la profesionalidad del trabajador la que ocupará nuestro objeto de estudio. La legislación laboral no ofrece una conceptualización de lo que pueda entenderse por formación en la relación de trabajo, ni específicamente sobre lo que se entienda por formación continua, aunque utilice

⁴⁸ Aparicio Tovar, J., *La profesionalidad...*, *op. cit.*, 2000, p. 600.

⁴⁹ La Comunidad Europea desde su constitución ha reconocido la importancia de la formación profesional para el desarrollo comunitario, trazando inicialmente en sus acciones unos objetivos que compaginaban la adquisición de una formación polivalente y su continuidad a lo largo de la vida profesional del trabajador, como instrumento fundamental de acceso y mantenimiento del empleo y como factor de promoción personal y profesional adquiriendo en la actualidad una nueva dimensión dirigida a la consolidación de un espacio europeo de educación y formación. En la década de los noventa se abre una nueva etapa en la política comunitaria de formación profesional que relativiza los principios en pro de objetivos concretos establecidos en el tratado y desarrollados por una importante actividad normativa, siendo su principal característica la atención específica a la calidad de una formación inicial que permita una formación continua del trabajador, una mayor capacidad de adaptación a las incesantes transformaciones del proceso productivo. El Tratado de la Unión Europea fijó como objetivos generales la contribución a una educación y a una formación de calidad junto a la creación progresiva de un espacio europeo abierto de educación y formación objetivo proclamado en tres importantes documentos comunitarios: el Libro Blanco de la Comisión, sobre crecimiento competitividad y empleo, el Libro Verde sobre opciones sobre política social europea y el Libro Blanco sobre política social que recoge los planteamientos contenidos en el Libro Verde. Se subraya la importancia y el interés de los Estados miembros en mejorar y ampliar el acceso y la participación en la formación continua en especial la dirigida a parados sin cualificación y se apuesta por el diálogo social reflejado en la negociación colectiva como vía de desarrollo en materia de formación continua. Mirón Hernández, M.M., *El derecho a la formación profesional del trabajador*, CES, Madrid, 2000, p. 72.

expresiones propias de otras ramas jurídicas o elaboradas por la negociación colectiva⁵⁰.

Dentro de la misma formación profesional acotada al ámbito de la prestación de trabajo podemos hablar de varios conceptos como los de formación continua, obligación de formar a cargo del empleador, formación ocupacional, etc. Conviven varias aristas de este tema dentro del propio contrato de trabajo. Así por ejemplo el empleador está obligado a formar al trabajador en materia de prevención de riesgos laborales, pero la formación a la que aludiremos es aquella que se encuentra íntimamente con la profesionalidad del trabajador es decir la que conlleva a formar al trabajador para su mejor desempeño en el puesto de trabajo y la que se adquiere como consecuencia directa del desarrollo de las habilidades propias del cargo. De ahí que como se aludirá este derecho a la formación tiene relación directa con la expectativa de promoción dentro de la empresa, con el derecho a una carrera profesional, y con el derecho a la ocupación efectiva y a la ocupación convenida en el proyecto contractual.

La doctrina científica ha referido que la formación continua se puede entender como el sistema formalmente organizado que ofrece una oportunidad de formación permanente a toda persona que ha superado el período obligatorio de escolaridad, o los niveles superiores en su caso, y ha accedido al mundo profesional o del trabajo. Referido al trabajador por cuenta ajena, la formación continua entraña el derecho a compatibilizar y alternar períodos de estudios con los ordinarios de trabajo a lo largo de su vida laboral. Para hacer posible el ejercicio de este derecho y para procurar una educación permanente al trabajador, en un buen número de ordenamientos jurídicos del entorno se han reconocido a favor del mismo unos derechos de formación en su relación de trabajo introduciendo disposiciones especiales en la materia (artículos 4 y 23 del ET)⁵¹.

De esta manera se configura un derecho subjetivo del trabajador el cual obliga al empresario a abstenerse de todo acto que implique su vulneración y coarte el ejercicio de ese derecho. El artículo 23 del ET consagra el derecho del trabajador al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como a una preferencia a elegir turno de trabajo, a la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional o a la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de

⁵⁰ Mirón Hernández, M.M., *El derecho a la formación profesional del trabajador...*, *op. cit.*, 2000, p. 44. También sobre el particular, Sobrino González, G., *La política de colocación*, Colección Estudios Ed. Bomarzo, Albacete, 2006.

⁵¹ García Murcia, J., "El derecho a la promoción...", *op. cit.*, 1985, p. 212.

trabajo. Y manda al Convenio Colectivo a regular el ejercicio de estos derechos. Pero la formación continua de que habla este precepto como derecho subjetivo del trabajador no debe confundirse con la formación profesional dentro de la misma relación de trabajo. Es decir, el artículo 23 del ET obliga al empleador a conceder permisos de estudio propiamente dichos, para los cuales la relación se flexibiliza a los efectos de que el trabajador pueda superarse y adquirir nuevos conocimientos y así tener una expectativa de promoción profesional tanto dentro como fuera de la empresa.

Pero al margen existe otro tipo de formación profesional, donde es la misma empresa que obliga al trabajador a formarse e incluso a reciclarse a los efectos de dotar de los conocimientos necesarios para afrontar las nuevas tecnologías en la empresa, y es aquí donde el derecho a la formación profesional aflora como derecho en sí cuando algunos trabajadores son relegados en cursos de formación y sus expectativas de promoción decrecen. Por tanto, es aquí donde resulta de aplicación el artículo 35.1 CE en cuanto a su protección de la profesionalidad del trabajador que es vulnerado en sus derechos de formación primero y después en su derecho a la promoción profesional, aunque también existiría una vulneración al principio de igualdad.

Entonces, en lo que a su marco normativo refiere, el derecho a la formación se encuentra consagrado dentro del artículo 35.1 de la CE en el artículo 4 del ET, de acuerdo con estos preceptos el derecho a la promoción y la formación profesional del trabajador a la hora de su ejercicio y de exigir su satisfacción tiene un doble destinatario. En primer lugar, los Poderes públicos están obligados a protegerlo, ya que asumen el compromiso de procurar las condiciones adecuadas para que pueda ser puesto en práctica. En segundo lugar, el derecho a la formación genera determinadas obligaciones (de acción y de omisión) para el empleador, el otro polo de la relación de trabajo. Se trata de un derecho, por tanto, que se encuentra garantizado y amparado por la acción estatal, pero que tiene como escenario fundamental para su desarrollo el contrato de trabajo, a pesar de que su contenido no tiene que guardar forzosamente una conexión directa con la prestación de servicios a la que está obligado el trabajador⁵².

Deslindando el objeto de estudio diremos que la formación profesional comprendida en la relación laboral no es la contenida en los contratos especiales de formación y prácticas, tampoco es la requerida para el desempeño de un determinado puesto de trabajo, sino que es aquella

⁵² García Murcia, J., “El derecho a la promoción...”, *op. cit.*, 1985, p. 212.

comprendida dentro de la prestación laboral adquirida por el desarrollo de la misma, relacionada con el derecho a la promoción y a la carrera profesional. Es decir, el derecho a la formación profesional del trabajador por cuenta ajena, siendo su soporte el contrato de trabajo.

El derecho reconocido al trabajador para su promoción en el trabajo y su continua formación, tiene una función polivalente. En primer lugar, con ese mecanismo se pretende asegurar la promoción del trabajador dentro de la empresa, es decir la carrera profesional del mismo. El derecho a la formación se conecta en este sentido con todos los instrumentos jurídicos que se dirigen a la tutela de la profesionalidad del trabajador (derecho a la ocupación efectiva, derecho al ascenso, enriquecimiento de tareas en el puesto de trabajo, plantillas abiertas y flexibles). En segundo lugar, el sistema de educación permanente tiene como objetivo ofrecer al trabajador la oportunidad de prepararse para el desempeño de otra profesión más ajustada a sus aspiraciones o de más consideración desde el punto de vista social. Es un refuerzo por tanto del principio de igualdad de oportunidades para la consecución de una posición determinada en la escala social, al facilitar la movilidad vertical ascendente. Y también el derecho a la formación continua atiende a una realización más rica y efectiva de la persona del trabajador y contribuye al libre desarrollo de su personalidad, ya que ofrece al trabajador la posibilidad de alternar su prestación de servicios con actividades educativas y de formación⁵³.

Entonces, la especial vinculación de la formación profesional con los derechos reconocidos en el artículo 35.1 de CE permite predicar su carácter de derecho individual acreedor de la protección constitucional⁵⁴. Y esto tiene relación con la dignidad del trabajador y el libre desarrollo de su personalidad consagrada en el ya nombrado artículo 10 CE que inspira todo el ordenamiento jurídico⁵⁵.

De manera que el derecho a la formación profesional se encuentra conectado con la dignidad del trabajador, el derecho al trabajo y por tanto a la ocupación efectiva, la promoción y el derecho al ascenso.

Tiene relación con el derecho a la ocupación efectiva en la medida que la lesión a este derecho tiene implicancia para la formación del trabajador, los mecanismos de tutela de la ocupación efectiva del trabajador obtienen por ellos unas garantías vinculadas a la tutela del derecho a la dignidad del trabajador y generalmente se amparan en el perjuicio a su formación y promoción profesional, residenciándose en la vía administrativa y judicial,

⁵³ García Murcia, J., "El derecho a la promoción...", *op. cit.*, 1985, p. 213.

⁵⁴ Mirón Hernández, M.M., *El derecho a la formación profesional del trabajador...*, *op. cit.*, 2000, p. 108.

⁵⁵ Valdés de la Vega, B., *La profesionalidad...*, *op. cit.*, 1997, p. 210.

englobando ésta la tutela de las acciones dirigidas a la restitución del derecho, la acción extintiva del artículo 50 o las posibles acciones penales⁵⁶. El derecho a la ocupación efectiva sería el requisito primero para que entre en juego el derecho a la promoción y formación en el trabajo, por tanto, la premisa para que el trabajador perfeccione sus conocimientos y ascienda en la empresa⁵⁷.

La formación del trabajador entendida como el proceso de adquisición de aptitudes a través de la práctica o desempeño de su profesión, se verá perjudicada también en la medida que le sean asignadas funciones al trabajador que lejos de potenciar sus cualidades profesionales vienen a degradárselas. Se reconoce por tanto la valía formativa de desempeñar una cierta actividad. Privarle o apartarle de la misma puede resultar en ocasiones dañoso para su formación⁵⁸. Cabe puntualizar que las funciones asignadas al trabajador es decir el tipo de trabajo en concreto, la categoría a desempeñar a la cual se ha comprometido el trabajador es el trabajo que ha convenido (art. 20 ET), no obstante en la disociación del proyecto contractual en la fase de ejecución del contrato donde se manifestará la supremacía del empleador, es la que permitirá la movilidad funcional (artículo 39 del ET), pero dentro de ciertos límites los cuales tendrán que ser sobrepasados para causar un daño a los intereses del trabajador movilizado.

No obstante, estos límites han sido ampliados como se hizo referencia antes resultando difícil para el trabajador defenderse ante cambios que puedan perjudicar su derecho de formación profesional, así como su derecho a la promoción.

6.2. El derecho a la promoción, la carrera profesional y el derecho al ascenso

Tiene relación directa con la posición de trabajador dentro de la estructura organizativa de la empresa y su movilidad ascendente dentro de ésta. Se encuentra relacionada con el derecho al ascenso, a la promoción consagrada en el artículo 35.1 de la CE, y también con la formación profesional en la medida de que esta contribuye a la carrera profesional del trabajador.

Definir la carrera profesional nos conduce a esclarecer algunos conceptos

⁵⁶ Mirón Hernández, M.M., *El derecho a la formación profesional del trabajador...*, *op. cit.*, 2000, p. 114.

⁵⁷ García Murcia, J., “El derecho a la promoción...”, *op. cit.*, 1985, p. 226

⁵⁸ Valdés de la Vega, B., *La profesionalidad...*, *op. cit.*, 1997, p. 211.

en primer lugar, por un lado, la clasificación profesional sirve para determinar la prestación debida, por el trabajador objeto del contrato de trabajo. La clasificación es una fórmula verbal de contenido en cierta forma variable, que significa la totalidad de las tareas exigibles al trabajador. Pero está construida sobre la base de las aptitudes personales, un criterio subjetivo que premia la profesionalidad del trabajador. Profesionalidad y cualificación son nociones que se enlazan a la necesidad de promoción y de progreso y por tanto están conectadas también con la idea de formación de ampliación de conocimientos y experiencias profesionales⁵⁹.

6.3. Polivalencia o polifuncionalidad y profesionalidad

La polivalencia profesional se encuentra relacionada estrechamente con la organización del trabajo, la racionalización de los recursos humanos y las políticas de empleo, tales como reinserción laboral, reciclaje de trabajadores y formación profesional.

La polivalencia consiste en realizar indistintamente y en distintos puestos de trabajo cometidos de más de una especialidad encuadrados en un mismo grupo, área o nivel funcional. De esta noción ha especificado la doctrina laboral española⁶⁰ se desprenden las premisas que deben confluír para la formación de perfiles permanentes: a) en primer lugar el trabajador debe tener reconocida una especialidad profesional básica en la empresa; b) esta debe completarse mediante la realización de otros cometidos profesionales. Para ello abre un mecanismo consistente en hacer pivotar al trabajador ente especialidades diversas según la fisonomía funcional de los perfiles polivalentes que pretenden ser configurados, además de seguir realizando las laborales propias de su profesión; c) dicha conversión profesional se canaliza a través de una unidad operativa, el grupo cuya conformación interna estará compuesta por cometidos que guardan una relación de conexión o complementariedad funcional; d) en consecuencia se instituye un elemento clasificatorio específico mediante el cual la inclusión del trabajador en el mismo apareja una modificación de la calificación que poseía. Esta calificación conlleva un tratamiento salarial y normativo específico con respecto al resto de las categorías profesionales. En todos los sectores se prevén fórmulas reorganizativas, así en la banca

⁵⁹ Baylos, A., *La carrera...*, *op. cit.*, 1987, p. 199.

⁶⁰ Alemán Páez, F., "La polivalencia profesional en el sistema español de relaciones laborales", *Revista Crítica de Teoría y Práctica Relaciones Laborales*, editorial La Ley, España, n. 10, 1994, pp. 13 y ss.

desaparece el clásico oficinista administrativo, creándose un nuevo empleado a cargo de una terminal de un computador que desarrolla trabajos internos y de atención al cliente. Es decir, se pasa de un modelo organizativo rígido a un modelo flexible, se desverticaliza la organización jerárquica, se pasa de un sistema piramidal a otro con forma de rombo, con poco trabajo directivo y ejecutivo en los extremos y una fuerte concentración de técnicos y nuevos profesionales en el área intermedia. Se revalorizan las cualificaciones sin necesidad de acudir al jus variandi o las modificaciones funcionales. Son varios los convenios colectivos en España en donde se ha pactado sistemas de polivalencia, por más que se cuenta con normativa que admite claramente este instituto (art. 39 LET). Sin embargo, las organizaciones sindicales miran con cierta desconfianza estos cambios en la organización del trabajo, es especial haciendo referencia a Latinoamérica.

En Uruguay donde además son inexistentes los convenios que contengan cláusulas de polivalencia, y donde el sistema normativo es rígido como se hizo referencia antes, tiene como consecuencia el rechazo de las organizaciones sindicales de toda fórmula posible de polivalencia.

La doctrina laboral española, reconoce dos tipos de polivalencia: una defensiva y otra ofensiva. La primera se basa en mero aprovechamiento de ventajas comparativas yuxtaponiendo antiguas labores y conocimientos preexistentes en el proceso productivo, aunque se origina en una recualificación su alcance es menor no transforma el contenido básico de las tareas, suponiendo una carga adicional de trabajo. El segundo tipo de polivalencia contiene un alcance más estructural, no es un cúmulo de cometidos o tareas, sino que se crean nuevos perfiles orientados además a una continua dinámica formativa. El efecto sería sobrecualificador y no recualificador, modifica cualitativamente los contenidos funcionales y el eleva el potencial formativo del trabajador. Es una perspectiva dinámica de formación, estos dos conceptos se suelen confundir, en los procesos de recualificación no implica necesariamente que se deba dar un incremento del nivel o grado de cualificación, sino que se trata de un proceso de adquisición de otra cualificación, mientras que la sobrecualificación presupone incrementar las aptitudes profesionales del trabajador, contribuye a elevar la motivación, la estima y realización personal del mismo. Con lo cual no se puede confundir la polivalencia con el uso frecuente en algunos convenios colectivos donde se dispone que el trabajador pueda hacer para completar su jornada otras tareas, tampoco se puede confundir la polivalencia con la equivalencia funcional, o con el jus variandi, o alguna tarea o cometido concreto de escasa conexión con la categoría contratada. El trabajador adquiere un status, el de trabajador

polivalente, forma parte de un proceso reorganizativo de la empresa, donde la facultad recae en el empleador en el ejercicio del poder de dirección, de ahí que el trabajador pertenecerá al grupo de trabajadores polivalentes. Asimismo se incorporan a los convenios colectivos medidas destinadas a regular la puesta en práctica de esta reorganización, fijando un porcentaje de trabajadores polivalentes, su no incidencia en el volumen de la empresa, el reconocimiento de derechos de información y control a los representantes de los trabajadores mediante comisiones de polivalencia, e incluso asignaciones anuales destinadas a financiar acciones formativas, a efectos conformar el perfil polivalente⁶¹. El status de trabajador polivalente, se traduce en dos efectos uno reclasificadorio, y otro salarial se suele asignar a estos perfiles un plus de polivalencia por cada una de las profesiones que pueda realizar independiente de la suya habitual, lógicamente todo dispuesto en el convenio colectivo⁶².

La polivalencia mirada desde esta perspectiva favorece la profesionalidad del trabajador en la medida que fomenta e incentiva su formación, recibe una compensación económica y no vulnera su dignidad, sino que favorece el desarrollo de la personalidad, deberá por tanto ser canalizada mediante la negociación colectiva y deberá desmitificarse de la idea de sobrecargar al trabajador. No obstante, la mayoría de los convenios colectivos plantean otra polivalencia, la que sobrecarga al trabajador y no permite la contratación de más personal, así es que, en caso de cobertura de vacantes por enfermedad, accidentes de trabajo o jubilaciones o retiros, la empresa abona un plus al trabajador que pase a realizar esa otra función. Desde esta otra perspectiva la polifuncionalidad no permite que el trabajador adquiera la categoría que está cubriendo temporalmente, que a veces no suele ser temporalmente, sino que no llega a cubrirse la vacante puesto que es cubierta por personal polivalente, esto sin lugar a dudas no tutela la profesionalidad, sino que precariza la relación en torno a la categoría del puesto que debe cubrir. De ahí que la negociación colectiva es sin duda el lugar adecuado para dotar a un sector de actividad o a una empresa concreta de la clasificación profesional más ajustada a las necesidades de determinar el trabajo y flexibilizar la ocupación. El convenio colectivo sectorial parece ser el más adecuado de los instrumentos convencionales para lograr esta modernización⁶³.

⁶¹ Por ejemplo, en el convenio colectivo de Plan estratégico de Vialidad para la empresa Casa (1989) se dispuso “el número de trabajadores polivalentes no será inferior al 10% del conjunto de los operarios”, “la empresa se compromete a elaborar los programas de formación necesarios para facilitar la polivalencia”.

⁶² Alemán Páez, F., “La polivalencia profesional...”, *op. cit.*, 1995, pp. 17 y 18.

⁶³ Palomeque Lopez, M.C. y Alvarez De La Rosa, M., *Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, 2008,

Con respecto al sistema normativo español y los cambios operados con la reforma del 2012 cabe precisar cómo se ha hecho referencia antes que al desaparecer la categoría profesional tiene como consecuencia inevitable el cambio también en la polivalencia funcional, ahora esta es más amplia siendo posible el pacto de polivalencia funcional cuando se relacionan dos o más grupos profesionales, asignando consecuentemente funciones pertenecientes a diferentes grupos profesionales.

Conforme lo ha preceptuado el art. 22.2 y 22.5 (ET español) en su nueva redacción se pasa de equiparar funciones que resulten prevalentes a equiparar en virtud de funciones que se desempeñen durante mayor tiempo, es decir se toma un criterio cuantitativo. Se amplía notoriamente el poder de dirección adquiriendo mayor movilidad dentro y fuera del grupo profesional en contraposición al sistema uruguayo donde la rigidez en las categorías profesionales es lo que impera sin posibilidad alguna de mover a un trabajador hacia otras categorías salvo si lo permite el convenio colectivo de rama contemplando la formación profesional del trabajador, su derecho al ascenso y promoción dentro de la empresa y por sobre todo respetando la dignidad del trabajador. Así también lo ha conceptualizado la doctrina laboralista y la jurisprudencia focalizando el fundamento en la legislación imperante desde 1943 (ley 10499), así como el principio protector consagrado en constitucionalmente. Forma parte también esta conceptualización de la organización del trabajo de las políticas de fomento del empleo, y estabilidad y defensa de los puestos de trabajo, conllevando así la creación de más y mejores puestos de trabajo de calidad, el fomento de la formación profesional, la promoción dentro del ámbito de la empresa y la creación de empleos de calidad y durables en el tiempo desechando por tanto el trabajo precario, zafral y de corta duración.

7. La tutela de la profesionalidad del trabajador en el Sur de América Latina. El caso uruguayo

La doctrina y jurisprudencia en Uruguay menciona dentro de los elementos del contrato de trabajo a la profesionalidad, no siendo un elemento esencial del mismo. Es decir, para la doctrina y jurisprudencia uruguaya la profesionalidad ha sido estudiada como un elemento no esencial del contrato de trabajo de tal forma que debería darse todos los demás para conformar un contrato de trabajo.

p. 607.

Sin embargo, si bien no es considerada un elemento esencial del contrato de trabajo, desde una óptica diferente se comienza a hablar de profesionalidad y certificación de competencias. Así que diversos programas de formación profesional contribuyen a expandir esta visión enraizada con el derecho de formación profesional, el derecho a la promoción y ascenso y así también la recualificación de trabajadores que se encuentren al amparo de seguro por desempleo. Y es nivel de la industria de la construcción sector sensible frente a cualquier cambio económico financiero que afecta la estabilidad de puestos laborales, que ha hecho su primer avance en materia de certificación de competencias.

La empresa es considerada un órgano de formación de trabajadores especializados y escuela técnica en algunas profesiones, que por las características del lugar donde se encuentra instalada y la lejanía de los centros educativos, hace que sea el referente máximo de capacitación técnica de algunas profesiones. Un ejemplo de ello lo ha constituido la industria azucarera ubicada en el norte del país.

La certificación de competencias alude a la profesionalidad en el sentido de distinción de competencias adquiridas en el desarrollo de la profesión u oficio, alude a la formación profesional dentro del sector empresarial, considerando las cualidades desarrolladas y aptitudes adquiridas durante la relación laboral.

No obstante, creemos que la profesionalidad en los próximos años ocupará un lugar relevante, desde esta óptica de estudio.

La profesionalidad va más allá de la categorización profesional, contiene elementos subjetivos que hacen que un trabajador se pueda diferenciar de otro que ocupa el mismo puesto o desempeña igual categoría, por tanto el daño que pueda ocurrir en los cambios de función, o que lleven a la privación de la misma, y que lesionen su dignidad, el derecho al trabajo, el derecho a la promoción, a la formación, verán su amparo a través de lo dispuesto por los artículos constitucionales 72 y 332 de Uruguay, en cuanto garantizan los derechos inherentes a la persona humana. Por lo que ese grupo de derechos profesionales preexiste a la intervención legislativa y son resistentes ante una intervención legislativa o de cualquier operador jurídico. Por tanto, aquellas órdenes que vulneren un derecho fundamental como la igualdad y no discriminación, el derecho al trabajo, el derecho a la formación profesional, y atenten contra la dignidad del trabajador, podrían ser declaradas nulas al haberse afectado un derecho integrante del bloque de constitucionalidad.

8. Profesionalidad y certificación de competencias: los nuevos retos de América Latina

En los últimos 20 años se han detectado profesiones emergentes en Latinoamérica, en especial como es el caso de Uruguay con inversiones provenientes de países europeos con interés en desarrollar la industria de la celulosa.

Es lo que le podemos denominar la industria llevada al campo, en países como Uruguay y Argentina donde la economía se apoya básicamente en la producción del campo, han visto transformados sus estándares de producción. La inversión extranjera en Forestación, en la instalación de fábricas de celulosa, en la plantación e industria de la soja – que sustituye al campo de pastoreo – así como también la industrialización en la recolección y posterior exportación de cítricos y legumbres, contribuyen al cambio en las relaciones laborales en especial en las áreas rurales.

El trabajador que antes era típicamente agropecuario se ha transformado en un trabajador industrial, pero con residencia en el interior del país y no aglomerado en la capital como sucedía en décadas anteriores. Esto ha llevado a que los trabajadores se profesionalicen, sean más competentes, adquiriendo formación en determinadas áreas como, por ejemplo: en la forestación y su cadena productiva (las fábricas de celulosas se ubican en el interior del país).

La empresa ha pasado a ser un centro de formación para el trabajador a fin de que adquiera sus fortalezas en su puesto de trabajo, incentiva a formarse y perfeccionarse con miras al sector donde pertenece o también atrae trabajadores que antes hacían tareas simples sin perfeccionamiento hacia el perfeccionamiento: ejemplo viveros en el medio rural (forestación), industria de la madera celulosa y papel: trabajador rural que antes estaba dedicado exclusivamente a las tareas rurales simples (ej plantación, cultivo donde hoy se adquiere un perfeccionamiento industrial, otro ejemplo lo constituye el trabajador simple de un tambo donde hoy adquiere un potencial de perfeccionamiento y crecimiento en base al mercado que demanda certificaciones de calidad, etc.

Es decir, la industria llevada al campo, promueve el perfeccionamiento la incorporación de nuevas tecnologías, las inversiones son focalizadas hacia el medio rural e instaladas en el medio rural, hacen que los trabajadores rurales no emigren hacia las ciudades grandes, sino que se profesionalicen y siguen viviendo en su localidad de origen.

Otro polo de desarrollo regional lo constituye el turismo: un ejemplo de ello son las estancias turísticas, incentivan a que el trabajador rural se perfeccione en la industria turística (hostelería, gastronomía).

El trabajador pasa a tener un sentido de patrimonio sobre el trabajo que desarrolla y se perfecciona en el mismo sector donde ha crecido y se ha educado, se evita que el trabajador emigre de sus orígenes a las grandes ciudades donde pierde perspectiva de su formación y desarraigo del medio social o cultural donde está inserto.

También la profesionalidad y su sentido de patrimonio se puede visualizar en las industrias de las grandes ciudades, allí el trabajador que queda desempleado puede perfeccionarse y adquirir mayor competencia con miras a un mercado laboral en constante transformación. Ejemplo un trabajador de un restaurante que queda sin empleo puede adquirir nuevas competencias con miras a su reubicación laboral en el sector turístico gastronómico. Así lo se ha realizado con programas de formación y certificación de competencias donde los organismos nacionales (Ministerio de Trabajo a través de la Dirección Nacional de Empleo) y organismos internacionales (OIT) han desarrollado programa en el sector turístico especialmente gastronómico y hotelero.

Estas políticas enmarcadas en un contexto de crisis en la región han permitido atraer la inversión extranjera hacia el interior del país: apertura de puertos de aguas profundas, trabajo portuario, fábricas instaladas en la costa de ríos limítrofes, acuerdos de salida hacia el mar de los países vecinos (caso de Bolivia), desarrollo del transporte de carga especialmente el de madera, desarrollo de la logística portuaria y marítima.

No obstante, cabe destacar el papel que ha tenido el diálogo social en la implementación de esta política de empleo y desarrollo de sectores sumergidos. Así los proyectos coordinados por entre el Ministerio de Trabajo y OIT desarrollan sus metodologías dentro del marco del diálogo social sectorial u organizacional. Estos proyectos contribuyen al desarrollo de capacidades para el fortalecimiento de la institucionalidad de las políticas públicas de empleo, formación y certificación laboral en el marco de la cultura del trabajo para el desarrollo, objetivo de las políticas de empleo diseñadas a tal fin. Así como también resultan de gran utilidad para los sectores empresariales y sindicales dado que elaboran insumos para la negociación colectiva: (lenguaje común y acuerdos de partida), para la formación y capacitación permanente sientan bases para la mejora del desempeño y para el desarrollo de la carrera.

Por tanto, el desarrollo de la negociación colectiva y el fomento del diálogo social en la medida que se promueve todo proyecto basado en la negociación y en el acuerdo de todos los actores (sindicatos, cámaras empresariales y gobierno) ha sido la base para poder encaminar dichas políticas de empleo y formación. Así ya lo había expresado la OIT en su informe regional donde concluye que *“el establecimiento de una cultura del*

*diálogo social y la negociación demanda tiempo y sobre todo sistematicidad y consecuencia por parte de los actores. La cultura del diálogo no se puede generar súbitamente por una necesidad coyuntural. Pero cuando se dispone de ella, por haberla cultivado responsablemente, es una base y un marco para la acción absolutamente potente. Esta cultura del diálogo es por tanto y sin duda un elemento fundamental del éxito uruguayo en materia de preservación del empleo en tiempos de crisis*⁶⁴.

9. Bibliografía

- Alemán Páez, F., *El encuadramiento profesional*, Informes y Estudios Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, 1995.
- Alemán Páez, F., “La polivalencia profesional en el sistema español de relaciones laborales”, *Revista Crítica de Teoría y Práctica Relaciones Laborales*, editorial La Ley, España, n. 10, 1994.
- Aparicio Tovar, J., “La Profesionalidad del Trabajador” (en torno a los arts. 22, 23, 24 y 25), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, editorial Civitas, n. 100, Madrid, marzo/agosto 2000.
- Baylos Grau, A., *La carrera profesional del trabajador: promoción y ascensos*, Documentación Administrativa 210-21, Publicación del Instituto Nacional de Administración Pública. España, 1987.
- Baylos Grau, A., “Por una (Re) Politización de la figura del despido”, *RDS*, n. 12, 2000
- Baylos Grau, A. y Perez Rey, J., *El Despido o la violencia del poder privado*, Ed Trotta, Madrid, 2009.
- Casas Baamonde, M.E., “Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva”, *REDT*, n. 89, editorial Civitas, Madrid, 1998.
- García Murcia, J., “El derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo. El Estatuto de los Trabajadores”, *Revista de Derecho Privado*, Comentarios a las leyes laborales, Tomo V Madrid, 1985.
- Guanche, M., *El Derecho del trabajador a la ocupación efectiva*, Editorial Civitas, Madrid, 1993.
- Mirón Hernández, M.M., *El derecho a la formación profesional del trabajador*, CES, Madrid, 2000

⁶⁴ OIT, *El rol del diálogo social en Uruguay en la reducción de los impactos de la crisis 2008-2009*, Santiago de Chile, Ed. OIT para el Cono Sur de América Latina, 2011.

- Monereo Pérez, J.L. (dir.), *Comentarios al Estatuto de los trabajadores*, Actualizado a octubre de 1998, Editorial Comares. Granada, 1998.
- OIT, *El rol del diálogo social en Uruguay en la reducción de los impactos de la crisis 2008-2009*, Santiago de Chile, Ed. OIT para el Cono Sur de América Latina, 2011.
- Palomeque Lopez, M.C. y Alvarez De La Rosa, M., *Derecho del Trabajo*, 16ª.ed, Ed. Universitaria Ramón Areces Madrid, 2008.
- Plá Rodríguez, A., *Los Principios del Derecho del Trabajo*, 3era. Ed. De Palma Buenos Aires, 1998.
- Santos Fernández, M.D., *El Contrato de trabajo como límite al poder del empresario*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2005.
- Sastre Ibarreche, R., *El derecho al trabajo*. Editorial Trotta, Madrid, 1996.
- Sobrino González, G., *La política de colocación*, Colección Estudios Ed. Bomarzo, Albacete, 2006.
- Valdes De La Vega, B., *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Editorial Trotta Madrid, 1997.
- Valdes Dal-Ré, F., “Los Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en AA.VV. (coords. Aparicio, J. y Baylos, A.), *Autoridad y Democracia en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1992.

Red Internacional de ADAPT



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