

LAS NUEVAS DIMENSIONES DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN EL TRABAJO. EL DERECHO A LA PROMOCIÓN Y A LA CAPACITACIÓN.

HÉCTOR-HUGO BARBAGELATTA *

I

1. El tema de la *estabilidad en el trabajo* es ciertamente uno de los que mayor importancia han alcanzado en la legislación y la doctrina laboral en los últimos años. Por lo demás, está muy lejos el momento en que pueda considerarse cerrado el debate sobre el particular, como lo prueba la reiterada inscripción de este asunto en congresos, seminarios o jornadas, a nivel nacional e internacional y la cada vez mayor importancia que le concede la Organización Internacional del Trabajo.¹

Lejos se está, en efecto, del tiempo en que la estabilidad, o la *seguridad en el empleo* (como se prefiere llamarla por otros), se consideraba casi una excentricidad latinoamericana, un producto de su idealismo utópico y de su escaso

* Exprofesor de la Facultad de Derecho de Montevideo. Profesor visitante de la Universidad de Lovaina. Miembro de la Academia Ibero-Americana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ La Conferencia Internacional del Trabajo, adoptó por primera vez normas sobre la terminación del empleo a iniciativa del empleador en 1963, con la Recomendación núm. 119. El Consejo de Administración de la OIT ha determinado que en 1981, sea debatida la creación de nuevas normas relativas a la justificación del despido, donde presumiblemente se tratará de los procedimientos que deben seguirse antes del despido, el derecho de apelación, los plazos de preaviso, la protección de los ingresos y la terminación del empleo o el despido por razones económicas, tecnológicas o de índole similar (*Información OIT*, vol. 16, núm. 1, febrero de 1980, p. 2).

desarrollo, pues —sin perjuicio de los pasos atrás, incluso en nuestro continente—, cada día es más extensa la lista de legislaciones que en diverso grado y con variado éxito, se aplican a la concreción del principio.²

2. La contribución de la doctrina latinoamericana a la teoría de la estabilidad, es particularmente valiosa por su originalidad y por lo fecundo de sus desarrollos.³ Dentro de ella, la de Mario de la Cueva ocupa un lugar de privilegio, no sólo por haber logrado una explicación del instituto sobre bases exclusivamente juslaboralistas y de una gran coherencia dentro de su sistema de ideas,⁴ sino también, por la participación directa que le cupo en la inclusión de la estabilidad entre los principios del derecho social

² En el informe preparado para la 59a. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (*Terminación de la relación de trabajo*, inf III, p. 4 B, Ginebra, 1974), se podía ya concluir que a los diez años de vigencia de la Recomendación 119, el principio fundamental que contenía, según el cual, no debe procederse a la terminación de la relación de trabajo sin una causa justificada, había sido adoptado en muchos países con disímil nivel de desarrollo y diferentes sistemas económicos y sociales (*op. cit.*, pp. 93 y ss.). Una clara tendencia en ese mismo sentido, era claramente subrayada por E. Yemin, en artículo para la Revista Internacional del Trabajo, publicado en 1976 (vol. 93, núm. 1, p. 18). Algunos retrocesos registrados en América Latina, como el resultante del Decreto-Ley núm. 22.126 de 21.V.1978 peruano, se compensan con la ratificación del principio por el art. 48 del nuevo texto constitucional, de ese país, que presumiblemente obligará a reajustar la legislación reglamentaria.

³ Además de las contribuciones contenidas en tratados y obras generales, cabe citar, entre otros, los estudios de J. M. Catharino, *Em defesa da estabilidade* [LTr], San Pablo, s/d; A. F. Cesarino Júnior, *Estabilidade e fundo de garantia*, Rio, 1968, M. de la Cueva, "Estabilidad de los trabajadores en sus empleos", en *Studi in memoria de L. Barassi*, Milán, 1966, pp. 225 y ss; M. L. Deveali, voz "Estabilidad" en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, t. x, pp. 789 y ss; Horacio D. J. Ferro, "El derecho a la estabilidad" en *Estudios de derecho del trabajo en memoria de A. J. Unsain*, B. Aires, 1954, pp. 143 y ss; H. H. de la Fuente, *Principios jurídicos del derecho a la estabilidad*, B. Aires, 1976; E. Krotoschin, "Notas sobre el llamado derecho al empleo", en *Anales de la Fac. de Ciencias Jur. y Soc. de la Universidad Nac. de La Plata*, t. xxv (1966), pp. 3 y ss; A. Plá Rodríguez, *Los principios del derecho del trabajo*, [Depalma, 2a. ed.], B. Aires, 1978, pp. 174 y ss; M. V. Russomano, *A estabilidade do trabalhador na empresa* [2a. ed.], 1979.

⁴ Por tratarse de los desarrollos más recientes, las ideas de Mario de la Cueva, sobre estas cuestiones, se tomarán de *El nuevo derecho mexicano del trabajo* [Porrúa], t. I, 4a. ed., México, 1977.

americano⁵ y en una mejor y más inequívoca concreción en el derecho positivo de su país.⁶

Sin embargo, en este artículo, no se pretende encarar sino muy parcialmente el aporte del maestro mexicano a la teoría de la estabilidad y a su reconocimiento por el derecho, puesto que se tratará únicamente de lo que podrían llamarse las *nuevas dimensiones de la estabilidad*, o sea, aquellas que se descubren en su dinámica o profundizando sobre sus alcances posibles o necesarios.

3. No bien se repara en estas nuevas dimensiones de la estabilidad, se advierte la pertinencia de trabajar sobre ellas en un homenaje a De la Cueva, que la concibe como una *idea-fuerza*, la hace funcionar como tal y le asigna un destino preciso.⁷

Porque para nuestro autor, ciertamente la estabilidad configura uno de los principios, "sin los cuales no podría construirse el derecho del trabajo nuevo", puesto que promueve y asegura la *dignidad*, la *libertad* y la *igualdad*,⁸ pero también es un principio creador de derechos para el trabajador, en cuanto es "la fuente y garantía" del *derecho de antigüedad* y de "un manojito de derechos cuya importancia es grande no sólo en el interior del derecho del trabajo, sino también en la seguridad social".⁹

Por otra parte, nos advierte que

⁵ La cláusula adoptada por la 3a. Conferencia Regional Americana de la OIT (México), 1946; así como el art. 19 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (Bogotá, 1948) y otros instrumentos de diferente alcance sobre el principio de estabilidad (como el punto II-4 de la Declaración proclamada por el V Congreso Ibero-Americano de Derecho del Trabajo, México, 1974), fueron en gran medida el fruto de la prédica y de la actuación directa de Mario de la Cueva.

⁶ Es de todos conocida la participación decisiva del maestro De la Cueva en la Nueva Ley Federal del Trabajo.

⁷ Al introducir el capítulo sobre estabilidad, en *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, y después de recordar la originalidad del Constituyente mexicano de 1917, dice en inspirado párrafo, que la idea de la estabilidad nació "como una idea-fuerza destinada a dar seguridad a la vida obrera y a escalar la meta tan bellamente expresada por Maximo Dursi en su cuento Bertoldo en la Corte: 'vivir sin temor es el destino del hombre'" (p. 219).

⁸ *Op. cit.*, p. 220.

⁹ *Op. cit.*, pp. 220 y 221. En el mismo sentido, *op. cit.*, p. 417.

el derecho a la estabilidad en el trabajo y el derecho al ascenso, se hallan en una relación dialéctica, pues si la estabilidad es una base imprescindible para la posibilidad de ascensos, este derecho es la desembocadura natural de aquélla, ya que una estabilidad estática terminaría en una frustración de la persona, en cambio, el ascenso realizado con base en los años de estabilidad, es uno de los aspectos esenciales del destino del hombre, que es un vivir para un ascenso constante en la escala social.¹⁰

Asimismo, aunque el *derecho a la capacitación*, encuentra su lugar en la sistemática del derecho nuevo que postula De la Cueva, como una consecuencia del principio de la responsabilidad objetiva en el derecho del trabajo,¹¹ que dimana de la justicia social y que es la contrapartida de la obligación de trabajar,¹² queda de manifiesto en su argumentación a propósito de la regulación del derecho al ascenso, que tal derecho a la formación, está íntimamente ligado con el derecho a la estabilidad.¹³

4. En las próximas líneas, se procurará transitar por los caminos abiertos por el maestro homenajeado, en torno a estas nuevas dimensiones de la estabilidad que surgen de los derechos que genera y, de manera particular, del derecho a la promoción o al ascenso y del derecho a la capacitación o a la formación profesional.

II

5. El derecho al ascenso —como el derecho a la estabilidad—, ha sido reconocido desde hace bastante tiempo por el derecho público como una garantía fundamental para los trabajadores al servicio del Estado, sin perjuicio de que algunos cultores del derecho administrativo exalten su significación para “la realización de los fines permanentes que le corresponden al agente administrador”.¹⁴

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 425-426.

¹¹ *Op. cit.*, pp. 122-123.

¹² *Op. cit.*, p. 121.

¹³ *Op. cit.*, p. 426.

¹⁴ B. A. Fiorini, “La estabilidad del agente público” en R. A. Nápoli (Director), *Aspectos de la estabilidad en el empleo* [Universidad Nacional de La Plata], La Plata, 1972, p. 146 y pp. 151 y ss.

La misma garantía, en relación con los trabajadores de la actividad privada, ha hecho pocos progresos en la legislación, así como en el sistema de normas que resultan de la negociación colectiva, salvo en un reducido número de países, entre los que se cuenta México.¹⁵ Ello se debe, en muy importante medida, a la resistencia patronal a la penetración del derecho en el ámbito de la empresa; pero también, a la explicable postergación de una reivindicación de este tipo, dentro de plataformas sindicales saturadas por otras absolutamente inaplazables.

No obstante, cuando en el seno de las Naciones Unidas se buscó consagrar, en un instrumento destinado a promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos, la suma de las principales ventajas que deben resultar para toda persona del goce de *condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias*, el derecho al ascenso emergió en términos privilegiados. La fórmula escogida para ello fue breve pero inequívoca: "Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideración que los factores tiempo de servicio y capacidad".¹⁶

6. El examen del texto que consagra el derecho a la promoción o al ascenso que acaba de transcribirse, conduce a analizar su valor jurídico y sus proyecciones sobre el cuadro general de los derechos fundamentales ligados con la actividad laboral del hombre.

En cuanto a valor jurídico, el dispositivo posee obviamente la significación de una norma de derecho internacional, que impone a cada uno de los Estados Partes en el Pacto, la adopción de medidas, en particular legislativas, para lograr la plena efectividad del derecho reconocido

¹⁵ LFT, art. 159. La legislación latinoamericana sobre el derecho al ascenso en la actividad privada, casi se agota con esa cita. En efecto, ese derecho está consagrado además por el art. 136 (concordante con el inciso 13 del 128) del Código de Trabajo de Panamá y, hasta la reforma introducida por la ley 21.297 de 8.V.1976, lo estaba por el artículo 90 de la Ley del Contrato de Trabajo Argentina (L. núm. 20.744 de 11.IX.1974).

¹⁶ Inciso c) del artículo 7o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16.XII.1966.

(artículo 2o. del Pacto citado), bajo la mirada y el control de la Comunidad Internacional (artículos 16 y ss.).

Pero, además, para todos los países en que la aprobación en debida forma de un tratado, implica su recepción como derecho interno,¹⁷ la ratificación del Pacto, abre legítimas expectativas a los individuos singularmente considerados y a las organizaciones que los representen. Incluso, cuando la ley fundamental de un país lo consagra expresamente —como es el caso de la reciente Constitución del Ecuador—, debe tenerse como *regla general* del más alto nivel, la garantía para todos los individuos, del “libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes”.¹⁸ Parecido alcance viene a tener la regla de la nueva Constitución española, que manda que los preceptos relativos a las garantías fundamentales, sean interpretados “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España”.¹⁹

Asimismo, en aquellos ordenamientos nacionales en que la enunciación de los derechos y garantías fundamentales, no excluye los otros inherentes a la personalidad humana, y en que la falta de ley reglamentaria no menoscaba el ejercicio de los mismos —como perceptúan, por ejemplo, las constituciones de Uruguay, artículos 72 y 332 o de Venezuela, artículo 50—, es incuestionable que, al margen y por encima de la ratificación misma, el contenido de los pactos de este tipo, se incorpora al derecho positivo respectivo.²⁰

¹⁷ Como es el caso de México, según el artículo constitucional 133, o de la Argentina, por el artículo 31 de la Constitución de 1853, entre otros.

¹⁸ Constitución Política de 1979, Título II, Sección VII, art. 44 (*Registro Oficial*, núm. 800, 27.III.1979, p. 7).

¹⁹ Constitución española, aprobada por referéndum el 6.XII.1978, artículo 10.2.

²⁰ En el mismo sentido, la reciente Constitución Política del Perú, promulgada por la Asamblea Constituyente el 12.VII.1979, dice en su artículo 4o. que: “La enunciación de los derechos reconocidos en este Capítulo no excluyen los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que deri-

7. Por otra parte, si se considera —como tiende a aceptarse universalmente— que la convivencia jurídica sólo puede entenderse tal, dentro de un régimen de garantías jurídicas en que la expresión de la voluntad de la autoridad, esté legitimada por un consentimiento institucionalizado y por el efectivo ejercicio de facultades y derechos inherentes a la persona humana, las declaraciones, remisiones y reenvíos del tipo de los que acaban de citarse, parecen superabundantes para fundar la validez y eficacia de los textos internacionales que especifican, catalogan o desarrollan los derechos fundamentales.²¹

En efecto, si el ejercicio efectivo de tales derechos, debe ser visto como *instrumento de la legitimidad del poder*, los textos en cuestión, que en definitiva se limitan a ser fuente de conocimiento o expresión de la *conciencia jurídica universal*,²² valen en cuanto traducen y ponen de manifiesto las *condiciones mínimas de legitimidad*. O sea, que tienen validez y deben ser reconocidos como normas jurídicas con poder vinculatorio para el legislador, la administración y las autoridades judiciales de absolutamente todos los países, sin perjuicio de la eficacia como instrumentos internacionales y como derecho interno que pueden conferirle las ratificaciones y los otros medios técnicos antes mencionados.²³

van de la dignidad de la persona del hombre, del principio de la soberanía del pueblo, del Estado social democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno" (De los derechos y deberes fundamentales de la persona. Capítulo I. De la persona).

²¹ Desde luego que, si desde un punto de vista teórico, pueden calificarse como superabundantes, ello no debe entenderse como significando que declaraciones, menciones y reenvíos de esta clase, no sean convenientes y aun necesarios, para una mejor salvaguardia de los derechos fundamentales.

²² El autor del presente estudio ha desarrollado más extensamente estas mismas ideas en el *Simposio del Derecho del Trabajo* celebrado en Madrid del 7 al 10 de octubre de 1975, cuyas disertaciones fueron publicadas bajo ese título por las Ediciones de Cultura Hispánica del Centro Iberoamericano de Cooperación (Madrid, 1978, pp. 81 a 95) y en *Derecho del trabajo* (Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1978, t. I, pp. 81 y ss.).

²³ En puridad, las fuentes de conocimiento de los derechos fundamentales, no son solamente los instrumentos internacionales (tratados, pactados, convenios y aun declaraciones o recomendaciones concernientes), sino que la conciencia jurídica de los pueblos, puede expresarse, por el consenso unánime de los juristas especializados, en declaraciones académicas, como la proclamada solemne-

8. Dando pues por aceptado entonces que el derecho al ascenso integra el núcleo de los derechos que se “desprenden de la dignidad inherente a la persona humana” (como dice el proemio del Pacto respectivo), procede analizar el contenido del precepto que lo declara.

De allí resulta que:

a) El derecho a la promoción, no supone meramente un derecho a alcanzar progresivamente una remuneración más elevada por el trabajo que se cumple, eso que es llamado por algunos administrativistas *ascenso de clase*,²⁴ sino que se trata en su sentido propio, del derecho a ascender a una *categoría superior*; como queda perfectamente aclarado en dicho inciso del Pacto. La precisión es pertinente y guarda correspondencia con la del punto II-4 de la Declaración de Querétaro, donde se establece —como en la nueva LFT, por otra parte—, que el ingreso del trabajador a la empresa crea diferentes derechos, entre los cuales el de obtener aumentos de salarios en función de la antigüedad y el de ascenso. Cabe acotar todavía, que de ese haz de derechos, el de ascenso propiamente dicho, dada la mayor resistencia de los empleadores, es el que más requiere del auxilio de una norma expresa de la legislación para lograr su plena efectividad.²⁵

b) Como corolario de lo precedente, parece necesario que se reconozca el derecho de los trabajadores a que, en toda empresa, las tareas estén categorizadas y definidas

mente en Querétaro por los participantes en el IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, a que se aludió *supra* (nota 5). Por lo demás, la coincidencia o reiteración en distintos documentos de los mismos principios, así como su recibo generalizado en las declaraciones de derechos de las constituciones políticas recientes, de inspiración democrática, puede servir de prueba de su vigencia y actualidad.

²⁴ Cfr. E. Sayagues Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1963 (t. I, parág. 203).

²⁵ Por ejemplo, en el Uruguay, los convenios colectivos del sector bancario, que incorporaron, en su momento, normas de avanzada, llegaron hasta establecer un escalafón de remuneraciones (por antigüedad), que aseguraban progresivamente las mismas ventajas económicas de las categorías superiores, pero los empleadores se reservaban el derecho de atribuir o no las jerarquías respectivas.

con precisión, de modo que sea posible la circulación ascendente y que las promociones no sean puramente nominales o de mejoramiento salarial. Huelga señalar, que estando reconocido también como derecho fundamental, en múltiples instrumentos, el de negociación colectiva, la definición de las categorías y los itinerarios de ascenso, no pueden quedar librados a la exclusiva voluntad del empleador, sino que se trata de un contenido típico de los contratos o convenios colectivos. Aun parece deseable que los acuerdos se concierten y tengan validez por ramas o familias de actividades; sin perjuicio de los ajustes que pueda corresponder hacerles, para su mejor funcionamiento, a nivel de cada empresa. Esta última consideración, tiene particular aplicación en América Latina, donde una legislación y una práctica inconvenientes, han conducido a una predominancia de los convenios o contratos por empresas.²⁶

c) El derecho al ascenso, está apoyado sobre la idea de igualdad de oportunidades y resguardado por la muy estricta mención de dos únicos factores que pueden ser tomados en consideración: la antigüedad (que el Pacto llama "tiempo de servicios") y la capacidad. Ello significa, no sólo la exclusión de las manifestaciones más crudas de favoritismo en la regulación de los ascensos, sino también de toda discrecionalidad. Pero, desde luego, los términos, están exigiendo un cierto esclarecimiento sobre su alcance y la adopción de normas instrumentales, de origen étático o profesional —y posiblemente de los dos—, para que la igualdad de oportunidades se realice efectivamente.

9. Dentro de este esquema, la cuestión de la antigüedad, presenta aparentemente menores dificultades y es frecuente que los convenios colectivos, concertados con empresas grandes —que son aquellas donde hay más posibilidad de ascenso—, provean las reglas y el procedimiento para la fijación de los escalafones en que debe determinarse la que corresponde a cada trabajador. Por lo demás, aunque

²⁶ Cfr. A. Bronstein, "La negociación colectiva en América Latina" en *Rev. Int. del Trab.*, vol. 97, núm. 2, abril-junio, 1978, p. 211.

es excepcional una previsión legal con el alcance del artículo 158 de la LFT mexicana, la obligación impuesta corrientemente al empleador de llevar un registro actualizado de su personal —con indicación de categoría u ocupación, fecha de ingreso y remuneración, entre otros datos—, permite, sin grandes problemas, establecer las respectivas antigüedades y su contralor por los inspectores del trabajo, las organizaciones y los individuos directamente interesados.

Todo ello vuelve pues relativamente fácil la determinación de la antigüedad de un trabajador a muchos efectos, como ser: la atribución de incrementos salariales; el aumento del número de días de vacación a que se tiene derecho; el cálculo de prestaciones en caso de cesantía, invalidez, muerte, etcétera.

10. La determinación de la antigüedad a los fines del ascenso, sitúa el asunto sobre un plano diferente y es bien sabido que son muchos los problemas que se plantean en el servicio civil a este respecto a pesar de que, en principio, los extremos de hecho de la relación laboral de los trabajadores al servicio del Estado, deben poseer un grado de certeza superior.

En efecto, el trazado de las líneas de ascenso, puede lograrse con bastante nitidez y pocas controversias, respecto de puestos claramente definidos dentro de una serie en la que van creciendo las responsabilidades, y son mayores las habilidades y los conocimientos requeridos para el desempeño y, generalmente, también las satisfacciones o las ventajas paralelas. Pero esa no es la situación en todos los casos, ni todas las actividades autorizan racionalmente a diseñar escalonamientos progresivos que ofrezcan iguales oportunidades. Incluso la aplicación de los métodos de *evaluación de tareas*, que en principio proporciona una mejor base técnica para el establecimiento de las líneas de ascenso, tiende a desdibujarlas, por la tendencia a reducir el cuadro de categorías y a equilibrarlas sobre un número limitado de niveles.

Asimismo, los escalafones tienden a separarse según grandes grupos, que forman otras tantas líneas de ascenso

(personal administrativo, personal obrero, personal técnico, personal de servicios auxiliares, etcétera). Estos grupos, que por lo general no son totalmente impermeables, abren respecto de la contabilización de la antigüedad dificultades suplementarias, al crear una primera distinción entre la antigüedad en la empresa y la antigüedad en el grupo escalafonario.

11. A poco de reparar en la posibilidad de multiplicación de las líneas de ascenso por antigüedad, se advierte que también pueden tener ese efecto —y en la práctica plantean serios problemas— los lugares de trabajo, pero además, que pueden computarse diferentes antigüedades, según se tome la antigüedad total o la relativa a la sección o al puesto concreto.

La cuestión de la pluralidad de posibles antigüedades, que no es indiferente a otros fines —como los relativos a las primas salariales—, posee en materia de ascensos una significación extraordinaria y parece razonable reclamar, en cada caso, el dictado de normas que den a todos los interesados una cierta certeza sobre su respectivo derecho.

Las normas correspondientes, podrían justificar ciertos particularismos según la actividad y aún en relación con empresas determinadas, pero, en todo caso, parece que para que el derecho a la igualdad de oportunidades de ascenso sea respetado, deberían llenar —además de la exigencia formal de su elaboración negociada— los siguientes extremos:

—cada línea de ascenso particular, debería estar plenamente justificada por motivos de índole técnica o material, relacionados con criterios de racionalidad y equidad;

—entre cada línea, no podrían existir barreras infranqueables;

—la antigüedad absoluta en la empresa, debería mantener siempre un valor, siquiera a título subsidiario.

12. Una cuestión muy próxima con la que se está tratando, es la de la llamada “antigüedad calificada”, que teóricamente puede tenerse como conforme a la idea de

justicia, desde que no parece razonable igualar las expectativas de ascenso de quien ha sido un trabajador esforzado y cumplidor, con las de quien no ha puesto ningún empeño y ha dejado mucho que desear en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones.

Empero, la cuestión —especialmente en la relación de trabajo privada— no es nada sencilla, por la dificultad de fijar criterios de calificación suficientemente objetivos y precisos y de aplicarlos apropiadamente. No debe olvidarse, además, la significación que todavía tiene en el orden disciplinario de la empresa privada, el empleador y sus representantes y el consiguiente peligro de que la “calificación” de la antigüedad, resulte un expediente para reintroducir el favoritismo o postergar las aspiraciones de los activistas sindicales.

Por consiguiente, hasta tanto el proceso de democratización de la empresa no esté más adelantado, parece recomendable —a fin de salvaguardar el derecho al ascenso— que se maneje exclusivamente el criterio de la antigüedad pura y simple. Para cuando haya un efectivo control de los representantes del personal sobre la materia disciplinaria en toda su extensión y puedan constituirse comisiones paritarias de calificación, será necesario proveerlas de criterios objetivos que aseguren no sólo una absoluta imparcialidad, sino la comparabilidad relativa. Aun en esta última etapa —y en la hipótesis de que sea posible aproximarse razonablemente a la formulación que acaba de postularse—²⁷ el coeficiente de incremento, en función de la calificación, debería ser muy pequeño para no desnaturalizar el criterio de la antigüedad.

²⁷ La experiencia del derecho administrativo, donde el criterio de “antigüedad calificada” suele estar consagrado por la legislación y donde funcionan con bastante regularidad comisiones calificadoras, muestra cuán difícil es aproximarse a las condiciones ideales. En punto a comparabilidad, la cuestión parece insoluble o casi, pues los puntajes a atribuir, tienden a ser manejados de distinto modo, no sólo por la mayor o menor severidad de los calificadores, sino por otras razones —de las que no cabe excluir a *priori*, ni la demagogia, ni el favoritismo—, que no siempre son detectables o corregibles por comisiones o tribunales de alzada.

13. Se llega así, por varios caminos al otro criterio para la regulación de las promociones: el de la *capacidad*. Este criterio, puede jugar como un elemento limitativo de las posibilidades de ascenso, tanto como un factor positivo para lograrlo, ya que la carencia de la capacidad requerida puede impedir el desempeño del puesto superior, así como la superior capacidad puede hacer nacer expectativas, en principio legítimas, de promoción.

La capacidad, como factor limitativo del ascenso, será considerada un poco más adelante, al tratar de los otros límites o restricciones a la carrera de un trabajador, por lo que ahora se examinará solamente el criterio de capacidad, como factor positivo para la promoción.

14. El concepto de capacidad que se maneja en relación con el derecho a la promoción, no es obviamente el del derecho civil o el forense, sino más bien el corriente de "aptitud o suficiencia para alguna cosa", tomado el primero de estos vocablos, en la acepción de "suficiencia o idoneidad para obtener y ejercer un empleo o cargo", que lo acerca al segundo, pero con una referencia más concreta a un desempeño laboral.²⁸

En términos más precisos, la capacidad debe entenderse en esta materia, como la posesión de los conocimientos y habilidades requeridos para desempeñar un determinado *puesto de trabajo* de categoría superior.²⁹

Desde luego, el requerimiento de conocimientos y habi-

²⁸ En el campo de la formación profesional, el concepto *capacidad*, es manejado también en la acepción de aptitud o suficiencia para alcanzar niveles más altos de calificación o de responsabilidad, esto es, en una acepción más próxima al sentido figurado de "talento o disposición para comprender bien las cosas". Así en el artículo 15.2, inciso a) de la Recomendación núm. 150, sobre la orientación profesional y la formación profesional, adoptada en 1975. Desde luego, tal capacidad, viene a integrar la considerada por el Pacto Internacional, como factor para el ascenso, pero llegado el caso, la atención tiene que desplazarse hacia la capacidad actual y no meramente la potencial.

²⁹ Se entiende por "puesto de trabajo", conforme a la definición aceptada por los especialistas en formación profesional, un "conjunto definido de tareas, deberes y responsabilidades que dentro de ciertas condiciones constituye la labor regular de un individuo" (Cfr. S. Agudelo Mejía, *Terminología básica de la formación profesional en América Latina* [Cinterfor], Montevideo, 1978, p. 46).

lidades para el desempeño del puesto superior al que se aspira a acceder, debe ser referido a aquel suficiente, o bastantes para lo que se necesita, atendidas las circunstancias del caso³⁰ y principalmente, la falta de experiencia en el mismo, que normalmente afectará el rendimiento inicial del aspirante. Pretender lo contrario, sería excluir de las oportunidades de ascenso a la mayoría de los trabajadores, acordándolas solamente a aquellos de condiciones excepcionales, o que han disfrutado de la posibilidad de desempeñarse con anterioridad en el mismo o similar puesto.

15. Entendiendo de este modo el concepto de *capacidad*, su determinación, en cada caso, se vuelve un problema de hecho, extremadamente delicado.

Si se dejan de lado las situaciones en que el desempeño de un puesto está condicionado a la posesión de un título o certificado habilitante, que bajo el imperio del principio de libertad de trabajo, deben ser excepcionales,³¹ no parece necesario que el trabajador cuente con una prueba documental de su capacidad, para que deba franqueársele el acceso a un puesto superior.³² Empero, fuera de las hipótesis de aptitud notoria, el reconocimiento de la capacidad de un trabajador, obliga a la aplicación de *pruebas ocupacionales*.³³

Las pruebas ocupacionales, plantean problemas de índole técnica extremadamente delicados, que no procede examinar aquí. Corresponde tener presente solamente, que es previa la determinación de los *requerimientos ocupacionales mínimos*,³⁴ que las pruebas deben elaborarse "de tal manera

³⁰ Cfr. De la Cueva, *op. cit.*, p. 427. Ese criterio emerge también del contexto de la LFT mexicana reformada (arts. 159, segundo párrafo; 156-U; 156-V, etcétera).

³¹ *Vid.*, más extensamente, H-H. Barbagelatta, *Certificación ocupacional y legislación laboral* [Cinterfor], Montevideo, 1978, pp. 9-11.

³² En ese sentido, en las conclusiones aprobadas en el Seminario sobre certificación ocupacional reunido en Costa Rica en 1979, se estableció expresamente que la certificación no debería ser condición para la promoción de los trabajadores (grupo II, numeral 10).

³³ Para todas las cuestiones técnicas sobre pruebas ocupacionales, se hace remisión al *Manual para la elaboración de pruebas ocupacionales*, de S. Agudelo Mejía (Cinterfor, Montevideo, 1977).

que su desarrollo por parte de los trabajadores sea una aplicación del conocimiento que ellos tengan del trabajo” y, cuando se formulen preguntas, éstas deben poder ser respondidas “utilizando *situaciones reales de trabajo*”;³⁵ que en todo el proceso debe asegurarse un máximo de objetividad y contarse con la aceptación del *mundo del trabajo*.³⁶

En cuanto a la notoriedad, puede resultar del desempeño satisfactorio del puesto superior en ocasión de suplencias o interinatos, del reconocimiento generalizado de la aptitud en el medio en que actúa, de la actuación anterior en un puesto de análogas exigencias en otra empresa, etcétera. De todos modos, como enseña la doctrina sobre el particular, “lo notorio no excluye naturalmente la prueba en contrario, porque sólo se trata de una presunción de verdad”.³⁷

16. La admisión del elemento capacidad, como factor determinante o posibilitante del ascenso, tiene entonces dos consecuencias importantísimas.

Desde un punto de vista formal, conduce a la aceptación de un derecho subjetivo al reconocimiento de la calificación ocupacional, con una vocación de reconocimiento universal del contenido de tales certificaciones, esto es, no sólo por un empleador, sino por todos los empleadores privados o públicos y por los servicios de empleo, bolsas de trabajo, etcétera.³⁸

Desde un punto de vista material, cabe reconocer la vinculación directa entre el derecho al ascenso y el derecho a la capacitación y, en definitiva, entre el derecho a la

³⁴ *Manual...* cit., p. 19 y ss.

³⁵ *Op. cit.*, p. 32.

³⁶ En el Seminario de Costa Rica, citado en la nota 32, se reconoció que “es esencial que las organizaciones profesionales de empleadores y de trabajadores tengan una muy amplia participación en todo el sistema (de certificación ocupacional), incluso en el diseño de los instrumentos de medición de las calificaciones y en el proceso de administración y evaluación de las pruebas ocupacionales” (Conclusión, Grupo I, numeral 7).

³⁷ Alsina, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1941, t. II, p. 187.

³⁸ Sobre este particular, más extensamente en *La institucionalización de la certificación ocupacional y la promoción de los trabajadores* [Cinterfor], Montevideo, 1980, especialmente pp. 28 y ss.

estabilidad y el derecho a la capacitación, toda vez que se perciba el derecho a la estabilidad en sentido dinámico, como ha sabido mostrarlo el maestro De la Cueva. En efecto, si la posesión de una capacitación ocupacional en constante superación, es condición para la efectividad de sucesivos ascensos, el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades de promoción, no podrá actualizarse si no se instrumentan medios para la concreción del derecho a la educación (proclamado por la Declaración Universal, artículo 26.1), en términos de derecho a la formación profesional.³⁹ Tal concreción en lo que dice a personas que ya tienen absorbida, por sus respectivos empleos, la totalidad de su tiempo útil para una capacitación sistemática, únicamente puede lograrse plenamente, mediante fórmulas que destinen a la capacitación parte del tiempo ordinario de la actividad laboral o lo franqueen con este propósito. Según el maestro De la Cueva, la imposición inevitable de nuevas obligaciones al empleador, que el reconocimiento de un derecho concreto a la capacitación implica, se justifica además, por su condición de directo beneficiario de ella.⁴⁰

17. La concreción del derecho a la capacitación, por medio de normas apropiadas, es un logro reciente y cabe a ese respecto destacar, una vez más, el carácter pionero de la legislación mexicana, bajo la inspiración de De la

³⁹ Sobre estas cuestiones se trata más extensamente en el informe al *Coloquio Internacional sobre la interacción entre el Estado y las organizaciones de empleadores y de trabajadores en el campo de la formación profesional*, que se reunió en Turin del 19 al 30 de noviembre de 1979, bajo los auspicios de la OIT, el Centro internacional de perfeccionamiento profesional y técnico de Turin y el Cinterfor (*El tripartismo y la formación profesional en América Latina* [Cinterfor], Montevideo, 1979, especialmente capítulos I y II).

⁴⁰ *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, cit., t. I, pp. 122 y 398. El mismo De la Cueva subraya, como un fundamento más del deber de capacitación, el principio de la *responsabilidad objetiva del riesgo de la empresa* (p. 398), que representa el *primado de los valores humanos sobre los valores materiales de la economía* (p. 120). Por lo demás, conforme con la idea de la justicia social, si "la sociedad... tiene el derecho de esperar, de cada persona un trabajo útil y honesto... el hombre que entrega a la comunidad la totalidad de su patrimonio, que es su energía de trabajo, posee a su vez el derecho de esperar que la sociedad y concretamente su estructura económica, le asegure una existencia decorosa, la cual... sólo puede darse si sus condiciones de existencia le permiten desarrollar en toda su plenitud sus facultades físicas y espirituales" (op. cit., p. 121).

Cueva, aunque en la primera formulación de la fracción xv del artículo 132 de la LFT nueva, la obligación patronal de capacitar se hubiera casi desvanecido y haya habido que esperar a la reforma de 1978, para que alcanzara su dimensión actual.⁴¹

Pero la idea de un *derecho a la formación*, en estrecha conexión con el derecho a la promoción individual, ha recorrido ya un importante camino hacia su materialización en varios países, subrayándose, “en particular, que las posibilidades de promoción y las perspectivas de carrera profesional constituye actualmente, un elemento indispensable para la revalorización del trabajo manual”.⁴²

En esa dirección, el Convenio Internacional sobre *Licencia pagada de estudios*, núm. 140, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 59a. Reunión, en 1974, si bien no consagra el derecho a la licencia pagada de estudios con la nitidez a que se había llegado en la 58a. Reunión, compromete a la adopción de medidas para fomentar “la concesión de licencia pagada de estudios con fines de formación profesional a todos los niveles, de educación general, social o cívica y de educación sindical”.⁴³

Entre los grandes países industrializados, es significativa la evolución de la legislación francesa que, a impulsos de los interlocutores sociales, ha dado su nueva conformación al Libro IX del Código del Trabajo, donde ha quedado consignado que “La formación profesional permanente constituye una obligación nacional” (artículo L.900-1) y se ha instrumentado el derecho de los trabajadores asalaria-

⁴¹ De la Cueva destaca, en *El nuevo derecho...* el apartamiento de la fórmula enviada originalmente al Congreso federal, así como la “nulificación” del valor de la obligación del empleador, que fue su resultado (*op. cit.*, pp. 399-400).

⁴² Como lo hace el gobierno francés, en la *exposición de motivos* que acompañó el proyecto de ley por el que se modificó y se dio su forma actual al Libro IX del Código del Trabajo de ese país (Ley núm. 78-754 de 17 de julio de 1978, *Diario Oficial* núm. 166 del 18.VII.1978).

⁴³ El texto del Convenio 140 —que en América Latina cuenta ya con las ratificaciones de México y Cuba—, puede consultarse en el *Boletín Oficial* de la OIT, vol. LVII, 1974, núm. 1. Un resumen de su contenido, comparado con las conclusiones adoptadas en la 58a. Reunión de la Conferencia, consta en un informe que se publicó en el núm. 4 del vol. 90 de la *Revista Internacional del Trabajo* (oct., 1974), pp. 316-318.

dos, a todo lo largo de su vida profesional, a la "licencia de formación" con vistas a la "promoción individual" (art. L.930-1), así como la forma en que los empleadores deben concurrir al desenvolvimiento de la formación profesional continua, participando en el financiamiento de acciones de formación (art. L.950-1 y ss.), etcétera.⁴⁴

18. Si se retorna ahora a la cuestión del derecho al ascenso, para hacer funcionar simultáneamente los dos factores admitidos para su regulación, esto es la antigüedad y la capacidad, se advierte de inmediato que, aunque ambos no sean necesariamente contradictorios, pueden y de hecho entran muy a menudo en conflicto. En su forma más sencilla y extremada, el conflicto puede darse cuando el trabajador más antiguo carezca de la capacidad requerida para el puesto superior y cuando el trabajador con mayor capacidad, no sea el más antiguo.

Como quiera que sea, hay que convenir que, necesariamente, el manejo conjunto de dos factores diferentes, limita en grado variable los efectos de cada uno de ellos.

En una formulación sistemática pueden distinguirse tres tipos de situaciones, a saber:

a) Cuando ambos factores son tomados en consideración con idéntico peso; b) Cuando se privilegia la antigüedad, y c) Cuando se privilegia la capacidad.

En las situaciones del tipo a), la capacidad juega como un límite del derecho a la promoción por antigüedad o,

⁴⁴ El texto actual del Libro IX del Código del Trabajo francés, resulta de la ley núm. 71-575 del 16.VII.1971, con las rectificaciones introducidas por la ley núm. 76-656 del 16.VII.1976 y la ley citada *supra* de la nota 42. Importa señalar que los asalariados, además del derecho a la licencia de formación —que es independiente de las acciones de formación cumplidas por los empleadores—, tienen otros derechos y concretamente a la licencia de examen (para preparar o presentarse a ciertos exámenes); a licencia especial para jóvenes (que permiten seguir o completar una formación); a licencia de educación obrera (para cursar una formación de carácter sindical); etc. Una amplia información sobre estas cuestiones, puede obtenerse consultando las publicaciones del *Centre pour le développement de l'information sur la formation permanente* (Centre INFFO) especialmente la revista *Actualité de la formation permanente* y otras de origen sindical u oficial como, por ejemplo, de la CFDT los volúmenes titulados: *La formation continue*, París, 1978, (160 pp.) y *Partir en formation continue*, Clamecy, 1978 (48 pp.).

eventualmente, como un factor de definición entre dos o más trabajadores con igual antigüedad. También se le daría el mismo peso a los factores, si un 50% de las vacantes se proveen en función de la mayor antigüedad y el otro 50% en función de la mayor capacidad.

En las situaciones del tipo b), sólo cabe la introducción de la capacidad, para definir los casos de igual antigüedad y, más restringidamente que en la situación a), la falta absoluta de capacidad, puede obstar al ascenso del trabajador más antiguo del grado inferior.

En las situaciones del tipo c), la antigüedad define los casos de igual capacidad, o la antigüedad —cuando no va aunada a la capacidad mayor, entre los aspirantes— tiene o da posibilidad de acceso a puestos superiores, en porcentajes reducidos. Un ejemplo de este último caso, son las disposiciones del servicio civil, en algunos países, que fijan un cupo limitado para el ascenso por antigüedad, liberando las demás, a la puja por concurso de pruebas.

19. No es fácil dirimir entre las diferentes opciones, pues todas ellas presentan ventajas e inconvenientes. Sin embargo, si se tiene presente, como fue destacado en la exposición de motivos de la nueva LFT, que el tiempo de servicios es un valor, que merece reconocimiento y protección, ninguna fórmula que en definitiva lo reduzca a la mínima expresión puede lograr plena aprobación, como tampoco, las que, en el extremo contrario, postulen lo que ha dado en llamarse el *escalafón ciego*.⁴⁵

En todo caso, las legítimas aspiraciones de quienes se esfuerzan por alcanzar constantemente niveles más elevados de calificación, no deberían pasar por sobre las expectativas de trabajadores más antiguos, que reúnen las condiciones de capacidad exigidas para el desempeño normal del puesto superior, puesto que —según se ha señalado antes— a esa capacidad normal es a la que hay que prestar atención, cuando se trata de definir la asignación de tales puestos.

⁴⁵ Vid. el párrafo transcrito en *El nuevo derecho...*, cit., t. 1, pp. 426-427.

Mas tales condiciones o requerimientos mínimos, tienen inevitablemente que funcionar como un límite a las posibilidades de ascenso o promoción real, el *escalafón ciego* sólo puede abrir posibilidades de *ascenso de clase*, meramente salariales.⁴⁶

Aun sin tomar literalmente la expresión del apartado c) del artículo 7o. del Pacto Internacional, que liga con una conjunción copulativa los factores tiempo de servicios y capacidad, es evidente que el derecho fundamental que se está definiendo, es un derecho a la promoción, y, en cuanto tal, se genera por la permanencia.

En suma, el manejo de la capacidad en calidad de límite, es normalmente la solución más acorde con la idea de carrera que subyace en todo este asunto.

20. Una primera corrección a este criterio general, resulta de las situaciones en que el puesto inmediato superior esté requiriendo la posesión de una capacidad especial, sancionada por una certificación habilitante, por razones de interés general, de seguridad industrial o similares. Pero este asunto, al que se aludió al pasar en párrafos precedentes, sólo supone una modificación radical del criterio, cuando se trata de habilitaciones que no pueden ser alcanzadas más que por quienes realizan prolongados estudios, como son las que requieren títulos universitarios.

Una segunda corrección, se plantea respecto de los llamados *puestos de confianza*, en que puede entenderse legítima la resistencia del empleador a aceptar el funcionamiento de los mecanismos de promoción normal. Sin embargo, como en toda la materia relativa a los trabajadores de confianza, es fundamental la delimitación de la figura a efectos del ascenso, porque, de lo contrario, el derecho reconocido a los trabajadores podría volverse ilusorio o quedaría restringido a los niveles más bajos de la pirámide.⁴⁷

⁴⁶ Vid. *Supra*, numeral 8.

⁴⁷ Como señala J. Montenegro Baca, en relación con el problema de la exclusión del derecho a la estabilidad. ("Exclusiones de los empleados de confianza del amparo de la estabilidad en el empleo", en *Rev. de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Trujillo, año vi, núm. 13, 1973.)

La fijación de límites al derecho de ascenso en función de la calidad de los puestos, deberá tener su punto de partida en previsiones legales, pero necesariamente tendrá que ser desarrollada por la negociación colectiva, a nivel de ramas de actividad o aun en relación con cada empresa, de modo que la excepción sólo alcance la dimensión que razonablemente puede tener.

En cuanto a las cuestiones que se relacionen con la pluralidad de líneas de ascenso, en función de grandes grupos (personal administrativo, técnico, obrero, etcétera), o de diferenciación por lugar o sección, se les aplica lo que acaba de especificarse para los puestos de confianza, teniendo presente los extremos señalados oportunamente.⁴⁸ O sea, que si, en principio, es razonable que puedan crearse carriles separados para el ascenso en los diferentes grupos de actividad dentro de una empresa o establecimiento, debería siempre garantizarse la posibilidad de acceso a carriles diferentes, que den nuevas posibilidades de promoción, no sólo formalmente, sino además, por la puesta a disposición de los interesados de los medios para adquirir o completar la formación requerida para ello.⁴⁹

III

21. A lo largo del presente artículo, se ha pretendido subrayar la significación de las nuevas dimensiones de la estabilidad, reveladas por De la Cueva, que tienen que ver con su concepción dinámica y con los derechos que genera.

Al recorrer este camino, se ha visto cómo la idea de estabilidad, se vuelve cada vez más importante y necesaria para entender las relaciones laborales y cómo el derecho a la estabilidad —que ya tiene una primera justificación para ingresar a la categoría de los derechos humanos fundamentales, como realización del derecho al trabajo—

⁴⁸ *Vid. Supra*, numerales 10 y 11.

⁴⁹ Como lo señala el punto 15.2 de la Recomendación 150.

resulta reforzado por su integración en el también fundamental derecho a la promoción.

Pudieron verse también, las dificultades prácticas que se presentan al tratar de hacer efectivo el principio del derecho a la igualdad de oportunidades de promoción y cómo surge naturalmente la necesidad de reconocer un derecho formal a la certificación ocupacional y un derecho material a la formación profesional, con vistas a la adquisición de siempre superiores o más completas calificaciones.

22. Los conceptos antigüedad y capacidad, se vieron aparecer y entrar en conflicto, como factores definitorios de las expectativas de promoción y hubo de que el tiempo de servicios, tiene que seguir contando como un componente fundamental, para que pueda hablarse de derecho a la promoción, en la forma en que fue definido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que funciona como fuente de conocimiento de los derechos fundamentales reconocidos por la conciencia jurídica universal.

Ello no significa, en el plano individual, desestimular los esfuerzos de superación, sino más bien prevenir ascensos vertiginosos, y no siempre justificados, al tiempo que se respetan las justas expectativas de los trabajadores que llevan más tiempo consagrado al servicio del empleador. Por otra parte, si se reglamenta el derecho a la capacitación de manera apropiada, los trabajadores deben contar con los medios para completar sus expectativas de carrera, con la obtención de las correspondientes calificaciones.⁵⁰ Desde luego, se trata de un derecho y como el de estabilidad, no puede contener imposiciones al trabajador, o

⁵⁰ En ese sentido, la nueva LFT creó bajo la inspiración del maestro De la Cueva una fórmula ingeniosa por la que el empleador se ve incitado a cumplir, de la manera más eficaz, su obligación de proporcionar capacitación, puesto que no solamente el criterio de capacidad sólo funciona cuando se ha cumplido con tal obligación, sino que al mantenerse el derecho a la promoción de los que reúnen la mayor antigüedad y los requerimientos normales de aptitud, el empleador debe tener interés en que todos los trabajadores se capaciten lo mejor posible.

sea, que el trabajador que no quiere aceptar un ascenso, no podría verse forzado a hacerlo, ni sancionado por esa causa.

En el plano social, es bien sabido que las promociones sin respetar las líneas de ascenso y las antigüedades, perjudican las relaciones entre los trabajadores afectados y comprometen el buen funcionamiento de los equipos de trabajo.

En el plano económico, las ventajas que pueden alcanzarse o se esperan, del mayor dinamismo de las promociones fundadas exclusivamente en criterios de superior capacidad, pueden contrabalancearse o anularse, por los efectos corrosivos de tal sistema sobre la moral individual y la del conjunto de los trabajadores. En último caso, está en juego la efectividad de un derecho fundamental y, como dice sabiamente el maestro De la Cueva: "la misión del derecho del trabajo no es el servicio al derecho económico, sino inversamente, es éste el que debe ponerse al servicio de la más amplia realización de los fines de aquél".⁵¹

⁵¹ *El nuevo derecho mexicano del trabajo, cit., t. I, p. XXXIV.*