

La influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en la legislación social española

Joaquín García Murcia-Dirección



Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES
DE LA OIT EN LA LEGISLACIÓN SOCIAL ESPAÑOLA

**COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO
Y SEGURIDAD SOCIAL**

Director de la colección
Antonio V. Sempere Navarro

LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA OIT EN LA LEGISLACIÓN SOCIAL ESPAÑOLA

Director de la obra

Joaquín García Murcia

Autores que intervienen en esta obra

Raquel Aguilera Izquierdo	Diego Álvarez Alonso
Henar Álvarez Cuesta	Rafael Álvarez Gimeno
Macarena Ángel Quiroga	Marialaura Birgillito
María Antonia Castro Argüelles	Ángeles Ceinos Suárez
Juan Escribano Gutiérrez	José Antonio Fernández Avilés
Óscar Fernández Márquez	Olga Fotinopoulou Basurko
Joaquín García Murcia	Juan Carlos García Quiñones
Alba García Torres	Ignacio González del Rey Rodríguez
José María González del Río	Horacio Guido
Beatriz Gutiérrez-Solar Calvo	Ana Matorras Díaz-Caneja
Eva María Menéndez Sebastián	Paz Menéndez Sebastián
María Nieves Moreno Vida	Federico Navarro Nieto
Sira Pérez Agulla	Daniel Pérez del Prado
Raquel Yolanda Quintanilla Navarro	Iván Antonio Rodríguez Cardo
Mariola Serrano Argüeso	María José Serrano García
Francisco Javier Torollo González	María Luz Vega Ruíz
Humberto Villasmil Prieto	

LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA OIT EN LA LEGISLACIÓN SOCIAL ESPAÑOLA

21

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2024

Primera edición en esta colección: enero de 2024

La presente obra ha sido programada y realizada en el marco de los proyectos de investigación agrupados PID2020-118499GB-C31, C32 y C33



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

- © De los contenidos, sus autores
- © Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO BOE:

(Papel): 144-24-010-6

(PDF): 144-24-011-1

(ePUB): 144-24-012-7

ISBN: 978-84-340-2957-6

Depósito legal: M-1916-2024

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
PRESENTACIÓN E INTRODUCCIÓN. <i>Joaquín García Murcia</i>	11
TRABAJO FORZOSO. <i>José María González del Río</i>	59
TRABAJO INFANTIL. <i>Raquel Yolanda Quintanilla Navarro</i>	83
TRANSICIÓN A LA ECONOMÍA FORMAL. <i>Daniel Pérez del Prado</i> ...	103
POLÍTICA DE EMPLEO. <i>Federico Navarro Nieto</i>	135
AGENCIAS DE EMPLEO. <i>Juan Carlos García Quiñones</i>	157
FORMACIÓN PROFESIONAL. <i>Mariola Serrano Argüeso</i>	217
RELACIÓN DE TRABAJO: LA IDENTIFICACIÓN Y NOMINACIÓN DEL TRABAJO ASALARIADO COMO VÍA SINGULAR DE PROTECCIÓN LABORAL A TRAVÉS DE LOS INSTRUMENTOS DE LA OIT. <i>Óscar Fernández Márquez</i>	247
TRABAJO A DOMICILIO. <i>María Antonia Castro Argüelles</i>	281
TRABAJADORES DOMÉSTICOS. <i>Sira Pérez Agulla</i>	315
VIOLENCIA Y ACOSO EN EL MUNDO DEL TRABAJO. <i>Macarena Ángel Quiroga</i>	371
SALARIOS MÍNIMOS. <i>José Antonio Fernández Avilés</i>	399
LA PROTECCIÓN DEL SALARIO. <i>Ángeles Ceinos Suárez</i>	435
LA LICENCIA PAGADA DE ESTUDIOS. <i>María José Serrano García</i> ...	479
CLÁUSULAS DE TRABAJO EN CONTRATAS PÚBLICAS. <i>Marialaura Birgillito</i>	505
TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO. <i>Rafael Álvarez Gimeno</i>	531

	Páginas
LIBERTAD SINDICAL. <i>Henar Álvarez Cuesta</i>	553
LOS INSTRUMENTOS DE LA OIT SOBRE REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA Y SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA ESPAÑOL. <i>Diego Álvarez Alonso</i>	587
LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS Y LAS RECOMENDACIONES DE LA OIT EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA. <i>Juan Escribano Gutiérrez</i>	629
SOLUCIÓN VOLUNTARIA DE CONFLICTOS LABORALES EN LOS INSTRUMENTOS DE LA OIT Y EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RELACIONES LABORALES. <i>Francisco Javier Torollo González</i> ...	657
LA OIT Y LAS RELACIONES DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UNA RELECTURA EN CLAVE CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS COLECTIVOS. <i>Alba García Torres</i>	703
TRABAJO ASOCIADO EN COOPERATIVAS. <i>Ignacio González Del Rey Rodríguez</i>	721
EL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO EN LA NORMATIVA DE LA OIT. POSIBLES INFLUENCIAS EN LA CONSTRUCCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL NACIONAL. <i>Paz Menéndez Sebastián</i>	745
EL IMPACTO DE LA OIT EN LA FORMACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA. <i>Iván Antonio Rodríguez Cardo</i>	781
PROTECCIÓN DE MATERNIDAD. <i>Raquel Aguilera Izquierdo</i>	811
LA OIT Y LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR AGROPE- CUARIO. <i>Ana Matorras Díaz-Caneja</i>	837
EL TRABAJO MARÍTIMO EN LOS CONVENIOS Y LAS RECOMEN- DACIONES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y SU IMPACTO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL ESPAÑOLA. <i>Olga Fotinopoulou Basurko</i>	877
CONSULTA A LOS AGENTES SOCIALES: LA CONCERTACIÓN TRI- PARTITA Y EL DIÁLOGO SOCIAL COMO MEDIO DE GOBER- NANZA PARA EL PROGRESO ECONÓMICO Y SOCIAL. <i>María Nieves Moreno Vida</i>	899
NEW PUBLIC GOVERNANCE Y OIT: EL DIÁLOGO SOCIAL. <i>Eva María Menéndez Sebastián</i>	939
LA REGULACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN ESPAÑA Y LA INFLUENCIA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. <i>María Luz Vega Ruiz, Horacio Guido</i>	969

	Páginas
TRABAJADORES MIGRANTES. <i>Beatriz Gutiérrez-Solar Calvo</i>	989
UNA PERSPECTIVA DE CONTRASTE: EL CONVENIO OIT NÚMERO 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS, ANTECEDENTES Y SIGNIFICACIÓN. <i>Humberto Villasmil Prieto</i>	1017

PRESENTACIÓN E INTRODUCCIÓN

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Instituto de Derecho Comparado
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. *Unas primeras palabras de presentación y gratitud.*–2. *Justificación y acotación funcional del estudio.*–3. *Bases constitucionales y líneas de acción de la Organización Internacional del Trabajo.*–4. *Las declaraciones de la OIT como instrumento de promoción de sus estándares de regulación.*–5. *El sistema normativo de la Organización Internacional del Trabajo: composición y funciones.*–6. *Los convenios internacionales de la OIT.*–7. *Las recomendaciones de la OIT.*–8. *El sistema normativo de la OIT en relación con los sistemas nacionales.*–9. *Las normas de la OIT en el sistema normativo internacional.*–10. *La relación de la Organización Internacional del Trabajo con la Unión Europea.*–11. *España y la Organización Internacional del Trabajo.*

1. UNAS PRIMERAS PALABRAS DE PRESENTACIÓN Y GRATITUD

La obra colectiva que aquí se presenta ha sido programada y realizada en el marco de los proyectos de investigación agrupados PID2020-118499GB-C31, C32 y C33, dedicados con carácter global al estudio de «Las transformaciones de la legislación laboral contemporánea y el nuevo estatuto del trabajo», y focalizados de modo más específico –a través de los correspondientes subproyectos– en el análisis de tres de las grandes tendencias de la ordenación

legal de las relaciones de trabajo en los tiempos que nos ha tocado vivir. El primero de esos bloques temáticos se concentra en «El influjo de la Unión Europea y del entorno internacional» en el devenir contemporáneo de nuestra legislación social. El segundo tiene por objeto reflexionar sobre «El impacto de los cambios tecnológicos, económicos y sociales» en la configuración del ordenamiento laboral de nuestros días. Y el tercero, finalmente, ha sido diseñado para abordar «La expansión del Derecho del Trabajo hacia zonas emergentes y de frontera», ya sea en el ámbito privado (como sucede con las renovadas manifestaciones del trabajo autónomo, del trabajo en el tercer sector o en la economía social o del trabajo en los negocios familiares), ya sea en el contexto del empleo público (tanto en el de régimen laboral como en el funcionarial).

Como era de rigor, en la serie de estudios que ahora se ofrecen al lector han participado miembros de los proyectos de investigación anteriormente mencionados, pero también hemos querido abrir espacios para la intervención de investigadores invitados, que en muchos casos dirigen un proyecto de investigación propio o forman parte de proyectos distintos de los que aquí actúan como soporte más directo. Por ello, y para nuestra fortuna, la presente publicación no es sólo una labor de nuestro particular equipo investigador, sino también, felizmente, el resultado de la conjunción de esfuerzos de personas de diversa procedencia académica y de la colaboración de diferentes iniciativas académicas. Hemos tenido asimismo la suerte de poder contar con personas procedentes de instancias externas a la universidad y profesionalmente conectadas al núcleo de nuestras exploraciones, esto es, a la actividad normativa y asistencial desplegada por la Organización Internacional del Trabajo. Tal es el caso de María Luz Vega, Horacio Guido y Humberto Villasmil. Los dos primeros, desde suelo europeo, nos hablan de una institución tan señera para España y tan querida para la propia OIT como la inspección de trabajo, cada vez más difundida a lo largo y ancho del planeta justamente por el inveterado impulso de esa instancia internacional. El tercero nos va a presentar, desde nuestra fraternal tierra iberoamericana, los mimbres principales del Convenio 169 de dicha Organización, nacido concretamente para hacerse cargo de manera específica de los «pueblos indígenas». Si la primera de esas aportaciones especiales entronca directamente con una de nuestras mejores tradiciones en el ámbito de la legislación social, la segunda cumple el singular papel de poner cierre formal a nuestro recorrido y de abrirnos los ojos, al mismo tiempo, hacia horizontes de otras culturas. Nuestro más sincero reconocimiento y nuestra mayor gratitud para estos prestigiosos profesionales y, naturalmente, para todos quienes tan amablemente han participado en esta publicación.

2. JUSTIFICACIÓN Y ACOTACIÓN FUNCIONAL DEL ESTUDIO

No hace falta decir que, al igual que en sus etapas de emergencia y de formación, la regulación del trabajo asalariado sigue condicionada en la actualidad por factores de índole diversa, principalmente de carácter económico, social y político, pero sin olvidar su habitual dependencia del progreso técnico y científico y sin descuidar su inevitable recepción de las corrientes ideológicas dominantes. No es fácil, obviamente, calibrar el peso relativo que esas distintas variables han tenido en la configuración del ordenamiento laboral de nuestro tiempo, aunque ninguna de ellas ha dejado de tener presencia en su evolución durante las últimas décadas. En todo caso, desde que empezaron a disiparse los efectos más duros de la inesperada crisis financiera del año 2008 cabe hablar de un cierto cambio de tendencia respecto de la trayectoria precedente. Si hasta esos momentos el Derecho del Trabajo parecía guiarse sobre todo por las vicisitudes del sistema económico y productivo, afrontadas con más o menos éxito a través de los conocidos procesos de «reforma laboral»¹, desde hace un par de lustros las normas laborales parecen marcadas más bien por circunstancias un poco más distantes de lo puramente económico. Algunas de ellas revisitan una clara dimensión social, como ocurre con todas aquellas que tienen su raíz en el creciente protagonismo de la mujer en los distintos órdenes de la vida y que han logrado remover muchas de las instituciones clásicas de la legislación social. Otras, como era de esperar, están ligadas de forma muy estrecha a los imparable y cada vez más sorprendentes avances de la tecnología digital, que domina ya buena parte de nuestra existencia y condiciona cada vez más la dinámica de la relación de trabajo. Y otras, en fin, vienen provocadas en última instancia por una especie de regreso de las ideologías en la organización y gobierno de las sociedades occidentales, con sus inevitables secuelas de voluntarismo legislativo y de confianza ciega en el determinismo político.

Ahora bien, nunca deben dejarse a un lado las muchas deudas de la legislación social con el marco institucional y normativo en el que en cada momento ha debido desenvolverse. Muestra relativamente cercana de esa particular fuente de influencia fue para nosotros el proceso de adaptación del ordenamiento laboral a la Constitución de 1978. Otro ejemplo significativo de esa clase de influjos pudimos vivirlo a partir de la incorporación de España a las Comunidades Europeas y de la progresiva traslación de sus directrices a nuestra legislación interna. Cabría decir sin temor a equivocarnos que la Constitu-

¹ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, *Derecho del Trabajo y mercado de trabajo*, Tecnos, Madrid, especialmente, pp. 185 ss.

ción de 1978 y el denominado «derecho social comunitario» han sido, en efecto, los pilares más robustos en la construcción (o reconstrucción) de nuestro vigente Derecho del Trabajo. Pero debemos contar inexcusablemente con un tercer foco de inspiración y promoción de la legislación social española, tanto en sus primeras fases como en muchos de sus tramos de evolución. Es sin duda alguna el foco más antiguo en el alumbramiento de nuestras normas laborales, y probablemente haya sido, visto con una mínima perspectiva histórica, el foco de acción más perseverante en la conducción de los correspondientes procesos legislativos. Se trata, naturalmente, de la labor de guía desempeñada desde su creación por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a la que España decidió ligarse desde aquel ya lejano año de 1919 en que fue creada, al margen de que puedan registrarse muchas vicisitudes, de signo variado, en esa larguísima trayectoria².

Hay que reconocer que, una vez que prácticamente se ha cumplimentado la monumental tarea de acomodación al texto constitucional de 1978, el principal motor institucional de nuestro actual sistema jurídico-laboral tiene mucho que ver con los mandatos jurídicos procedentes de la que desde hace cerca de cuatro décadas decidió nombrarse como Unión Europea. Pero la OIT nunca ha dejado de estar en el trasfondo de nuestra legislación social, sin perjuicio del explicable paréntesis vivido durante la primera fase del régimen franquista. Bastante clara fue la influencia de esa organización internacional en las primeras normas españolas sobre determinadas condiciones de trabajo (como la jornada laboral), y de mucha trascendencia fue su papel en la recuperación de la libertad sindical y otros derechos laborales colectivos durante el periodo de nuestra transición política. Es verdad que en apariencia no fue tan intenso el acompañamiento de la OIT en el tramo final del siglo xx y en los primeros pasos de la presente centuria, probablemente por la madurez alcanzada por nuestro sistema nacional, por nuestra mayor querencia hacia la Unión Europea y, en la medida correspondiente, porque durante dicho periodo las iniciativas y acciones de dicha instancia internacional, diseñadas en sus primeras fases para los países industrializados³, quisieron llegar sobre todo a los territorios menos desarrollados de nuestro planeta, como pudo dar a entender la declaración de derechos fundamentales de 1998. Sin embargo, da la impresión de que la celebración de su primer centenario en el año 2019 ha servido para que la OIT

² Recordemos que la Ley de 14 de agosto de 1919 (*Gac.* 16 de agosto) autorizó al Gobierno «a dar su adhesión al pacto de Sociedad de las Naciones, inserto en el Tratado de Versalles... y a aceptar asimismo las estipulaciones de la parte decimotercera de dicho Tratado relativas a la Organización del Trabajo».

³ *Vid.* VV. AA. (dir. L. MECHI y A. SITZIA), *Cento anni nell'Organizzazione Internazionale del Lavoro*, Cedam, Milano, 2023, pp. 3 ss.

recobre buena parte de sus bríos originales y aspire de nuevo a su papel protagonista en el acondicionamiento social de los mercados de trabajo a escala mundial, seguramente por la necesidad que sienten los Estados de un nuevo tipo de asesoramiento, con perspectiva global, en sus renovadas estrategias de combate contra la explotación laboral y de preservación de unas condiciones de trabajo dignas en el contexto del comercio internacional. Sea como fuere, lo cierto es que la OIT parece haber logrado de nuevo su genuina condición de faro en las tareas de diagnóstico y tratamiento de los problemas del trabajo.

Signos de ese renacimiento se han podido percibir cuando menos en nuestro país, con la ratificación en los años recientes no sólo de los nuevos convenios de la OIT, sino también de convenios «aparcados» durante bastante tiempo por una u otra razón. En cualquier caso, la influencia de dicha Organización en la legislación laboral española no es asunto exclusivo de nuestros días. Como ya hemos dicho, viene de muy atrás, prácticamente de las mismas fechas de creación de esa instancia supranacional. Aunque sea con distinta graduación o intensidad, es fácil en efecto reconocer el rastro de la OIT en multitud de parcelas de nuestra legislación social. Máxime si se conjugan dos datos aparentemente estadísticos pero con una evidente carga de fondo: de un lado, que España figura entre los países con mayor número de adhesiones a los instrumentos normativos de dicha Organización; de otro, que son muy escasos los aspectos de las relaciones de trabajo o de la protección social ausentes en esa suerte de «código internacional del trabajo». La presencia de la OIT en nuestro sistema es en definitiva muy notable, lo cual, aunque no constituya ningún descubrimiento para el laboralista, no deja de ser un buen motivo para poner en marcha una investigación monográfica sobre el alcance y las principales manifestaciones de ese canal de influencia. Ese es justamente nuestro empeño, a sabiendas de su envergadura y de sus dificultades, entre otras razones por la amplitud y variedad del material de referencia. La selección, de nuevo, resulta inevitable. No ya por la magnitud de la producción normativa de la OIT y la extraordinaria complejidad de la legislación social de nuestro tiempo, sino también por motivos de carácter estructural y metodológico.

Hay que tener en cuenta, por decirlo de manera más clara, que la configuración actual del Derecho del Trabajo español depende en mayor medida de la Unión Europea que de la OIT, como anteriormente tuvimos ocasión de advertir. Es verdad que en muchos de los espacios de juego ocupados hoy en día por el derecho social comunitario (jornada de trabajo, vacaciones, prevención de riesgos laborales, igualdad y no discriminación, conciliación entre vida laboral y familiar, incluso despido colectivo), las normas de la Unión Europea se han inspirado en último término en los instrumentos paralelos de aquella otra fuen-

te supranacional, dato que, dicho sea de paso, no siempre se resalta como sería debido. Pero se trata, de todos modos, de bloques de nuestro ordenamiento jurídico en los que la eventual influencia de la OIT en nuestras normas laborales se encuentra, si se nos permite la expresión, mediatizada por la normativa de la UE, que es la que de forma más directa e inmediata se nos impone y la que, en buena lógica, debería ser atendida en primer término por el investigador. Pese a todo, la exclusión del radio de acción de nuestro estudio de aquellas normas de la OIT que tienen algún reflejo paralelo en el derecho de la Unión Europea no puede ser tajante ni absoluta, por unos u otros motivos. Por decirlo de otro modo: en una obra de estas características, determinados convenios de la OIT merecen en todo caso nuestra consideración, por su destacado peso en nuestro sistema. Nos ha parecido que ocurre así, concretamente, con los referidos a salarios mínimos y al trabajo a domicilio, que cuentan ya con regulación paralela dentro del acervo comunitario pero que mantienen indudablemente su original ascendencia en sus respectivos dominios.

Como parece lógico, para nuestro estudio se han barajado principalmente los instrumentos normativos de la OIT con forma de convenio, pero no se ha querido prescindir por completo de las recomendaciones, que en algunas parcelas de la ordenación legal del mercado de trabajo y del sistema de relaciones laborales (solución de conflictos laborales, trabajo en cooperativas, formación, incluso definición de la relación de trabajo) constituyen por cierto la única fuente de referencia dentro del sistema normativo de esa Organización internacional, sin perjuicio de que los textos con forma de recomendación, pese a su «independencia» formal, mantengan habitualmente alguna conexión con la regulación «convencional» procedente de la propia OIT. También se ha querido valorar la relevancia que, desde la perspectiva metodológica elegida (esto es, desde sus mayores o menores reflejos dentro de nuestro ordenamiento jurídico), pueden tener otras diversas manifestaciones de la labor promocional y orientadora de la OIT. Es el caso, por poner un primer ejemplo, de las «declaraciones» que progresivamente ha ido aprobando la Conferencia General de dicha Organización, entre ellas la que, en el año 1944, sirvió para renovar su texto constitucional. También es el caso de los informes de situación o de diagnóstico que lleva a cabo periódicamente la OIT en el ámbito de la ocupación y el empleo, de las memorias que elabora acerca del grado de cumplimiento por parte de los Estados miembros de las exigencias impuestas por esa instancia internacional, y de las decisiones de los órganos encargados específicamente de resolver quejas o reclamaciones, entre los que el comité de libertad sindical, pese a no ser de los más antiguos, siempre ha ocupado un lugar estelar.

3. BASES CONSTITUCIONALES Y LÍNEAS DE ACCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Aunque las iniciativas encaminadas a la creación de una organización internacional especializada en el mundo del trabajo hunden sus raíces en el siglo XIX, la Organización Internacional del Trabajo vino impulsada de manera más inmediata por las conversaciones que en búsqueda de una paz duradera pusieron fin a la primera Guerra Mundial, probablemente alentadas en este campo por las presiones que en tal contexto venían ejerciendo las organizaciones obreras ante la comunidad internacional con vistas a una mayor atención a los problemas sociales⁴. Con base directa en la Parte XIII del Tratado de Versalles, en la que las potencias negociadoras fijaron unos estándares mínimos para las condiciones de trabajo⁵, la Organización Internacional del Trabajo cobró cuerpo efectivamente cuando con fecha de 28 de junio de 1919 fue aprobada su Constitución, posteriormente reformada en numerosas ocasiones y, en particular, con ocasión de la Declaración de Filadelfia de 1944⁶, que por lo demás supuso la apertura de nuevos horizontes para la Organización. Según el propio preámbulo de su texto fundacional, la OIT fue alumbrada para contribuir a la «paz universal» y a la mejor consecución de la justicia social, y, más expresivamente, para remediar el grado de «injusticia, miseria y privaciones» que habían generado «para gran número de seres humanos» las penosas condiciones de trabajo que con tanta frecuencia tuvieron que sufrir⁷. Nació, pues, con una evidente vocación social, aunque sin dar la espalda por completo a los requerimientos de la actividad económica y a las condiciones de desenvolvimiento de

⁴ Vid. N. VALTICOS, *Derecho Internacional del Trabajo*, Tecnos, 1977, pp. 34 ss.

⁵ T. USHAKOVA, «La OIT como una organización dinámica en el sistema de derecho internacional», VV. AA., *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante* (dir. y coord. J. L. GIL y GIL), Cinca, Madrid, 2017, pp. 65 ss.

⁶ Desde su aprobación en 1919, y hasta la fecha de esta publicación, el texto original de la Constitución de la OIT ha sido modificado por la enmienda de 1922, que entró en vigor el 4 de junio de 1934; por el Instrumento de enmienda de 1945, que entró en vigor el 26 de septiembre de 1946; por el Instrumento de enmienda de 1946, que entró en vigor el 20 de abril de 1948; por el Instrumento de enmienda de 1953, que entró en vigor el 20 de mayo de 1954; por el Instrumento de enmienda de 1962, que entró en vigor el 22 de mayo de 1963; por el Instrumento de enmienda de 1972, que entró en vigor el 1.º de noviembre de 1974, y por el Instrumento de enmienda de 1997, que entró en vigor el 8 de octubre de 2015.

⁷ Sobre todo, se decía literalmente, «en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas». Vid. J. L. GIL y GIL, «Justicia social y acción normativa de la OIT», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 4 (2015), pp. 2 ss.

las relaciones comerciales a escala internacional, por cuanto, al decir de sus redactores, «si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países»⁸. Los riesgos de competencia desleal, y los previsibles temores a un pernicioso desequilibrio en los costes laborales, estuvieron por lo tanto muy presentes en la construcción de la OIT, como una plasmación particular de las reacciones que suele despertar la intervención legislativa en los dominios de la economía. Se trataba, pues, de mejorar los niveles de regulación del trabajo asalariado y de expandir los derechos laborales, pero sin descuidar su impacto en el comercio mundial. Se estaba adivinando ya, como el lector comprenderá, la doble virtualidad de las denominadas «cláusulas sociales», por su función de garantía de unos derechos mínimos en el contexto de los sistemas nacionales y por su aptitud para conducir a una equiparación de costes y cargas a escala supranacional⁹.

Por razones fáciles de entender, la Constitución de la OIT actuó como palanca para la puesta en marcha de esa nueva organización internacional y, al mismo tiempo, como base jurídica de su estructura y su funcionamiento interno. Según ese pilar normativo, la OIT está configurada como «organización permanente» de carácter internacional que se gobierna a través de tres órganos principales. En primer término, una Conferencia General formada por cuatro representantes de cada uno de los Miembros, dos de los cuales deben ser delegados del gobierno y los otros dos representantes de los empleadores y los trabajadores del correspondiente país. En segundo lugar, un Consejo de Administración compuesto de cincuenta y seis personas en representación, con ese mismo esquema, de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores. Y, en tercer lugar, una Oficina Internacional (del Trabajo), con un Director General al frente de la misma, nombrado por el Consejo de Administración («del que recibirá instrucciones y ante el cual será responsable»), y con una plantilla propia de personal a su servicio cuyas funciones, como las del Director General, «serán exclusivamente de carácter internacional». Dejando a salvo, por sus evidentes peculiaridades, este tercer órgano de gobierno, la OIT se rige en su estructura por el conocido criterio del «tripartismo», que está en su misma composición genética y que, por cierto, ha sido objeto de progresiva expansión desde esa estructura internacional hacia las estructuras nacionales competentes en materia laboral y social. La participación de representantes de los go-

⁸ Vid. N. VALTICOS, *Derecho Internacional del Trabajo*, cit., pp.119 ss.

⁹ M. A. CORVAGLIA, *Public Procurement and Labour Rights. Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2017, pp. 65 ss.

biernos, de las organizaciones de empleadores y de las organizaciones de trabajadores es, en efecto, santo y seña de la OIT, pero también uno de los rasgos más característicos de la Administración consultiva en el campo de las relaciones laborales y la protección social.

Consejo de Administración y Oficina Internacional del Trabajo, con su Director al frente, son a la postre los órganos de gestión cotidiana de la OIT, bien es verdad que con competencias de alta dirección y supervisión por parte del primero y con funciones de mayor tono ejecutivo la segunda, a la que corresponden específicamente labores de «compilación y distribución de todas las informaciones concernientes a la reglamentación internacional de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y, en particular, el estudio de las cuestiones que hayan de someterse a la Conferencia con miras a la adopción de convenios internacionales así como la realización de encuestas especiales ordenadas por la Conferencia o por el Consejo de Administración». Por su parte, la Conferencia General es la instancia de gobierno supremo y de programación general de la OIT, y, particularmente, la que ejerce competencias normativas a partir de las correspondientes «proposiciones» de sus integrantes. La OIT también puede promover o convocar «conferencias regionales», y puede establecer «los organismos regionales que considere convenientes» para la consecución de sus fines y objetivos¹⁰.

Guiada siempre por sus objetivos de búsqueda de la justicia social y mejora de las condiciones de trabajo, la OIT despliega una labor de múltiples dimensiones. Cuando se aborda desde la perspectiva jurídica, es lógico que se resalte su función normativa y que se ponga énfasis en los mecanismos de supervisión y control para el cumplimiento de sus normas. Pero en su seno siempre se ha sentido una especie de dilema entre el uso de la «fuerza jurídica» para hacer efectivas sus acciones o el empleo, en cambio, de estrategias más bien políticas o diplomáticas para la promoción y consecución de los fines que le son propios¹¹. De ahí que desde el principio la actividad de la OIT haya ofrecido tradicionalmente dos grandes facetas. De un lado, la faceta normativa, prevista como era previsible en su texto constitucional y volcada a fin de cuentas tanto en la aprobación de normas relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de las personas que trabajan, como en la disposición de mecanismos apropiados para lograr la observancia de las mismas. De otro lado, la faceta asistencial o más directamente promocional, en la que sobresale la cooperación técnica con los Estados, la emisión de declaraciones o la realización de estudios

¹⁰ Vid. art. 38 de la Constitución de la OIT.

¹¹ Vid. N. VALTICOS, *Derecho Internacional del Trabajo*, cit., pp. 140 ss.

e informes en el campo que le es propio, muchas veces con el correspondiente diagnóstico de la situación y con propuesta de estrategias o medidas más concretas. En todo caso, dentro de ese esquema general podrían identificarse hasta cinco líneas de acción por parte de esa organización internacional, además de la labor de consulta y asistencia técnica que en todo caso proporciona a los Estados miembros y a las organizaciones de empleadores y trabajadores.

En primer lugar, podríamos hablar de la línea política o institucional, en la que se manifiesta sobre todo la condición de sujeto internacional que desde luego es predicable de la OIT, respaldado por su estatuto jurídico¹². Con base en ese estatus, la OIT puede relacionarse desde luego tanto con los Estados como con otras organizaciones internacionales, en el primer caso para prestarles su auxilio y cooperación a fines muy diversos¹³ (como el de reforma o mejora de la legislación laboral¹⁴), y en el segundo con fines eminentemente de colaboración, como expresamente dispone su Constitución. En términos generales, y según ese mismo texto, la OIT puede colaborar «con cualquier organización internacional de carácter general encargada de coordinar las actividades de las organizaciones de derecho internacional público que tengan funciones especializadas, y con las organizaciones de derecho internacional público que tengan funciones especializadas en esferas afines», y en tal sentido «podrá adoptar medidas apropiadas para que los representantes de las organizaciones de derecho internacional público participen, sin voto, en sus debates», así como «cuantas medidas estime necesarias para efectuar consultas, cuando lo considere conveniente, con las organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas, comprendidas las organizaciones internacionales de empleadores, de trabajadores, de agricultores y de cooperativistas». La colaboración en el plano de las relaciones internacionales puede entablarse naturalmente con Naciones Unidas, con la que la OIT puede celebrar «los acuerdos financieros y presupuestarios que considere apropiados»¹⁵, y en cu-

¹² Art. 39 de la Constitución de la OIT. Vid. T. USHAKOVA, «La OIT como una organización dinámica en el sistema de derecho internacional», VV. AA., *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante* (dir. y coord. J. L. GIL y GIL), Cinca, Madrid, 2017, pp. 59 ss.

¹³ Según el art. 11 de la Constitución de la OIT, «las dependencias gubernamentales de los Estados Miembros que se ocupen de cuestiones de trabajo podrán comunicarse directamente con el Director General por conducto del representante de su gobierno en el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, o, en su defecto, por conducto de cualquier otro funcionario debidamente calificado y designado al respecto por el gobierno interesado».

¹⁴ Algunos ejemplos de esa faceta de colaboración con la acción estatal pueden consultarse en el estudio de C. FENWICK, «The ILO and national labour law reform: Six case studies», VV. AA. (ed. S. Marshall y C. Fenwick), *Labour regulation and Development. Socio-Legal Perspectives*, ILO, Geneva, 2016, pp. 235 ss.

¹⁵ Vid. T. USHAKOVA, «La OIT como una organización dinámica en el sistema de derecho internacional», VV. AA., *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante* (dir. y coord. J. L. GIL y GIL), Cinca, Madrid, 2017, pp. 68 ss.

yas iniciativas la OIT suele tener intervención, como es el caso de la llamada Agenda 2030. Por supuesto, también la OIT puede promover iniciativas propias que llamen a la colaboración de otras organizaciones internacionales¹⁶.

La segunda línea de acción es eminentemente jurídica, y consiste en la aprobación de normas y estándares mínimos sobre el trabajo y las condiciones de trabajo. También prevista de modo expreso en la Constitución de la OIT, esta segunda línea de actividad puede dar lugar a la aprobación de los dos grandes tipos de regulación que emana de la OIT: convenios y recomendaciones. Pero la actividad reguladora de la OIT, como veremos más adelante, puede ejercitarse con distintos grados de operatividad y exigencia, en tanto que no se agota en la aprobación de normas en sentido estricto. No todos los instrumentos de regulación adoptados por la OIT, por decirlo de otro modo, gozan de fuerza vinculante, ni la naturaleza estrictamente normativa es la única opción que dicha Organización considera apropiada para conseguir su esencial objetivo de que los sistemas nacionales cumplan unos estándares mínimos de regulación. Por lo pronto, existe una notable diferencia entre convenios y recomendaciones desde ese punto de vista, como es perfectamente sabido. Pero también hay que tener en cuenta que la OIT suele aprobar otros muchos instrumentos (en forma de resoluciones, protocolos, directrices y conclusiones) que cumplen funciones de diversa índole y envergadura, unas veces como compromisos de la propia Organización con vistas a intervenciones futuras (como es el caso de las resoluciones), otras como auxilio de los instrumentos normativos de carácter básico (como es el caso de los protocolos), otras como «instrumento práctico» para mejorar la eficacia de las instituciones u organismos implicados (como las directrices)¹⁷, y otras, en fin, como plasmación del resultado de sus actividades de supervisión o control (como las conclusiones). La naturaleza jurídica y la capacidad de obligar de estos otros instrumentos depende muy directamente de su respectiva función en el sistema normativo de la OIT.

La tercera línea de actuación de la OIT es esencialmente promocional, y busca sobre todo la difusión a escala mundial de su labor de reconocimiento de derechos laborales y de establecimiento de buenas prácticas en el contexto de las relaciones de trabajo. Es una línea de acción que se acerca a la actividad de

¹⁶ Entre esas iniciativas podría citarse seguramente el Pacto Mundial por el Empleo adoptado por la Conferencia General de la OIT con fecha de 19 de junio de 2009 y enmendado en el año 2022, un instrumento de política global en el que se abordan las repercusiones de la crisis financiera y económica internacional en los ámbitos social y del empleo y que tiene como objetivo fundamental proveer una base acordada internacionalmente para políticas diseñadas para reducir el periodo entre recuperación económica y recuperación con oportunidades de trabajo decente.

¹⁷ Pongamos el ejemplo de las Directrices relativas a los sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo, ILO-OSH 2001.

producción normativa, en tanto que se dirige en buena medida a promover la aceptación y aplicación de sus normas, pero que al mismo tiempo se distingue de ella por su carácter eminentemente impulsor y orientativo. Se manifiesta sobre todo a través de la aprobación de «declaraciones», que entrañan antes que nada un diagnóstico de la situación y una especie de recomendación sobre el camino deseable, pero que no en vano suelen aparecer con un anexo normativo que trata de actuar como paradigma para la observancia por parte de sus destinatarios de las opciones o medidas recomendadas. Operan como una especie de marco general para la programación y acción normativa, pero también sirven para alertar sobre el sistema normativo existente y la necesidad de atenderlo.

La cuarta línea de acción es de carácter gubernativo y cuasi jurisdiccional, en el sentido de que la OIT también desarrolla una importante labor de supervisión y control respecto del cumplimiento de sus normas, prevista igualmente en su Constitución. Es una actividad de control que se despliega en distintas direcciones y con muy diversos procedimientos, desde la obligación de los Estados de presentar ante la Oficina Internacional del Trabajo una «memoria anual» sobre las medidas adoptadas para poner en ejecución los convenios ratificados «sin perjuicio de otras informaciones», a la facultad de las organizaciones de empleadores o trabajadores de dirigir «reclamaciones» a ese mismo órgano por incumplimiento o cumplimiento no satisfactorio de un convenio, sin olvidarse de la «queja» que puede suscitar cualquier Estado miembro «contra otro Miembro que, a su parecer, no haya adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un convenio que ambos hayan ratificado», que puede dar lugar a la creación de «una comisión de encuesta» para su examen, a la emisión de un «informe» con las pertinentes recomendaciones y, en su caso, a la intervención de la Corte Internacional de Justicia. En general, el auxilio de este señero tribunal internacional está previsto en la Constitución de la OIT para atender «todas las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación» de ese texto fundacional o de los convenios de dicha Organización, sin perjuicio de la habilitación concedida al Consejo de Administración para «formular y someter a la aprobación de la Conferencia reglas para establecer un tribunal encargado de solucionar rápidamente cualquier cuestión o dificultad relacionada con la interpretación de un convenio»¹⁸. Una instancia muy singu-

¹⁸ Vid. arts. 22 y ss. de la Constitución de la OIT. Con fecha de 8 de abril de 1932 (aunque con reformas y actualizaciones posteriores), el Consejo de Administración aprobó un «Reglamento relativo al procedimiento para la discusión de reclamaciones presentadas con arreglo a los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT». Según informa N. VALTICOS (*Derecho Internacional del Trabajo*, cit., pp. 147 ss.), a la altura de 1977 la Corte Internacional de Justicia sólo había intervenido una vez en asuntos relacionados con la OIT.

lar de control es el Comité de Libertad Sindical, creado en el año 1950 *ex profeso* para cuidar de la interpretación y aplicación de ese derecho y que desde entonces ha elaborado una cuantiosa y prestigiosa doctrina sobre los derechos colectivos en el ámbito de las relaciones laborales¹⁹.

La quinta línea de acción de la OIT tiene, por así decirlo, carácter científico o académico, por cuanto consiste en la preparación y publicación de informes y estudios sobre la problemática general del empleo y las relaciones de trabajo, labor a la que, desde esa misma perspectiva, podría agregarse la de difusión de explicaciones o sencillos «manuales» acerca del alcance y contenido de sus normas. Los informes efectivamente realizados y difundidos por la OIT son muy numerosos, y afortunadamente son de fácil consulta a través de las páginas electrónicas de la propia Organización. Quizá valga la pena poner como ejemplos, por su particular eco en medios laboristas, un par de informes «de última generación»: el informe relativo al «trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro», aprobado en el año 2016²⁰, y el informe que fue dedicado a la «transición justa hacia economías y sociedades medioambientalmente sostenibles para todos», aprobado en 2023²¹. Como hemos dicho, estos informes a cargo de la OIT tienen sobre una dimensión doctrinal, pero muchas veces son el punto de partida para la adopción de otros documentos con mayor carga operativa, en forma de directrices, resoluciones o conclusiones.

4. LAS DECLARACIONES DE LA OIT COMO INSTRUMENTO DE PROMOCIÓN DE SUS ESTÁNDARES DE REGULACIÓN

Según se acaba de apuntar, entre las múltiples facetas de la actividad de la OIT se ha ido consolidando poco a poco un muy singular cauce de intervención que formalmente ha venido desembocando en las denominadas «declaraciones». Como tantos otros instrumentos de la OIT, emanan de su Conferencia General y actúan como una especie de programación o premisa para la activación de medidas más directamente operativas, siempre con vistas a la reafirmación de sus principios y a la consecución de los objetivos que le son propios. Carecen de fuerza normativa por sí mismas, pero se encaminan en muchos

¹⁹ J. M. SERVAIS, «España y las normas de la OIT o cómo renovar una bella historia», VV. AA., *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante* (dir. y coord. J. L. GIL y GIL), Cinca, Madrid, 2017, pp. 32 ss.

²⁰ Sobre la problemática de fondo, W. SANGUINETI RAYMOND, *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo*, Aranzadi, 2022, pp. 91 ss.

²¹ Sobre su significado y contenido, C. CHACARTEGUI JAVEGA, «El concepto de “transición justa” para la OIT, *Trabajo y Derecho*, núm.103 (2023).

casos a reforzar el valor de los instrumentos normativos de esa Organización o a preparar el terreno para nuevos impulsos reguladores. Si bien se mira, en estos particulares textos de la OIT se conjugan dos de sus grandes líneas de acción: la faceta de estudio y diagnóstico de la realidad laboral y social, por cuanto se trata de mostrar deficiencias en el ámbito del empleo y explorar vías para su tratamiento, y la faceta normativa, en tanto que se proporcionan pistas y pautas para atender desde el punto de vista de su regulación las condiciones de trabajo o las situaciones de necesidad, a veces mediante la identificación (e invocación) de los convenios y recomendaciones pertinentes al caso.

En puridad, la primera de estas declaraciones fue la de Filadelfia, que supuso retoques en la Constitución de la OIT y pasó a figurar como Anexo de la misma. Con orígenes en la «Carta Atlántica» firmada en 1941 por Churchill y Roosevelt para organizar las relaciones mundiales una vez acabara la II Guerra Mundial, fue aprobada con fecha 10 de mayo de 1944 para renovar la acción de la OIT a la vista de esos nuevos escenarios y, más concretamente, para insertar los clásicos objetivos de justicia social en la tarea de construcción del estado de bienestar, sobre la base en todo caso de la economía de mercado y con el propósito particular de difundir los derechos sociales fundamentales²². De alguna manera, la Declaración de Filadelfia hizo honor al significado de este topónimo, en el que fraternidad y tolerancia conforman a la postre su base etimológica²³. En este texto cuasifundacional se pueden destacar tres grupos de previsiones. En primer lugar, la ratificación de los cuatro principios fundamentales que dan vida a la OIT, entre los que se encuentra la conocida proclamación de que «el trabajo no es una mercancía» y la no menos importante de que «la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos»²⁴. En segundo lugar, la plasmación de cinco «afirmaciones» que desde entonces han venido guiando la actividad de dicha Organización, entre ellas, por dar alguna indicación más tangible, la de que «todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades», la de que «el logro de

²² Vid. VV. AA. (ed. E. ALES, M. BELL, O. DEINERT y S. ROBIN-OLIVIER, *International and European Labour Law*, Beck/Hart/Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 361 ss.

²³ Según anota A. SUIOT en *L'esprit de Philadelphie*, Éditions du Seuil, 2010, p. 20.

²⁴ Las dos restantes son las siguientes: que «la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante», y que «la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional, continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común».

las condiciones que permitan llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional», y la de que «cualquier política y medida de índole nacional e internacional; particularmente de carácter económico y financiero deben juzgarse desde este punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental»²⁵. Y, por último, el reconocimiento de «la obligación solemne» de la OIT de fomentar «entre todas las naciones del mundo» programas que permitan «lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida» y «emplear trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimiento y de contribuir al máximo al bienestar común»²⁶. Tras abogar por una utilización «más completa y amplia de los recursos productivos del mundo» capaz de dar respuesta a sus objetivos, la Declaración de Filadelfia concluía con la convicción de que los principios enunciados en su texto «son plenamente aplicables a todos los pueblos», aun cuando tal designio se pondere con una llamada de atención al grado de desarrollo social y económico de cada país²⁷.

En orden cronológico, la segunda muestra de esta significativa parcela de la OIT vino de la mano de la «Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social», aprobada en 1977, enmendada

²⁵ El cuadro se completa con la afirmación de que «incumbe a la Organización Internacional del Trabajo examinar y considerar, teniendo en cuenta este objetivo fundamental, cualquier programa o medida internacional de carácter económico y financiero», y la de que «al cumplir las tareas que se le confíen, la Organización Internacional del Trabajo, después de tener en cuenta todos los factores económicos y financieros pertinentes, puede incluir, en sus decisiones y recomendaciones, cualquier disposición que considere apropiada».

²⁶ Además de lo siguiente: c) «conceder, como medio para lograr este fin y con garantías adecuadas para todos los interesados, oportunidades de formación profesional y medios para el traslado de trabajadores, incluidas las migraciones de mano de obra y de colonos»; d) adoptar, en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección; e) lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas; f) extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa; g) proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones; h) proteger a la infancia y a la maternidad; i) suministrar alimentos, vivienda y medios de recreo y cultura adecuados, y j) garantizar iguales oportunidades educativas y profesionales.

²⁷ De nuevo aflora en los textos de la OIT la preocupación por su impacto en la actividad productiva y el proceso de desarrollo económico, más allá de la labor de tutela de los trabajadores. Vid. D. CHEONG y F. C. EBERT, «Labour Law and trade policy: What implications for economic and human development?», VV. AA. (ed. S. Marshall y C. Fenwick), *Labour regulation and Development. Socio-Legal Perspectives*, ILO, Geneva, 2016, pp. 82 ss. En el fondo, un problema clásico de relación entre el Derecho del Trabajo y las reglas del Mercado, G. BARGAIN, *Normativité économique et Droit du Travail*, LGDJ, 2014.

en los años 2006 y 2017 y reformulada con fecha de 24 de marzo de 2023²⁸. Con el fin principal de promover el respeto de condiciones mínimas de trabajo y de fomentar el diálogo social en ese contexto multinacional, y en conexión con las directrices emanadas de la OCDE y con los códigos de conducta promovidos por la ONU²⁹, esta segunda Declaración hace hincapié por lo pronto en dos vertientes estructurales del empleo: la formación profesional y las condiciones de trabajo. Respecto del primero, llama a los gobiernos para que, «en cooperación con todas las partes interesadas», elaboren programas y medidas de orientación y formación profesional «que guarden estrecha relación con el empleo», y apela a las empresas multinacionales para que dentro de ese marco proporcionen a sus trabajadores una formación apropiada que permita la obtención de competencias profesionales de utilidad general y promueva oportunidades de carrera y de aprendizaje permanente. En lo que toca al segundo, dispone que «los salarios, prestaciones y condiciones de trabajo» que ofrezcan las empresas multinacionales en todas sus operaciones no resulten «menos favorables para los trabajadores que los ofrecidos por empleadores comparables en el país anfitrión», con el deber en todo caso de garantizar los mejores niveles «posibles» en función de las necesidades de los trabajadores y de sus familias y sin desconsiderar «las necesidades de desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un elevado nivel de empleo». También pide a los gobiernos nacionales la aplicación de «normas adecuadas en materia de seguridad y salud» y la promoción de «una cultura de prevención» en ese delicado aspecto del trabajo, a la vista, por ejemplo, de «las directrices y los repertorios de recomendaciones prácticas de la OIT que figuran en la lista actual de publicaciones de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo». La Declaración concluye con sendas llamadas al respe-

²⁸ En la que consta la siguiente aclaración: «La Declaración sobre las Empresas Multinacionales (Declaración EMN) es el único instrumento de la OIT que brinda orientación dirigida directamente a las empresas sobre política social y prácticas inclusivas, responsables y sostenibles en el lugar de trabajo. Es el único instrumento global en esta materia elaborado y adoptado por gobiernos, empleadores y trabajadores de alrededor del mundo. La Declaración sobre las EMN se adoptó hace más de 40 años y ha sido modificada en varias ocasiones (2000, 2006, 2017, y más recientemente en 2022). Los principios de la Declaración EMN están dirigidos a empresas multinacionales, gobiernos y organizaciones de empleadores y trabajadores y cubren las áreas de empleo, formación, condiciones de trabajo y vida y relaciones industriales, así como la política general. Todos sus principios están basados en las normas internacionales del trabajo (Convenios y Recomendaciones de la OIT). La Declaración EMN facilita la divulgación y el entendimiento de la agenda de Trabajo Decente en el sector privado. Como tal, es un instrumento clave que guía la conducta empresarial responsable (CER) para lograr cadenas de suministro inclusivas, sostenibles y responsables».

²⁹ Vid. M. ELORDUI GARAI, *El avance de los derechos laborales en las cadenas de producción y suministro de las empresas transnacionales: especial referencia a los Acuerdos Marco Internacionales*, Bomarzo, 2022, pp. 60 ss.

to de la libertad sindical, al fomento de las actividades de negociación y consulta con los representantes de los trabajadores, al reconocimiento del papel de las organizaciones de empleadores y trabajadores y a la implantación de medios voluntarios de solución de conflictos laborales, se cierra formalmente con un anexo en el que se recuerdan el fondo instrumental de la OIT (declaraciones, convenios, recomendaciones, etc.) relacionado con toda esta problemática, con el propósito de conducir a su efectiva aplicación.

La tercera Declaración de la OIT es la relativa «a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento», aprobada con fecha de 18 de junio de 1998, enmendada en 2022 y renombrada en 2023 como «Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998)»³⁰. Fue elaborada sobre la doble base de que la OIT «debe hoy más que nunca movilizar el conjunto de sus medios de acción normativa, de cooperación técnica y de investigación en todos los ámbitos de su competencia» y de que para «mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico» es esencial «la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo» en cuanto que asegura a los propios interesados «la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido». Con estas premisas y con el ánimo esencial de conformar y difundir los derechos humanos de contenido laboral³¹, la Declaración recuerda de entrada la ineludible implicación de los Estados miembros de la OIT con «los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia» expresados y desarrollados en forma de derechos y deberes específicos «en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización», para afirmar a continuación que «todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios», como parte de su obligación de contribuir a la consecución de «los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas». Como es sabido, el texto actualizado de la Declaración de 1998 se refiere concretamente a la libertad de asociación y la libertad sindical, al reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, a la eliminación de todas las

³⁰ Mediante el art. 1.1 del Convenio núm. 191 de la OIT de 2023.

³¹ Vid. N. BRUUN, «The Changing Foundations of Labour Law», VV. AA. (ed. K. AHLBERG y N. BRUUN), *The New Foundation of Labour Law*, Peter Lang, 2017, pp. 20 ss.

formas de trabajo forzoso u obligatorio, a la abolición efectiva del trabajo infantil, a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, y a la creación de un entorno de trabajo seguro y saludable, derechos y principios que constituyen a la postre pilares básicos para la actividad de la OIT y para cuya realización efectiva se diseñan en ese mis instrumento dos procedimientos de control y seguimiento: un procedimiento general de carácter «estrictamente promocional» y un procedimiento especial simplificado que proporcione a la Organización la oportunidad de seguir con periodicidad anual «los esfuerzos desplegados» por aquellos miembros que no hubieran ratificado los convenios de referencia.

El siguiente texto que cabe registrar en esta serie es la «Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa», aprobada con fecha de 10 de junio de 2008, enmendada en 2022 y renombrada en 2023 como «Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008)»³². Parte de un contexto de globalización que «está modificando profundamente el mundo del trabajo» y que requiere la activación del «mandato constitucional de la OIT» para «situar el empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales»³³, y fija a tal efecto «cuatro objetivos estratégicos» que a la postre reflejan el Programa de Trabajo Decente de dicha Organización y que consisten en la promoción del empleo mediante la creación de un entorno institucional y económico sostenible, la adopción y ampliación de medidas de protección social «que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales», la promoción del «diálogo social y el tripartismo como los métodos más apropiados» para la consecución de esos fines, y el respeto, la promoción y la aplicación de «los principios y derechos fundamentales en el trabajo», que en este contexto deben valorarse primordialmente «como condiciones propicias» en el ámbito del empleo. Con un toque de atención sobre el carácter transversal de «la igualdad de género y la no discriminación» en el marco de esos «objetivos estratégicos», la Declaración sobre justicia social deja en manos de cada Estado miembro la elección del cauce más idóneo para la consecución de esas metas, en función de «las condiciones y las circunstancias nacionales, así como las necesidades y las prioridades expresadas por las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores», sin perjui-

³² Mediante el art. 1.4 del Convenio núm. 191 de la OIT de 2023

³³ Un contexto caracterizado, según este mismo texto, «por la difusión de nuevas tecnologías, los flujos de ideas, el intercambio de bienes y servicios, el incremento de los flujos de capital y financieros, la internacionalización del mundo de los negocios y de sus procesos y del diálogo, así como de la circulación de personas, especialmente de trabajadoras y trabajadores».

cio de «la interdependencia, la solidaridad y la cooperación entre todos los Miembros de la OIT». Con esa misma finalidad, la OIT reconoce en este texto la necesidad de «revisar y adaptar sus prácticas institucionales» para «utilizar de la mejor manera posible sus recursos humanos y financieros y la ventaja única que representan su estructura tripartita y su sistema normativo». Termina la Declaración con un anexo en el que se ofrecen criterios de control y seguimiento y en el que se apela al «mejor uso posible de todos los medios de acción disponibles en virtud de la Constitución de la OIT para cumplir su mandato» y prestar la mejor asistencia posible a los Estados miembros.

La última pieza de este interesante catálogo contiene la «Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo», adoptada con fecha de 21 de junio de 2019 con motivo del centenario de la Organización. Animada «por el imperativo de justicia social que dio nacimiento a la OIT hace cien años, y por la convicción de que los gobiernos, los trabajadores y los empleadores del mundo tienen a su alcance revitalizar la Organización y configurar un futuro del trabajo que haga realidad su visión fundadora», dispone este nuevo texto que «es imprescindible actuar urgentemente para aprovechar las oportunidades y afrontar los retos a fin de construir un futuro del trabajo justo, inclusivo y seguro con empleo pleno, productivo y libremente elegido y trabajo decente para todos» y que «ese futuro del trabajo es fundamental para un desarrollo sostenible que ponga fin a la pobreza y no deje a nadie atrás». A partir de aquí, la Declaración de 2019 fija diecisiete puntos para orientar los esfuerzos de la OIT, que a través de estas proclamaciones queda comprometida, por ejemplo, en la tarea de «asegurar una transición justa a un futuro del trabajo que contribuya al desarrollo sostenible en sus dimensiones económica, social y ambiental» y de «aprovechar todo el potencial del progreso tecnológico y el crecimiento de la productividad, inclusive mediante el diálogo social, para lograr trabajo decente y desarrollo sostenible y asegurar así la dignidad, la realización personal y una distribución equitativa de los beneficios para todos». De nuevo se muestra en esta Declaración, por lo demás, la fe de la OIT en «el diálogo social, incluida la negociación colectiva y la cooperación tripartita», y su confianza en que «la cooperación efectiva en el lugar de trabajo es una herramienta que contribuye a que los lugares de trabajo sean seguros y productivos, de tal manera que se respeten la negociación colectiva y sus resultados sin menoscabar el papel de los sindicatos». De manera más específica, la Declaración también aboga por «el respeto de sus derechos fundamentales», la implantación de «un salario mínimo adecuado, establecido por ley o negociado», el establecimiento de «límites máximos al tiempo de trabajo» y la preservación de «la seguridad y salud en el trabajo».

5. EL SISTEMA NORMATIVO DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: COMPOSICIÓN Y FUNCIONES

Para el jurista, no cabe duda de que la línea de acción de la OIT más sobresaliente es la creación de un sistema normativo para las relaciones de trabajo y las contingencias nacidas del trabajo. Obviamente, la acción normativa de la OIT no constituye la única fuente de lo que de manera global podríamos calificar como «legislación laboral internacional», pero acaso sea la parte más significativa y más poderosa de ese potencial conglomerado, al menos desde el punto de vista de su expansión funcional y territorial. El sistema normativo de la OIT es, en efecto, el segmento más venerable, longevo y experimentado dentro de ese acervo internacional, y es asimismo el más ambicioso y comprometido desde el punto de vista de sus fines y propósitos. Podría decirse, incluso, que es con seguridad el bloque más genuino y representativo de lo que entraña la puesta en marcha de una acción legislativa a escala supranacional o internacional. Si bien se mira, ninguno de los restantes estratos de la legislación laboral internacional ha llegado a alcanzar su capacidad de incidencia, su ascendencia o su nivel de protagonismo en el ámbito de las relaciones de trabajo, entre otras razones por su proyección general y universal, más allá de las divisiones sectoriales o regionales que también recorren el amplio espacio de las relaciones de trabajo. De ahí que a veces se haya hablado, con referencia a la normativa de la OIT, de un «código internacional del trabajo»³⁴.

A la altura de nuestros días, el sistema normativo de la OIT es sobradamente conocido y está suficientemente difundido tanto en medios profesionales como en los correspondientes ámbitos de estudio e investigación. Pero vale la pena, de cualquier forma, destacar en estos momentos algunos de sus rasgos más característicos. La primera de sus particularidades entronca justamente con su modo de producción, en tanto que las normas de la OIT nacen del interior de la propia organización (a la manera, salvando las distancias, de los parlamentos nacionales), con la consiguiente diferencia respecto de los instrumentos internacionales que se construyen mediante acuerdos bilaterales o multilaterales entre los Estados implicados. Ese primer rasgo revierte a su vez en los cauces y procedimientos de interpretación y aplicación de la normativa de la OIT, que de nuevo se distancian del radio de decisión de los Estados, con independencia de que tales tareas sean asumidas por la propia Organización a través de su Oficina Internacional de Trabajo y quien la representa como direc-

³⁴ J. L. GIL Y GIL, «Justicia social y acción normativa de la OIT», VV. AA., *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante* (dir. y coord. J. L. Gil y Gil), Cinca, Madrid, 2017, pp. 123 ss.

tor general, o de que se remitan a instancias ajenas, como el Tribunal Internacional de Justicia³⁵.

Característica adicional de las normas de la OIT es la crucial implicación en sus procedimientos de elaboración de los tres grandes bloques que componen su estructura tripartita: gobiernos nacionales, sindicatos y asociaciones empresariales, siempre a través de sus correspondientes delegados y bajo la premisa de libertad de voto de cada uno de ellos. El modo de producción normativa está previsto expresamente en la Constitución de la OIT (artículos 19 y siguientes), que diseña a tal efecto un procedimiento que se inicia con las «proposiciones» que los distintos grupos pueden presentar ante la Conferencia General y que, una vez incorporadas al pertinente orden del día, pueden fructificar o bien en «un convenio internacional», o bien en «una recomendación, si la cuestión tratada, o uno de sus aspectos, no se prestare en ese momento para la adopción de un convenio». En ambos casos, «para que la Conferencia adopte en votación final el convenio o la recomendación será necesaria una mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes». Una vez aprobados, el Presidente de la Conferencia y el Director General de la OIT «autenticarán, con sus firmas, dos copias del convenio o de la recomendación», de las «una se depositará en los archivos de la Oficina Internacional del Trabajo y la otra se enviará al Secretario General de las Naciones Unidas», con la precisión añadida de que el Director General «remitirá una copia certificada del convenio o de la recomendación a cada uno de los Miembros»³⁶. Téngase

³⁵ N. VALTICOS, *Derecho Internacional del Trabajo*, Tecnos, 1977, pp. 144 ss.

³⁶ Según el art. 19.7 de la Constitución de la OIT, «En el caso de un Estado federal, se aplicarán las siguientes disposiciones: a) Respecto a los convenios y recomendaciones que el gobierno federal considere apropiados de acuerdo con su sistema constitucional para la adopción de medidas en el ámbito federal, las obligaciones del Estado federal serán las mismas que las de los Miembros que no sean Estados federales; b) Respecto a los convenios y recomendaciones que el gobierno federal considere más apropiados, total o parcialmente, de acuerdo con su sistema constitucional, para la adopción de medidas por parte de los Estados, provincias o cantones constitutivos que por parte del Estado federal, el gobierno federal; i) Adoptará, de acuerdo con su constitución o las constituciones de los Estados, provincias o cantones interesados, medidas efectivas para someter tales convenios y recomendaciones, a más tardar dieciocho meses después de clausurada la reunión de la Conferencia, a las autoridades federales, estatales, provinciales o cantonales apropiadas, al efecto de que les den forma de ley o adopten otras medidas; ii) Adoptará medidas, condicionadas al acuerdo de los gobiernos de los Estados, provincias o cantones interesados, para celebrar consultas periódicas entre las autoridades federales y las de los Estados, provincias o cantones interesados, a fin de promover, dentro del Estado federal, medidas coordinadas para poner en ejecución las disposiciones de tales convenios y recomendaciones; iii) Informará al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas de acuerdo con este artículo para someter tales convenios y recomendaciones a las autoridades federales, estatales, provinciales o cantonales apropiadas, comunicándole al mismo tiempo los datos relativos a las autoridades consideradas apropiadas y a las medidas por ellas adoptadas; iv) Informará al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo respecto a cada uno de esos convenios que no haya ratificado con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de la legislación y la práctica de la federación y sus Estados, provincias o

en cuenta, en todo caso, que la OIT puede aprobar otros variados instrumentos de naturaleza jurídica a través de la propia Conferencia General o de otras instancias de su estructura, que en algunos casos tienen carácter permanente y en otros son creadas *ad hoc*, para casos concretos. Naturalmente, la variedad de instrumentos implica también diversidad en su forma de regir o su fuerza vinculante.

Cabe pensar que los instrumentos normativos de la OIT se inspiran a la postre en los principios enunciados por dicha Organización, entre los que la contraposición del trabajo humano a la pura mercancía sigue siendo seguramente el más determinante. Pero también podrían registrarse otras fuentes de influencia, tanto de carácter internacional (piénsese a tales efectos en las declaraciones de derechos humanos de Naciones Unidas o de otras instancias supranacionales), como de ámbito nacional (variable que remite a fin de cuentas a la legislación laboral y social de los países más avanzados)³⁷. De cualquier modo, lo cierto es que la producción normativa de la OIT se ha ido expandiendo extraordinariamente desde su origen, tanto en su dimensión subjetiva (para dar entrada poco a poco a todas las categorías de trabajadores, con inclusión a determinados efectos del trabajo autónomo o en cooperativa)³⁸, como en su vertiente funcional y material (desde las más básicas condiciones de trabajo, como la jornada, el salario o la higiene, a prácticamente todos los aspectos del empleo y de la protección social o las condiciones de vida, más allá por lo tanto del estricto marco de la relación laboral)³⁹. Al cabo de su centenaria trayectoria, puede decirse que la OIT ha construido un sistema de normas de complejidad robusta y relativamente completo, y que a base de constancia y persistencia ha conseguido abordar en la práctica todos los ámbitos y espacios de trabajo merecedores de algún tipo de regulación. No se trata, por lo demás, de un sistema de exclusiva proyección laboral, sino de una acción normativa también destinada a la protección de riesgos sociales, terreno en el que los instru-

cantones constitutivos, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de contratos colectivos, o de otro modo; v) Informará al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo respecto a cada una de esas recomendaciones, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de la legislación y la práctica de la federación y sus Estados, provincias o cantones constitutivos, precisando en qué medida se han puesto o se propone poner en ejecución las disposiciones de la recomendación y las modificaciones que se considere o pueda considerarse necesario hacer a estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas».

³⁷ Vid. N. VALTICOS, ob. cit., pp. 220 ss.

³⁸ Vid. J. M. SERVAIS, «España y las normas de la OIT o cómo renovar una bella historia», VV. AA., *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante* (dir. y coord. J. L. GIL y GIL), Cinca, Madrid, 2017, pp. 40 ss.

³⁹ N. VALTICOS, *Derecho Internacional del Trabajo*, Tecnos, 1977, pp. 105 ss.

mentos de la OIT han caminado desde la atención a los riesgos de accidente o enfermedad propios del trabajo a la aprobación de normas mínimas para la construcción e implantación de los sistemas nacionales de seguridad social.

Desde una consideración global, se ha dicho con acierto que la OIT, más que normas en sentido puro (que sólo serían predicables de los convenios), produce reglas orientativas (*standard*) que los Estados deben someter a sus autoridades competentes para la adopción de medidas legislativas o de otro tipo⁴⁰. Puede entenderse bien, por lo tanto, que la OIT haya tratado siempre de impregnar su regulación del sello de la flexibilidad, no sólo porque combina instrumentos pertenecientes al *hard law* (convenios) con los de exigencias más suaves y atenuadas en términos de *soft law* (recomendaciones, declaraciones, marcos de cooperación técnica, etc.), sino también porque los instrumentos de mayor fuerza vinculante suelen ofrecer diferentes opciones de cumplimiento y distintos métodos de incorporación a los sistemas nacionales, con posibles niveles de aceptación y con excepciones o salvedades para países con condiciones especiales, aunque todo ello pueda disminuir transitoriamente su capacidad de impacto real⁴¹. La posibilidad de que la regulación de la OIT sea insertada en los ordenamientos nacionales a través de normas estatales o de los procedimientos de negociación colectiva es buena muestra de esa actitud general de consideración hacia las tradiciones o preferencias de los Estados miembros. A veces, por otra parte, contienen derechos o reglas de aplicación inmediata (edad mínima), mientras que en otras ocasiones se limitan a fijar objetivos o programas de futuro, de nuevo para facilitar su implementación en los sistemas nacionales. Téngase en cuenta, en fin, que la acción normativa de la OIT se despliega con carácter mínimo, de modo que «en ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación»⁴².

Es digno de destacar, por otra parte, el carácter dinámico de los estándares de la OIT, plasmado por de pronto en la cláusula de su Constitución que

⁴⁰ Vid. N. VALTICOS, ob. cit., pp. 147 ss.

⁴¹ J. L. GIL Y GIL, «Justicia social y acción normativa de la OIT», cit., pp. 115 ss. Según el art. 19.3 de la Constitución de la OIT, «al elaborar cualquier convenio o recomendación de aplicación general, la Conferencia deberá tener en cuenta aquellos países donde el clima, el desarrollo incompleto de la organización industrial u otras circunstancias particulares hagan esencialmente diferentes las condiciones de trabajo, y deberá proponer las modificaciones que considere necesarias de acuerdo con las condiciones peculiares de dichos países».

⁴² Art. 19.8 de la Constitución de la OIT.

permite la derogación, «por mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes», de «todo convenio adoptado con arreglo a las disposiciones del presente artículo si se considera que ha perdido su objeto o que ya no representa una contribución útil a la consecución de los objetivos de la Organización», posibilidad a la que han de añadirse las de revisión o actualización de las reglas en vigor, prácticas relativamente frecuentes en la acción normativa de la OIT⁴³. Un ejemplo señero de máxima expresividad de esta faceta del sistema normativo de la OIT lo ofrece su Convenio núm.191 sobre «un entorno de trabajo seguro y saludable» aprobado en el año 2023, que en realidad constituye una operación a gran escala de reforma y actualización de otros convenios⁴⁴, con la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo como soporte y telón de fondo⁴⁵. Interesa ahora, sobre todo, porque compendia en buena medida la mecánica que preside los procesos de transición consustanciales a la modificación o sustitución de convenios, que en este caso se cumplimenta mediante los siguientes pasos y trámites: 1) se considera que la ratificación existente de cualquiera de los actos normativos afectados vale como ratificación de «ese convenio o protocolo tal como ha quedado modificado por el presente convenio»; 2) al ratificar este nuevo convenio, todo Miembro que haya ratificado previamente cualquiera de los actos normativos afectados «reconoce que seguirá sujeto a la obligación de cumplir las disposiciones establecidas en él tal como ha quedado modificado por el presente convenio»; 3) la entrada en vigor del nuevo convenio impedirá que cualquiera de los actos normativos afectados «pueda ser posteriormente ratificado en su forma no enmendada», y 4) en caso de que la Conferencia General adopte una revisión del presente convenio, y a menos que en el nuevo convenio se disponga otra cosa, la ratificación del convenio revisor implicará desde su entrada en vigor «la denuncia inmediata del presente convenio» *ipso iure*, la cesación del periodo de ratificación del presente convenio a partir de la entrada en vigor del convenio revisor, y la continuidad de vigencia del presente convenio «para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor».

Son muchas, obviamente, las razones de su emergencia y las funciones que ha venido a cumplir esa normativa internacional en el mundo del trabajo y de la protección social. Entre las principales causas de ese vector internacional

⁴³ La regla de derogación de convenios se contiene en el art. 19.9 de la Constitución de la OIT. *Vid.* K. TAPIOLA, «The Future Rol of the International Labour Organization», VV. AA. (ed. K. AHLBERG y N. BRUUN), *The New Foundation of Labour Law*, Peter Lang, 2017, pp. 81 ss.

⁴⁴ De ahí que su título se complete con una referencia a «consiguientes enmiendas».

⁴⁵ De hecho, el Convenio 191 de la OIT nace del mandato asumido por la propia Organización en la Resolución sobre la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 6 de junio de 2022.

de la legislación laboral y social han de destacarse desde luego las necesidades de impulso exterior que muchas veces se han dejado notar para que los Estados procuren una regulación apropiada de sus relaciones de trabajo, así como la conveniencia de contar a escala mundial o supranacional con unas orientaciones de mínima precisión y con unos principios básicos para llevar a cabo esa tarea de forma satisfactoria. En el plano de las funciones, es claro que a la legislación internacional debe atribuirse un papel sobresaliente en la fijación de unos umbrales o estándares básicos para las condiciones de trabajo, en el establecimiento de unas pautas comunes de regulación en ámbitos supranacionales de similar cultura y parecido nivel de desarrollo económico, y en la implantación de conexiones institucionales u orgánicas entre los ordenamientos nacionales implicados, en este caso con la finalidad primordial de abordar adecuadamente los problemas derivados de las corrientes migratorias o, simplemente, del desplazamiento o tránsito de personas entre diferentes países con fines de trabajo. Su acertada combinación de normas generales y normas sectoriales, es otra de sus grandes aportaciones a la construcción de la legislación social.

6. LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA OIT

Como vimos, a la Conferencia General de la OIT pueden llegar «proposiciones» de regulación con vistas a la aprobación de «un convenio internacional», apellidado éste (el de «internacional») que no parece estrictamente necesario, pero que hace justa referencia tanto a su origen (en una organización internacional) como a su ámbito de aplicación (en el contexto internacional y no en un solo país). Tales convenios han de aprobarse en rigor por «una mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes», pero se prevé la curiosa posibilidad de que «cualquier proyecto de convenio» sometido a la Conferencia que en la votación final no obtuviere dicha mayoría pueda dar lugar a «un convenio particular entre los Miembros de la Organización que así lo deseen»⁴⁶ (hipótesis que, al menos sobre el papel, permitiría distinguir entre convenios de eficacia general y convenios de eficacia limitada, si se pudiera admitir aquí esa tradicional distinción más propia de la negociación colectiva). El convenio adoptado con la mayoría preceptiva ha de comunicarse a todos los Estados miembros de la OIT para su ratificación, que habrán de someter el texto correspondiente –dentro del plazo inicial de un año, aunque con posibi-

⁴⁶ Arts. 19, 20 y 21 de la Constitución de la OIT en relación con art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

lidad de ampliación— «a la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas», de las que deberán transmitir la oportuna comunicación al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con mención específica, en su caso, de la ratificación formal del convenio, de la que desde la OIT se deberá dar cuenta a la Secretaría General de Naciones Unidas para su registro.

Tras la ratificación, las autoridades nacionales competentes habrán de adoptar «las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio», mientras que en la hipótesis de no ratificación «no recaerá sobre dicho Miembro ninguna otra obligación, a excepción de la de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de contratos colectivos, o de otro modo, e indicando las dificultades que impiden o retrasan la ratificación de dicho convenio». El convenio entra en vigor una vez alcanzado un número mínimo de ratificaciones, fijado en el texto de cada una de esas normas convencionales. Salvo denuncia anticipada, la ratificación mantiene su valor durante toda la vida del convenio y deja de regir, en su caso, cuando es objeto de ratificación el convenio que sustituya al anterior⁴⁷.

Con la aprobación en fecha de 5 de junio de 2023 del convenio sobre «un entorno de trabajo seguro y saludable» llegan a 191 los instrumentos de ese tipo emitidos por la OIT desde su fundación en 1919. Desde hace algún tiempo, la propia Organización viene clasificándolos en tres grandes grupos: fundamentales, de gobernanza y técnicos. Es una clasificación que se corresponde con los paradigmas que se vienen utilizando en ese contexto desde la ya mentada Declaración de 1998, pero no parece que sea una buena presentación del amplísimo acervo de convenios internacionales, entre otras razones por su simplicidad, y con independencia del uso de algún término un tanto extraño a la lengua española (como el de «gobernanza», que en definitiva no puede significar otra cosa que «gobierno» en nuestra rica lengua española). Para una aproximación al contenido y alcance funcional de los convenios de la OIT podrían ser más apropiadas, en definitiva, otras clasificaciones más convencionales, como las siguientes: 1) convenios sobre trabajo y convenios sobre seguridad social; 2) convenios sobre trabajo asalariado y convenios sobre otros tipos de trabajo; 3) convenios de proyección general a las relaciones de trabajo

⁴⁷ Vid. N. VALTICOS, *Derecho Internacional del Trabajo*, cit., pp. 146 ss.

y convenios de carácter sectorial; 4) convenios de ámbito personal general y convenios para grupos de la población trabajadora; 5) convenios sobre la ordenación del mercado de trabajo y convenios sobre el devenir de la relación de trabajo; 6) convenios para el conjunto del sistema productivo y convenios para obras o contrata públicas; 7) convenios sobre condiciones de trabajo y convenios sobre derechos laborales; 8) convenios sobre derechos individuales y convenios sobre derechos de dimensión colectiva; 9) convenios sobre salario y convenios sobre tiempos de trabajo y de descanso; 10) convenios sobre la ejecución del trabajo y convenios sobre el entorno del trabajo; 11) convenios sobre la Administración de trabajo y convenios sobre política social; 12) convenios sobre la transición al trabajo y convenios sobre migraciones; 13) convenios para entornos industrializados y convenios para pueblos indígenas⁴⁸, y 14) convenios de contenido sustantivo y convenios de ordenación y sistematización de la propia acción normativa de la OIT⁴⁹. La lista de convenios en cualquiera de estos apartados es bastante numerosa, como es el caso, entre los más significativos, de los convenios sobre seguridad social y protección social.

En verdad, los convenios constituyen el eje del sistema normativo de la OIT, especialmente si atendemos a su grado de vinculación o exigencia, mucho más potente o contundente que los restantes instrumentos de regulación de esa Organización internacional. En todo caso, los convenios de la OIT pueden cumplir y vienen a cumplir en efecto muy diversas funciones, todas ellas volcadas, como es natural, hacia los sistemas de los Estados miembros. La primera función, y probablemente la más característica de la dimensión normativa de la OIT, es desde luego la de información e impulso respecto de la legislación nacional, a la que los Convenios de la OIT tratan de activar y orientar, para que se aprueben normas sobre determinados aspectos de las relaciones de trabajo y para que tales normas se ajusten a determinados parámetros. Una segunda función, que puede compatibilizarse con la anterior dentro de un mismo Convenio, es la de interpretación de la legislación interna, como es propio, por poner un ejemplo muy señalado, de los Convenios de la OIT sobre libertad sindical. Una tercera función destacable, de nuevo compatible con las anteriores, es la de cobertura de lagunas o vacíos de regulación, como en nuestro país ha venido ocurriendo con ciertos preceptos del Convenio de la OIT sobre vacaciones retribuidas. Una cuarta función es la de apoyo a los Estados para la creación de estructuras administrativas de gobierno y gestión de las relaciones laborales y, a

⁴⁸ Sobre esa especial categoría, N. ELKIN, *El convenio sobre pueblos indígenas: dificultades y propuestas*, Aranzadi, 2022.

⁴⁹ Como es el caso, justamente, del Convenio núm. 191 de 2023.

fin de cuentas, para la implantación de una Administración especializada en materia laboral y social. Y una quinta función perceptible en los Convenios de la OIT es la puesta en contacto y en su caso la coordinación de diferentes sistemas nacionales con vistas al tratamiento de determinados asuntos o problemas de orden laboral o social, como es el caso, paradigmático, de los Convenios sobre trabajadores migrantes (con su doble faceta laboral y de seguridad social).

No siempre es sencilla, de todas formas, la articulación de los convenios de la OIT con la normativa interna, si partimos, como debe ser en buena lógica, de la naturaleza de norma (con sus atributos de imperatividad e indisponibilidad) de esos instrumentos internacionales. En bastante medida, se trata de un problema que sólo puede recibir respuesta cabal a la vista de las previsiones de cada ordenamiento nacional en torno al valor, dentro de su ámbito de soberanía, de las normas internacionales (según se opte, en definitiva, por su aplicación directa o por su transposición a la normativa interna). Pero también se trata de una cuestión «internacional», en el sentido de que también tiene que abordarse desde la propia configuración de esta clase de normas de la OIT. En ese sentido, no puede olvidarse, como ya vimos, que los convenios aprobados por la Conferencia General de la OIT deben comunicarse a los Estados miembros para que «le den forma de ley o adopten otras medidas» (que en caso de ratificación habrán de ser las «necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio») ⁵⁰, y tampoco puede dejarse de lado el hecho indiscutible de que, de conformidad con esa previsión «constitucional», el texto de los convenios suele fijar como destinatario de sus reglas a «todo Miembro» que lo ratifique, que deberá darle aplicación «por medio de la legislación nacional, así como a través de convenios colectivos o de otras medidas acordes con la práctica nacional» ⁵¹. De alguna manera, eso es lo que explica que el sistema normativo de la OIT haya querido contar también con instrumentos de apoyo encaminados a facilitar la traslación a los sistemas nacionales de lo dispuesto por la norma internacional, papel auxiliar que en muchos casos cumplen las recomendaciones y que para algunos convenios desempeñan asimismo los llamados «protocolos», que cumplen en definitiva la doble función de orientar sobre la aplicación del convenio y de precisar algún extremo contemplado pero no regulado específicamente en el texto del convenio ⁵².

⁵⁰ Art. 19 de la Constitución de la OIT.

⁵¹ Pongamos como ejemplo, por ser de los más modernos, el Convenio núm. 190 de la OIT del año 2019 sobre la violencia y el acoso, que en sus arts. 4 y 12, como hacen tantos otros convenios, utiliza de forma expresa ese tipo de fórmulas para determinar sus modos de aplicación.

⁵² Junto al PO29 sobre trabajo forzoso, se han aprobado los protocolos PO81 (inspección de trabajo), PO89 (trabajo nocturno de mujeres), PO110 (plantaciones), PO147 (marina mercante) y PO155 (seguridad y salud).

De todo ello cabe colegir que los convenios de la OIT dirigen sus prescripciones a los Estados para que éstos acomoden su normativa interna a tales postulados o criterios de regulación, con la asunción de las correspondientes responsabilidades «internacionales» (ante la OIT o, llegado el caso, ante la Corte Internacional de Justicia) en la hipótesis de inobservancia, incumplimiento o deficiente cumplimiento. Como es fácil de imaginar, pueden darse las situaciones de desajuste entre la normativa interna y la correspondiente regulación de la OIT, pero para esa eventualidad se han previsto precisamente los procedimientos de control y queja que en su momento tuvimos ocasión de mencionar. Ningún obstáculo mayor parece existir para integrar la normativa interna con los estándares de un convenio de la OIT por vía interpretativa, pero un escenario bien distinto es el que resulta de la postergación de la norma nacional para dar paso a la norma de la OIT. Ante esa potencial confrontación, es claro (desde esta exclusiva perspectiva internacional) que debe imputarse responsabilidad al Estado infractor, pero no lo es tanto que deba darse prevalencia o prioridad aplicativa a la norma internacional, sencillamente porque se dirige al Estado y no, salvo en casos excepcionales (como cuando proclama taxativamente derechos fundamentales), a relaciones jurídicas de carácter «horizontal».

7. LAS RECOMENDACIONES DE LA OIT

Aunque en un primer momento no estaban previstas, la aprobación de recomendaciones por parte de la OIT empezó a barajarse con el paso del tiempo para atender las objeciones de algunos Estados miembros a la fuerza vinculante de los convenios⁵³. Según su Constitución, a partir de las proposiciones de regulación que formen parte del orden del día de sus reuniones la Conferencia General de dicha Organización habrá de aprobar una recomendación, en lugar de esos otros instrumentos, «si la cuestión tratada, o uno de sus aspectos, no se prestare en ese momento para la adopción de un convenio»⁵⁴. Una vez aprobado, el texto de la recomendación se ha de comunicar a todos los Estados miembros para su examen «a fin de ponerla en ejecución por medio de la legislación nacional o de otro modo» y, más específicamente, para que sea sometida en el término de un año (o en el plazo ampliado en su caso) «a la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas», de lo cual también se habrá de dar noticia al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. A partir de ahí «no recaer-

⁵³ Vid. N. VALTICOS, ob. cit., pp.234 ss.

⁵⁴ De nuevo, art. 19 de la Constitución de la OIT.

rá» sobre los Miembros ninguna otra obligación al respecto, «a excepción de la de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en la recomendación, precisando en qué medida se han puesto o se propone poner en ejecución las disposiciones de la recomendación, y las modificaciones que se considere o pueda considerarse necesario hacer a estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas».

A la altura del año 2023 alcanzan la vertiginosa cifra de 208 las recomendaciones aprobadas por la OIT. En general, actúan como instrumentos de complemento y desarrollo de los convenios, ya sea de modo individualizado, ya sea, por así decirlo, en una especie de «sistema red», en el sentido de que en bastantes ocasiones existen varias recomendaciones en relación con un mismo convenio (como sucede, quizá señaladamente, en materia de formación y aprendizaje). Pero las recomendaciones también desempeñan otras funciones dentro del sistema normativo de la OIT, que podrían sistematizarse de la manera siguiente: 1) regulación sectorial para ámbitos profesionales no abordados mediante convenio (horas de trabajo en hospitales, por ejemplo); 2) ampliación de la regulación de la OIT a facetas del trabajo o de la protección social no contempladas en los convenios (servicios sociales, por ejemplo); 3) cobertura de espacios de las relaciones laborales carentes de regulación convencional monográfica (reclamaciones internas en la empresa y solución voluntaria de conflictos colectivos, por ejemplo); 4) regulación de aspectos estructurales de la ordenación jurídica del trabajo no estimados propicios para la aprobación de un convenio (como la identificación de las notas caracterizadoras de la relación de trabajo); 5) apertura de márgenes adicionales para la cumplimiento de obligaciones impuestas por los convenios (como es el caso del establecimiento de «pisos de protección social»); 6) roturación de nuevos horizontes para la intervención de la OIT (como en lo relativo al trabajo decente, a la transición a nuevos escenarios del sistema productivo o, en tiempos ya bastante remotos, la utilización del tiempo libre).

Ese catálogo aproximativo nos puede poner de relieve que la recomendación no es sólo un accesorio o «un mal menor» en la actividad de reglamentación de la OIT, sino más exactamente un instrumento regulador con vida propia, por diversas razones. En primer lugar, porque (a su manera) asume provisionalmente el papel del convenio cuando no se alcanza el grado de maduración necesario para este otro instrumental, pero con un anuncio implícito de su llegada en un futuro más o menos próximo, con lo que ello supone de preparación o «carencia» en todos los sentidos. En segundo lugar, porque entre

las opciones de cumplimiento de los convenios que suelen ofrecer las recomendaciones se encuentra normalmente la de superar, conforme propone la recomendación, los estándares de la norma convencional. En tercer lugar, porque a veces contienen reglas de carácter técnico que no necesitan apoyo en un convenio y tienen por lo tanto valor por sí mismas, o porque ofrecen pautas de aplicación de los convenios en aquellas materias en las que las condiciones de los países son muy diferentes.

Las Recomendaciones de la OIT pueden calificarse de normas, pero es obvio que su naturaleza normativa opera con notable singularidad, en tanto que renuncia por definición a la fuerza vinculante que en principio debería acompañarle, para volcarse más bien en una función de guía u orientación. No son obligatorias para los Estados miembros de la OIT, que, a diferencia de los convenios, disponen de pleno margen para seguir o no sus pautas de regulación. Eso no significa, de todas formas, que los Estados puedan ignorarlas o darles la espalda por completo. Más bien, deben procurar que sus autoridades las tengan en cuenta en el ámbito de sus competencias, y ese es el motivo, a la postre, de que deban informar sobre el grado de aplicación o seguimiento de las mismas. Como dice la Constitución de la OIT, la recomendación no se ofrece al Estado para su ratificación, pero sí para su «examen», lo cual supone que las recomendaciones se vigilan al igual que los convenios (aunque «probablemente» sin la posibilidad de constituir «comisiones de encuesta»)⁵⁵, y que un buen comportamiento estatal respecto de la acción normativa de la OIT implica la puesta en ejecución a través de su legislación interna no sólo de los convenios, sino también de las recomendaciones, a sabiendas de su carácter más orientador que prescriptor. Tal vez su mayor virtualidad resida en su tono persuasivo, que, con la discreción que ello comporta, puede conducir a medio o largo plazo a la modelación de los ordenamientos laborales.

8. EL SISTEMA NORMATIVO DE LA OIT EN RELACIÓN CON LOS SISTEMAS NACIONALES

Como ocurre generalmente con los instrumentos de carácter supranacional, el sistema normativo de la OIT no es autosuficiente ni autónomo ni en su proyección funcional ni en su manera de regir. No existe, por decirlo de otro modo, un sistema de relaciones de trabajo (o de relaciones sociales, si quisié-

⁵⁵ Como dijera en su momento M ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, Universidad de Madrid, 1971, p. 291.

ramos dar a esa idea mayor amplitud) de ámbito internacional que sirva de base de operaciones para esa actividad normativa, sin perjuicio de la particularidad que desde ese punto de vista pueda revestir la empresa multinacional o de la singular perspectiva de los movimientos migratorios, que por definición operan en ámbitos supranacionales⁵⁶. No se dirige la acción normativa de la OIT a un espacio social que pudiéramos calificar «de su propiedad» (por ser de su exclusivo gobierno), sino a los sistemas nacionales, que por lo general, y como parece lógico, ya cuentan con otros instrumentos o segmentos normativos de carácter nacional. Cabría plantearse si puede tener sentido la «internacionalización» de las relaciones laborales, o de parte de las mismas, con vistas a la creación de un territorio propio de las relaciones de trabajo (o de las ya mentadas relaciones sociales) para la proyección de la acción normativa de la OIT, más allá de los ámbitos puramente nacionales. Pero tal cosa, de ser en algún momento realizable, no deja de ser todavía una ficción más que una realidad conocida o verificable, con independencia de que en ocasiones la OIT haya intentado ofrecer catálogos normativos de pretendida validez mundial (como contrapeso, a veces, de la progresiva mundialización de las relaciones económicas). De ahí que la norma de la OIT se destine a los Estados para que éstos, mediante los cauces pertinentes, y mediante su propia acción normativa, procedan, tras la pertinente asunción o aceptación, a otorgarle el correspondiente espacio de juego dentro de sus confines.

Normalmente, el visto bueno de los Estados respecto de las normas de la OIT tiene lugar a partir del oportuno acto de ratificación, como está previsto, según veremos, en el ordenamiento nacional español. También es habitual que, una vez ratificada la norma internacional en cuestión, el propio Estado, a través de sus particulares procedimientos de construcción normativa, proceda a insertar las previsiones o prescripciones de la OIT en alguno de los instrumentos que componen su sistema jurídico nacional, para darle así la oportunidad real de entrar en funcionamiento. De todo ello podemos deducir dos pequeñas conclusiones: en primer lugar, que la validez de la norma de la OIT dentro del territorio nacional depende de su aceptación por parte del Estado, y, en segundo lugar, que normalmente los Estados deben llevar a cabo una especie de transposición de la norma de la OIT a su Derecho interno para que aquella alcance plena y verdadera capacidad de regir. A todo lo cual cabría añadir que las normas de la OIT también admiten la posibilidad de que esa incorporación al sis-

⁵⁶ *Vid.* sobre esa particular problemática, D. LANTARÓN BARQUÍN, «Migraciones laborales y Organización Internacional del Trabajo: revisando los pilares de una construcción normativa universal», *Temas Laborales*, núm. 152 (2020), pp. 54 ss., como parte de una bibliografía especialmente abundante.

tema nacional se efectúe a través de la negociación colectiva, aunque sea el Estado, en última instancia, el responsable dentro de su territorio de la observancia efectiva de esas normas internacionales una vez que hayan sido ratificadas. Se trata, como puede apreciarse, de una curiosa situación de concurrencia de dos grandes segmentos normativos: las normas de la OIT y las normas del Estado de referencia, bajo el presupuesto de que hay coincidencia en su respectivo ámbito de aplicación, en tanto que, como hemos dicho, el destino de las normas de la OIT no es un hipotético sistema internacional de relaciones laborales, sino cada uno de los sistemas nacionales de los países que, siendo partícipes de la OIT, proceden a la oportuna ratificación o aceptación.

De cualquier modo, y dejando al margen ahora esos hipotéticos escenarios, aquella necesidad de convivencia de las normas de la OIT con las normas del Estado al que se dirigen no deja de suscitar diversos problemas e interrogantes. En principio, la articulación entre una y otra franja normativa puede parecer fácil o sencilla, porque las prescripciones normativas de la OIT, con independencia de que sean más o menos exigentes en su contenido, suelen contar, como hemos visto, con la participación del Estado, en el sentido de que el proceso natural para la vigencia de las reglas de la OIT tiene como presupuesto o punto de partida la adaptación previa del sistema nacional a los correspondientes niveles o estándares. Dicho de otro modo: la norma de la OIT informa y orienta, y la norma nacional regula en sentido propio. Para ello es habitual, además, que el Estado cuente con un holgado margen de apreciación, no ya porque las prescripciones de la OIT sean normalmente mínimas o muy básicas, sino más bien porque la norma de la OIT suele dar diversas opciones de regulación, como tuvimos ocasión de señalar.

Ese panorama general, no obstante, no elimina por completo los riesgos de colisión o concurrencia conflictiva entre la norma internacional y la norma nacional. Pueden plantearse dudas, efectivamente, acerca de la norma preferente o de mayor jerarquía cuando ambos segmentos normativos abordan una misma materia de manera desajustada o divergente, por falta de incorporación al Derecho nacional de las prescripciones de la OIT, por deficiencias de cualquier otro tipo en el ordenamiento interno o por la propia configuración, tradición o fisonomía de las normas domésticas. El riesgo cobra mayor envergadura, cabe pensar, cuando se trata de materias reguladas en el ámbito nacional por la negociación colectiva, ya sea por la mayor distancia que pudiera existir entre la posición de los sujetos negociadores del convenio colectivo y el correspondiente mandato de la OIT, que se dirige de manera más directa, formal o inmediata a los poderes del Estado, ya sea por la diversidad de posiciones que pueden y suelen registrarse entre las diferentes unidades que componen el

mapa de la negociación colectiva. Sea como fuere, ¿qué norma debe considerarse preferente, en el supuesto de que no fueran compatibles? ¿La norma nacional o la norma de la OIT? Desde el punto de vista estricto del principio de jerarquía probablemente haya que sostener la prevalencia de la norma internacional (salvando la posición especial de la norma constitucional), pero también hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones la norma nacional alcanza en términos globales un nivel superior de condiciones de trabajo o de protección social al que se deduce de la norma de la OIT, aunque en algún aspecto particular pueda situarse aparentemente en niveles inferiores. ¿Basta que en un punto concreto la regla nacional, por ejemplo un convenio colectivo, ofrezca condiciones inferiores para inclinarse por la prevalencia de la norma internacional, aunque en una comparación más global sea preferible la norma interna? En todo caso, el conflicto entre norma internacional y norma nacional ha de resolverse según las reglas de cada país y la condición que atribuyan a la norma internacional. Si se le da fuerza normativa en el ordenamiento interno o se equipara en su valor a la ley interna, se habrá de respetar su supremacía, pero no se olvide que su aplicación efectiva depende también de que la norma internacional esté redactada en términos suficientemente precisos, que permitan su invocación por los particulares⁵⁷.

9. LAS NORMAS DE LA OIT EN EL SISTEMA NORMATIVO INTERNACIONAL

Ya hemos dicho en alguna otra ocasión que junto al sistema normativo de la OIT la categoría de «legislación laboral internacional» alberga otros instrumentos de esa misma dimensión mundial o en cualquier caso con alcance supranacional, más allá de lo que representa para la regulación de las relaciones de trabajo a esa escala supranacional tanto la negociación colectiva en sentido tradicional como el denominado «diálogo social»⁵⁸. Cabría hablar de tres grandes componentes de naturaleza pública o institucional dentro de esos otros espacios de la legislación laboral internacional, todos los cuales, como es obvio, han de operar y realizar sus funciones en colaboración o convivencia con las normas de la OIT, que a su vez suelen contar con esos otros centros de producción normativa de escala internacional, con los que no es infrecuente la coordinación en el plano de las iniciativas y de la adopción de normas y otras

⁵⁷ Vid. N. VALTICOS, *Derecho Internacional del Trabajo*, Tecnos, 1977, pp. 187-188.

⁵⁸ Vid. J. GARCÍA MURCIA, «La legislación laboral internacional: mandato y función de la Organización Internacional del Trabajo», *Documentación Laboral*, núm. 116 (2019), pp. 9 ss.

medidas⁵⁹. El primero de ellos tiene conexiones evidentes con esta misma Organización, sobre todo porque procede de un tronco común. Se trata, como ya habrá advertido el lector, de las normas aprobadas en el seno de la Organización de Naciones Unidas (ONU), de la que la OIT también es partícipe (como lo fue en su origen de la Sociedad de Naciones). La ONU no cuenta, ciertamente, con una regulación específica o exclusivamente laboral, pero sí ha propiciado la aprobación de instrumentos normativos con contenido laboral y social. Son cartas y declaraciones de derechos, que tienen proyección general para el conjunto de las relaciones sociales pero que contienen una interesante veta laboral y social. Se trata de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 y, como una especie de complemento y especificación de la misma, del Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966, gestado y crecido, por lo demás, en una especie de vía paralela a la del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Como el lector recordará, dentro de estos instrumentos se reconoce buen número de derechos laborales (como el derecho al trabajo, el derecho a la igualdad salarial, el derecho al descanso o el derecho de libertad sindical), y se proclama también el derecho a la seguridad social.

Otro foco de producción de normas internacionales con trascendencia laboral es el Consejo de Europa, que, como de todos es sabido, cuenta con dos instrumentos de interés en el mundo del trabajo. El primero de ellos es el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, que incluye sobre todo derechos de carácter general pero que, como se ha demostrado mediante la correspondiente experiencia jurisdiccional, ha logrado conseguir una proyección nada despreciable en el ámbito de las relaciones de trabajo, por la vertiente laboral que pueden alcanzar algunos de sus derechos (como el respeto a la vida privada, la libertad de expresión o el derecho de igualdad y no discriminación). El segundo instrumento procedente del Consejo de Europa que tiene relevancia para el trabajo es la Carta Social Europea, aprobada en 1961 en su versión original y revisada en 1996. Ni que decir tiene que se trata ya de una norma específicamente laboral y social, pues no tiene otra vocación que el reconocimiento de derechos a favor de las personas que trabajan o que viven de su trabajo. Por ello mismo, su capacidad de impacto e influencia en el ámbito laboral y social es en principio mucho mayor que en el caso del Convenio de 1950, aunque también hay que tener en cuenta que su formulación es tan directa y precisa como la del

⁵⁹ Vid. T. USHAKOVA, «La OIT como una organización dinámica en el sistema de derecho internacional», VV. AA., *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante* (dir. y coord.. J. L. GIL y GIL), Cinca, Madrid, 2017, pp. 61 ss.

Convenio (entre otras razones, porque se dirige prioritariamente a la acción normativa del Estado), y que la Carta, a diferencia de ese otro instrumento, no está dotada de órganos de interpretación y aplicación de carácter jurisdiccional, sino únicamente de instancias de seguimiento de naturaleza más bien política (como el Comité de Derechos Sociales).

La tercera franja de la legislación laboral internacional más allá del sistema normativo de la OIT está representada por el Derecho de la Unión Europea. De todos es sabido que no se trata de un ingrediente puramente laboral, y que la Unión Europea se ha ido acercando al ámbito de las relaciones de trabajo, y de la protección social, desde terrenos que en sus orígenes fueron preferentes o más conectados a los fines de creación de un mercado común, como la ordenación de la producción y el comercio. Pero con el paso del tiempo, y por muy diversos factores, las competencias de la Unión Europea en materia laboral y social han llegado a adquirir una envergadura extraordinaria, como hoy en día puede comprobarse sin mayor dificultad en el Tratado de Funcionamiento de esa organización supranacional, especialmente en su Título X sobre Política Social. No cabe ninguna duda de que en la actualidad el mayor foco de producción de normas laborales reside precisamente en las pertinentes instituciones comunitarias, y tampoco es discutible que el principal instrumento de orientación e impulso de los ordenamientos laborales nacionales es en nuestros días el llamado Derecho comunitario. Para dar una caracterización medianamente consistente de esta particular parcela de lo que hemos venido calificando como legislación laboral internacional haría falta mucho más espacio del aquí disponible, pero basten tres indicaciones al respecto: por lo pronto, es una parcela que se inscribe en un sistema mucho más amplio y complejo, y que junto a los fines propios de la legislación laboral debe atender otros bienes y objetivos, de muy diverso orden; en segundo lugar, es un bloque normativo que se compone de instrumentos reguladores de índole muy variada, lo cual condiciona su intensidad reguladora y su manera de obligar; en tercer lugar, es un entramado de normas que está dotado de mecanismos de salvaguarda y exigencia de enorme potencia, que garantizan su primacía sobre los ordenamientos nacionales y que velan por su aplicación efectiva en la hipótesis de inobservancia o incumplimiento.

Una posición singular ocupan en este contexto las organizaciones internacionales de carácter sectorial, algunas de ellas competentes en espacios de trabajo muy atendidos desde sus primeros momentos por la OIT y, por ello mismo, especialmente conectadas a nuestra Organización en el despliegue de su actividad normativa y promocional. Probablemente el caso más reseñable en este sentido es el de la Organización Marítima Internacional (OMI), creada

en el año 1948 y operativa desde 1958 como organismo especializado de la Organización de Naciones Unidas en relación con la seguridad, la protección y el comportamiento ambiental en el transporte marítimo internacional y cuyos criterios de regulación influyeron en buena medida en la elaboración y aprobación en el año 2006 del Convenio 186 sobre trabajo marítimo (MLC) ⁶⁰, como compendio y modernización de las muchas normas aprobadas en la OIT con anterioridad para «la gente del mar» ⁶¹. Digna de atención es asimismo la relación de la OIT con organizaciones internacionales del ámbito de la economía y el comercio, entre las que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Organización Mundial del Comercio (OMC) probablemente merezcan una mención particular, la primera por su cooperación con la OIT en el fomento de comportamientos empresariales responsables (bajo el conocido lema de responsabilidad social de las empresas), y la segunda por sus funciones de conducción y supervisión de un sistema de relaciones económicas y comerciales en el que adquiere inusual relevancia la preservación de los principios de y derechos fundamentales proclamados desde nuestra Organización ⁶².

10. LA RELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO CON LA UNIÓN EUROPEA

De mucho interés sería la puesta en contacto del sistema normativo de la OIT con esas otras franjas de la legislación laboral internacional, para tratar de identificar sus puntos comunes o sus divergencias, para explorar canales de comunicación y articulación, para aquilatar su respectivo papel en la regulación del trabajo o, llegado el caso, para hacer visibles o apreciables sus recíprocos impactos o sus mutuas influencias. Quedémonos ahora con la relación entre las normas de la OIT y la actividad normativa e institucional de la Unión Europea, mucho más rica e intensa de lo que seguramente se podría pensar en una primera aproximación. Ciertamente, es difícil encontrar dentro del sistema comunitario pasajes normativos que se ocupen de manera explícita o directa de

⁶⁰ Vid. J. M. SERVAIS, «España y las normas de la OIT o cómo renovar una bella historia», VV. AA., *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante* (dir. y coord.. J. L. GIL y GIL), Cinca, Madrid, 2017, p. 54.

⁶¹ Vid. O. FOTINOPOULOU BASURCO, «Los convenios y recomendaciones de la OIT sobre la gente del mar. Análisis de su implementación en España», *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 112 /2014), pp. 147 ss; por su relación con el derecho comunitario, *La gente del mar en el derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, 2023, entre otras obras de esta misma autoría.

⁶² Vid. J. L. GIL Y GIL, «Justicia social y acción normativa de la OIT», cit., pp. 10 ss.

las relaciones entre una y otra organización internacional. Pero más allá del papel que a estos efectos pudieran jugar las cláusulas generales de apertura de la Unión Europea hacia otras organizaciones internacionales (presentes como se sabe en diversos capítulos de los Tratados constitutivos y, especialmente, en el Título dedicado por el Tratado de Funcionamiento de la UE a los Acuerdos Internacionales), vale la pena recordar que en el año 1959 fue firmado un Acuerdo de colaboración entre la OIT y la entonces denominada Comunidad Económica Europea, para contribuir, fundamentalmente, a la expansión económica, la mejora del empleo y la elevación del nivel de vida en el espacio comunitario.

La relación entre ambas organizaciones es, en cualquier caso, algo poco menos que inevitable, entre otras razones porque los países pertenecientes a la UE son también miembros de la OIT y porque, desde hace ya bastantes lustros, la UE viene ocupándose no sólo del mercado y la producción sino también de las condiciones de trabajo y de los derechos de las personas que trabajan. Es una relación, por lo demás, que cuenta ya con numerosas y muy diversas manifestaciones, que en parte tienen que ver con la posición de la UE como sujeto de Derecho internacional (y la pertinente distribución de competencias con sus Estados miembros), y en parte son consecuencia de la implicación de las instituciones comunitarias en la observancia y la difusión de determinados valores en el ámbito del trabajo y el empleo. Entre esas manifestaciones figura la autorización, orientación o «invitación» de la UE a los Estados que forman parte de la misma con vistas a ratificar los correspondientes Convenios de la OIT, bajo el presupuesto de que la ratificación, siendo aún función del Estado, se cierne sin embargo sobre materias que son competencia de la Unión.

También es reseñable, dentro de esa misma línea, la aprobación de directivas comunitarias para consolidar y facilitar la aplicación en el ámbito comunitario de reglas procedentes de la OIT previamente asumidas mediante acuerdo colectivo entre los correspondientes interlocutores sociales, o para asegurar el cumplimiento efectivo por parte de los Estados miembros de sus obligaciones en relación con determinados convenios internacionales (como los relativos a las condiciones de vida y trabajo de la gente del mar). Es digna de mención, asimismo, la invocación de las normas y principios de la OIT como paradigma de regulación laboral en los acuerdos celebrados por la UE con terceros Estados (como es el caso del Acuerdo económico y comercial firmado en el año 2016 con Canadá), al igual que la utilización de las normas de la OIT como elemento interpretativo de las normas comunitarias de contenido paralelo y, en su caso, de los derechos laborales proclamados por el acervo comuni-

tario (como ha ocurrido en sede jurisdiccional con el derecho a vacaciones). Son de interés, en fin, los programas comunes de cooperación entre la OIT y la UE para la difusión de buenas prácticas de gobernanza en un determinado país o para el respeto de los derechos y principios básicos del trabajo en el contexto de las transacciones comerciales y económicas, a veces con la participación de otras organizaciones internacionales (como la OCDE).

Esta experimentada y creciente relación entre la OIT y la UE puede hacer aconsejable, por otra parte, una labor de cotejo o de contraste entre las normas de contenido laboral o social aprobadas en el seno de una y otra Organización. No tenemos espacio ahora para un empeño de tales características, que para su cabal cumplimiento requeriría un análisis minucioso de uno y otro acervo normativo, con atención a su origen, a sus propósitos y objetivos o a su concreta formulación, entre otros datos de interés. Pero sí debemos poner de relieve, en cualquier caso, que en algunas materias la acción normativa de la OIT ha influido en las normas laborales de la UE (como ha podido ser el caso, por citar tan sólo algunos de los posibles ejemplos, de la limitación de los tiempos de descanso y el reconocimiento de derechos de descanso, o incluso el de la igualdad salarial), mientras que en otras ha sido la correspondiente norma de la UE la que ha servido de algún modo de espoleta para la entrada en escena de la OIT (como ha podido suceder en materia de protección del trabajador frente a la insolvencia de la empresa o en la regulación específica de las empresas de trabajo temporal). Tampoco está de más poner de manifiesto que una comparación entre uno y otro sistema normativo arroja en esencia tres tipos de escenarios: materias tratadas por uno y otro sistema en sentido similar o coincidente aunque sea con diferencias de cronología (igualdad de trato y no discriminación, conciliación de trabajo y responsabilidades familiares), materias tratadas por uno y otro sistema pero con orientación distinta o en algún aspecto divergente (corrientes migratorias, trabajos de estiba portuaria, trabajo de los jóvenes y menores, extinción del contrato de trabajo), y materias diferenciales o no compartidas (libertad sindical en la OIT; participación de los trabajadores, transmisión de empresa o trabajo atípico, en la UE), sin necesidad de entrar en estos momentos en el plano de la convergencia o divergencia en el tratamiento de una determinada cuestión o aspecto del trabajo⁶³.

⁶³ Como la eventual fricción entre las previsiones del Convenio de la OIT núm. 94 de 1949 sobre cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por autoridades públicas y la sentencia TJUE de 3 de abril de 2008 (C-346/06, *Rüffert*), según algún comentarista. Vid. M. A. CORVAGLIA, *Public Procurement and Labour Rights. Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2017, p. 68.

11. ESPAÑA Y LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

La historia de la legislación social en España acredita sin lugar a dudas una adhesión real, y no sólo protocolaria, a los impulsos de intervención y a los criterios de regulación expandidos por la Organización Internacional del Trabajo por parte de nuestro país. España se incorporó a la OIT justamente en el año de su fundación, y por esas mismas fechas ratificó sus primeros instrumentos. Es verdad que quedó fuera de dicha Organización durante los primeros compases del régimen franquista (de 1941 a 1956), como sucedió también durante el periodo de entreguerras con algunos otros países europeos presididos por gobiernos totalitarios, aunque no siempre llegaron a perder todo contacto con dicha Organización⁶⁴. Muchos de esos otros países europeos activaron a partir de 1945 los correspondientes procesos de readmisión⁶⁵, mientras que España tuvo que esperar un par de lustros más para su reincorporación, con la particularidad añadida de que sólo durante el periodo de tránsito hacia el actual régimen constitucional pudo alcanzarse la plena armonía con los principios y derechos proclamados por dicha Organización, tras la ratificación de determinados convenios (como los de libertad sindical) que resultaban especialmente sintomáticos en ese sentido. Con todo, hubo que esperar a la fecha de 10 de septiembre de 1982⁶⁶ para que se procediera a una ratificación formal de la Constitución de la OIT, referida tanto a su texto fundacional de 1919 como a las sucesivas «Enmiendas» introducidas desde entonces⁶⁷, aspecto que fue completado mediante Instrumento de 29 de septiembre de 1999⁶⁸, de ratificación de una enmienda posterior⁶⁹.

En un balance global, la actitud esencial de respeto y consideración de España hacia la OIT queda perfectamente acreditada, de cualquier manera, por el significativo número de convenios ratificados, el más alto de entre los países miembros⁷⁰. A la fecha de cierre de estas consideraciones, son 137 los convenios que han recibido ese acto formal de aceptación, cifra que no admite ninguna duda sobre la favorable posición española hacia esa clase de directrices

⁶⁴ Vid. S. GALLO, «L'Italia nell'OIL durante il periodo fascista», VV. AA. (dir. L. Mechi y A. Sitzia), *Cento anni nell'Organizzazione Internazionale del Lavoro*, Cedam, Milano, 2023, pp. 39 ss.

⁶⁵ Vid. N. VALTICOS, *Derecho Internacional del Trabajo*, Tecnos, 1977, pp. 101 ss.

⁶⁶ BOE de 21 de septiembre de 1982.

⁶⁷ Concretamente, las de 1922, 1945, 1946, 1953, 1962 y 1972.

⁶⁸ BOE 30 de enero de 2018.

⁶⁹ La que había sido aprobada con fecha de 19 de junio de 1997.

⁷⁰ Vid. J. M. SERVAIS, «España y las normas de la OIT o cómo renovar una bella historia», VV. AA., *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante* (dir. y coord. J. L. GIL y GIL), Cinca, Madrid, 2017, pp. 29 ss.

internacionales, aunque sea bastante más escaso el número de protocolos oficialmente asumidos⁷¹. No debe ocultarse, de todas formas, que hasta muy cerca de nuestros días España mantuvo cierta distancia, a veces manifestada como abierta reticencia, respecto de algunos convenios de la OIT, como el del trabajo a domicilio y el que se ocupa de la prestación de servicios de carácter doméstico, que sólo en fechas recientes han sido objeto de ratificación. Pero en el balance de conjunto que antes proponíamos, la disposición de España al seguimiento y cumplimiento de las prescripciones de la OIT puede calificarse de excepcionalmente positiva.

Cuestión distinta es que la legislación social española se haya inclinado por seguir de manera explícita y estricta las indicaciones de la OIT o que, por el contrario, haya preferido marcar su propio paso en muchos aspectos de la ordenación legal de las relaciones de trabajo y de la política social, como efectivamente ha sucedido, probablemente por la mayor influencia de nuestras propias tradiciones o de otros variados factores⁷². Hay que tener en cuenta, en ese sentido, que desde nuestra incorporación a la Unión Europea, el principal elemento de orientación del ordenamiento laboral español es el denominado «derecho comunitario», que, bien sea como regla de aplicación directa, ya sea como directriz de regulación, es de observancia obligada para los Estados miembros. Mucho más cuando las normas comunitarias de mayor calado en nuestro sistema (como pudieran ser las relativas a la transmisión de empresa, al despido colectivo o a la contratación temporal) son objeto de interpretación por parte del Tribunal de Justicia, en tanto que tal doctrina, además de su impacto en la labor cotidiana de nuestros juzgados y tribunales, debe ser atendida por el legislador.

Lo cierto es que los procesos de elaboración de las normas laborales suelen contar con las exigencias europeas más que con los pertinentes instrumentos de la OIT, y, del mismo modo, suelen apelar en mayor medida a las propuestas resultantes del diálogo social interno que a las eventuales demandas de esa Organización internacional. Es revelador que, salvo error u omisión, nin-

⁷¹ Sólo uno de los aprobados por la OIT, siempre según la información que por vía electrónica proporciona NORMLEX (*Information System on International Labour Standards*), de la que se puede extraer también el dato de que han sido ratificados por España los 10 convenios fundamentales, los 4 de gobernanza, y 123 de los técnicos sobre un total de 177. De esos convenios, 89 están en vigor, 28 han sido denunciados, 11 se encuentran abrogados, y «2 han sido ratificados en los últimos 12 meses».

⁷² Eso es, justamente, lo que parece haber sucedido, al menos en una primera aproximación, en el terreno de la solución por medios extrajudiciales de los conflictos laborales, en el que nuestro sistema se ha ido construyendo con impulsos propios, escasamente asimilables a las recomendaciones de la OIT. *Vid.* el capítulo dedicado a España en la obra colectiva *Medios de solución de conflictos laborales. Perspectiva euroamericana* (dir. de J. GARCÍA MURCIA y V. TORRES DE LEÓN), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

guna de las normas sobre reforma laboral aprobadas por nuestro legislador desde el año 1994 haga referencia en su preámbulo a la posible utilidad de las normas de la OIT para conformar la nueva regulación, o a sus eventuales imposiciones. Sólo algunas normas de reciente factura han dejado patente la trascendencia de esa fuente de inspiración, en buena medida por el propósito explícito del legislador nacional de hacer valer ante la sociedad el cambio de actitud que ello representaba para nuestro Estado respecto de posiciones precedentes. Se trata, obviamente, de la regulación legal del trabajo a distancia⁷³, que tomó entre sus referencias el Convenio núm. 177 de la OIT sobre trabajo a domicilio, y de las modificaciones introducidas en el régimen jurídico de la relación laboral especial de los empleados de hogar⁷⁴, que hizo lo propio con el Convenio núm. 189 de dicha instancia internacional.

Una reflexión especial merece en este contexto la libertad sindical, sobre cuya situación en España la OIT llegó a realizar dos importantes informes: el primero de ellos se dio a conocer en el año 1969, antes de la ratificación de los Convenios 87 y 98 de dicha Organización, y con el fin de atender las quejas elevadas por ausencia de tales derechos en nuestro sistema, y el segundo apareció en el año 1985, una vez que se había procedido a la aceptación oficial de esas normas, junto a otras muchas declaraciones y cartas internacionales⁷⁵. Sin embargo, y a pesar de esa intervención tan directa de la OIT, nuestro país no fue particularmente pródigo a la hora de reconocer la influencia de esa Organización internacional en nuestro costoso proceso de recuperación de los derechos sindicales. Por el contexto en el que fue elaborada, era de esperar que las

⁷³ Ley 10/2021, de 9 de julio, en cuyo preámbulo se dice lo siguiente: «Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo reguló, en su Convenio n.º 177 y en la Recomendación n.º 184, el trabajo a domicilio, entendiendo que esta modalidad se produce cuando se realiza la actividad laboral en el domicilio de la persona trabajadora o en otro local que esta escoja, distinto de los locales de trabajo de la empresa, a cambio de una remuneración y con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones de la misma».

⁷⁴ RDL 16/2022 de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y la protección social de las personas al servicio del hogar, en cuyo preámbulo aparece el siguiente párrafo: «Además, resulta imprescindible para incorporar al ordenamiento español lo establecido en el Convenio número 189 de la OIT, sobre condiciones relativas al trabajo decente para los trabajadores domésticos (citado como el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011), cuya ratificación es un compromiso adquirido por el Gobierno y también por gobiernos españoles anteriores, que cuenta con un amplio consenso político, sindical y social y que tiene un espectro amplio que se refiere tanto a las condiciones de trabajo como a las de Seguridad Social. Ya el 8 de mayo de 2013 la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados aprobaba por unanimidad una proposición no de ley consensuada por todos los grupos de la Cámara que instaba al Gobierno a someter a evaluación la ratificación del Convenio y a proceder a la adaptación de la legislación española en el sentido en que regulan el Convenio número 189 y la Recomendación número 201 de la Organización Internacional del Trabajo».

⁷⁵ El primero de esos informes de la OIT llevaba el título de *La situación laboral y sindical en España* (Ginebra, 1969), y el segundo el de *Situación sindical y relaciones laborales en España* (Ginebra, 1985).

normas aprobadas en los inicios de los años setenta del siglo pasado⁷⁶, con las que se intentó una especie de reconfiguración del «sindicato vertical» propio del régimen franquista, no hiciera ninguna alusión a esa fuente internacional, aun cuando fuera promovida, precisamente, para tratar de responder a las conclusiones difundidas por el Informe de 1969. Pero bastante más extraño resulta que tampoco se incluyeran referencias de ese tipo en las normas de desarrollo del artículo 28.1 de la Constitución⁷⁷, que en buena lógica debían ajustarse a los estándares del gran faro en la materia, que no podía ser otro que la OIT (como, por cierto, entendió bien la Ley aprobada en el año 1977 como soporte de transición)⁷⁸. Mediante sendos instrumentos de 14 de abril de 1977 se habían ratificado los Convenios 87 y 98 de la OIT (sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, y sobre la aplicación de los principios de libertad sindical y de negociación colectiva, respectivamente), pero poco más se volvió a decir de ellos hasta que la rocambolesca disposición derogatoria de la LO 11/1985 tuvo que solventar de algún modo la contradicción que en lo referido al derecho de asociación de los empresarios se empezaba a notar en nuestro sistema en comparación con las normas de la OIT⁷⁹.

La contradicción, en cualquier caso, no fue advertida por el Tribunal Constitucional⁸⁰, tal vez demasiado apegado a las posiciones del legislador a la hora de pronunciarse sobre el tema. Por cierto, no ha sido muy frecuente tampoco que las normas de la OIT aparezcan en nuestra jurisprudencia constitucional. Puede ser algo comprensible, puesto que son más propias de la jurisdicción constitucional las cartas o declaraciones de derechos que las normas reguladoras de condiciones de trabajo, género éste al que pertenece en mayor grado el sistema normativo de la OIT. Ahora bien, tampoco hay motivos para

⁷⁶ Ley Sindical 2/1971, de 17 de febrero, y normas complementarias.

⁷⁷ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto.

⁷⁸ Decía el preámbulo de la Ley 19/1977, de 1 de abril, lo siguiente: «En consecuencia, se estima llegado el momento de proceder a la reforma de la Ley Sindical en este importante extremo, con toda la extensión y flexibilidad permitidas por el marco institucional. Esta reforma habrá de orientarse a la protección legal de la libertad de asociación sindical de los trabajadores y empresarios para la defensa de sus intereses peculiares, sin otros límites funcionales que los inherentes a la naturaleza profesional de sus fines estatutarios y al deber de acatamiento de la legalidad; todo ello en el ejercicio de las libertades propias de una sociedad democrática y teniendo en cuenta los convenios internacionales, especialmente los convenios números 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recientemente firmado por el Gobierno español».

⁷⁹ Decía la mencionada disposición derogatoria de la LOLS: «Quedan derogados la Ley 19/1977, de 1 de abril, y el Real Decreto 873/1977, de 22 de abril, en todo cuanto se oponga a la presente Ley, permaneciendo vigente la regulación que contienen dichas normas referidas a las asociaciones profesionales y, en particular, a las asociaciones empresariales cuya libertad de sindicación se reconoce a efectos de lo dispuesto en el artículo 28.1 de la Constitución española y de los convenios internacionales suscritos por España».

⁸⁰ *Vid.* sentencia 52/1992, de 8 de abril. Sobre el tema, CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español», AFDUAM, núm. 8 (2004), p. 169.

descartar por completo esa fuente de regulación en los juicios de constitucionalidad, en tanto que la OIT también reconoce derechos que pueden tener espacio de juego a través de la cláusula de apertura y remisión del artículo 10.2 de la Constitución española, entre ellos la libertad sindical y los más esenciales ingredientes de la misma, como la huelga o la negociación colectiva. No se puede decir que el máximo intérprete de la Constitución se haya olvidado de esta fuente internacional especializada en asuntos laborales y sociales, pero tampoco puede hablarse de una presencia masiva ni de una influencia determinante en su doctrina⁸¹. La sentencia que decidió sobre el recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto contra el proyecto de ley de libertad sindical podía haber proporcionado una buena ocasión para extenderse sobre el significado o alcance de esas orientaciones de cuño internacional, pero en ella tan sólo se baraja el Convenio núm. 141 de la OIT sobre derechos de organización de los trabajadores rurales con el fin de avalar la exclusión de los trabajadores autónomos del núcleo duro de la libertad sindical⁸². La sentencia de 1981 sobre la regulación preconstitucional de la huelga también pudo dar recepción a los criterios de dicha Organización internacional a la hora de argumentar sobre el impacto de los servicios esenciales de la comunidad en el ejercicio de esa medida de acción colectiva, pero los razonamientos quedaron ceñidos de nuevo al estricto contexto nacional⁸³. Sólo mucho más tarde, con ocasión de la reforma laboral de 2012⁸⁴ y de la impugnación del comúnmente denominado

⁸¹ Los instrumentos de la OIT (convenios en su inmensa mayoría) han sido objeto de consideración en algo más de sesenta sentencias del TC desde los inicios de su doctrina hasta la fecha de cierre de este estudio, normalmente como soporte normativo complementario o de carácter orientativo, y casi siempre en los juicios de amparo, muy escasamente en los procesos de inconstitucionalidad. Como era de esperar, la materia con mayor número de invocaciones (algo más de veinte) es la relativa a la libertad sindical, generalmente con cita conjunta de los convenios 87 y 98, algunas veces con presencia exclusiva de uno u otro y en alguna ocasión con referencia a la doctrina del Comité de Libertad Sindical, además de la mencionada cita al Convenio 141 sobre organización de los trabajadores rurales. En un apreciable número de sentencias (cerca de la docena) se hace alusión al Convenio 135 sobre garantías de los representantes de los trabajadores (principalmente para asuntos ligados a la representación sindical), y hasta en dieciséis resoluciones se invoca el Convenio 158 sobre terminación de la relación de trabajo (generalmente a propósito del despido, por muy variadas causas, y en algún supuesto en relación con la denuncia de contratos a término). Las restantes sentencias del TC que conforman este particular acervo aluden alude a Convenios de muy diverso contenido, desde los que tratan de situaciones ligadas a la protección de la familia (103, 111 y 156, que aparecen mencionados en seis ocasiones), a los que establecen mínimos en materia de seguridad social (102 y 128), con dos referencias al Convenio 132 sobre vacaciones retribuidas, otras tantas a los Convenios relacionados por una u otra causa con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo (45, 111 y 147), y una al Convenio 140 sobre licencia pagada de estudios.

⁸² Sentencia TC 98/1985, de 29 de julio.

⁸³ Sentencia TC 11/1981, de 8 de abril, seguida en este concreto punto por la sentencia TC 26/1981, de 17 de julio.

⁸⁴ Para la sentencia TC 119/2014, de 16 de julio (fundamento jurídico 3), la peculiaridad prevista en nuestro ordenamiento para el desistimiento durante el período de prueba «se encuentra en sintonía con lo dispuesto en el Convenio núm.158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la termi-

«despido por absentismo»⁸⁵, apareció con cierto protagonismo la OIT en los juicios de constitucionalidad de nuestras normas laborales, como apoyo en todo caso a la argumentación de pura base constitucional.

Mayor presencia parece haber tenido la OIT en la jurisprudencia ordinaria, entre otras razones porque la norma internacional forma parte de los instrumentos de regulación que han de manejar los tribunales ordinarios para construir sus razonamientos, al margen ahora de sus eventuales problemas de articulación con la norma interna⁸⁶. Son incontables los casos en los que, en efecto, nuestra Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha invocado las normas de la OIT para construir sus razonamientos, aunque preferentemente lo haya hecho como cláusula de estilo o de manera incidental y accesorio, sin perjuicio de su reiteración o insistencia en determinados temas (como el estatuto de garantías y facilidades de la representación unitaria de los trabajadores o el alcance de determinadas prestaciones de seguridad social)⁸⁷. También es ver-

nación de la relación de trabajo», en tanto que en su art. 2.2 «se autoriza a los Estados a excluir las garantías establecidas en dicho Convenio respecto a «los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido», con el requisito de que «en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable», razonabilidad que según nuestro TC «corresponde resolver a cada Estado» y que tratándose del fomento de un empleo pleno y productivo podría justificar la exclusión de las reglas generales de protección durante un periodo «relativamente largo».

⁸⁵ Sentencia TC 118/2019, de 16 de octubre, en la que se responde literalmente que «no apreciamos que la regulación contenida en el art. 52.d) LET contradiga lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT», dado que «el legislador puede establecer, dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, limitaciones a la aplicación» de dicho precepto internacional, por ejemplo con base en «la defensa de la productividad».

⁸⁶ No hace falta decir que en nuestro sistema interno las normas internacionales forman parte del sistema de fuentes una vez ratificadas y publicadas oficialmente, y que cumplidas tales exigencias prevalecen sobre la norma interna salvo la de rango constitucional (art. 96 CE, art. 1.5 CC y arts. 28 y sig. de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre). Pero tampoco es discutible que el grado de exigencia o el modo de obligar de la norma internacional depende asimismo de su propia configuración, y en tal sentido no está de más recordar que las normas de la OIT se dirigen a los Estados para que, una vez ratificadas (como es el caso de los convenios), o «recibidas» (como es el caso de las recomendaciones), adopten «las medidas necesarias» para hacer efectivas sus disposiciones (si se trata de un convenio), o informen «sobre el estado de su legislación y la práctica» si se trata de una recomendación (art. 19 de la Constitución de la OIT). Pongamos el ejemplo del Convenio núm. 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo, que en su art. 4 dispone lo siguiente: «1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso. 2. Todo Miembro deberá adoptar, de conformidad con la legislación y la situación nacional y en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo». Como es perfectamente sabido, son cláusulas de estilo (es decir, habituales y reiteradas) en los convenios de la OIT, que obviamente no excluyen el valor interpretativo de esos textos, pero que revelan de manera muy clara el despido de estos instrumentos internacionales, como lo hacen igualmente los pertinentes mecanismos de control y seguimiento, que no se aplican a las partes del contrato de trabajo, sino a los Estados miembros.

⁸⁷ Vid. M. A. FALGUERA BARÓ, «La normativa de la OIT y su traslación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral», *Lex Social*, núm. 1 (2016), pp. 34 ss.

dad que en alguna materia pudo revestir mayor virtualidad la invocación del correspondiente convenio de la OIT (como en el terreno de la protección frente al accidente de trabajo sufrido por inmigrantes en situación irregular⁸⁸), y que en determinados aspectos de nuestra legislación laboral la presencia de las normas paralelas de la OIT ha alcanzado un grado de protagonismo nada desdénable, con independencia de que no siempre haya servido para inclinar la balanza de su lado. Muy significativa en este sentido ha sido desde hace tiempo la invocación del Convenio núm. 132 a propósito de la retribución del tiempo de vacaciones⁸⁹, y especialmente llamativa viene resultando en fechas más recientes la sistemática alusión al Convenio núm. 158 de la OIT en los juicios de despido⁹⁰, en algún caso en conexión con el Convenio núm. 155 de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo⁹¹.

Tal vez pudiera decirse, a la vista de las consideraciones anteriores, que nuestro sistema cuenta de manera discreta con el acervo normativo procedente de la OIT, en tanto que no parece ser su soporte principal pero sí uno de sus habituales puntos de referencia. En todo caso, consignar a ciencia cierta el grado de presencia de los instrumentos de la OIT en el sistema español requeriría la apertura de otras muchas sendas de exploración, eludidas en esta ocasión por razones de tiempo y espacio. En el plano de la regulación, habría que constatar hasta qué punto los convenios y acuerdos colectivos españoles han hecho efectiva la posibilidad de actuar como cauce de introducción de esa clase de reglas internacionales en el ordenamiento interno. En el terreno de la interpretación y aplicación de las normas, sería necesario asimismo un cómputo mucho más detallado y preciso acerca del manejo de los convenios y las reco-

⁸⁸ Vid. sentencia TS de 21 de enero de 2010 (rc.106/2009), con voto particular, y las que en ella se citan.

⁸⁹ Vid. el resumen de doctrina de la sentencia TS 414/2018, de 18 de abril, seguida de TS 394/2020, de 22 de mayo, y TS 513/2021, de 11 de mayo. Sobre algunos aspectos de esta problemática, I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, «Jornada parcial variable y retribución de las vacaciones. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 394/2020, de 22 de mayo», *RTSS-CEF*, núm. 451 (2020), pp. 216 ss., y J. GARCÍA MURCIA, «retribución de las vacaciones de los trabajadores a tiempo parcial con ampliaciones de jornada», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6 (2020).

⁹⁰ Sobre este punto, y con advertencia de alguna falta de ajuste, pese a la orientación de los informes de la propia OIT y de la doctrina procedente tanto del antiguo TCT como de la Sala de lo Social del TS, L. MELLA MÉNDEZ, «El Convenio 158 OIT y la regulación del despido en España: valoración de algunos puntos críticos», VV. AA. (dir. T. NAHAS Y F. FITA), *OIT 100 años: una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XX*, Aranzadi, 2018, pp. 91 ss.

⁹¹ Sentencia TS 270/2022, de 29 de marzo, acerca del despido por faltas reiteradas al trabajo aun justificadas (despido «por absentismo»), en la que por cierto se alude al «control de convencionalidad», que no constituye en definitiva, como dijo la sentencia TC 140/2018, de 20 de diciembre, más que «un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas» y de «selección del derecho aplicable», aunque en el citado pronunciamiento persista en «realizar el control de convencionalidad de ese precepto», que no era otro que la ya derogada letra d) del art. 52 ET. Fue seguida por sentencia TS 88/2022, de 2 de noviembre.

mendaciones de la OIT en los escalones inferiores e intermedios de nuestra jurisdicción social. En el ámbito institucional, convendría naturalmente conocer el papel que nuestras instancias de gobierno conceden a la OIT a la hora de diseñar o proyectar sus medidas de intervención en el mercado de trabajo o de sostenimiento y reajuste de nuestro sistema de protección social. En fin, en lo que toca a los actores sociales no habría más remedio que desarrollar un trabajo de campo capaz de mostrarnos con un mínimo de solvencia el relieve que las directrices y orientaciones de la OIT alcanzan en la programación de sus acciones y la fijación de sus estrategias. Tal vez pudiéramos trazar una radiografía bastante aproximada de cada uno de esos escenarios con la exclusiva ayuda de nuestra intuición o nuestras primeras impresiones, pero, en buena lógica, el investigador no debe atreverse a dar por definitivos datos o hechos insuficientemente contrastados.

TRABAJO FORZOSO

JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ DEL RÍO

Doctor en Derecho. Universidad Complutense de Madrid

Acreditado a profesor contratado doctor

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Ámbito subjetivo. Definición de trabajo forzoso.*—3. *El convenio OIT núm. 105.*—4. *El protocolo OIT de 2014.*—5. *La recomendación 203 OIT.*—6. *Influencia de los instrumentos de la OIT en el ámbito europeo.*—7. *El impacto de la normativa de la OIT en el ordenamiento interno español.*

1. INTRODUCCIÓN

El trabajo forzoso constituye una triste realidad que lamentablemente existe en todos los países del mundo. Según estimaciones de la OIT, en el año 2021 más de 27 millones de personas se encontraban en situación de trabajo forzoso, habiéndose incrementado en casi tres millones de personas durante el periodo comprendido entre 2016 y 2021¹. Aunque pudiera pensarse que este fenómeno se circunscribe exclusivamente a países en vías de desarrollo, también los países desarrollados con democracias consolidadas arrastran esta lacra, que carece de cualquier tipo de justificación en la sociedad de hoy. Si bien el trabajo forzoso es más frecuente en países pobres, ninguna capital

¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.: «Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna; trabajo forzoso y matrimonio forzoso. Resumen ejecutivo 2022» (disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipecc/documents/publication/wcms_854797.pdf).

européa está exenta de esta lamentable realidad, que puede esconderse en distintos sectores de la economía.

La persona que resulta ser víctima de trabajo forzoso puede llegar a esta situación a través de distintos cauces. La especial vulnerabilidad es un factor que puede influir de manera especialmente relevante, y determinados empleadores pueden aprovechar las circunstancias de muchos trabajadores migrantes que desconocen tanto el idioma como las leyes del país de destino. El engaño es otra de las formas a través de las cuales se puede acabar en esta situación, ya que las víctimas en muchas ocasiones son reclutadas en sus países de origen con promesas de empleos dignos y bien remunerados, que luego resultan no ser ciertas. No son infrecuentes los casos de mujeres de países pobres que, bajo la promesa de un empleo en un país del primer mundo, terminan siendo explotadas sexualmente y controladas por mafias, que las amenazan con daños a ellas mismas y a sus seres queridos. En otras ocasiones los trabajadores en régimen de trabajo forzoso pueden ser encerrados y vigilados, siéndoles retirados los documentos de identidad o pasaportes para dificultar su movilidad y hacer más palpable su situación de vulnerabilidad. Otras veces el trabajo forzoso tiene su origen en una servidumbre por deudas en la que el trabajador se encuentra en la obligación de prestar servicios para cubrir los costes que tiene que abonar a organizaciones criminales por haberlos conducido irregularmente al país de destino.

No cabe duda que la víctima del trabajo forzado puede tener muchas caras. No solo la mujer explotada sexualmente, sino también la persona inmigrante que acaba como empleada de hogar asumiendo condiciones leoninas, o el trabajador inmigrante irregular que es reclutado en la economía sumergida, para trabajar en la construcción a cambio de un salario muy inferior al legal.

Para combatir esta realidad poliédrica, es destacable la labor que la OIT ha llevado a cabo para tratar de erradicar el trabajo forzoso, y que comenzó a desarrollarse ya durante el primer tercio del pasado siglo. De esta forma, la OIT adoptó el 28 de junio de 1930 el convenio núm. 29 sobre el trabajo forzoso, que obligaba a los Estados que lo ratificaran a suprimir el empleo de trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas². Dicho Convenio fue complementado por el Convenio núm. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, de 25 de junio de 1957, y que focaliza su atención en el trabajo forzoso como medio de coerción o de educación política, como castigo por la libre expresión de opiniones políticas, por la participación en huelgas, como medida de discriminación racial o de cualquier otro tipo o como medio de disciplina laboral³. Ambos Con-

² Este Convenio ha sido ratificado por 178 países.

³ Este Convenio fue ratificado por 175 países.

venios, fueron ratificados por la gran mayoría de los países miembros de la OIT (entre ellos España), si bien el paso del tiempo y la pervivencia del trabajo forzoso en todos los países, así como la aparición de nuevas formas de trabajo forzoso, a pesar del importante esfuerzo desplegado durante muchas décadas, desencadenaron la necesidad de avanzar en la eliminación del trabajo forzoso, lo que a su vez motivó la adopción de dos nuevos y necesarios instrumentos jurídicos, todo ello en el marco de la 103 Conferencia Internacional del Trabajo de 2014.

Ambos instrumentos son el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso (aprobado para complementar el Convenio de la OIT núm. 29 de 1930), y la Recomendación núm. 203 sobre el trabajo forzoso (que a su vez complementa tanto al Convenio número 29 como al propio protocolo de 2014)⁴.

Aunque existen otras normas internacionales que pretenden combatir el trabajo forzoso, el eje del presente estudio serán fundamentalmente los cuatro instrumentos internacionales adoptados en este ámbito por la OIT, es decir, Convenios números 29 y 105, Protocolo y Recomendación núm. 203 (ambos textos de 2014), y su impacto en el ordenamiento laboral español.

2. ÁMBITO SUBJETIVO. DEFINICIÓN DE TRABAJO FORZOSO

Resulta obligado definir qué es lo que se entiende por trabajo forzoso. Para ello, debemos estar a la definición que nos suministra a este respecto el artículo 2 del Convenio núm. 29 de la OIT, en virtud del cual la expresión «trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente». De dicha definición se destacan cuatro elementos básicos que deben darse cumulativamente para que concurra la existencia del trabajo forzoso u obligatorio.

En primer lugar, debe tratarse de «todo trabajo o servicio». Ello entendemos que implica cualquier servicio, empleo o esfuerzo humano que se lleve a cabo en cualquier sector económico (independientemente de que se encuentre o no regulado), o incluso cuando pudiera constituir una actividad delictiva. De esta forma, con esto último se estaría incluyendo aquellos supuestos en que ciertas personas o mafias explotan a otras personas obligándolas, por ejemplo, a perpetrar hurtos o a traficar con drogas. En ocasiones, incluso resultan explo-

⁴ El Estado español ratificó el citado protocolo de 2014 el 12 de diciembre de 2017, entrando en vigor el 20 de septiembre de 2018.

tados los menores de edad, amparándose en cierto modo en que las leyes penales de la mayoría de los países son mucho menos severas cuando quien perpetra el delito no alcanza la mayoría de edad. También como hemos advertido, no es necesario que la actividad se encuentre regulada. Dentro de este supuesto pudieran encontrarse aquellas situaciones en que las mafias explotan a determinadas personas a practicar la mendicidad o a ejercer la prostitución⁵. En todo caso, y al margen de las circunstancias descritas, el trabajo o servicio debe ser exigido por un tercero y prestado bajo su dependencia.

En segundo lugar, el Convenio núm. 29 requiere que el trabajo o servicio sea «exigido a un individuo». Ello afecta tanto a personas adultas como a menores, independientemente de que carezcan de la edad mínima permitida para prestar servicios laborales. Es igualmente irrelevante que la persona sea nacional o extranjera, y que ésta se encuentre o no en situación regular, ya que en numerosas ocasiones son los más vulnerables, esto es, inmigrantes irregulares los que son víctimas frecuentes del trabajo forzado.

El tercer requisito consiste en «la amenaza de una pena». Ello comprende una amalgama de medios para compeler a una persona a prestar un servicio contra su voluntad. Se están incluyendo, de esta forma, tanto la imposición de sanciones penales, las amenazas psicológicas, la retención de la documentación o incluso en casos más extremos la violencia física. A modo de ejemplo, ha habido casos en nuestro país de bandas criminales que han llegado a ejercer violencia física y vudú sobre mujeres migrantes del África subsahariana para tenerlas bajo control, siendo obligadas a prostituirse, delinquir en la calle y vender droga para saldar la deuda que contraían con estas organizaciones por traerlas a Europa⁶.

El cuarto y último requisito que se exige hace referencia a la ausencia de voluntariedad. Este presupuesto se refiere a la ausencia de consentimiento de la persona que ejerce el trabajo forzado, tanto en el momento inicial de consti-

⁵ En España, no hay una ley en concreto que regule el ejercicio de la prostitución, a diferencia de otros países como Holanda o Alemania que están dentro de un modelo legalizador y que atribuyen a las meretrices derechos laborales y de seguridad social. Frente a este modelo, se encuentra el abolicionista (seguido en Suecia), que centra sus esfuerzos en erradicar la prostitución y criminaliza todo lo que rodea a la prostituta, aún si media su consentimiento, si bien considera a ésta una víctima (a diferencia del modelo prohibicionista), y persigue reinsertarla en la sociedad. Para un análisis más detallado de la forma en que los distintos países abordan el fenómeno de la prostitución, así como del encaje que en España la prostitución voluntaria o sus figuras afines pudieran tener en el Derecho del Trabajo *vid.* GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M.ª: *El ejercicio de la prostitución y el Derecho del Trabajo*, Comares, 2013. Igualmente, a este respecto, *vid.* SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos», *Aranzadi Social*, núm. 14, 2008.

⁶ Para acceder a esta noticia, puede consultarse el siguiente enlace: <https://www.lavanguardia.com/vida/20190308/46911598469/vudu-palizas-explotacion-victimas-trata-bandas-criminales-mujeres.html>.

tuirse la relación como en la posibilidad de poder dejar la prestación de servicios en el momento que ésta decida. Debe advertirse que la legislación laboral española cimienta la voluntariedad como uno de los ejes de la relación laboral, ya que no puede existir en ningún caso contrato de trabajo cuando el prestador de servicios no lo hace voluntariamente⁷. Ello acarrea que el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores excluye del ámbito de aplicación de la citada norma a las «prestaciones personales obligatorias».

En todo caso, y al margen de la necesaria concurrencia de los cuatro requisitos examinados, debemos señalar que la descripción que el artículo 2 del Convenio núm. 29 de la OIT hace del trabajo forzoso u obligatorio, hay que recalcar que el mismo engloba, además actividades reguladas laboralmente, también se encuadran actividades alegales o incluso ilícitas, abarcando en todo caso en su definición todo aquél servicio que resulte ejecutado en situación de dominación o de ausencia de libertad de decisión del prestador de servicios, como ocurre en los supuestos sometidos a esclavitud, servidumbre trata de seres humanos.

En todo caso, el citado Convenio núm. 29 de la OIT excluye en su artículo 2.2 una serie de supuestos que no pueden incluirse como trabajo forzoso, siendo éstos los siguientes:

— «Cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar». Se quiere dejar claro que el servicio militar obligatorio, generalizado en muchos de los países que han ratificado el Convenio núm. 29, se encuentra al margen del trabajo forzoso. Ello tiene lógica, ya que de no haberse incluido esta excepción, hubiera sido más que previsible que muchos de los países miembros de la OIT no hubieran llegado a ratificar este instrumento internacional. En nuestro país, el servicio militar obligatorio dejó de tener efectos a partir del 31 de diciembre de 2001⁸, aunque dentro de Europa hay países en que sigue estando vigente⁹.

⁷ Como de todos es sabido, el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores resulta de aplicación «a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario».

⁸ La disposición adicional decimotercera de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, determina que a partir del 31 de diciembre del año 2002 queda suspendida la prestación del servicio militar, regulada en la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar. Sin embargo, dado el nivel alcanzado en el proceso de profesionalización de las fuerzas armadas, mediante Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo se adelantó la fecha de la suspensión de la prestación obligatoria del servicio militar a fecha 31 de diciembre de 2021.

⁹ A modo de ejemplo, países como Austria, Estonia, Lituania, Albania, Chipre o Grecia tienen en la actualidad el servicio militar obligatorio. El caso de Grecia es especialmente significativo, ya que a pesar de haberlo abolido, decidió restablecerlo en 2017, fruto de las tensiones que dicho país estaba viviendo con Turquía.

— «Cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo». A modo de ejemplo, en nuestro país el hecho ser elegido miembro de un jurado popular o miembro de mesa electoral constituyen obligaciones cívicas inexcusables que, al amparado de esta excepción, nunca podrían ser encuadradas como trabajo forzoso u obligatorio en los términos a que hace referencia el Convenio OIT. Debe advertirse que en España, la imposición de prestaciones obligatorias cuentan con respaldo constitucional, al establecer el artículo 31.3 de nuestra Carta Magna que «solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley»¹⁰.

El citado respaldo legal ha motivado la aprobación de distintas leyes que fijan obligaciones cívicas de los ciudadanos, tales como la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, cuyo artículo 11.b permite, dentro del estado de alarma, «practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias». En el ámbito de la protección civil, la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, determina la obligación de los ciudadanos mayores de edad de colaborar personalmente en la protección civil en caso de ser requeridos para ellos por la autoridad competente en caso de emergencia y sin derecho a indemnización¹¹. Se precisa, en todo caso, que «las medidas restrictivas de derechos que sean adoptadas o las que impongan prestaciones personales o materiales tendrán una vigencia limitada al tiempo estrictamente necesario para hacer frente a las emergencias y deberán ser adecuadas a la entidad de la misma»¹².

— «Cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado». De esta forma, el trabajo

¹⁰ En relación con este precepto, el artículo 30.4 CE establece que «mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública».

¹¹ El artículo 7.bis de la citada Ley, bajo el título «deber de colaboración» establece lo siguiente: «1. Los ciudadanos y las personas jurídicas están sujetos al deber de colaborar, personal o materialmente, en la protección civil, en caso de requerimiento de la autoridad competente de acuerdo con lo establecido en el artículo 30.4 de la Constitución y en los términos de esta ley. 2. En los casos de emergencia, cualquier persona, a partir de la mayoría de edad, estará obligada a la realización de las prestaciones personales que exijan las autoridades competentes en materia de protección civil, sin derecho a indemnización por esta causa, y al cumplimiento de las órdenes e instrucciones, generales o particulares, que aquellas establezcan».

¹² Artículo 7.bis. 5 de la Ley 17/2015.

obligatorio excluido en virtud de esta disposición puede tomar la forma de un trabajo penitenciario obligatorio o un trabajo exigido en virtud de la imposición de otros tipos de condenas, como por ejemplo una sentencia de trabajo comunitario. En todo caso, las dos condiciones establecidas en el artículo 2, párrafo 2, c), tienen igual importancia, aplicándose de manera cumulativa, ya que el hecho de que un recluso permanezca en todo momento bajo la vigilancia y control de una autoridad pública, no exime al gobierno de la obligación de cumplir con la segunda condición, es decir, que la persona de que se trata no ha de ser cedida o puesta a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado.

Debe entenderse que, siempre que existan las garantías necesarias para asegurar que las personas interesadas acepten voluntariamente el empleo, otorgando su consentimiento libremente y con conocimiento de causa, dicho empleo no queda comprendido dentro del ámbito de aplicación del Convenio. Resulta obligado plantear la cuestión de si los reclusos, habida cuenta de su situación de pérdida de libertad, se encuentran en condiciones de manifestar libremente su consentimiento, en el sentido de que se hayan ofrecido voluntariamente a llevarlo a cabo sin sujeción a la amenaza de una pena cualquiera, por ejemplo, la pérdida de un derecho o un privilegio (una ventaja), de tal modo que su trabajo no entre en la definición del trabajo forzoso u obligatorio previsto en el artículo 2, párrafo 1, del Convenio. Habida cuenta de que cuando no exista un contrato de trabajo y se esté fuera del ámbito de aplicación del derecho laboral, resulta sumamente complejo reproducir exactamente las condiciones de una relación de trabajo libre, especialmente en el contexto penitenciario, la Comisión de Expertos de la OIT, en aplicación de convenios y recomendaciones ha considerado que «para determinar si el trabajo de los reclusos para compañías privadas es voluntario, las condiciones que se aproximan a una relación de trabajo libre son el indicador más fiable del carácter voluntario del trabajo»¹³.

— «Cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general,

¹³ Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones, «Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008» (disponible en: https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/101stSession/reports/reports-submitted/WCMS_174832/lang--es/index.htm).

en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población». La citada enumeración de ejemplos, si bien no tiene el carácter de *numerus clausus*, constituye una indicación de carácter restrictivo en cuanto a la naturaleza de los casos de fuerza mayor, y contribuye a aclarar el concepto de fuerza mayor a los efectos del Convenio, a saber, un suceso súbito, imprevisible e inevitable que exija la adopción de medidas inmediatas para combatirlo¹⁴. En todo caso, la duración y la extensión del servicio obligatorio, así como la finalidad para que se recurra al mismo, deberían limitarse estrictamente a las exigencias de la situación.

— «Los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos». De la citada exclusión, debe entenderse que los trabajos han de ser de «pequeña importancia», es decir, vincularse primordialmente a trabajos de conservación y, en casos excepcionales, a la construcción de determinados edificios destinados a mejorar las condiciones sociales de los miembros de la propia comunidad, como pudiera ser una pequeña escuela o un consultorio médico. Además, deben constituir «trabajos comunales», cuya realización interese directamente a la comunidad, y que no han de vincularse a la realización de obras destinadas a beneficiar a un grupo mayor.

En todo caso, las citadas excepciones recogidas en el artículo 2 del Convenio núm. 29 de la OIT inspiró sin duda al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que tras señalar que «nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzoso u obligatorio» (art. 4.2), y establecer en su artículo 4.3 que no podrá considerarse como trabajo forzoso u obligatorio «a) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional; b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio; c) todo servicio exigido cuando algu-

¹⁴ En este sentido, las notas de imprevisibilidad e inevitabilidad son presupuestos indispensables para el concepto de fuerza mayor, que a efectos internos, dispone implícitamente el Código Civil español, al prever el artículo 1105 del citado cuerpo legal que fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.

na emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; d) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales».

3. EL CONVENIO OIT NÚM. 105

El Convenio OIT núm. 105 de 1957, sobre la abolición del trabajo forzoso, fue concebido para complementar el Convenio núm. 29, por lo que no incorpora, *ipso jure*, ninguna de las disposiciones del anterior. El artículo 2 del Convenio núm. 105 impone de manera expresa la obligación a los Estados que lo ratifiquen «a tomar medidas eficaces para la abolición inmediata y completa del trabajo forzoso u obligatorio, según se describe en el artículo 1 de este Convenio». El citado precepto, establece que «todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: (a) como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; c) como medida de disciplina en el trabajo; d) como castigo por haber participado en huelgas; e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa». Resulta necesario, hacer un breve comentario de cada uno de los citados apartados.

Como acabamos de reproducir, el artículo 1, a) del Convenio 105, prohíbe el uso del trabajo forzoso u obligatorio «como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social, o económico establecido». Entre las diversas actividades que deben protegerse en virtud de este precepto contra la imposición de sanciones que impliquen trabajo forzoso u obligatorio, se encuentran englobadas la libre expresión de opiniones políticas o ideológicas, así como el ejercicio de derechos de asociación y reunión, Actualmente, las Constituciones nacionales y otros textos legislativos de la mayoría de los países miembros de la OIT reconocen derechos y libertades como la libertad de pensamiento y expresión, la libertad de reunión pacífica, la libertad de asociación, la protección contra las detenciones arbitrarias, así como el derecho a un juicio imparcial realizado con arreglo al proceso legal establecido. Las garantías jurídicas de tales derechos y libertades constituyen una importante salvaguardia frente a la imposición de trabajo forzoso u obligatorio como castigo por manifestar opiniones políticas o ideológicas o como medio de coerción o de educación políticas.

En todo caso, debe advertirse que los citados derechos distan de ser absolutos, ya que cabe la posibilidad de limitarlos, aplicando para ello determinadas medidas que deberán aceptarse como salvaguardias normales. De esta forma, pueden tener perfectamente cabida leyes que, por ejemplo, reprimen la incitación a la violencia, los disturbios civiles o el odio racial. En este sentido, legislación penal alemana tipifica como delito la exhibición de símbolos nazis¹⁵, y la reforma del código penal germano de 2005 tipificó la exaltación del nazismo como una de las formas del delito de incitación al odio racial, contemplando penas que pueden alcanzar hasta los tres años de cárcel, precisando el Tribunal Constitucional alemán, que dicha norma resultaba compatible con la defensa de la libertad de expresión. Se entiende que no conculca el Convenio 105 la imposición de aquellas penas que acarrear trabajo obligatorio a las personas que recurren a la violencia, incitan a la violencia o participan en los preparativos para realizar actos de violencia. Por el contrario, sí quedarían comprendidas en el ámbito de aplicación del citado Convenio las penas que entrañan trabajo obligatorio cuando éstas sancionan la prohibición de expresar opiniones o manifestar oposiciones al sistema político, social o económico establecido, tanto si dicha prohibición viene impuesta por la ley o en virtud de una decisión administrativa discrecional.

El «artículo 1, b)», del Convenio prohíbe el uso del trabajo forzoso u obligatorio «como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico». Se ha entendido que del empleo de los términos «movilización» y «fomento económico», se desprende que esta disposición es aplicable tan solo en aquellas circunstancias en las que la utilización del trabajo forzoso u obligatorio tiene una cierta importancia cuantitativa y responde a fines económicos. Cabe señalar que la prohibición prevista en el artículo 1, apartado b), rige incluso cuando la utilización del trabajo forzoso u obligatorio como método de movilización y utilización de la mano de obra con

¹⁵ La legislación alemana prohíbe los símbolos de organizaciones inconstitucionales. El párrafo 86 del Código Penal germano incluye banderas, insignias, uniformes, lemas, canciones y saludos. Incluso los símbolos de organizaciones y partidos legales que son confusamente similares a los partidos o asociaciones inconstitucionales están incluidos en la prohibición. Son numerosas las legislaciones que caminan en esta dirección. De esta forma, Rusia aprobó en 2014 una ley en 2014 que castiga la negación o el enaltecimiento de los crímenes cometidos por los nazis y condenados por el tribunal de Nuremberg, mientras que Ucrania prohibió en el año 2015 prohibió la propaganda de los regímenes nazi y comunista e incluso sancionó «la negación pública del carácter totalitario y criminal de estos sistemas». En un sentido parecido, Polonia equipara el nazismo con el comunismo y hacer apología de cualquiera de ambos regímenes está sancionado con penas de prisión que pueden alcanzar los dos años. A su vez, si bien en Austria ya se aprobó en 1947 la Ley de Prohibición para ilegalizar todas las organizaciones nazis y contribuir a eliminar la influencia del nazismo en la sociedad austriaca, en 1992 las prohibiciones se ampliaron para incluir expresamente la prohibición de negar, aprobar o justificar los crímenes del régimen nazi, y en especial el Holocausto judío, pudiendo llegar el delito de «negacionismo» a ser sancionado con penas de hasta diez años de prisión.

finés de desarrollo económico tiene carácter transitorio o excepcional, habida cuenta de que la Conferencia rechazó una propuesta encaminada a limitar la aplicación de esta disposición al trabajo forzoso como método «normal» de movilización y utilización de la mano de obra con tales fines¹⁶.

El «artículo 1, c)», del Convenio prohíbe el uso del trabajo forzoso u obligatorio «como medida de disciplina en el trabajo». Esta prohibición se ha entendido que abarca la aplicación de medidas destinadas a conseguir el servicio que se desea del trabajador por medio de una obligación legal (ya sea mediante coacción física o amenaza de una pena), o la aplicación de sanciones por infracción a la disciplina en el trabajo que conlleven la obligación de trabajar. No obstante, se ha observado que la mayoría de los países carecen de disposiciones legales que autoricen el trabajo forzoso u obligatorio como medida de disciplina en el trabajo, ya que las infracciones a la disciplina en el trabajo redundan únicamente en la aplicación de sanciones disciplinarias o de otra índole (por ejemplo, de carácter pecuniario) que no conllevan obligación alguna de trabajar¹⁷.

¹⁶ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.: *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008, p. 144. Entiende la Comisión de Expertos que «pese a que todavía es posible encontrar algunos textos legislativos que prevén la movilización obligatoria de mano de obra, vestigios de un pasado en que algunos gobiernos, para hacer frente a las necesidades del desarrollo económico, recurrieron a la aplicación de diversas medidas de carácter compulsivo (como la prestación de servicios obligatoria o la requisición de mano de obra), dichos gobiernos señalan casi siempre que tales medidas ya no se aplican en la práctica y que tienen la intención de enmendar o derogar las correspondientes leyes a fin de poner su legislación en conformidad con los convenios de la OIT relativos al trabajo forzoso».

¹⁷ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.: *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008, pp. 144 y 145. Añade el Comité de Expertos que «el trabajo obligatorio como sanción por infracciones de la disciplina en el trabajo sigue utilizándose aún, al amparo de disposiciones aplicables a categorías específicas, tales como la administración pública o la marina mercante. Así, las personas que trabajan en los servicios públicos suelen estar sujetas a disposiciones penales especialmente previstas para proteger el interés público (por ejemplo, disposiciones que castigan el abuso de autoridad por los funcionarios públicos, o en el caso de servicios esenciales, tales como los de lucha contra incendios y los de salud, o los servicios de abastecimiento de agua, disposiciones que sancionan ciertas infracciones a la disciplina en el trabajo que comprometan o pongan en peligro su buen funcionamiento). En este sentido, la Comisión ha realizado una distinción entre las sanciones impuestas para observar la disciplina en el trabajo como tal (quedando comprendidas, en consecuencia, dentro del campo de aplicación del Convenio) y las impuestas para preservar el interés público general, aunque simultáneamente éstas puedan sancionar un acto que constituya una infracción a la disciplina en el trabajo. Por lo tanto, la Comisión consideró que el Convenio no prohíbe la imposición de sanciones (aun cuando entrañen un trabajo obligatorio) a los responsables de infracciones a la disciplina en el trabajo que comprometen o pueden poner en peligro el funcionamiento de servicios esenciales o de las que se cometen en el desempeño de ciertas funciones esenciales para la seguridad o en circunstancias en las que la vida o la salud se encuentran amenazadas. Por consiguiente, las disposiciones penales de este tipo no son incompatibles con el Convenio [...]. En lo que respecta a la marina mercante, la Comisión ha señalado en sus Estudios anteriores que, en un gran número de países, las leyes sobre las condiciones de trabajo de la marina mercante contenían disposiciones que autorizaban la imposición de sanciones penales que implicaban un trabajo obligatorio por diversas infracciones a la

El «artículo 1, d)», del Convenio 105 prohíbe el uso del trabajo forzoso u obligatorio «como castigo por haber participado en huelgas». Debe advertirse que el Convenio no protege contra las sanciones impuestas por atentados contra el orden público, como pudieran ser actos de violencia, agresión o destrucción de la propiedad que se cometan en relación con una huelga, ya que se entiende que «toda sanción (aun cuando entrañe un trabajo obligatorio) impuesta por delitos de este tipo se encuentra obviamente fuera del campo de aplicación del Convenio»¹⁸. Durante la huelga, en ocasiones se producen piquetes coactivos y no es infrecuentes que quienes participan en los mismos puedan incurrir en actos violentos tipificados penalmente, estando estos hechos fuera del ámbito de aplicación del Convenio de 1957. De esta forma, se entiende que el citado Convenio no es un instrumento previsto para reglamentar las huelgas en general, y se aplica únicamente a la imposición de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio, incluidos aquellos casos en que se recurre al mismo como sanción por haber participado en huelgas. De esta forma, cuando las penas aplicables a los delitos relacionados con la participación en huelgas revisten la forma de sanciones civiles o disciplinarias¹⁹ (tales como el pago de daños y perjuicios o el despido) y por lo tanto no suponen ninguna obligación de efectuar un trabajo, las disposiciones sustantivas que penalizan dichas conductas se encuentran fuera del campo de aplicación del citado Convenio. En todo caso, se ha considerado que una suspensión del derecho de huelga, acompañada de sanciones que entrañan la imposición de trabajo obligatorio, sólo es compatible con el Convenio si la misma es necesaria para hacer frente a casos de fuerza mayor en el sentido estricto del término, es decir, si está en peligro la vida o el bienestar de toda o parte de la población, y siempre que la prohibición se limite al período de urgencia inmediata²⁰.

disciplina del trabajo. En este contexto, la Comisión ha distinguido una vez más entre las disposiciones que contemplan actos tendientes a poner en peligro el buque o la vida o la salud de las personas a bordo, no abarcadas por el Convenio, y las referentes a infracciones de la disciplina en el trabajo como, por ejemplo, la deserción, ausencia sin permiso o desobediencia, a menudo complementadas con disposiciones según las cuales puede obligarse a la gente de mar a volver al buque, las cuales quedan comprendidas en el campo de aplicación del Convenio».

¹⁸ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.: *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008, p. 147.

¹⁹ Tales como la indemnización del pago de daños y perjuicios o el despido del trabajador.

²⁰ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.: *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008, p. 147. A su vez, se señala que «en lo que concierne a los funcionarios públicos, la Comisión ha considerado que la prohibición del derecho de participar en huelgas en la administración pública debería limitarse a los funcionarios que ejerzan funciones de autoridad en nombre del Estado. La Comisión ha indicado también que, al tratarse de una excepción del principio general del derecho de huelga, los servicios esenciales respecto de los cuales

En todo caso, se ha recordado la importancia que otorga al principio general según el cual, independientemente de la legalidad de una huelga, cualquier sanción impuesta debería ser proporcional a la gravedad de la falta cometida, del tal forma que «cualquier sanción impuesta por actividades ilegítimas relacionadas con huelgas debería ser proporcional al delito o falta cometidos y las autoridades deberían excluir el recurso a medidas de encarcelamiento contra quienes organizan o participan en una huelga pacífica»²¹.

Finalmente, el «artículo 1, e)», del Convenio prohíbe el uso del trabajo forzoso u obligatorio «como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa». Esta norma implica la eliminación de cualquier distinción discriminatoria fundada en criterios raciales, sociales, nacionales o religiosos al imponer trabajo para fines de producción o de servicio. De esta forma, no tiene cabida que las sanciones que entrañan trabajo obligatorio se impongan con mayor severidad a determinados grupos cuya definición se basa fundamentalmente en consideraciones religiosas, raciales, sociales, o nacionales.

4. EL PROTOCOLO OIT DE 2014

En junio de 2014, los diferentes gobiernos, empleadores y trabajadores reunidos en la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT que tuvo lugar en Ginebra decidieron dar un nuevo impulso a la lucha mundial contra el trabajo forzoso, incluidas la trata de personas y las prácticas análogas a la esclavitud. Por una amplia mayoría votaron a favor de adoptar un Protocolo²² y una Recomendación que complementan tanto al Convenio sobre el trabajo Forzoso de 1930 (núm. 29) como al Convenio sobre la abolición de trabajo forzoso de 1957 (núm. 105), con el fin de subsanar determinadas lagunas en la aplicación de ambos instrumentos internacionales y poder combatir de forma más eficaz cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio²³.

El Protocolo de 2014 es plenamente consciente que el contexto y las formas del trabajo forzoso u obligatorio han cambiado con respecto a la realidad

es posible obtener una derogación total o parcial de ese principio deberían definirse de forma restrictiva y que, por lo tanto, sólo deberían considerarse servicios esenciales aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población».

²¹ *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, OIT, quinta edición, 2006 (revisada), p. 668.

²² En vigor desde el 9 de noviembre de 2016.

²³ Debe tenerse en cuenta que el Protocolo, al complementar tanto al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), como al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), solo pueden ratificarlo aquellos Estados que hayan ratificado ambos Convenios.

que imperaba en el momento en que se adoptaron los Convenios núm. 29 y 105, y que la trata de personas con fines de trabajo forzoso u obligatorio, que puede implicar explotación sexual, suscita una creciente preocupación internacional y que su eliminación efectiva se entendió que requería de acciones urgentes. Se toma igualmente en consideración que un número creciente de trabajadores se encuentran en situación de trabajo forzoso u obligatorio en la economía privada, que ciertos sectores de la economía son particularmente vulnerables, y que ciertos grupos de trabajadores corren un riesgo mayor de ser víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, en particular los migrantes.

El Protocolo focaliza en gran parte su atención en la protección y la reparación de las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, al establecer la obligación de los Estados Miembros de «proporcionar a las víctimas protección y acceso a acciones jurídicas y de reparación apropiadas y eficaces, tales como una indemnización, y sancionar a los autores del trabajo forzoso u obligatorio» (art. 1.2). También se impone la obligación de adoptar «medidas eficaces para identificar, liberar y proteger a todas las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio y para permitir su recuperación y readaptación, así como para proporcionarles otras formas de asistencia y apoyo» (art.3), e igualmente se persigue proteger a las víctimas de las eventuales sanciones por las actividades ilícitas que se hubieran visto obligadas a cometer²⁴. También se dispone la obligación de que las víctimas tengan acceso a las acciones jurídicas y de reparación apropiadas y eficaces, tales como una indemnización, independientemente de su situación jurídica o de que se encuentren o no en el territorio del país²⁵.

Junto a la protección y reparación de las víctimas de trabajo forzoso, las medidas de prevención constituyen el otro gran eje sobre el que gira el Protocolo, al establecerse que las medidas que se han de adoptar para prevenir el trabajo forzoso u obligatorio deberán incluir:

— Educación e información destinadas en especial a las personas consideradas particularmente vulnerables, a fin de evitar que sean víctimas de trabajo forzoso u obligatorio.

²⁴ En concreto, el artículo 4.2 del Protocolo de 2014 establece que «todo Miembro deberá adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su sistema jurídico, las medidas necesarias para velar por que las autoridades competentes puedan decidir no enjuiciar ni imponer sanciones a las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio por su participación en actividades ilícitas que se han visto obligadas a cometer como consecuencia directa de estar sometidas a trabajo forzoso u obligatorio».

²⁵ En este sentido, el artículo 4.1 del Protocolo establece que «todo Miembro deberá velar por que todas las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, independientemente de su situación jurídica o de que se encuentren o no en el territorio nacional, tengan acceso efectivo a acciones jurídicas y de reparación apropiadas y eficaces, tales como una indemnización».

— Educación e información destinadas a los empleadores, a fin de evitar que resulten involucrados en prácticas de trabajo forzoso u obligatorio.

— Esfuerzos para garantizar que:

- el ámbito de la legislación relativa a la prevención del trabajo forzoso u obligatorio y el control de su cumplimiento, incluida la legislación laboral si procede, abarquen a todos los trabajadores y a todos los sectores de la economía, y
 - se fortalezcan los servicios de inspección del trabajo y otros servicios responsables de la aplicación de esta legislación.

— La protección de las personas, en particular los trabajadores migrantes, contra posibles prácticas abusivas y fraudulentas en el proceso de contratación y colocación.

— Apoyo a los sectores público y privado para que actúen con la debida diligencia a fin de prevenir el trabajo forzoso u obligatorio y de responder a los riesgos que conlleva.

— Acciones para abordar las causas generadoras y los factores que aumentan el riesgo de trabajo forzoso u obligatorio.

En todo caso, para conseguir los objetivos marcado por el Protocolo, se establece la necesaria cooperación entre los Estados para prevenir y eliminar todas las formas de trabajo forzoso ²⁶.

5. LA RECOMENDACIÓN 203 DE LA OIT

La Recomendación número 203 sobre el trabajo forzoso (medidas complementarias), de 11 de junio de 2014, ofrece una orientación práctica, sin carácter vinculante, acerca de la prevención, la protección a las víctimas y su acceso a la justicia y a otras acciones jurídicas y de reparación, así como sobre el control de la aplicación y la cooperación internacional. La Recomendación, que complementa el Protocolo y el Convenio núm. 29, al igual que Protocolo centra su atención en tres ejes principales: la prevención, la protección de las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, y las acciones jurídicas de reparación de las mismas.

En relación a la prevención, se establece que los Miembros deberían adoptar medidas de prevención que incluyeran el respeto, la promoción y la

²⁶ El artículo 5 del Protocolo de 2014 establece que «los Miembros deberán cooperar entre sí para garantizar la prevención y la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio».

realización de los principios y derechos fundamentales en el trabajo; la promoción de la libertad sindical y de la negociación colectiva para permitir que los trabajadores en situación de riesgo puedan afiliarse a organizaciones de trabajadores; programas de lucha contra la discriminación, la cual aumenta la vulnerabilidad ante el trabajo forzoso u obligatorio; iniciativas para luchar contra el trabajo infantil y promover las oportunidades educativas para los niños y las niñas, como medida de salvaguardia para evitar que sean víctimas de trabajo forzoso u obligatorio; así como la adopción de medidas para la consecución de los objetivos del Protocolo y del Convenio²⁷.

Con respecto a las medidas de protección, la Recomendación entiende que deberían dedicarse esfuerzos específicos para identificar y liberar a las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, así como llegarse a proporcionar

²⁷ A su vez, el artículo 4 de la Recomendación establece que «teniendo en cuenta sus circunstancias nacionales, los Miembros deberían adoptar las medidas de prevención más eficaces, tales como:

a) el examen de las causas generadoras de vulnerabilidad de los trabajadores frente al trabajo forzoso u obligatorio;

b) campañas de sensibilización específicas, dirigidas en particular a aquellos en situación de mayor riesgo de ser víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, para informarles, entre otras cosas, sobre la manera de protegerse de las prácticas de contratación y empleo fraudulentas o abusivas, sobre sus derechos y responsabilidades en el trabajo y sobre la manera de obtener asistencia si la necesitan;

c) campañas de sensibilización específicas sobre las sanciones aplicables en caso de violación de la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio;

d) programas de capacitación para grupos de población en situación de riesgo a fin de aumentar su empleabilidad, así como su capacidad y oportunidades de generar ingresos;

e) medidas para garantizar que la legislación nacional sobre la relación de trabajo abarque todos los sectores de la economía y que se cumpla de manera efectiva. La información pertinente sobre las condiciones de empleo debería especificarse de manera adecuada, verificable y fácilmente comprensible, preferentemente en contratos escritos, de conformidad con las leyes, los reglamentos o los convenios colectivos del país;

f) las garantías básicas de seguridad social que componen el piso de protección social nacional, según lo dispuesto en la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202), a fin de reducir la vulnerabilidad frente al trabajo forzoso u obligatorio;

g) orientación e información previas a la partida y tras la llegada para los migrantes a fin de que estén mejor preparados para trabajar y vivir en el extranjero, y a fin de fomentar la sensibilización y una mejor comprensión de la trata de personas con fines de trabajo forzoso;

h) políticas coherentes, tales como políticas de empleo y migración que tengan en cuenta tanto los riesgos a que se exponen grupos específicos de migrantes, incluidos los que se encuentran en situación irregular, como las circunstancias que podrían dar lugar a situaciones de trabajo forzoso;

i) la promoción de esfuerzos coordinados por parte de los organismos gubernamentales con los de otros Estados para facilitar una migración regular y segura y para prevenir la trata de personas, incluidos los esfuerzos coordinados para regular, certificar y controlar la actividad de los reclutadores de trabajadores y de las agencias de empleo y eliminar el cobro de comisiones de contratación a los trabajadores a fin de prevenir la servidumbre por deudas y otras formas de presión económica;

j) al dar cumplimiento a sus obligaciones en virtud del Convenio de suprimir el trabajo forzoso u obligatorio, orientar y apoyar a los empleadores y a las empresas a fin de que adopten medidas eficaces para identificar, prevenir y mitigar los riesgos de trabajo forzoso u obligatorio y para informar sobre la manera en que abordan esos riesgos, en sus operaciones, productos o servicios prestados, con los cuales pueden estar directamente relacionados.

medidas de protección que no tendrían que supeditarse «a la voluntad de la víctima de colaborar en el marco de un procedimiento penal o de otro tipo». También se incita a que se lleven a cabo medidas «para alentar a las víctimas a cooperar a fin de identificar y castigar a los autores de las infracciones. Siguiendo la senda del Protocolo, se establece que los Estados Miembros «deberían adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para velar por que las autoridades competentes puedan decidir no enjuiciar ni imponer sanciones a las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio por su participación en actividades ilícitas que se han visto obligadas a cometer como consecuencia directa de estar sometidas a trabajo forzoso u obligatorio» (art. 7).

En la legislación española, el artículo 177 bis del Código Penal exige la concurrencia de dos requisitos para que la víctima quede exenta de pena por las infracciones cometidas en la situación de explotación sufrida. El primero de ellos es que la participación haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida. Este requisito se cumple necesariamente cuando unos hechos se han calificado como trata, pues es exigido también en estos casos. El segundo implica que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado. Este elemento se ha entendido que resulta más complejo, puesto que esa adecuada proporcionalidad puede no apreciarse entre el abuso de situación de vulnerabilidad y la comisión de delitos graves²⁸.

Retomando el sucinto análisis de la Recomendación de la OIT, se aconseja a los Estados Miembros a que adopten medidas tendentes a eliminar abusos y prácticas fraudulentas por parte de los reclutadores y las agencias de empleo²⁹.

También determina que, teniendo en cuenta sus circunstancias nacionales, los Estados Miembros deberían adoptar las medidas de protección más eficaces para responder a las necesidades de todas las víctimas por lo que se

²⁸ Con respecto a la no imposición de penas a las víctimas por los delitos cometidos durante o como consecuencia de la situación de explotación, *vid.* RODRÍGUEZ LÓPEZ, S.: «La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 42, 2016.

²⁹ El artículo 8, establece que, entre estas medidas, podrían incluirse las siguientes:

- a) eliminar el cobro de comisiones de contratación a los trabajadores;
- b) exigir contratos transparentes que especifiquen claramente las condiciones de trabajo;
- c) establecer mecanismos de reclamación adecuados y accesibles;
- d) imponer sanciones adecuadas, y
- e) reglamentar o certificar estos servicios.

refiere tanto a la asistencia inmediata, como a su recuperación y readaptación a largo plazo, tales como:

- a) esfuerzos razonables para proteger la seguridad de las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, así como de los miembros de su familia y de los testigos, si procede, en particular protección contra actos de intimidación y represalia por ejercer sus derechos en virtud de las leyes nacionales pertinentes o por cooperar en procedimientos judiciales;
- b) alojamiento adecuado y apropiado;
- c) atención de salud, con inclusión de asistencia médica y psicológica, así como el suministro de medidas de readaptación especiales para las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, incluso para aquellas que también han sido sometidas a violencia sexual;
- d) asistencia material;
- e) protección de la vida privada y la identidad;
- f) asistencia social y económica, con inclusión de acceso a oportunidades de educación y formación y acceso a trabajo decente.

Cuando las víctimas del trabajo forzosa sean menores de edad, se considera que las medidas de protección destinadas a los niños víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, deberían tener en cuenta las necesidades especiales y el interés superior de los niños³⁰. También deberían valorarse las especiales circunstancias de los migrantes cuando éstos sean víctimas del trabajo forzoso. Por eso, la Recomendación establece que independientemente de que el migrante se encuentren en situación regular o irregular, se deberían otorgar, entre otras cosas, la concesión un permiso de residencia temporal o permanente, y acceso al mercado laboral, así como implementar aquellas medidas que faciliten la repatriación voluntaria y segura del trabajador migrante³¹.

³⁰ Por este motivo, el artículo 10 de la Recomendación entiende que entre las medidas de protección a los menores se deberían incluir:

- a) el acceso de las niñas y los niños a la educación;
- b) el nombramiento de un tutor o de otro representante, si procede;
- c) en los casos en que no se conozca con certeza la edad de la persona y haya razones para pensar que es menor de 18 años, la presunción de que es menor de edad, en espera de que se verifique su edad;
- d) esfuerzos para reunir a los niños con sus familias o, cuando sea en el interés superior del niño, para proporcionarles acogimiento familiar.

³¹ En concreto, el artículo 11 de la Recomendación establece lo siguiente: «Teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, los Miembros deberían adoptar las medidas de protección más eficaces para los migrantes sometidos a trabajo forzoso u obligatorio, independientemente de su situación jurídica o de que se encuentren o no en el territorio nacional, con inclusión de las siguientes:

- a) la concesión de un período de reflexión y de recuperación, cuando existan motivos razonables para pensar que la persona es una víctima de trabajo forzoso u obligatorio, de modo que pueda tomar una deci-

Por último, en relación a las acciones jurídicas y de reparación de las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, la Recomendación núm. 203 dispone que los Estados Miembros deberían adoptar medidas para velar por que todas las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio tuvieran derecho, independientemente de su situación jurídica, a la justicia así como a las acciones jurídicas y de reparación apropiadas y eficaces, tales como una indemnización por daños y perjuicios ocasionados, así como el derecho a la asistencia jurídica «preferentemente gratuita»³².

6. INFLUENCIA DE LOS INSTRUMENTOS DE LA OIT EN EL ÁMBITO EUROPEO

En el ámbito europeo, distintos instrumentos que se han referido al trabajo forzoso han tenido una clara influencia en la regulación que sobre esta materia ha llevado a cabo la OIT.

Dentro del ámbito de Consejo de Europa, es especialmente destacable la influencia del Convenio núm. 29 OIT en el Convenio Europeo de Derechos Humanos 1950, que constituye el principal tratado europeo sobre los derechos humanos, y que prohíbe expresamente la esclavitud y el trabajo forzoso u obligatorio³³. En este mismo sentido, la Carta Social Europea 1961 requiere a

sión informada acerca de las medidas de protección y de su participación en procedimientos judiciales, período durante el cual se le autorizará a permanecer en el territorio del Estado Miembro de que se trate;

b) la concesión de un permiso de residencia temporal o permanente, y acceso al mercado de trabajo;

c) medidas para facilitar la repatriación en condiciones seguras y preferentemente voluntaria».

³² El artículo 12 de la Recomendación establece lo siguiente: «Los Miembros deberían adoptar medidas para velar por que todas las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio tengan acceso a la justicia y a otras acciones jurídicas y de reparación apropiadas y eficaces, tales como una indemnización por daños personales y materiales, con inclusión de:

a) la garantía, de conformidad con las leyes, los reglamentos y la práctica nacionales, de que todas las víctimas, por sí mismas o a través de representantes, tengan acceso efectivo a tribunales y a otros mecanismos de solución de diferencias para iniciar acciones jurídicas y presentar demandas de reparación, tales como una indemnización y daños y perjuicios;

b) medidas para que las víctimas puedan solicitar una indemnización y daños y perjuicios, incluido el cobro de los salarios impagados, así como de las cotizaciones reglamentarias y las prestaciones de la seguridad social, por parte de los autores;

c) la garantía de acceso a los programas de indemnización existentes apropiados;

d) información y asesoramiento destinados a las víctimas acerca de sus derechos y de los servicios disponibles, en un idioma que puedan entender, así como acceso a asistencia jurídica, preferentemente gratuita;

e) medidas para que todas las víctimas, nacionales y extranjeras, de trabajo forzoso u obligatorio que tuvo lugar en el territorio del Estado Miembro puedan iniciar acciones en los ámbitos administrativo, civil o penal en ese Estado, independientemente de su situación jurídica o de que se encuentren o no en el territorio nacional, con arreglo a procedimientos abreviados, cuando proceda.

³³ El artículo 4 del Convenio establece la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado

los Estados que lo ratifiquen a proteger de manera eficaz el derecho de las personas a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido, prohibiendo, por consiguiente, la imposición de trabajo forzoso³⁴. En relación con la trata de seres humanos, debe mencionarse el Convenio para la acción contra la trata de seres humanos de 3 de mayo de 2005, así como el Convenio para la Protección de los Niños contra la explotación y el abuso sexual, de octubre de 2007.

Por su parte, dentro del ámbito de la Unión Europea, los Convenios núm. 29 y 105 de la OIT, han tenido una clara influencia en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, que prohíbe la esclavitud, el trabajo forzoso y la trata de seres humanos³⁵. En el ámbito del Consejo de Europa, destaca el Convenio de Varsovia para la acción contra la trata de seres humanos de 3 de mayo de 2005 y el Convenio para la Protección de los Niños contra la explotación y el abuso sexual de octubre de 2007.

También dentro del derecho derivado comunitario, la cuestión ha sido regulada por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas³⁶, y la Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril, referida a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes.

Por último, merece la pena destacar la Estrategia Europea para la erradicación de la trata de seres humanos (2021-2025).

7. EL IMPACTO DE LA NORMATIVA DE LA OIT EN EL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL

En el ordenamiento interno español, tradicionalmente han sido escasas las disposiciones que se han referido al trabajo forzoso, primando en materia

³⁴ El artículo 1 de la Carta Social Europea establece lo siguiente: «Las partes contratantes se comprometen: 1. A reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo. 2. A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido. 3. A establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores. 4. A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas».

³⁵ El artículo 5 de la Carta Social, bajo la rúbrica «prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado» establece lo siguiente: «1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser consuetudinario a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. Se prohíbe la trata de seres humanos».

³⁶ Por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

laboral aquellas normas que configuran la voluntariedad como presupuesto imprescindible para configurar las relaciones laborales válidas. El fenómeno del trabajo forzoso en España y su necesaria erradicación había sido abordado, de manera indirecta en los últimos años a través de diversos instrumentos jurídicos de lucha contra la trata de seres humanos, como por ejemplo la reforma del Código Penal llevada a cabo en el año 2010³⁷, y que introdujo el nuevo Título VII bis «De la trata de seres humanos», por el que se tipifica el delito de trata de seres humanos, estando integrado en el mismo la imposición a otra persona de «trabajo o servicios forzados»³⁸. De esta forma, nuestro orde-

³⁷ Reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.

³⁸ El artículo 177 bis del Código Penal establece lo siguiente: «1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.

b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.

c) La explotación para realizar actividades delictivas.

d) La extracción de sus órganos corporales.

e) La celebración de matrimonios forzados.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

Cuando la víctima de trata de seres humanos fuera una persona menor de edad se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevara a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito;

b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad;

c) la víctima sea una persona cuya situación de vulnerabilidad haya sido originada o agravada por el desplazamiento derivado de un conflicto armado o una catástrofe humanitaria.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaleándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que

namiento jurídico no recoge el trabajo forzoso como un delito autónomo (contrariamente a lo que establece el Protocolo OIT de 2014), y lo vincula a una de las finalidades de la trata de personas recogidas en el artículo 177 bis del vigente Código Penal.

Hasta la Resolución de 20 de diciembre de 2021³⁹, por la que se aprueba el «Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso: relaciones laborales obligatorias y otras actividades humanas forzadas» no se había adoptado en nuestro país ningún plan o programa de actuación referido a la trata en el ámbito laboral, ni al trabajo forzoso propiamente dicho. Este Plan se aprobó para dar cumplimiento al Protocolo OIT de 2014 (ratificado por España el 12 de diciembre de 2017⁴⁰), por cuanto el artículo 1.2 del citado Protocolo exigía a los Estados que formularan «en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, una política y un plan de acción nacionales a fin de lograr la supresión efectiva y sostenida del trabajo forzoso u obligatorio que prevea la adopción de medidas sistemáticas por parte de las autoridades competentes y, si procede, en coordinación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, así como con otros grupos interesados».

Por lo tanto, el Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso pretende dar cumplimiento a los compromisos asumidos por España al ratificar

se dedique a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado».

³⁹ Resolución de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social.

⁴⁰ Entró en vigor el 20 de septiembre de 2018.

el Protocolo de 2014. En concreto, el propio Plan de Acción Nacional reconoce como eje básico del mismo el implementar una serie de medidas dirigidas a «transponer con rigor sistemático todas las recomendaciones de la OIT adelantadas en el Protocolo de 2014 y matizadas o desarrolladas por la Recomendación núm. 203 en materia de prevención del trabajo forzoso, protección de las víctimas de trabajo forzoso, de asistencia jurídica, reparación e indemnización de las víctimas de trabajo forzoso, de control de aplicación y de cooperación internacional». En el ámbito de protección del trabajador-víctima, el Plan distingue «entre los supuestos de trabajos forzados cuya persecución se encuentra sometida al régimen jurídico de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de aquellos otros supuestos en que, no estando comprendidos en su ámbito de aplicación, no obstante, concurren suficientes indicadores de la existencia de una situación de dominación encuadrada en el ámbito de la esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso que exijan estructurar un sistema de protección administrativa de la víctima potencial»⁴¹.

Dentro del Plan destaca la existencia de una serie de medidas de prevención, concienciación y formación, incluyendo medidas de educación, información⁴² y sensibilización dirigidas tanto a la sociedad en general, especialmente las personas consideradas más vulnerables, para evitar que sean víctimas de trabajo forzoso, como de quienes las emplean, así como al funcionariado encargado de luchar contra este tipo de prácticas.

Todo ello se combina con medidas de detección, investigación y enjuiciamiento, y con medidas de protección y atención y asistencia a víctimas que pretenden garantizar el acceso de éstas a acciones jurídicas y de reparación. El Plan finaliza con una serie de medidas de coordinación y cooperación internacional que pretende en este punto, dar cumplimiento a lo recogido en el artículo 1.^a) de la Recomendación 203 de la OIT⁴³.

⁴¹ Con respecto a las medidas de protección de las víctimas en el proceso penal español, *vid.* GÓMEZ COLOMER, J. L.: «Declaraciones y protección en el proceso penal», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 64, 2021.

⁴² Se contempla la elaboración de campañas de información dirigidas a empleadores y trabajadores, incidiendo en los sectores o ámbitos en los que por sus características, tienen una mayor incidencia el trabajo forzoso o donde existe un riesgo potencial de su presencia, así como colaboración con los interlocutores sociales y organizaciones no gubernamentales en la difusión de dicha información y en la divulgación de los derechos básicos de las personas migrantes que trabajen en España

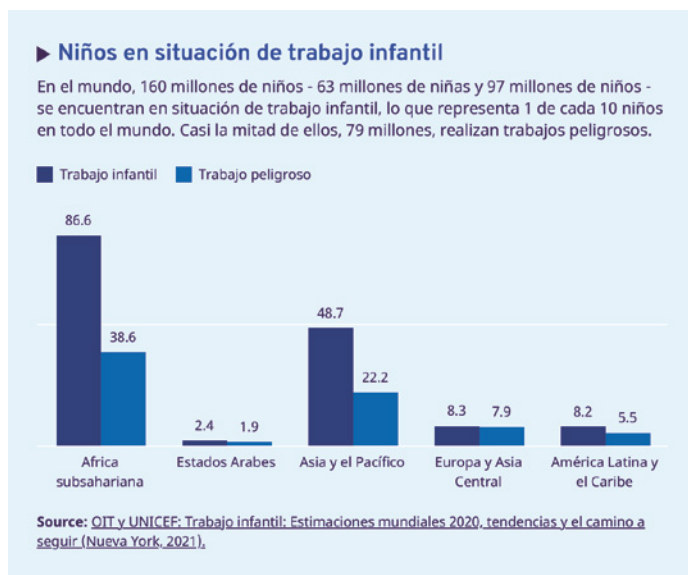
⁴³ En el Plan se prevé, entre otras cosas, la intensificación de las actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en materia de cooperación internacional, en especial con los países de origen de las víctimas

BIBLIOGRAFÍA

- GÓMEZ COLOMER, J. L.: «Declaraciones y protección en el proceso penal», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 64, 2021.
- GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M.^a: *El ejercicio de la prostitución y el Derecho del Trabajo*, Comares, 2013.
- INFORME DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES.: *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008 (disponible en: https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/101stSession/reports/reports-submitted/WCMS_174832/lang--es/index.htm).
- INTERNATIONAL LABOUR OFFICE.: *Report of the Director General, Report I (B). A Global Alliance Against Forced Labour: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*. International Labour Conference, 93th Session, 2005 (Geneva). (disponible en: <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09382/09382%282005-93%2994.pdf>).
- KERN, M., and SOTTAS.: «Chapter 3: Freedom of Workers: The Abolition of Forced or Compulsory Labour» In International Labour Office. 2002. *International Labour Standards: a Global Approach (Preliminary Version)* (Geneva). (disponible en: http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2002/102B09_46_engl.pdf).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.: «Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna; trabajo forzoso y matrimonio forzoso. Resumen ejecutivo 2022» (disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--ipec/documents/publication/wcms_854797.pdf).
- PLANT, R. and O'REILLY, C.: «Perspectives: the ILO Special Action Programme to Combat Forced Labour», *International Labour Review*, Vol. 142, núm. 1, 2003.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, S.: «La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 42, 2016.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos», *Aranzadi Social*, núm. 14, 2008.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015», *Diario La Ley*, núm. 8554, Sección Doctrina, 4 de junio de 2015.

■ LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES...

A principios de 2020, 1 de cada 10 niños de 5 años o más estaba realizando trabajo infantil. Las cifras ascienden concretamente a 63 millones de niñas y 97 millones de niños.



A nivel mundial, se han logrado avances significativos en la reducción del trabajo infantil en las últimas dos décadas (OIT y UNICEF 2021). El número de niños en situación de trabajo infantil se redujo en 85,5 millones entre 2000 y 2020, del 16 % al 9,6 %². Sin embargo, ya el Informe de UNICEF y OIT titulado «El papel de la protección social en la eliminación del trabajo infantil: Examen de datos empíricos y repercusiones políticas» de 2022³ estimaba que, sin estrategias de mitigación, el número de niños en trabajo infantil podría aumentar en 8,9 millones para finales de 2022 debido a una mayor pobreza y vulnerabilidad⁴.

En efecto, se ha constatado que, en los últimos cuatro años, por primera vez desde el año 2000, no se han realizado progresos en materia de reducción del trabajo infantil a nivel mundial. El número absoluto de niños en situación

² <https://www.un.org/es/observances/world-day-against-child-labour>.

³ *Ibidem*.

⁴ Informe del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), del año 2022, titulado «El papel de la protección social en la eliminación del trabajo infantil: Examen de datos empíricos y repercusiones políticas», https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_845171.pdf, 2022, p. 9.

de trabajo infantil aumentó en más de 8 millones, alcanzando los 160 millones, mientras que la proporción de niños en situación de trabajo infantil se mantuvo invariable. Como señala el Informe de UNICEF y la OIT titulado «Trabajo infantil: Estimaciones mundiales 2020, tendencias y el camino a seguir», de 9 de mayo de 2022, no se habían producido variaciones sobre trabajo infantil peligroso, salvo que el número aumentó en 6,5 millones, alcanzando los 79 millones⁵.

Lo alarmante de los datos y cifras anteriormente indicados permite comprender mejor la importancia que la comunidad internacional ha conferido al objetivo de poner fin al trabajo infantil. Conviene recordar que el derecho del niño⁶ a ser protegido ha sido una constante universal e histórica⁷ que ha llevado a su inclusión en Declaraciones, Conferencias, etc., desde cualquier nivel internacional⁸, no solo la Organización Internacional del Trabajo (en adelan-

⁵ Informe titulado «Trabajo infantil: Estimaciones mundiales 2020, tendencias y el camino a seguir», de 9 de mayo de 2022, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipecc/documents/publication/wcms_827418.pdf, p. 23.

⁶ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define «niño» como «el que está en la niñez». A su vez, se concreta el término «niñez», como «periodo de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento a la pubertad». REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*, 21.ª edición, Ed. Espasa, Madrid, 1998. Vol. 2, p. 1441.

Por su parte, el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, de 1989, define «niño», de la siguiente manera: «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

⁷ APILLUELO MARTÍN, M.: *La relación de trabajo del menor de edad*, Colección Estudios núm. 72, Ed. CES, Madrid, 1999, p. 43.

⁸ Entre los documentos relacionados con el trabajo infantil y los derechos del niño elaborados por la comunidad internacional, destacan los siguientes:

- Convenio núm. 5 de la OIT, sobre la edad mínima (industria) (1919);
- Convenio núm. 7 de la OIT, sobre la edad mínima (trabajo marítimo) (1920);
- Convenio núm. 10 de la OIT, sobre la edad mínima (agricultura) (1921);
- Convenio núm. 15 de la OIT, sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros) (1921);
- Convenio núm. 33 de la OIT, sobre la edad mínima (trabajos no industriales) (1932);
- Convenio núm. 58 de la OIT, (revisado) sobre la edad mínima (trabajo marítimo) (1936);
- Convenio núm. 59 de la OIT, (revisado) sobre la edad mínima (industria) (1937);
- Convenio núm. 60 de la OIT, (revisado) sobre la edad mínima (trabajos no industriales) (1937);
- Convenio núm. 112 de la OIT, sobre la edad mínima (pescadores) (1959);
- Convenio núm. 123 de la OIT, sobre la edad mínima (trabajo subterráneo) (1965);
- Convenio núm. 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo (1973);
- Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1989);
- Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social (1995);
- Conferencias Internacionales sobre Trabajo Infantil de Ámsterdam y Oslo (ambas en 1997);
- Declaración de la OIT relativa a los Principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998);
- Convenio núm. 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil (1999);
- Un mundo apropiado para los niños (2002), documento de resultados de la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (UNGASS) a favor de la Infancia;
- Plan de acción mundial contra las peores formas de trabajo infantil (2006);
- Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008).

te, OIT), como analizaremos más detenidamente en este trabajo, sino también la Unión Europea y la Organización de las Naciones Unidas.

Entre las normas comunitarias sobre el tema, podemos citar la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, con disposiciones al respecto posteriormente incorporadas a la Directiva 94/33/CEE, del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo; la Carta Europea de los Derechos del Niño (aprobada por Resolución A 3-0172/92); y la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, Directiva Marco en materia de seguridad y salud laboral de los trabajadores⁹.

Por su parte, y más recientemente, la ONU ha establecido como uno de sus Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS), la promoción del crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos (Objetivo núm. 8)¹⁰.

Este objetivo ha sido incluido en el marco de la consecución del ODS 8 sobre el trabajo decente y el crecimiento económico, que concreta, en el marco de este objetivo, la Meta 8.7 exhortando a poner fin al trabajo infantil en todas sus formas a más tardar en 2025. El hecho de acabar con el trabajo infantil también contribuirá a lograr progresos en el cumplimiento de muchos otros ODS, en particular en materia de educación y salud. En concreto, la Meta 8.7 de los ODS propone «Adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas contemporáneas de esclavitud y la trata de personas y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados, y, de aquí a 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas».

2. LA OIT Y EL TRABAJO INFANTIL

La OIT, agencia especializada de las Naciones Unidas, ha mantenido una preocupación constante, desde su fundación en 1919 hasta la actualidad, por erradicar el trabajo infantil. Este objetivo se ha visto reflejado en los numerosos documentos elaborados y aprobados formalmente como Convenios –normas in-

⁹ Más detalladamente en GARCÍA ROMERO, B., y LÓPEZ ANIORTE, M. C.: *La protección jurídico-laboral de mujeres y menores*, Colección Estudios jurídicos, Ed. DM, Murcia, 2001, pp. 79-81.

¹⁰ Agenda «Transformando nuestro Mundo: la Agenda de Desarrollo Sostenible de 2030», adoptada en New York, en la reunión plenaria de la Asamblea General celebrada los días 25 a 27 de septiembre de 2015.

ternacionales de eficacia jurídica en los Estados miembros que los ratifiquen–, Resoluciones –meras propuestas sin carácter vinculante, que solo obligan a los Estados miembros a informar a la OIT sobre el grado de cumplimiento de lo recomendado– y Declaraciones –que reafirman la importancia que los Estados miembros mandantes atribuyen a ciertos principios y valores– de la OIT.

Tres importantes instrumentos jurídicos internacionales sobre los derechos humanos y laborales –la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio de la OIT sobre la edad mínima (núm. 138) y el Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil (núm. 182), ratificado universalmente– establecen los límites jurídicos del trabajo infantil y proveen de los cimientos necesarios, junto con las Recomendaciones 146 y 190, a la hora de adoptar medidas a nivel nacional e internacional con miras a poner fin a esta lacra.

Los Convenios 138 y 182 OIT son fundamentales en materia de erradicación del trabajo infantil. Se consideran «fundamentales» por resultar Convenios que favorecen el logro de los objetivos de la OIT y que emanan de los principios formulados en la Constitución de la OIT y en la Declaración de Filadelfia de 1944¹¹, a lo que se añade su carácter obligatorio para todos los Estados miembros de la OIT, aunque no hayan ratificado aquellos expresamente¹².

Dentro de las normas de la OIT sobre trabajo infantil se distinguen, por razón de su contenido, aquellas relativas a la edad mínima para trabajar, y las concernientes a la prohibición del trabajo infantil, de las peores formas de trabajo infantil y del trabajo peligroso, como analizaremos más adelante. Las normas de la OIT relativas al trabajo infantil incorporan definiciones del trabajo infantil a prohibir y eliminar, al tiempo que señalan las medidas que deben ejecutar o se recomienda que adopten los Estados miembros que ratifiquen esas normas, para lograr su objetivo. Suelen finalizar con un apartado en el que se apela a la cooperación entre los Estados a fin de lograr esas metas.

Completan esas normas internacionales, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 –enmendada en 2022–¹³, y su heredera la Declaración de la OIT sobre la justicia social para

¹¹ <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>.

¹² ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Trabajo Decente y trabajo de menores (II)», en MONEREO, J. L., GORELLI, J., DE VAL, A. (Dir.) y LÓPEZ, B. M. (coord.): *El trabajo decente*, Colección Trabajo y Seguridad Social, núm. 111, Ed. Comares, Granada, 2018, p. 326.

¹³ Adoptada en la 86.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1998) y enmendada en la 110.a reunión (2022).

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf.

una globalización equitativa, de 2008 –también enmendada en 2022–¹⁴. Mediante estos instrumentos internacionales, los Estados miembros de la OIT reafirman su compromiso de crear un entorno de trabajo seguro y saludable, favorable para el desarrollo económico y social mediante el trabajo decente en la actual economía globalizada; compromiso de los miembros de la OIT en la defensa de los principios y derechos fundamentales en el trabajo plasmados en la Constitución de la OIT, y la Declaración de Filadelfia de 1944¹⁵. Uno de esos principios y derechos fundamentales consiste precisamente en abolir y eliminar de forma efectiva el trabajo infantil.

En este camino hacia la exclusión del trabajo infantil, la OIT ha dispuesto el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC)¹⁶. Creado en 1992, su objetivo general es la erradicación progresiva del trabajo infantil, para lo cual resulta necesario que sea más robusta la capacidad de los países para ocuparse del problema y que, al mismo tiempo, se promueva un movimiento mundial de lucha contra este mal. En la actualidad, IPEC es operativo en 88 países. IPEC es el programa más amplio en el mundo en su género y el más grande programa operativo individual de la OIT.

Destaca, asimismo, el Programa de referencia mundial IPEC+¹⁷, en el que se incluyen dos programas de cooperación técnica primordiales de la OIT: el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) mencionado anteriormente, y el Programa Especial de Acción para Combatir el Trabajo Forzoso (SAP-FL), con el fin de establecer una nueva fuerza importante en la lucha contra el trabajo infantil, el trabajo forzoso y la trata de personas.

En este último Programa Especial, el punto de partida es calificar como inaceptables esas formas de trabajo, en las que los trabajadores afectados no ven reconocidos sus derechos humanos básicos en el trabajo. En segundo lugar, causas como la gobernanza deficiente, la discriminación y la exclusión social, la pobreza en las familias y comunidades, y la falta de acceso al trabajo decente y a los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva conforman el ambiente propicio para que se originen el trabajo infantil, el forzoso y la trata de personas.

¹⁴ Adoptada en la 97.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2008).

https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099768/lang--es/index.htm

¹⁵ <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>.

¹⁶ https://www.ilo.org/americas/programas-y-proyectos/WCMS_178570/lang--es/index.htm.

¹⁷ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipec/documents/publication/wcms_633438.pdf.

El Programa Especial mencionado pretende que la OIT asuma el liderazgo en cuanto a los esfuerzos a nivel mundial para la erradicación de todas las formas de trabajo infantil en 2025, todas las formas contemporáneas de esclavitud y la trata de personas para 2030. Se trata de un objetivo del Programa de referencia mundial IPEC+, que enlaza con la Meta 8.7 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. La protección a las personas afectadas por esas violaciones de sus derechos humanos sería el segundo objetivo de este Programa.

El Programa de referencia mundial IPEC+ se centra en las economías rurales e informales, las empresas y las cadenas mundiales de producción y los países en situaciones de crisis y fragilidad, colaborando con los interlocutores sociales tripartitos de la OIT desde las comunidades hasta el escenario mundial –gobiernos, organizaciones de empleadores y de trabajadores– así como con las empresas y con las organizaciones de pequeños productores.

El Programa de referencia mundial IPEC+ alcanza estas metas prestando apoyo a los Estados miembros mandantes en:



Fuente: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/flagships/ipcc-plus/lang-es/index.htm>

3. DEFINICIÓN DE TRABAJO INFANTIL

La Organización Internacional del Trabajo define la ocupación en la producción económica como cualquier tipo de producción de mercado y determinadas modalidades no comerciales, como los bienes para uso propio.

El trabajo infantil comprende el trabajo para cuya realización los niños son demasiado jóvenes y/o el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la

moralidad de los niños. Priva a los niños de su niñez y perjudica su completo desarrollo físico y psicológico. De este modo, se indica que es un trabajo perjudicial para el bienestar físico, mental o moral del niño. Aparte de los perjuicios señalados, el trabajo infantil conlleva la alteración del proceso educativo del niño o niña, en el mejor de los casos, o el abandono escolar, en los casos más frecuentes.

No todas las tareas realizadas por los niños entran en la categoría de trabajo infantil que se ha de eliminar, sino que se excluyen aquellos trabajos que no repercuten negativamente en su escolarización, su salud o su desarrollo personal, y se llevan a cabo cuando ya se ostenta la edad mínima de admisión al empleo. Así sucede, a modo de ejemplo, en actividades realizadas fuera del horario escolar o durante las vacaciones, que resultan positivas para que ganen autonomía y experiencia, para participar activamente en la sociedad cuando sean adultos. Asimismo, queda excluido el trabajo ligero y el que no esté clasificado como una de las peores formas de trabajo infantil, en concreto, el trabajo peligroso, realizado por los que han alcanzado la edad mínima de empleo.

En la calificación como «trabajo infantil» de una determinada actividad, entran en juego varios elementos, como lo son la edad del niño o la niña, el tipo de trabajo en cuestión y la cantidad de horas que le dedica, las condiciones en que lo realiza, y los objetivos que persigue cada país. También puede ser distinta la respuesta que ofrezca cada país y cada sector económico. Como elementos que resultan intrascendentes para aquella calificación están el tipo de ocupación económica concreta o si el niño o adolescente trabaja en la economía formal o en la informal o si se produce dentro del entorno familiar.

4. EDAD MÍNIMA PARA TRABAJAR

Convenio núm. 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973

El Convenio núm. 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973¹⁸ implica una modificación respecto de otros Convenios previamente adoptados por la OIT en materia de edad mínima. A partir de la aproba-

¹⁸ Entrada en vigor: 19 junio 1976:
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ilo_code:C138.

ción de este Convenio, algunos de los anteriores han quedado cerrados a nuevas ratificaciones, mientras que otros se mantienen abiertos a estas últimas, pero la ratificación del Convenio núm. 138 implicaría la denuncia inmediata de los anteriores¹⁹. Los Convenios modificados son los siguientes:

- Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919;
- Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1920;
- Convenio sobre la edad mínima (agricultura), 1921;
- Convenio sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 1921;
- Convenio sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1932;
- Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1936;
- Convenio (revisado) sobre la edad mínima (industria), 1937;
- Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1937;
- Convenio sobre la edad mínima (pescadores), 1959, y
- Convenio sobre la edad mínima (trabajo subterráneo), 1965.

Comienza el Convenio núm. 138 OIT estableciendo los quince años como edad mínima tope para trabajar, o bien, la edad en que finaliza la obligación escolar (art. 2.3 Convenio núm. 138 OIT)²⁰. La salvedad a esta regla está prevista para aquel Estado Miembro de la OIT con un nivel insuficiente de desarrollo desde el punto de vista económico y educativo, en cuyo caso, sería posible especificar una edad mínima de catorce años, siempre que esas circunstancias fuesen justificadas y solo hasta que las mismas mejorasen (art. 2.4 Convenio núm. 138 OIT).

En virtud del artículo 3 del Convenio núm. 138 de la OIT, la edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que, por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores, no deberá ser inferior a dieciocho años.

¹⁹ Según dispone el artículo 10 Convenio núm. 138 OIT: «2. Al entrar en vigor el presente Convenio, el Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1936; el Convenio (revisado) sobre la edad mínima (industria), 1937; el Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1937; el Convenio sobre la edad mínima (pescadores), 1959, y el Convenio sobre la edad mínima (trabajo subterráneo), 1965, no cesarán de estar abiertos a nuevas ratificaciones.

3. El Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919; el Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1920; el Convenio sobre la edad mínima (agricultura), 1921, y el Convenio sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 1921, cesarán de estar abiertos a nuevas ratificaciones cuando todos los Estados partes en los mismos hayan dado su consentimiento a ello mediante la ratificación del presente Convenio o mediante declaración comunicada al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo».

²⁰ Se permite una edad inferior para participar en representaciones artísticas o actividades similares y siempre y cuando la autoridad competente lo conceda (art. 8 Convenio núm. 138 OIT).

A continuación, la OIT cede a las legislaciones nacionales o autoridades competentes la competencia para determinar los tipos de empleo o de trabajo a los que se aplica ese límite de edad mínima de admisión al trabajo, al mismo tiempo que les permite autorizar el trabajo a partir de la edad de dieciséis años «siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente».

En este sentido, la propia OIT considera sectores a los que aplicar «como mínimo» el contenido del Convenio, los siguientes: «minas y canteras; industrias manufactureras; construcción; servicios de electricidad, gas y agua; saneamiento; transportes, almacenamiento y comunicaciones, y plantaciones y otras explotaciones agrícolas que produzcan principalmente con destino al comercio, con exclusión de las empresas familiares o de pequeñas dimensiones que produzcan para el mercado local y que no empleen regularmente trabajadores asalariados».

Por otro lado, el Convenio aclara que el límite de edad para trabajar no es aplicable al trabajo efectuado por los niños o los menores en las escuelas de enseñanza general, profesional o técnica o en otras instituciones de formación, ni al trabajo efectuado por personas de, por lo menos, catorce años de edad en las empresas, siempre que dicho trabajo se lleve a cabo según las condiciones prescritas por la autoridad competente –previa consulta con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, cuando tales organizaciones existan,– y sea parte integrante de un curso de enseñanza, o un curso o programa de formación o de orientación laboral, del que se responsabilicen las instituciones formadoras o empresas que hayan obtenido la aprobación correspondiente para impartirlo (art. 6 Convenio núm. 138 OIT).

Asimismo, se faculta a la legislación nacional para admitir el empleo o el trabajo de personas de trece a quince años de edad en trabajos ligeros. La definición de «trabajos ligeros» se refiere a aquellos trabajos que no perjudiquen la salud o desarrollo del niño ni le impidan formarse en la escuela o en programas de orientación o formación profesional (art. 7 Convenio núm. 138 OIT).

Los Estados miembros de la OIT que hayan ratificado el Convenio núm. 138, se comprometen a adoptar las medidas necesarias para que su contenido se cumpla, con previsión de las sanciones correspondientes para los responsables en caso de incumplimiento, y con la exigencia de que queden registrados por el empleador los datos personales de sus trabajadores menores de dieciocho años (art. 9 Convenio núm. 138 OIT).

R146 – Recomendación sobre la edad mínima, 1973 (núm. 146)²¹

Una vez adoptado el Convenio núm. 138, sobre la edad mínima para trabajar, la OIT adoptó la Recomendación R146, sobre la edad mínima, reafirmando su preocupación por la protección de los niños y teniendo presente que «la abolición efectiva del trabajo de los niños y la elevación progresiva de la edad mínima de admisión al empleo constituyen sólo un aspecto de la protección y progreso de los niños y menores».

De ahí que, en esta Recomendación R146, se defiende que cada política nacional persiga como objetivos prioritarios la consecución del pleno empleo, la lucha por erradicar la pobreza, el establecimiento de medidas de protección y bienestar familiar destinadas a asegurar el mantenimiento de los niños, incluidos los subsidios por hijos, así como el desarrollo y la extensión progresiva de las facilidades adecuadas de enseñanza y formación profesional para niños y adolescentes (I.2.c R146).

Para el adecuado cumplimiento del Convenio núm. 138 OIT, se recomienda a los Estados miembros de la OIT que la edad mínima para trabajar sea la misma con independencia del sector concreto de actividad económica, así como la elevación a dieciséis años de esa edad mínima (II.6 R146). También se demanda que las condiciones de trabajo de los niños y adolescentes sean adecuadas en cuanto a su retribución equitativa, a la limitación de su jornada laboral, a la prohibición de realizar horas extraordinarias, a garantizar los descansos diario, semanal y anual, las medidas de prevención de riesgos laborales y las de protección social, incluidas las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, la asistencia médica y las prestaciones de enfermedad, cualesquiera que sean las condiciones de trabajo o de empleo del niño (IV.13 R146).

La actuación de la Inspección de Trabajo y el establecimiento de medios de inspección y de formación en las empresas son medidas de control que la R146 apunta para lograr la aplicación efectiva del Convenio núm. 138, a lo que se añade la necesidad de registros públicos de los nacimientos y de registros en las empresas, en los que consten los menores contratados por estas (V R146).

²¹ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312484.

5. PEORES FORMAS DE TRABAJO INFANTIL Y TRABAJO PELIGROSO

Convenio núm. 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, 1999²²

El Convenio núm. 182 de la OIT es un instrumento fundamental respecto del trabajo infantil, como hemos señalado con anterioridad. Este Convenio núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil logró la ratificación universal (después de la ratificación por parte del Reino de Tonga), en agosto de 2020, lo que ha constituido un hito en la historia de la OIT, que, por primera vez, ha conseguido que todos sus miembros hayan firmado un Convenio internacional del trabajo. No es mala noticia si tenemos en cuenta las elevadas cifras de trabajo infantil que desgraciadamente arrojan las estadísticas, como hemos analizado anteriormente.

En su contenido, que consta de dieciséis artículos, este Convenio se centra, por un lado, en definir «las peores formas de trabajo infantil» y, por otro, en determinar las obligaciones de los Estados miembros que ratifiquen el Convenio a fin de eliminar las peores formas de trabajo infantil.

Las peores formas de trabajo infantil comprenden las categorías establecidas en el artículo 3 del Convenio núm. 182 OIT. Estas categorías abarcan todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, así como el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se define en los tratados internacionales pertinentes, o para la realización de actividades que supongan el porte o el uso ilegales de armas de fuego u otras armas (III R190).

Junto a las tres categorías anteriores, se añade la cuarta, la relativa al trabajo infantil peligroso, que es la categoría más importante de las clasificadas. Se trata de aquel trabajo infantil que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la morali-

²² Entrada en vigor: 19 noviembre 2000.

dad de los niños²³. Esta última categoría resulta imprecisa, por lo que la norma deja su concreción bien a la legislación nacional, bien a la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas y tomando en consideración las normas internacionales en la materia, con referencia expresa a la Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, en sus párrafos 3 y 4, que analizaremos a continuación.

Una vez localizado y calificado como trabajo infantil, el Estado miembro de la OIT debe poner en marcha medidas efectivas a fin de conseguir que los niños no sigan empleados en las peores formas de trabajo infantil, reinsertándolos socialmente y guiándolos hacia la enseñanza básica gratuita, puesto que la educación es un elemento clave para la eliminación del trabajo infantil (art. 7.2 Convenio núm. 182 OIT).

R190 – Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 190)²⁴

De conformidad con esta Recomendación, en su párrafo 3, cuando se proceda a determinar y localizar dónde se practican los trabajos pertenecientes a alguna de las categorías de «peores formas de trabajo infantil», deberían tomarse en consideración, entre otras cosas (II.3 R190):

(a) Los trabajos en que el niño queda expuesto a abusos de orden físico, psicológico o sexual.

(b) Los trabajos que se realizan bajo tierra, bajo el agua, en alturas peligrosas o en espacios cerrados.

(c) Los trabajos que se realizan con maquinaria, equipos y herramientas peligrosos, o que conllevan la manipulación o el transporte manual de cargas pesadas.

(d) Los trabajos realizados en un medio insalubre en el que los niños estén expuestos, por ejemplo, a sustancias, agentes o procesos peligrosos, o bien a temperaturas o niveles de ruido o de vibraciones que sean perjudiciales para la salud.

(e) Los trabajos que implican condiciones especialmente difíciles, como los horarios prolongados o nocturnos, o los trabajos que retienen injustificadamente al niño en los locales del empleador.

²³ Se califican como peligrosos también los servicios domésticos no remunerados que se realizan con horarios prolongados, en un entorno insalubre, con equipos peligrosos o cargas pesadas y/o en lugares peligrosos.

²⁴ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312528.

Como instrumento, para que se aplique de forma idónea el Convenio núm. 182 OIT, la R190 pone el foco en obtener información sobre el trabajo infantil, el trabajo infantil peligroso y las peores formas de trabajo infantil, los actos delictivos sobre trata de niños, su reclutamiento para la pornografía, el tráfico de estupefacientes o la prostitución. Las estadísticas y otras vías de información elaboradas por los miembros de la OIT se recopilarán por la Oficina internacional de Trabajo, para su estudio de cara a establecer las medidas de acción prioritarias.

Además de las responsabilidades civiles, penales y administrativas derivadas de tales actos delictivos, mediante la R190 se encomienda a los Estados miembros sensibilizar a los empleadores, familias, administraciones públicas y al público en general sobre el problema de los niños que trabajan en esas condiciones, de modo que también se promuevan acciones para favorecer el empleo, la educación básica gratuita, con la finalidad de eliminar el trabajo infantil. La cooperación entre Estados miembros es otra herramienta adecuada para estos fines, ya que complementa las acciones nacionales.

6. IMPACTO DE LA NORMATIVA DE LA OIT EN LA FORMACIÓN HISTÓRICA Y EN LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE TRABAJO INFANTIL

En nuestra legislación, destaca el Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se fijan los trabajos prohibidos a mujeres y menores. Esta norma quedó derogada en los aspectos de su normativa relativos al trabajo de las mujeres, en virtud de la disposición derogatoria única. b) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL). Pero se mantiene su vigencia en los aspectos relativos al trabajo de los menores, que coincidan con el posterior Convenio núm. 138 OIT.

La vigencia de esas disposiciones sobre los trabajos prohibidos a menores está supeditada a que el Gobierno desarrolle las previsiones contenidas en el apartado 2 del artículo 27 LPRL. En este sentido, en el artículo 27.2 LPRL se señala que el Gobierno establecerá las limitaciones a la contratación de jóvenes menores de dieciocho años «en trabajos que presenten riesgos específicos». Dado que esta previsión aún no ha sido desarrollada, se colige que continúa vigente el contenido del mencionado Decreto de 1957 en lo relativo al trabajo de los menores.

Dicho Decreto de 1957 establece la prohibición respecto de distintos trabajos e industrias que concreta especificándolos²⁵, sin perjuicio de lo cual el artículo 2 se refiere a que también quedan incluidos otros trabajos que tengan carácter análogo a los indicados en el propio artículo 1 Decreto de 1957, cualquiera que sea el grupo de industria en que se realice.

Las prohibiciones previstas en el Decreto de 1957 coinciden con el Convenio núm. 138 OIT²⁶, ratificado por España con posterioridad a aquel (en concreto, fue ratificado en fecha de 13 de abril de 1977).

Por otro lado, los Convenios núm. 138, de 1973, y el núm. 182, de 1999, de la OIT son posteriores²⁷ a la Ley de Contrato de Trabajo (DD. De 26.1.1944 y 31.3.1944), por lo que la primera norma con la que podemos comparar la influencia de los citados Convenios de la OIT en nuestra legislación laboral sería a partir de la derogada Ley de Relaciones Laborales, de 8 de abril de 1976 (en adelante, LRL), y, en la actualidad, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

En el artículo 6 LRL, se prohibía la admisión al trabajo a los menores de 16 años. Asimismo, se establecía la doble prohibición, respecto de realizar

²⁵ El mencionado artículo 1 Decreto de 1957 detalla del siguiente modo, la prohibición de que los menores desempeñen determinados trabajos:

a) El trabajo en las actividades e industrias que se comprenden en la relación primera unida al presente Decreto.

b) El engrase, limpieza, examen o reparación de las máquinas o mecanismos en marcha que resulten de naturaleza peligrosa.

c) El manejo de prensas, guillotinas, cizallas, sierras de cinta o circulares, taladros mecánicos y, en general, cualquier máquina que por las operaciones que realice, las herramientas o útiles empleados o las excesivas velocidades de trabajo represente un marcado peligro de accidentes, salvo que éste se evite totalmente mediante los oportunos dispositivos de seguridad.

d) Cualquier trabajo que se efectúe a más de cuatro metros de altura sobre el terreno o suelo, salvo que se realice sobre piso continuo y estable, tal como pasarelas, plataformas de servicios u otros análogos, que se hallen debidamente protegidos.

e) Todos aquellos trabajos que resulten inadecuados para la salud de estos trabajadores por implicar excesivo esfuerzo físico o ser perjudiciales a sus circunstancias personales.

f) El trabajo de transportar, empujar o arrastrar cargas que representen un esfuerzo superior al necesario para mover en rasante de nivel los pesos (incluido el de vehículo) que se citan a continuación y en las condiciones que se expresan (...).

²⁶ Como el maestro MONTOYA MELGAR ha destacado: «Artículo 6. Trabajo de los menores», en MONTOYA-GALIANA, SEMPERE-RÍOS: Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 7.ª ed., 2007, p. 62.

²⁷ Con anterioridad a la Ley de Contrato de Trabajo, disponemos de normas relevantes en materia de protección de los menores, como la Ley Benot, de 24-7-1873, sobre regulación del trabajo en talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos. También destaca la Ley de 26-7-1878, sobre trabajos peligrosos de los niños; y la Ley sobre condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños, de 13-3-1900. En esta última, se prohibía la contratación a los menores de 10 años, estableciéndose un régimen de capacidad limitada para los niños mayores de 10 y menores de 14 años.

trabajos nocturnos y horas extraordinarias, y solo se permitía que trabajasen en espectáculos públicos.

En relación con los trabajos nocturnos, el art.6.2 LRL establecía que los menores no podían realizar trabajos nocturnos en determinadas actividades que se considerasen insalubres, penosas, nocivas o peligrosas tanto para su salud como para su formación moral. La calificación en alguna de esas categorías la declaraba el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical.

Esos requisitos relativos al informe previo de la Organización Sindical y de la declaración del Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo se exigían también para autorizar la realización de horas extraordinarias a los menores de 18 años, como excepción a la regla general prohibitiva. Esta excepción se permitía solo «en determinados sectores de actividad o zonas territoriales» (art. 6.3 LRL).

Por lo que se refiere a la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos, sólo se autorizaba en casos excepcionales por la autoridad laboral. Se requería obtener el permiso por escrito correspondiente y solo se concedía para determinados actos, con la condición de no peligrar la salud física ni la formación moral del menor (art. 6.4 LRL).

A partir de la Constitución Española de 1978, se produce la aprobación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los trabajadores de 1980, sucesivamente modificado hasta su última refundición en 2015 (en adelante, ET).

De modo similar a la LRL, en el artículo 6 ET titulado «Trabajo de los menores», se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años (art. 6.1 ET), la realización de trabajos nocturnos (art. 6.2 ET) y de horas extraordinarias (art. 6.3 ET) y se establecen las mismas limitaciones que en la LRL para la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos (art. 6.4 ET).

No obstante, la prohibición, prevista en el artículo 6.2 LRL, de realizar trabajos nocturnos en actividades insalubres, penosas, nocivas o peligrosas, se amplía en el actual artículo 6.2 ET, con la prohibición de que realicen cualquier trabajo nocturno, sin diferenciar su grado de perjuicio para la salud ni la formación moral del menor, ni de si se trata de trabajar por la noche en actividades más o menos insalubres, penosas, nocivas o peligrosas.

A la prohibición de realizar trabajos nocturnos, se asimila la de llevar a cabo actividades u ocupar puestos de trabajo en los que la LPRL establezca limitaciones (art. 6.2 ET).

En este sentido, el apartado 1 del artículo 27 LPRL establece la obligación del empresario de evaluar los puestos de trabajo a desempeñar por el

menor de dieciocho años. Esta evaluación debe ser previa a que el menor de dieciocho años trabaje, o antes de que se produzca alguna modificación sustancial de sus condiciones laborales. La finalidad de la evaluación es determinar si el desempeño de las funciones de ese puesto de trabajo puede suponer un riesgo específico para la seguridad, salud y desarrollo del menor dada la naturaleza, el grado o la duración de exposición a ese riesgo concreto.

Una vez realizada la evaluación, la segunda obligación empresarial es poner en conocimiento del menor y de sus padres o tutores los riesgos detectados y las medidas preventivas a implementar para proteger la seguridad y salud de éste.

En caso de incumplimiento empresarial en relación con las prohibiciones que hemos señalado, se considera al empresario como responsable de una infracción administrativa muy grave, de conformidad con el artículo 8.4 LISOS, que califica como infracción muy grave «La transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral». De este modo, se da cumplimiento a lo previsto en el Convenio núm. 138 de la OIT, de que los Estados miembros de la OIT que lo hayan ratificado, se comprometen a adoptar las medidas necesarias para que su contenido se cumpla, con previsión de las sanciones correspondientes para los responsables en caso de incumplimiento.

7. CONCLUSIONES

En las páginas anteriores, se pone de manifiesto el interés mostrado por la OIT, a fin de proteger la infancia y la adolescencia frente al trabajo infantil. El logro de ese objetivo pasa por respetar el derecho del niño y el adolescente a la educación, y los períodos de escolarización obligatoria, que sirven como límite, al igual que la edad mínima de admisión al empleo.

Ante la realidad constatada del trabajo infantil, la OIT incorpora el mecanismo protector de prohibir que los niños y adolescentes realicen determinados trabajos calificados de peligrosos o incluidos dentro de alguna de las categorías de peores formas de trabajo infantil.

Los Convenios núm. 138 y 182 de la OIT son los instrumentos clave que contienen esas prohibiciones. Otro instrumento tuitivo consiste en las recomendaciones emitidas para que los Estados miembros aprueben normas jurídicas nacionales y programas de acción internos en los que, por un lado, se salvaguarden las condiciones de trabajo de los niños y adolescentes en materia retributiva, de tiempo de trabajo y de prevención de riesgos laborales. Y,

por otro lado, se penalicen como actos delictivos las peores formas de trabajo infantil.

Todos esos mecanismos de protección, que incorporan medidas concretas, se completan con otras herramientas más abstractas y complejas, dirigidas a la consecución del trabajo decente, de la erradicación de la pobreza, y a alcanzar una globalización justa, puesto que el trabajo infantil no es un fenómeno que quepa abordar de manera aislada, sino que se puede calificar a un tiempo como causa y como consecuencia de un nivel bajo de bienestar social.

La normativa de la OIT establece unos niveles protectores que la normativa española, anterior a la de la OIT, ya cumplía y mejoraba con carácter general. De ahí que no haya resultado necesaria su adaptación a los Convenios núm. 138 y 182 OIT cuando fueron ratificados por España.

BIBLIOGRAFÍA

- APILLUELO MARTÍN, M.: *La relación de trabajo del menor de edad*, Colección Estudios núm. 72, Ed. CES, Madrid, 1999.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, Colección Derecho Laboral Temas puntuales, Ed. Laborum, Murcia, 2002.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Trabajo decente y trabajo de los menores (II)», en MONE-REO, J. L., GORELLI, J., DE VAL, A. (Dirs.) y López, B. M. (coord.): *El trabajo decente*, Colección Trabajo y Seguridad Social, núm. 111, Ed. Comares, Granada, 2018.
- CÁMARA BOTÍA, A.: «Los menores en la legislación laboral española», *Anales de Historia Contemporánea*, 19/2003.
- GARCÍA ROMERO, B.: «La protección jurídico-laboral de los menores», *AS*, núm. 20/2001.
- GARCÍA ROMERO, B., LÓPEZ-ANIORTE, M. C.: *La protección jurídico-laboral de mujeres y menores*, Colección Estudios jurídicos, Ed. DM, Murcia, 2001.
- MELLA MÉNDEZ, L.: «La protección de los menores en el derecho del trabajo: reflexiones generales», *AS*, núm. 13/2008.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales*, 3.ª ed., Ed. Civitas, 2009.
- MONTOYA MELGAR, A.: «Artículo 6. Trabajo de los menores», en MONTOYA-GALIANA, SEMPERE-RÍOS: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 7.ª ed., 2007.
- QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: «Trabajo decente y trabajo de los menores (I)», en MONE-REO, J. L., GORELLI, J., DE VAL, A. (Dirs.) y López, B. M. (Coord.): *El trabajo decente*, Colección Trabajo y Seguridad Social, núm. 111, Ed. Comares, Granada, 2018.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*, 21.^a edición, Ed. Espasa, Madrid, 1998. Vol. 2.

RYDER, G.: «Presentación», de la monografía escrita por SOMAVÍA, J.: *El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana*, Santiago, OIT, 2014.

TRANSICIÓN A LA ECONOMÍA FORMAL

DANIEL PÉREZ DEL PRADO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID: 0000-0001-7106-6769

SUMARIO: 1. *El problema de la economía informal.*–2. *El papel de la OIT en la lucha contra la economía informal: la Recomendación 204.*–3. *La aplicación de la Recomendación 204 OIT en España.*–4. *Conclusiones: de la informalidad al empleo decente.*–5. *Bibliografía.*

1. EL PROBLEMA DE LA ECONOMÍA INFORMAL

La economía informal, sumergida o no declarada –cuestión terminológica en la que nos detendremos más adelante, utilizándolos por el momento como equivalentes– es un problema económico y social de primer orden. Por una parte, desde la perspectiva económica, provoca niveles subóptimos de producción y empleo, encarece el acceso al crédito y a las materias primas, a la vez que incrementa el precio del producto final¹. En conjunto, «al margen de las razones de equidad que puedan existir, la presencia de esta economía sumergida impide tener una imagen real de la verdadera situación de la economía, cuyos efectos principales son la deformación de los princi-

¹ SANCHIS GÓMEZ, E.; CAPECCHI, V. (Eds.), *La otra economía: trabajo negro y sector informal*, Ed. Alfons el Magnànim, Valencia, 1988, pp. 32-35.

pales datos generales [...] y hacer más compleja la toma de decisiones económica»².

Por otra, desde el plano estrictamente social, la economía informal conduce a mercados de trabajo ineficientes, rígidos e injustos, dominados por el alto desempleo; la dualidad de condiciones de trabajo, es decir, la existencia de personas trabajadoras con buenos estándares laborales frente a otras que no alcanzan los mínimos exigibles; la baja movilidad laboral y la alta tributación sobre el trabajo³. Además, por lo que hace a la protección social, contribuye tanto a la inestabilidad financiera del sistema de Seguridad Social, como a situaciones de desprotección de determinadas personas y colectivos. Como corolario de todo lo anterior resulta que se la considere una forma de «dumping social», pues introduce competencia desleal entre empresas sobre la base de salarios insuficientes y del impago de cotizaciones a la Seguridad Social.⁴

Se calcula que, en 2022, la economía irregular representó el 17,29 % del PIB de la UE; 15,8 % en el caso de nuestro país⁵. España se sitúa ligeramente por debajo de la media, a 15 puntos de los países que encabezan el ranking y en torno a 9 puntos por encima de los que menos tienen (ver gráfico siguiente). Aun así, la situación no ha sido valorada positivamente, pues nuestra posición relativa obedece a la entrada de los Estados miembros del este de Europa, con porcentajes de economía irregular peores que el nuestro. De esta forma, si se centrara el análisis únicamente en la antigua Europa de los 15, la situación sería claramente desfavorable para España y así ha sido tradicionalmente descrita por la literatura⁶.

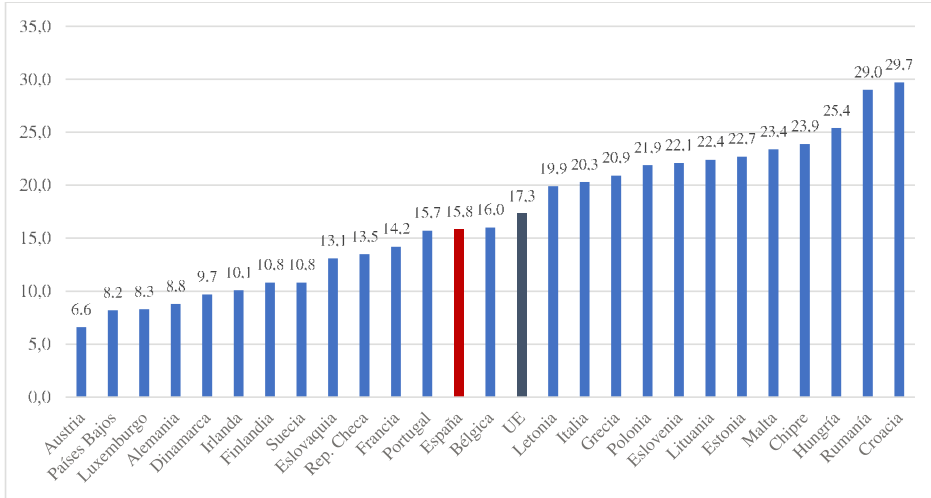
² GARCÍA VIÑA, J., «Economía sumergida y relaciones laborales en Europa», *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 21, 2015, Elsevier, p. 38.

³ ARAGADOÑA RÁMIZ, A., «La economía sumergida: consideraciones éticas», en *Implicaciones de la economía sumergida en España: libro marrón*, Madrid, septiembre 2010, 2010, p. 58.

⁴ ROCHA SÁNCHEZ, F., «El trabajo no declarado en España», Fundación 1º de Mayo, Madrid, 2011, p. 1.

⁵ SCHNEIDER, F.; ASLLANI, A., *Taxation of the Informal Economy in the EU | Think Tank | European Parliament*, European Parliament, Luxembourg, 2022, p. 14.

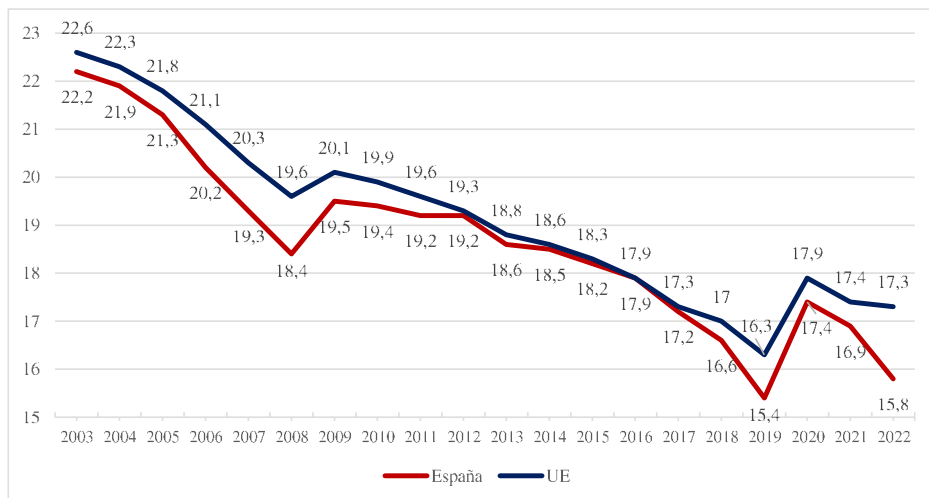
⁶ RUESGA BENITO, S. M.; CARBAJO VASCO, D.; PÉREZ TRUJILLO, M., «El fraude fiscal y la economía sumergida en la perspectiva del desarrollo económico. El caso español», en Monereo Pérez, J. L., Perán Quesada, S. (eds.) *Derecho social y trabajo informal: implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Editorial Comares, 2016, pp. 94-100.

Gráfico 1. Economía informal como % del PIB (2022)

Fuente: Schneider & Asllani, 2022

No obstante, nuestro país ha seguido la tendencia general de reducción de la economía informal experimentada en el conjunto de la Unión. Tal y como puede observarse en el siguiente gráfico, en el año 2003, tanto España como la UE mostraban porcentajes de economía informal en torno al 22%. Sin embargo, en 2022 la distancia entre ambos se amplió hasta el punto y medio. España cerró el período con un 15,8%, mientras que el conjunto de países de la Unión lo hicieron en el 17,3%. No se observaba una diferencia tan amplia con la media desde el año 2008, justo antes de la Gran Recesión, cuando se alcanzaron los 1,2 puntos. De hecho, aunque la crisis económica no alteró la tendencia general que venimos describiendo, sí que propició que las diferencias con la media se volatilizaran hasta prácticamente equipararse en el período 2012-2017. Esta es la consecuencia lógica de la crisis, que hizo que se incrementara la economía sumergida, aunque una vez producido ese repunte al principio de la recesión, la situación pareció, de acuerdo con los datos, encauzarse, lo que podría explicarse por el efecto benéfico que las medidas anticrisis tuvieron (también) sobre la economía irregular.

Gráfico 2. Evolución de la economía informal UE y España (% PIB)



Fuente: Schneider & Asllani, 2022

Si, dentro de la economía sumergida, nos centramos en el trabajo informal, la situación no cambia de forma destacable, aunque existen mayores dificultades para su medición. En efecto, como señala la propia Plataforma europea sobre trabajo no declarado, no existe un consenso sobre la escala estimada del trabajo no declarado, situándose en nuestro país entre el 3,2 % y el 11,3 % de la población activa⁷. Aun así, si se revisan los datos del Eurobarómetro especial sobre empleo sumergido⁸, la percepción que se tiene en España sobre el trabajo informal no es muy distinta al del conjunto de la Unión, cuando no mejor. Así, el 92 % de los encuestados consideraron inaceptable el fraude tributario y a la Seguridad Social en el marco de contrataciones y subcontratas, frente al 85 % del conjunto de la Unión. Tales porcentajes ascendieron al 89 % y 82 % respectivamente para el caso de no declarar todo o parte del salario en cualquier sector. El grado de desaprobación desciende al 86 % y 78 % respectivamente en el caso del trabajo autónomo y 78 % y 67 % para el trabajo en el hogar⁹.

En suma, a pesar de la mejora experimentada en los últimos años, tanto la economía como el trabajo informales continúan siendo un problema de pri-

⁷ EUROPEAN PLATFORM UNDECLARED WORK, *Member States Factsheets*, European Platform Undeclared Work, 2017, p. 166.

⁸ Eurobarómetro Especial 498.

⁹ Eurobarómetro Especial 498. Factsheet Spain, p. 2.

mer orden a nivel global y muy especialmente en el caso de España. De ahí la importancia de los mecanismos puestos en marcha en uno y otro ámbito para combatirla.

2. EL PAPEL DE LA OIT EN LA LUCHA CONTRA LA ECONOMÍA INFORMAL: LA RECOMENDACIÓN 204

En la lucha contra la informalidad, la OIT está llamada a realizar una labor orientada a regular y controlar el cumplimiento de las normas fundamentales del trabajo, como fórmula que permita conseguir la meta del trabajo decente¹⁰. La Declaración sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT de 1998¹¹ es el instrumento internacional básico para tal fin y constituye el marco general a partir del cual desplegar esta estrategia de acción.

A partir de ahí, en el plano más concreto, la OIT ha creado un instrumento específico dirigido a apoyar las acciones estatales dirigidas a trasvasar a trabajadores y a unidades económicas productivas de la informalidad a la economía formal. En la Conferencia Internacional del Trabajo núm. 104 de 2015, se adoptó la Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, núm. 204¹² (en adelante, Recomendación 204 OIT o Recomendación) que se configura como la primera norma internacional del trabajo orientadas específicamente a combatir la economía informal.

Al analizar el contenido de la Recomendación 204 OIT, podríamos sistematizarla en cuatro áreas diferenciadas. En primer lugar, su objeto y ámbito de aplicación, lo que conecta con la espinosa cuestión de la delimitación conceptual de las nociones de economía y empleo informal. En segundo lugar, los principios rectores que han de regir la aplicación de las medidas tendentes a limitar estos fenómenos. En tercer lugar, las medidas en sí mismas consideradas. Por último, las herramientas para su medición y, también, para cuantificar su evolución, esto es, la eficacia y eficiencia de las medidas puestas en práctica.

¹⁰ LÓPEZ AHUMADA, J. E., «La gobernanza de la informalidad laboral desde la perspectiva de la acción internacional», *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 9, 2020, Cinca, p. 22.

¹¹ OIT, *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1998, fecha de consulta 31 enero 2023, en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf.

¹² https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/104/texts-adopted/WCMS_379098/lang-es/index.htm.

Comenzando por el primero de los elementos mencionados, lo cierto es que la economía informal es un concepto difuso. Varios son los motivos que sustentan esta calificación, tanto en el plano jurídico como en el económico¹³. Por una parte, por la utilización de diversos términos, en algunas ocasiones como sinónimos, en otras de forma diferenciada pero próxima o confluyente. Esto se observa en la propia convivencia de los conceptos «economía» y «empleo» y se extiende a los adjetivos que los suelen acompañar. Así, la OIT, como vemos, prefiere el de informal. En la Unión Europea, es más frecuente el de «no declarado», muy próximo al «oculto» de la OCDE. No son tampoco infrecuentes otros adjetivos como los de «ilegal», «irregular», «no registrado» o «negro»¹⁴. A lo anterior se une el hecho de que, aunque escojamos alguna de estas nociones o logremos trazar los elementos comunes a todas ellas, lo cierto es que adolecen de un alto grado de indeterminación jurídica, como procuraremos demostrar más adelante. De otra parte, esta característica se manifiesta también en el plano económico. La técnica analítica propia de esta ciencia social requiere delimitar los conceptos con precisión, pues solamente así resultan medibles o cuantificables. Pues bien, a pesar de los avances que se han experimentado en la medición del fenómeno, lo cierto es que uno de los problemas centrales del análisis cuantitativo de la economía informal radica precisamente en la falta de concreción del término, lo que dificulta que pueda medirse o valorarse cuantitativamente¹⁵.

De ahí que una de las tareas habituales en los estudios jurídicos y económicos sobre esta materia sea precisamente la de la delimitación conceptual del fenómeno. A este respecto, lo primero que llama la atención es que la Recomendación 204 OIT utiliza dos términos, economía y trabajo informal. Aunque solo nos proporciona una definición de la primera, lo cierto es que viene a reconocer implícitamente que se trata de dos conceptos diferentes cuando señala que «el trabajo informal puede observarse en todos los sectores de la economía, tanto en espacios públicos como en espacios privados» (apdo. I.5). De hecho, esta misma conclusión podría deducirse de la noción de economía informal.

¹³ Para este último aspecto, véase RUESGA BENITO, S. M., *La economía sumergida*, Acento Editorial, Madrid, 2000.

¹⁴ BAZ RODRÍGUEZ, J., «El trabajo informal o «no declarado» («undeclared work») desde la perspectiva de la Unión Europea. Una aproximación conceptual e institucional», en Monereo Pérez, J. L., Perán Quesada, S. (eds.) *Derecho social y trabajo informal: implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Editorial Comares, 2016, pp. 34-35.

¹⁵ ROCHA SÁNCHEZ, F., «*El trabajo no declarado en España*», cit., pp. 18-34.

En efecto, la Recomendación la define en un doble sentido. En el positivo, la economía informal hace referencia «a todas las actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que –en la legislación o en la práctica– están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto». En sentido negativo, «no abarca las actividades ilícitas, en particular la prestación de servicios y la producción, venta, posesión o consumo de bienes prohibidos por la legislación, incluyendo la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes, la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, la trata de personas y el blanqueo de dinero, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes».

Este último elemento quizá resulte el más sencillo de los dos, puesto que, el término ilícito, aunque es sinónimo de «antijurídico» y, por consiguiente, de «ilegal»¹⁶, lo cierto es que es más frecuente en el ámbito penal y, por extensión, en el administrativo sancionador. De hecho, el listado ejemplificativo apunta en esa dirección. Desde esta perspectiva las «actividades ilícitas» no son cualquier tipo de actividad antijurídica o ilegal –lo cuál sería tautológico, pues la economía informal es por naturaleza ilegal en el sentido de que transgrede de alguna forma el ordenamiento jurídico–, sino aquellas de mayor gravedad. Se trata de actividades prohibidas, excluidas del tráfico económico y jurídico por imperativo del Derecho administrativo y/o del Derecho penal¹⁷.

Mayores dificultades se observan en la delimitación positiva. De lo mencionado anteriormente se deduce que la noción de economía informal se deriva de la confluencia de cuatro elementos: a) actividad económica, b) desarrollada por trabajadores o unidades económicas, c) que no está cubierta en todo o en parte por «sistemas formales», y d) tal falta de cobertura viene dada por la acción de la propia ley o de la práctica.

Si tomamos los dos primeros factores, podemos darnos cuenta de que en la definición también se distingue entre economía y trabajo informal. Aquella tiene un alcance más general¹⁸ y se refiere a cualquier tipo de actividad económica que cumpla con los requisitos que ahora analizamos. Este es mucho más concreto, pues a la Recomendación en realidad no le interesa cualquier manifestación económica de la informalidad, sino aquellas que tocan con el trabajo

¹⁶ Véase la entrada del Diccionario Jurídico de la RAE.

¹⁷ La vinculación a estas ramas del Derecho resulta de utilidad si se tiene en cuenta que la economía informal admite también gradaciones, pudiéndose observar irregularidades totales o parciales o de mayor o menor intensidad. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Empleo irregular y Administración laboral», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 125, 2014, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pp. 153-154.

¹⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V., «El empleo sumergido y su regularización: alcance del Real Decreto Ley 5/2011», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3 (marzo 2011), 2011, Aranzadi Thomson Reuters, p. 63.

por cuenta ajena y con el trabajo por cuenta propia. De ahí que el segundo de los elementos caracterizadores precise que las actividades económicas hayan de ser desarrolladas por trabajadores o unidades económicas. Por consiguiente, existe entre ambos conceptos una relación sinecdótica o, si se prefiere, el primer problema de delimitación conceptual es que se da protagonismo al todo cuando en realidad interesa la parte. La Recomendación pretende establecer bases para la prevención y limitación del trabajo informal, en sus diversas modalidades, que es una concreta manifestación de la economía informal. Esto no quiere decir que esas manifestaciones no sean también relevantes, especialmente aquellas que tienen que ver con el ámbito tributario, pero escapan del que le es propio a la OIT y, por consiguiente, a este instrumento jurídico.

Pero, ¿en qué consiste la informalidad? Si tomamos los dos últimos elementos, podemos observar una cierta tautología –de nuevo– pues es trabajo informal la actividad económica desarrollada por personas trabajadoras o unidades económicas no cubiertas en todo o en parte por sistemas formales. Lo informal es lo que no está cubierto por un sistema formal. Qué ha de entenderse por sistema formal es algo que no nos determina la norma y que tampoco podemos derivar de otros documentos relacionados¹⁹.

Sea como fuere, para poder escapar de esta contradicción lógica, podemos recurrir a una interpretación gramatical y finalista. Sabemos que un sistema es «conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto»²⁰. En el ámbito jurídico, el sistema más importante es el propio ordenamiento. Dentro de él podemos distinguir subsistemas, como la propia rama social del Derecho o, dentro de esta, a su vez, el sistema jurídico-laboral o el de Seguridad Social.

Por otra parte, sabemos que «formal» es algo «que usa símbolos definidos y estipulados en algún sistema»²¹. Dicho de otra forma, la formalidad se define por seguir lo estipulado en un determinado sistema. Cuando nos referimos a sistemas jurídicos, el uso del adjetivo formal resulta ciertamente redundante, pues los sistemas jurídicos, por su propia naturaleza, se definen por tener como objeto el seguimiento de lo que ésta en ellos comprendido. No obstante, si hay un ámbito en el que puede tener un cierto sentido adicionar el adjetivo «formal» es precisamente éste, con el propósito de distinguir el siste-

¹⁹ Nos estamos refiriendo a la Resolución sobre economía informal y trabajo decente, CIT, 90, 2002, disponible en <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/reln/ilc/ilc90/pdf/pr-25res.pdf>; y al Informe VI «Trabajo decente y economía informal», CIT, 90, 2022, disponible en <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/reln/ilc/ilc90/pdf/rep-vi.pdf>.

²⁰ RAE, segunda acepción.

²¹ RAE, quinta acepción.

ma jurídico-legal de otros tipos de sistemas normativos al margen del ordenamiento jurídico²². Desde esta perspectiva, podemos concluir que, por sistema formal, la norma se refiere al ordenamiento jurídico y, dentro de éste, al sistema jurídico-laboral y de Seguridad Social²³.

Llegados a este punto, podemos combinar el tercer y último elementos. La Recomendación nos dice que la informalidad se define por que tales actividades económicas «están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto». A lo que se añade que tal falta de cobertura total o parcial puede derivar directamente del sistema legal o puede resultar de la práctica. De la conjunción de ambos factores resulta que, bien la ley no ha previsto en todo o en parte la actividad económica, por lo que existiría un vacío normativo total o parcialmente; bien, previéndola, sin embargo, los sujetos estratégicamente han buscado eludir total o parcialmente la regulación.

Así las cosas, uniendo los cuatro factores mencionados en la Recomendación, podríamos concluir, al menos de forma intermedia, que el trabajo informal es una actividad económico-productiva por cuenta ajena o por cuenta propia que no está cubierta total o parcialmente por el sistema jurídico-laboral y social, ya sea por propio defecto de éste, ya sea por acción deliberada de los sujetos concernidos. De esta definición, podría deducirse que, cuando la propia norma o, lo que es más frecuente, los sujetos concernidos, logran eludir, en mayor o menor medida, los efectos queridos por el ordenamiento, nos encontramos ante un trabajo informal, lo que convertiría cualquier defecto regulatorio o infracción legal en este tipo de empleo²⁴. Que las personas trabajadoras no estén suficiente o adecuadamente cubiertas o protegidas por el ordenamiento jurídico no convierte su trabajo en informal.

Visto así, resulta necesario perfilar algo más qué ha de entenderse por cobertura, al menos para que la noción sea útil en el ámbito de las economías desarrolladas. No cualquier tipo de defecto regulatorio, vacío normativo o infracción del ordenamiento jurídico-laboral y social puede calificarse, lógicamente, como empleo informal. La falta de cobertura total o parcial de la Ley social que caracteriza al trabajo informal, la desprotección que de ella se deriva, ha de revestir algún rasgo característico adicional, so pena de convertir el concepto en una especie de cajón de sastre de cualquier tipo de defecto regulatorio o infracción normativa, lo que le haría algo completamente inservible.

²² ATIENZA, M., *El sentido del derecho*, 1ª ed. en esta presentación., Ariel, Barcelona, 2012, pp. 40-41.

²³ Lo que no quiere decir que la lucha contra la informalidad se sustente únicamente en la legalización de este tipo de actividades, como advierte el Informe VI «Trabajo decente y economía informal», CIT, 90, 2022, pp. 6-7.

²⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V., «El empleo sumergido y su regularización», cit., p. 68.

Del uso abusivo de la contratación temporal, tan característico de nuestro mercado laboral, se puede decir que deriva de un marco regulatorio defectuoso, de un ánimo de eludir las mayores garantías de la contratación estable o, incluso, de las dos cosas; y, sin embargo, no parece que pueda hablarse, a nuestro juicio, de un caso de empleo informal. Existe sin lugar a dudas desprotección o falta de protección adecuada, la cobertura del sistema normativo no es la idónea, es defectuosa, pero no hay descubierta, ni siquiera parcial²⁵.

¿Cuál es ese factor adicional que nos puede permitir completar la definición? La Resolución relativa al trabajo decente y la economía informal nos da una pista al respecto. Así, se dice que «los trabajadores de la economía informal no están reconocidos, registrados, reglamentados o protegidos en virtud de la legislación laboral y la protección social». Del mismo modo, se habla de «las empresas que no están registradas ni reguladas»²⁶. Por consiguiente, parece que la informalidad se relaciona también con el hecho de que la actividad sea visible a ojos del Estado o las autoridades públicas. De ahí que deba estar registrada o regulada. En este sentido, el concepto de «trabajo informal» de la OIT conectaría con el de «trabajo no declarado de la UE»²⁷ o «trabajo oculto»²⁸ de la OCDE.

No hay, sin embargo, una conexión total con el concepto de «trabajo irregular», que es el que usamos más frecuentemente en España. «Lo informal significa que la actividad que así se califica se desenvuelve al margen de los mecanismos formales establecidos; es decir, al margen de la economía, del

²⁵ No obstante, algunos estudios y la propia OIT consideran que, para el caso de los países desarrollados, el empleo temporal ocasional puede ser considerado trabajo informal, debido a la falta de estabilidad en el empleo y la menor protección social y laboral. También se incluye el subempleo y el trabajo pobre. CONTRERAS DÁVILA, T., «Empleo informal. Evolución teórica y criterios para su estimación derivados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)», *Lebret*, 11, 2019, Universidad Santo Tomás Bucaramanga, pp. 19-21.

²⁶ Resolución sobre economía informal y trabajo decente, CIT, 90, 2002, pp. 3 y 4 <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/pr-25res.pdf>.

²⁷ El Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos (CE) 883/2004, (UE) 492/2011 y (UE) 2016/589 y se deroga la Decisión (UE) 2016/344 (DOUE 186 de 11.7.2019) no contiene una decisión de qué se entiende por tal. Tampoco la contenía la Decisión (UE) 2016/344, derogada por aquel, que, sin embargo, se remitía a la dada por la Comunicación de la Comisión de 24 de octubre de 2007 titulada «Intensificar la lucha contra el trabajo no declarado», y que definió el trabajo no declarado como «cualquier actividad retribuida que sea legal en cuanto a su naturaleza, pero que no sea declarada a las autoridades públicas, teniendo en cuenta las diferencias en el sistema regulador de los Estados miembros».

²⁸ El empleo encubierto es aquel que, sin ser ilegal en sí mismo, no ha sido declarado a una o varias autoridades administrativas a las que debería darse a conocer, lo que da lugar a la elusión de normas legales, la evasión de impuestos o la evasión de una reducción de los derechos de seguridad social (traducción propia). Glosario de términos estadísticos de la OCDE. Este lo toma de OECD, *OECD Economic Outlook, Volume 1986 Issue 1*, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 1986, p. 66.

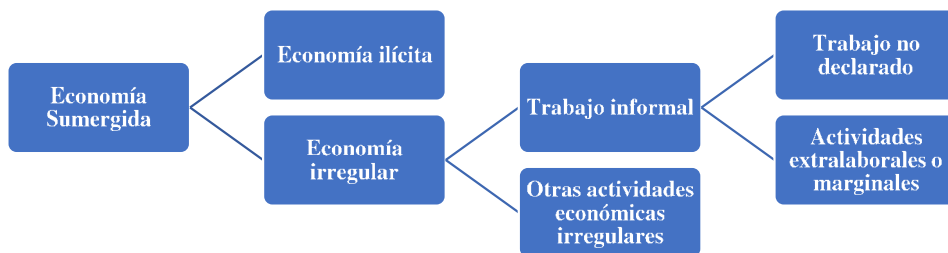
mercado y del empleo formal, esto es, de una forma invisible, no computable y no controlable. Es cierto que ese actuar al margen muchas veces implica el incumplimiento de normas y que, en consecuencia, el empleo informal es también irregular, conforme a lo dicho antes. Pero no siempre, puesto que existen muchos y variados desempeños personales que tienen lugar en el marco de unas relaciones que no se rigen por las reglas del mercado, produciéndose los intercambios al margen de él. Es el caso de las tareas de subsistencia directa y para el autoconsumo; las que se hacen en el seno de relaciones comunitarias, vecinales o amistosas; trabajo voluntario no remunerado, [...]»²⁹. Dicho esto, en la práctica los efectos de esta diferencia conceptual son muy limitados, dado el pequeño tamaño que, cuantitativamente, tienen estas actividades en comparación con el conjunto del empleo (véase Figura 1).

En suma, cuando la noción de trabajo informal habla de la cobertura de las actividades económicas no se está refiriendo a cualquier tipo de defecto regulatorio o de infracción normativa, a cualquier tipo de descubertura o desprotección, sino a aquellas que se relacionan con el hecho de que tales actividades sean invisibles, total o parcialmente, a los ojos del Estado o de las autoridades públicas. El paso de la economía informal a la formal implica descubrirlas o destaparlas para el Estado con los efectos beneficiosos que de ello se deriva en materia de garantía de derechos laborales y de protección social³⁰.

²⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Empleo irregular y Administración laboral», cit., pp. 5-6. Un listado de este tipo de actividades que puede ser útil a título ejemplificativo se contiene en MOYANO JURADO, C. M., «Fraude en el mercado laboral», en *Implicaciones de la economía sumergida en España: Libro marrón, 2010*, pp. 173-194, Círculo de Empresarios, 2010, pp. 175-178. En contra, adoptando una perspectiva mucho más amplia, equivalente a cualquier tipo de infracción de la normativa laboral. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., «Economía sumergida y empleo irregular», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 1, 1985, pp. 43-48.

³⁰ En la práctica, los problemas interpretativos no son menores. Piénsese, por ejemplo, en el trabajo en plataformas. Se ha argumentado tanto que se trataba de un caso claro de vacío o laguna normativa, como lo contrario, que la práctica estaba convenientemente regulada, pero era la acción de las plataformas la que deliberadamente perseguía el eludir la regulación laboral. Tanto una vía argumentativa como la otra nos recuerda al trabajo informal. Sin embargo, ¿es este un caso de economía informal? Por una parte, puede argumentarse que la regulación defectuosa, que la cobertura es inadecuada, pero que tanto desde la perspectiva del trabajo por cuenta ajena, como desde la del trabajo por cuenta propia, la actividad está cubierta por el sistema. Por consiguiente, no habría informalidad. Por otra, sin embargo, puede también argüirse que, en la medida en que la actividad se desarrolle por cuenta propia en vez de por cuenta ajena, ésta está tapada por aquella, no hay una completa cobertura por defecto regulatorio o por acción de los sujetos del trabajo por cuenta ajena. De hecho, se producirían efectos muy similares a los de los casos claros: pérdida de cotizaciones y de derechos laborales y sociales.

Figura 1. Conceptos relacionados con el trabajo informal



Fuente: elaboración propia

Tal acción que la Recomendación pretende incentivar y vertebrar se articula, en segundo lugar, a través de una serie de principios rectores. El mínimo común denominador de todos ellos es la consideración del trabajo informal como una realidad multicausal³¹. Así, se menciona la necesidad de tener en cuenta la diversidad de características, circunstancias y necesidades de los trabajadores y las unidades económicas, las también variadas circunstancias, leyes, políticas, prácticas y prioridades específicas de cada país, el hecho de que es posible aplicar diversas y múltiples estrategias para facilitar la transición a la economía formal, y, por ello mismo, la necesidad de dotar de coherencia y coordinación a todas ellas. Aun así, algunos de los principios incluidos se enuncian a modo de objetivos, como cuando se dice que se ha de buscar la promoción y la protección efectivas de los derechos humanos; el logro del trabajo decente para todos mediante el respeto de las normas internacionales del trabajo; la promoción de la igualdad de género y la no discriminación; la toma en consideración de las especiales necesidades de las personas particularmente vulnerables, incluyendo, aunque no únicamente, a las mujeres, los jóvenes, los migrantes, las personas mayores, los pueblos indígenas y tribales, las personas que viven con el VIH o que están afectadas por el VIH o el sida, las personas con discapacidad, los trabajadores domésticos y los agricultores de subsistencia; o la preservación y el aumento, durante la transición a la economía formal, del potencial empresarial, la creatividad, el dinamismo, las

³¹ MONEREO PÉREZ, J. L.; PERÁN QUESADA, S., «La OIT y el trabajo informal: la recomendación 204 OIT sobre la transición de la economía informal a la formal», en Monereo Pérez, J. L., Perán Quesada, S. (eds.) *Derecho social y trabajo informal: implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, 2016, ISBN 978-84-9045-244-8, pp. 3-26, Editorial Comares, 2016, p. 10. Sobre las diversas aproximaciones teóricas a esas múltiples causas véase CONTRERAS DÁVILA, T., «Empleo informal. Evolución teórica y criterios para su estimación derivados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)», cit., pp. 15-26; LUDMER, G., «¿Qué hay de nuevo en el viejo debate sobre las causas de la informalidad laboral?», *Cuadernos de Economía Crítica*, vol. 5, 10, 2019, Sociedad Economía Crítica, pp. 99-121.

competencias laborales y la capacidad de innovación. A partir de ahí y finalmente, los principios también adelantan algunas líneas de actuación de las medidas que se van a sugerir, como la necesidad de contar con un enfoque equilibrado que combine incentivos y medidas de cumplimiento de la legislación, así como de prevención y sanción.

Precisamente en relación a las medidas, evidenciando el origen multicausal del fenómeno a que hicimos referencia anteriormente, se propone un abanico relativamente amplio intentando abarcar todas y cada una de esas fuentes. Previamente, no obstante, se sugiere a los Estados que lleven a cabo «una evaluación y un diagnóstico adecuados [...] a fin de fundamentar adecuadamente la formulación y la aplicación de leyes, políticas y otras medidas destinadas a facilitar la transición a la economía formal». Tales leyes, políticas y medidas pueden sistematizarse como sigue:

En primer lugar, políticas de carácter económico o no-sociales, como la promoción de estrategias de desarrollo sostenible, el fomento de un entorno empresarial y de inversión propicio, el acceso a los servicios financieros, a los servicios para las empresas, a los mercados, a la infraestructura y la tecnología. la promoción de las políticas sectoriales o la promoción de estrategias de desarrollo local en los medios rural y urbano, incluyendo el acceso regulado a la utilización de los espacios públicos y el acceso regulado a los recursos naturales públicos con fines de subsistencia³².

En segundo lugar, y ya dentro del Derecho Social, la siguiente herramienta útil a los efectos de luchar contra el trabajo informal son las políticas de empleo. Tomando como referente el Convenio 122 OIT, lo cierto es que del listado incluido en el apartado 15 no se observa ningún tipo de especialización. Más bien al contrario, se trata de un listado de políticas de empleo en sentido amplio –se incluyen también de tipo macroeconómico, industriales, de inversión, etc.– en la esperanza de que contribuyan a la mejora de la empleabilidad y de las condiciones de trabajo y protección social y que esto a su vez redunde en una reducción de la informalidad.

Algo parecido puede decirse, en tercer lugar, de los derechos fundamentales básicos y de protección social. La Recomendación hace un llamamiento a adoptar medidas que garanticen la aplicación en la economía informal de la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de traba-

³² Aunque alguna de las políticas mencionadas lindarías con las de empleo, especialmente las relativas al autoempleo o emprendimiento.

jo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Asimismo, señala que los Estados signatarios deberían adoptar medidas inmediatas para subsanar las condiciones de trabajo inseguras e insalubres que a menudo caracterizan el trabajo en la economía informal, y promover la protección de la seguridad y la salud en el trabajo y extenderla a los empleadores y los trabajadores de la economía informal. En realidad, todas estas medidas se garantizan mediante la transición del trabajo informal al formal, a través del descubrimiento y cobertura de aquel. Más que un medio es un fin en sí mismo, sin que se lleguen a articular, en este concreto apartado (V), acciones concretas encaminadas a alcanzarlos.

De ahí que, en último lugar, pueda decirse que las medidas más próximas al fenómeno sean las que la Recomendación denomina «incentivos, cumplimiento y control». En realidad, las medidas que se proponen son de tres tipos. En primer lugar, incentivos, que es sin lugar a dudas la modalidad a la que se presta una mayor atención. Estos pueden consistir en reducirlos obstáculos o promover ventajas a la transición a la economía formal; o en mejorar el acceso a los servicios para las empresas, al financiamiento, a la infraestructura, a los mercados, a la tecnología, a los programas de educación y capacitación y a los derechos de propiedad, prestando especial atención a las particularidades de las pymes. En segundo lugar, tendríamos las medidas de control, que van dirigidas a asegurar el cumplimiento de la legislación, lo que incluye asegurar el suministro efectivo de información, la prestación de asistencia para el cumplimiento de la legislación, el desarrollo de la capacidad de los actores pertinentes, el establecimiento de procedimientos eficaces y accesibles para la presentación de reclamaciones y recursos, la previsión de acciones preventivas y la dotación de un sistema de inspección apropiado y adecuado. No obstante, este último elemento tiene una naturaleza bifronte, pues no solamente sirve al control, sino también a la punición o sanción, última de las medidas propuestas. A este respecto, la Recomendación sugiere que se establezcan medidas «correctivas apropiadas para facilitar la transición a la economía formal y asegurar que las sanciones administrativas, civiles o penales previstas en la legislación nacional sean adecuadas y se apliquen estrictamente en caso de incumplimiento».

A pesar de que se presta, como dijimos, una mayor atención a los incentivos, lo cierto es que la Recomendación reconoce que todas estas medidas se aplicarán en la práctica de forma combinada. De hecho, del texto puede deducirse que lo que verdaderamente importa es que se adopten aquellas que sean más adecuadas en función en las circunstancias, que sean lo más efectivas posible.

Precisamente el último núcleo regulatorio es el concerniente a la eficacia y eficiencia de las medidas que los Estados puedan poner en práctica. A este respecto, varios son los factores que se destacan. En primer lugar, la necesidad de que la representación legal de empleadores y personas trabajadoras participen en la aplicación y valoración del cumplimiento de las medidas que se pacten. En segundo lugar, la especial importancia que se da a la recopilación, análisis y difusión de estadísticas. En tercer lugar, también se destaca la necesidad de que el seguimiento y la evaluación de los progresos realizados se desarrolle de forma periódica. Por último, se sugiere que, al establecer, desarrollar, aplicar y examinar periódicamente las medidas adoptadas para facilitar la transición a la economía formal, se tengan en cuenta las orientaciones contenidas en los instrumentos de la OIT y de las NNUU en materia de la economía informal.

3. LA APLICACIÓN DE LA RECOMENDACIÓN 204 OIT EN ESPAÑA

Dado este amplio marco, la pregunta natural que surge en cualquier análisis consiste en conocer cuáles son los concretos instrumentos adoptados por los Estados para gestionar el trabajo informal y valorar hasta qué punto son eficaces en relación a su limitación y reducción. Centrándonos en España y realizando, por razón de espacio, una simple aproximación, la aplicación de las previsiones de la Recomendación podrían dividirse en medidas expresas o directas y las tácitas o indirectas.

Entre las primeras, destacan varias normas que se dictaron en el punto álgido de la Gran Recesión, al calor de la creciente preocupación por las finanzas del Estado y la necesidad de controlar el gasto y mejorar los ingresos. En concreto, nos estamos refiriendo al RDL 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas³³ (en adelante, RDL 5/2011); la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social³⁴ (en adelante, Ley 13/2012); y la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciem-

³³ BOE 6/5/2011, núm. 108. SEMPERE NAVARRO, A. V.; MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El empleo sumergido*, Tirant lo Blanch, 2011; DE LA VILLA GIL, L. E., «La economía sumergida y los arañazos superficiales a la realidad social, a través de las medidas adoptadas por el Gobierno: breve comentario al Real Decreto Ley 5/2011, de 29 de abril», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 26, 2011, Iustel; FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., «Doble acción frente al empleo sumergido: el proceso de regularización y el establecimiento de medidas disuasorias a la ocupación irregular de trabajadores (RDL 5/2011, de 29 de abril)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2011, pp. 5-32.

³⁴ BOE 27/12/2012, núm. 311. GIL VILLANUEVA, M., «La Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social», *Relaciones laborales: Revista crítica de*

bre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social³⁵ (en adelante, LO 7/2012).

Todas estas normas, dictadas en lo peor de la crisis económica, tienen como denominador común su marcada finalidad recaudatoria³⁶, olvidando el carácter multicausal del fenómeno y, por consiguiente, que la lucha contra el empleo irregular sirve también, y casi de forma predominante respecto del fin anterior, a la garantía del trabajo decente³⁷. Nótese también, en el plano conceptual, la preferencia de la normativa española por la noción «empleo irregular» o «empleo sumergido», con las diferencias que ello implica respecto de la de «empleo informal», tal y como tuvimos ocasión de explicar anteriormente³⁸.

Las medidas que contienen, lógicamente, guardan también debida conexión como consecuencia de la finalidad mencionada. Así, todas ellas tienen un marcado carácter disuasorio-sancionador, siendo las grandes ausentes las de carácter preventivo. En este sentido, quizá sea la única excepción el proceso de regularización extraordinario contemplado en el RDL 5/2011, que estuvo en vigor por un espacio muy corto de tiempo. Este tipo de «amnistías» tienen como objetivo actuar como incentivo para hacer emerger la actividad sumergida, en el este caso trabajo, bajo la promesa de evitar sanciones. Aun así, puede argumentarse la existencia de una especie de naturaleza mixta o su carácter de incentivo negativo, pues este se articula sobre la base de la amenaza de un mal hipotético, ante el que la amnistía juega una suerte de última oportunidad.

El resto de medidas de esta norma y de las otras dos que se han mencionado, que además han permanecido en nuestro ordenamiento jurídico, han buscado proceder a un reforzamiento de la punición del empleo irregular. Ello se observa claramente en la modificación de la LISOS para contemplar nuevos

teoría y práctica, 2, 2013, Wolters Kluwer; JOVER RAMÍREZ, C., «La incidencia de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, en la potestad sancionadora de la Administración en el Orden Social», *Actualidad laboral*, 12, 2013, Wolters Kluwer; TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., «La Ley 13/2012 y la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social: antecedentes y contexto normativo», *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 158, 2013, Civitas.

³⁵ BOE 28/12/2012, núm. 312.

³⁶ IGARTUA MIRÓ, M. T., «El empleo irregular en España: puntos críticos», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 1, 2015, Wolters Kluwer, pp. 6-9 (ejemplar electrónico).

³⁷ Resolución sobre economía informal y trabajo decente, cit.

³⁸ Incluso dentro del concepto de «empleo irregular», algunas de las actividades que las autoridades laborales suelen incluir como tales tiene sin embargo difícil encaje en tal noción, no pasando más que de meras infracciones, aunque de indudable trascendencia práctica. Nos estamos refiriendo a la recepción indebida de bonificaciones –salvo que el empleo por el que se reciben no exista total o parcialmente– y las bajas indebidas por vacaciones y fiestas –salvo que pueda considerarse una especie de empleo irregular parcial, lo que parece un poco forzado–. Efectúa una recopilación de las actividades reconocidas como empleo irregular o no declarado, ROCHA SÁNCHEZ, F., «*El trabajo no declarado en España*», cit., p. 27.

tipos infractores y elevar las sanciones³⁹; en la inclusión de sanciones accesorias, entre ellas, junto a la pérdida de ayudas y beneficios, la publicidad de la sanción impuesta⁴⁰ o la restricción de las posibilidades de contratación en el sector público⁴¹; en la especial atención que se ha prestado a la subcontratación, como actividad especialmente proclive al empleo irregular –sobre esto volveremos más adelante–, acentuando de las obligaciones de comprobación del cumplimiento de la afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores en supuestos de subcontratación y ampliando el plazo para responder solidariamente de las deudas⁴²; en la potenciación de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁴³, y en la mejora de los mecanismos de la colaboración entre Administraciones, cuyo corolario es la creación de la unidad especial de colaboración y apoyo a los juzgados y tribunales y a la Fiscalía General del Estado⁴⁴.

Con todo, la colaboración interadministrativa alcanza sus mayores cotas de éxito en confluencia con otro factor determinante no solamente en la lucha contra empleo informal, sino ante cualquier infracción del ordenamiento jurídico laboral. Nos estamos refiriendo a la incorporación de las tecnologías digitales en este concreto ámbito⁴⁵. Aunque fueron destacables novedades como el tablón digital de edictos de la Inspección⁴⁶, el principal avance consistió en la compartición, cruce y acumulación de datos cuyo tratamiento elevó de forma exponencial la capacidad de actuación de la Inspección. La evolución natural de este cambio se ha plasmado en la posibilidad de extender actas automatizadas de infracción a que se refiere la DF. 4.ª RDL 2/2021, de 26 de enero, de

³⁹ Elemento en el que inciden tanto el RDL 5/2011 como la Ley 13/2012.

⁴⁰ Artículo 40.1 LISOS. Las dudas de constitucionalidad que planteó la medida parecen hoy despejadas tras la STC 23/2022, de 21 de febrero de 2022 (ECLI: ES: TC:2022:23).

⁴¹ Actual artículo 71.1.b) Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE 9/11/2017, núm. 272).

⁴² De nuevo esta es una tarea compartida tanto por el RDL 5/2011 como la Ley 13/2012. Entre las medidas adoptadas destaca la creación de unidades territoriales (Orden ESS/1784/2012, de 2 de agosto, por la que se atribuyen funciones operativas a los Directores Territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social –BOE 11-08-2012, núm. 192–)

⁴³ Se otorgan algunas competencias y facilidades, se crean equipos especializados, se dotan mayores recursos, se desarrollan campañas centradas en sectores de mayor concentración de bolsas de fraude y se amplía la duración de las actuaciones inspectoras (arts. 3 Ley 13/2012).

⁴⁴ DF 6.ª Ley 13/2012 y Orden ESS/78/2014, de 20 de enero, por la que se crea la Unidad Especial de Colaboración y Apoyo a los Juzgados y Tribunales y a la Fiscalía General del Estado para la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (BOE 30/01/2014, núm. 26).

⁴⁵ GOERLICH PESET, J. M., «Lucha contra el empleo irregular y el fraude en la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Extra 119, 2015, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, pp. 154-158.

⁴⁶ Artículo tercero.4 Ley 13/2012, que reforma la DA. 8.ª de la entonces vigente Ley 42/1997.

refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo⁴⁷. De hecho, el actual Plan estratégico de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, a que nos referiremos más adelante, tiene entre sus principales objetivos impulsar el empleo del big data y la inteligencia artificial⁴⁸.

El reforzamiento de las medidas punitivas alcanza al ámbito penal. En particular, se reforma el artículo 307 CP, incluyendo un tipo agravado que eleva la pena de prisión hasta los 6 años, reduciendo la cuantía (de 120.000 a 50.000 euros) para la definición del tipo delictivo de elusión fraudulenta de pago de cuotas y otros conceptos de recaudación conjunta; y precisando que la mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, caso de quedar ésta acreditada por otros medios. Asimismo, se crea un nuevo tipo penal en el artículo 307 ter CP que intenta responder de manera eficiente y contundente a las conductas fraudulentas tendentes a la obtención de prestaciones de la Seguridad Social. En concreto, se considera merecedor de una pena privativa de libertad de entre seis meses y tres años a todo aquel que obtenga para sí o para otro el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo o facilite a otros su obtención, por medio de error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos. Junto a la minoración de la pena, reducida a simple multa y el agravamiento en función del importe, se contempla una exigente de responsabilidad si el deudor reintegra en los tiempos marcados por la norma y siempre antes de declarar como imputado, el montante total de la deuda, sumado el interés legal del dinero más dos puntos. Por último, se incluye en el artículo 311.2 CP un nuevo delito de contratación de trabajadores sin ser dados de alta en la Seguridad Social o sin haber obtenido la preceptiva autorización para trabajar⁴⁹.

⁴⁷ BOE 27/01/2021, núm. 23. Procedimiento desarrollado por RD 688/2021, de 3 de agosto, por el que se modifica el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el RD 928/1998, de 14 de mayo (BOE 05/08/2021, núm. 186).

⁴⁸ Para más detalle, MERCADER UGUINA, J. R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 111-156.

⁴⁹ Recientemente, la norma ha vuelto a ser reformada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (BOE 23/12/2022, núm. 307), aunque en este caso el cambio va más dirigido a forzar que se respete un determinado encuadramiento cuanto a hacer emerger empleo sumergido. No obstante, de nuevo aquí, la respuesta depende de la perspectiva de empleo irregular que se adopte. Véase Nota 14. Sobre la reforma del artículo 311 CP, BAYLOS GRAU, A. P., «Una norma penal para castigar la resistencia a aplicar la laboralidad de las personas trabajadoras al servicio de plataformas digitales.», *NET21*, 2023, fecha de consulta 3 febrero 2023, en <https://www.net21.org/una-norma-penal-para-castigar-la-resistencia-a-aplicar-la-laboralidad-de-las-personas-trabajadoras-al-servicio-de-plataformas-digitales/>; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «Reforma penal y crisis institucional», *Los Briefs de la AEDTSS*,

Lógicamente, estas normas no son más que el armazón legislativo, no solamente de lo que se llamó Plan contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, sino del conjunto de medidas articuladas para combatir el empleo informal. De hecho, este preciso ámbito es el más relevante a efectos prácticos. Son las medidas instrumentales las que permiten materializar las estrategias y alcanzar los objetivos que se plasman en lo normativo. De ahí que el mencionado Plan conllevara la reorganización de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, el reforzamiento de sus medios humanos, materiales y tecnológicos, el impulso de la colaboración entre Administraciones, etc.

También es significativo que tanto el RDL 5/2011 como la Ley 13/2012 previeran la realización de una evaluación de las medidas que articulaban⁵⁰. Aunque en enero de 2015 se dio cuenta al Congreso de los resultados de la primera fase del Plan de lucha contra el empleo irregular en el que se enmarcan las medidas que comentamos⁵¹, posteriormente la Resolución de 11 de abril de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020⁵² extendió la evaluación hasta el año 2017 (anexo I).

De acuerdo con ésta, desde 2012 a 2017, afloraron 506.274 empleos que se encontraban en la economía sumergida. Las actuaciones inspectoras también abarcaron el trabajo a tiempo parcial y temporal. Por lo que hace al primero, en el período 2012-2017, el total de inspecciones ascendió a 42.679, como consecuencia de las mismas, afloraron 19.779 empleos no declarados y se transformaron 10.196 contratos a tiempo parcial. Como resultado, el importe de los expedientes liquidatorios derivados de las actuaciones de control de los contratos a tiempo parcial alcanzó los 16,71 millones de euros. Por lo que respecta al segundo, el número de contratos transformados en indefinidos como consecuencia de las actuaciones desarrolladas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ascendió a un total de 346.065 contratos.

Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2022, fecha de consulta 29 diciembre 2022, en <https://www.aedtss.com/reforma-penal-y-crisis-institucional/>.

⁵⁰ DA 2.^a y DA única respectivamente.

⁵¹ A través del Informe de evaluación del Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social 2012-2013, elaborado de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional única de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. (043/000077), presentado el 7 de enero de 2015 a la Comisión de Empleo y Seguridad social. https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=X&_iniciativas_id=043%2F000077. Pueden encontrarse referencias previas, a preguntas de los grupos parlamentarios en los Diarios de Sesiones del Congreso de 6 de octubre de 2014 (núm. 646) y de 13 de mayo de 2014 (núm. 569).

⁵² BOE 19-4-2018, núm. 95.

En materia de prestaciones por desempleo, en el mismo período, se impusieron 971.420 sanciones de suspensión y 916.754 sanciones de extinción. Asimismo, se detectaron 39.014 infracciones en empresas, esto es, por dar ocupación a perceptores de prestaciones por desempleo o por facilitar indebidamente el acceso a las mismas. Por lo que respecta al resto de prestaciones, el impacto económico de la medida de control de la percepción indebida de prestaciones por alta indebida en el periodo 2014-2017 ascendió a 2.352.724,24 € en el caso de pensiones y a 7.814.997,48 € en el caso de subsidios. En materia de empresas ficticias, es decir, constitución de empresas sin actividad con el objeto de facilitar el acceso indebido a prestaciones, el total de altas ficticias anuladas ascendió a 123.092 de las que 73.397 fueron a propuesta de la ITSS. Por último, por lo que respecta a los expedientes liquidatorios, el número total de reclamaciones de deuda por derivación de responsabilidad propuestas en el periodo 2012-2017 ascendió a 1.074.359. El informe estima que el impacto económico total de todas estas medidas asciende a 20.712,25 millones de euros.

La evaluación también se detiene en la reforma del CP. En concreto, en el número de procedimientos penales y comunicaciones al Ministerio Fiscal. Aunque se mencionan también las sentencias, no se desglosa cuántos procedimientos acabaron en sentencia. Sea como fuere, entre 2013 y 2017, se siguieron 2.475 procesos penales, una media de 555 nuevos casos cada año. Porcentualmente supone que en 2016 el incremento ha sido del 109 %, y en el 2017 del 126 % respecto al mismo periodo. Por lo que hace a los segundos, se remitieron 513 casos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al Ministerio Fiscal en los que se ha apreciado la posible existencia de delito en materia social.

A pesar de que la realización de evaluaciones ha de ser siempre bienvenida⁵³ y va en línea con lo sugerido por la Recomendación 204 OIT, lo cierto es que de lo expuesto hasta aquí no podemos afirmar que nos encontremos una que pueda ser calificada como tal, sino más bien se trata de una recopilación de las actuaciones llevadas a cabo en este concreto ámbito de la que no es posible derivar cuál es el impacto real de todas y cada una de las medidas mencionadas.

Por otra parte, como tuvimos ocasión de adelantar, junto a las medidas directamente encaminadas a luchar contra el empleo irregular nos encontramos con otras que, sin mencionarlo expresamente o sin ser un objetivo priori-

⁵³ Afortunadamente, gracias a la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado (BOE 21/12/2022, núm. 305), éstas dejarán de ser una cosa excepcional para convertirse en la regla general.

tario sirven también a este fin. A este respecto, entre las más recientes cabe mencionar las siguientes:

En primer lugar, la Ley 23/2015 de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁵⁴ (en adelante, Ley 23/2015) supone la adopción de una reforma de carácter integral que abarca la organización de la Inspección, la mejora de la coordinación y las relaciones institucionales con la Administración del Estado y la autonómica y la reordenación de los medios humanos y materiales para la lucha contra el fraude. En particular, se consolida la doble dependencia de la Administración General del Estado o de la autonómica en función de quien ostente la competencia sobre la materia sujeta a inspección, y se convierte la actual Dirección General en un organismo autónomo en cuya toma de decisiones participan, a través de su Consejo Rector, órganos estatales y autonómicos. Esta gobernanza se completa con un régimen de participación reforzado de los interlocutores sociales, a través del Consejo General del nuevo organismo.

Además, en la Ley se regulan con mayor detalle las funciones de asistencia técnica y asesoramiento de la Inspección, y se establece que la función inspectora será desempeñada en su integridad por funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, y por los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores Laborales. También se actualizan las funciones encomendadas a la Inspección, adecuándolas a la normativa vigente. Así, por ejemplo, se incluyen las normas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo y el empleo, o las normas que regulan el desplazamiento de los trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional.

Por lo que respecta a la materia objeto de nuestro análisis, resulta especialmente relevante la creación, prevista en la Ley, de una Oficina Nacional de Lucha contra el Fraude, en cuanto órgano integrado en el organismo Estatal, que tendrá funciones de análisis e investigación en materia de trabajo no declarado, empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Asimismo, la Ley 23/2015 ha venido a reforzar la capacidad de la Inspección de Trabajo para hacer frente al problema de la dualización de nuestro mercado de trabajo, al ampliar las funciones del Cuerpo de Subinspectores Laborales a la «comprobación del cumplimiento de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales». Dicha nueva atribución de competencias al Cuerpo de Subinspectores supone aumentar significativamente el número de efectivos destinados a su control.

⁵⁴ BOE 22/7/2015, núm. 174.

Con este nuevo marco, en un nuevo contexto económico y con un nuevo gobierno, se aprueba el Plan Director por un trabajo digno⁵⁵. Como reconoce el propio Plan, su propósito es «dar un giro cualitativo a las actuaciones desarrolladas hasta ahora por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El Gobierno anterior se centró fundamentalmente en la lucha contra el empleo irregular y en el fraude a la Seguridad Social. Sin descuidar este objetivo, el actual Gobierno va a poner a la Inspección, con todos sus medios, al servicio de la mejora de la calidad del empleo y de la lucha contra las bolsas de fraude laboral existentes en el mercado de trabajo»⁵⁶. Este cambio, en principio, no tiene por qué ser negativo. Al contrario, como tuvimos ocasión de analizar, la Recomendación 204 OIT parte de una consideración de la lucha contra el empleo informal como un medio para conseguir el trabajo decente y un elenco de herramientas mucho más variado que las meramente circunscritas al control y la sanción. Lógicamente, esto exigiría ir más allá del ámbito de la Inspección, pero al menos en éste se observa un enfoque mucho más integral. De hecho, entre las medidas se observan algunas de carácter formativo, informativo y de soporte técnico. Además, y por lo que respecta a las medidas relacionadas con el empleo informal, sin perjuicio de las específicas contenidas en el documento⁵⁷, destacan las concernientes a luchar contra el abuso y el fraude en la utilización de los contratos temporales; también en la contratación a tiempo parcial, los excesos de jornadas y horas extraordinarias no pagadas ni compensadas, las medidas para corregir los incumplimientos en materia salarial y los derivados de la externalización de actividades; las relativas al trabajo de plataformas y a la regularización de los «falsos becarios».

Esta aproximación más amplia o integral al empleo informal se ha mantenido en el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023⁵⁸. Este, se dice tributario de los anteriores, y, por ello, aunque centrado en «la mejora de la calidad del empleo y de la lucha contra la precariedad», no descuida el fraude laboral y el empleo irregular. Así, entre los objetivos estratégicos se menciona expresamente el trabajo no declarado, propo-

⁵⁵ El Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020 se mantiene vigente, pero va a ser de inmediato reorientado con este Plan Director.

⁵⁶ Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020 (BOE 28-7-2018, núm. 182). Éste es plenamente coherente y refuerza el Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030 aprobado por el Consejo de Ministros el día 29 de junio de 2018.

⁵⁷ Se trata de las medidas 36 a 43.

⁵⁸ Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023 (BOE 3-12-2021, núm. 289). Como el anterior, se enmarca plenamente en la consecución de los objetivos de la Agenda 2030.

niéndose actuaciones dirigidas a aflorar empleos irregulares. Al margen de esta referencia expresa, algunos otros de los objetivos recogidos en el Plan contribuyen también de una forma indirecta al mismo fin, como las actuaciones en materia de contratación temporal fraudulenta, tiempo de trabajo y contratación a tiempo parcial e irregularidades en materia de Seguridad Social. En este sentido apuntan también las medidas que, en el marco de la garantía de unas condiciones de trabajo dignas, seguras y saludables, se refieren a determinados sectores sensibles como el trabajo doméstico, los falsos autónomos y las plataformas digitales o los falsos becarios. Como en casos anteriores, no solamente se comprenden medidas inspectoras y sancionadoras, sino también de información, formación y concienciación.

En este mismo ámbito de las medidas tácitas o indirectas, aunque ya sin referencias expresas, pueden situarse un buen número de los cambios legislativos emprendidos en los últimos años⁵⁹. En algunas ocasiones se ha apuntado a sectores concretos en lo que la informalidad es especialmente significativa. Tal es el caso del empleo del hogar, para el que la nueva regulación tendente a la equiparación de derechos⁶⁰, aún con particularidades, constituye un incentivo para que aflore empleo sumergido en un sector especialmente afectado por él. En este mismo sector, la regulación que se hace de las cotizaciones de la Seguridad Social pretende una readaptación paulatina y suave a la necesidad de financiar una mayor protección, sin que ello suponga una huida de la cobertura del empleo formal. En suma, se trata de que las personas trabajadoras en el hogar vean ventajas suficientes en la formalidad como para reclamarla, a la vez que, para los empleadores, se combinen medidas de prevención y sanción, subrayándose las ventajas de la formalidad en una suerte de estrategia «palo y zanahoria»⁶¹. Aun así, lógicamente, será necesario adoptar medidas adicional-

⁵⁹ Este es un ejercicio, el de como la regulación general puede contribuir a paliar los problemas derivados del empleo irregular, que constituye el eje vertebrador de MONEREO PÉREZ; PERÁN QUESADA, S. (Eds.), *Derecho social y trabajo informal: implicaciones laborales, económicas y de seguridad social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida*, Comares, Granada, 2016.

⁶⁰ Nos estamos refiriendo a la reforma introducida por el RDL 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar (BOE 08/09/2022, núm. 216). Para una primera aproximación BAYLOS GRAU, A. P., «La mejor de las condiciones de trabajo y de la Seguridad Social de las trabajadoras al servicio del hogar familiar», *Según Antonio Baylos...*, 2022, fecha de consulta 10 septiembre 2022, en <https://baylos.blogspot.com/2022/09/la-mejora-de-las-condiciones-de-trabajo.html>; ROJO TORRECILLA, E., «Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Notas introductorias y texto comparado con la normativa derogada o transitoriamente vigente.», 2022, fecha de consulta 1 octubre 2022, en <http://www.eduardorojo-torrecilla.es/2022/09/real-decreto-ley-162022-de-6-de.html>.

⁶¹ WILLIAMS, C. C.; LANSKY, M. A., «Empleo informal en economías desarrolladas y en desarrollo. Perspectivas y políticas aplicadas», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 132, 3/4, 2013, Wiley-Blackwell, pp. 412-414.

les para emerger el empleo informal, especialmente de aquellas trabajadoras extranjeras en situación irregular⁶², probablemente la parte de la bolsa más difícil de todas.

Algo parecido puede decirse del trabajo en plataformas. El establecimiento de mecanismos que permiten una más fácil y efectiva clasificación tiene por objetivo contribuir a la «regularización» de los riders, sobre la máxima de que su encaje más habitual, al menos en el sector a que se refiere Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales⁶³. Todo ello, claro está, siempre que se considere que el paso del trabajo por cuenta propia al trabajo por cuenta ajena, porque concurren las notas de laboralidad, es un caso «formalización del trabajo»⁶⁴.

Menores dudas ofrece a este respecto el ámbito de las contratas y subcontratas, frecuentemente señaladas también como un área de especial proliferación del empleo irregular. En las últimas décadas hemos asistido a una evidente expansión de esta fórmula de organización productiva. Este crecimiento se ha producido tanto en términos cuantitativos como cualitativos, en parte aupado por los cambios tecnológicos. De esta forma, además de crecer en número se ha desbordado el ámbito original de la descentralización en el sector industrial para alcanzar significativamente al sector servicios, agravándose las distorsiones entre el modelo normativo y la realidad⁶⁵. Además, uno de los principales focos de la crítica a la descentralización productiva a través de contratas se refiere a la precarización de las personas trabajadoras que prestan servicios en contratas, lo que incluye también diversas formas de empleo irregular. Eso explica que las propuestas de reforma que recientemente se han planteado en relación con el artículo 42 ET no hayan dejado de incorporar medidas dirigidas, precisamente, a garantizar una mejor protección del trabajo prestado en régimen de contratas y subcontratas⁶⁶. Como en casos anteriores, tales medidas contribuyen, aunque sea de una forma indirecta, a reforzar la formalidad en el sector.

⁶² ROJO TORRECILLA, E., «Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Notas introductorias y texto comparado con la normativa derogada o transitoriamente vigente.», cit.

⁶³ BOE 29/9/2021, núm. 233.

⁶⁴ Véase nota 14.

⁶⁵ GOERLICH PESET, J. M., «Los límites de la regulación de las contratas y subcontratas», en *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 17.

⁶⁶ Para un análisis de la evolución experimentada por las propuestas más recientes, así como de la última reforma, véase DE LA PUEBLA PINILLA, A., «El convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas», en GOERLICH PESET, J. M., MERCADER UGUINA, J. R., DE LA PUE-

Aún pueden mencionarse algunos otros ámbitos apuntados en investigaciones anteriores ⁶⁷, como es el del empleo de las modalidades contractuales tales como el de fomento del empleo y el de apoyo a emprendedores, los incentivos económicos y la compatibilidad del trabajo con las prestaciones de la Seguridad Social y, en particular, con el desempleo. Los primeros dos casos han sido señalados desde la lógica de los incentivos, es decir, se destaca que la alteración de la estructura de costes de la relación laboral, rebajándolos, puede contribuir a hacer emerger empleo que, precisamente por los supuestos altos costes, permanece sumergido. No obstante, debe recordarse que esta tesis es bastante controvertida, siendo frecuente argumentar, entre otras razones, que países con altos niveles de protección y, por tanto, mayores costes, suelen arrojar menores niveles de empleo irregular ⁶⁸.

Sea como fuere, desaparecidos los mencionados contratos, el único efecto que podría atribuirse a los cambios introducidos por la Reforma 2021 en materia de contratación sería el apuntado en casos anteriores: que las mejoras en materia de estabilidad en el empleo sirvan de acicate para que las personas trabajadoras reclamen la formalización de sus relaciones laborales.

Si nos circunscribimos a los incentivos o instrumentos económicos de fomento del empleo, al margen del efecto que las tarifas planas y medidas similares pueda tener en relación a la formalización por la vía del empleo autónomo, lo cierto es que el nuevo marco regulatorio de los que tienen que ver con el trabajo por cuenta ajena refuerza la tendencia iniciada hace años de focalizarse fundamentalmente en la contratación indefinida ⁶⁹, es decir, los incentivos se centran, como estrategia general, en rebajar los costes de contratación para determinados colectivos con dificultades de acceso al empleo de tal suerte que las empresas, a la hora de contratar, prefieran estos sujetos frente a cualesquiera otros. Desde esta perspectiva, el posible efecto indirecto sobre el empleo irregular vendría dado por el hecho de que estas medidas se centren en colectivos que padezcan más frecuentemente el empleo informal. Desde la

BLA PINILLA, A. (eds.) *La Reforma Laboral de 2021: Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 117-128.

⁶⁷ FERNÁNDEZ AVILÉS, D., «La lucha contra el empleo irregular y fraude a la Seguridad Social», en ALMAGRO MARTÍN, C. (ed.) *Estudios sobre control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, p. 833.

⁶⁸ ROCHA SÁNCHEZ, F., «El trabajo no declarado en España», cit.

⁶⁹ Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas (–en adelante, RDL 1/2023–BOE 11/01/2023, núm. 9). GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., «Los incentivos económicos a la contratación laboral en el RD-Ley 1/2023», *Los Briefs de la AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2023, fecha de consulta 24 febrero 2023, en <https://www.aedtss.com/los-incentivos-economicos-a-la-contratacion-laboral-en-el-rd-ley-1-2023/>.

óptica contraria, se habría abandonado la estrategia anteriormente mencionada de rebaja general de costes.

Pues bien, los estudios realizados apuntan a que son inmigrantes, jóvenes y mujeres los sujetos que más frecuentemente sufren el empleo irregular⁷⁰. Sin embargo, ninguno de ellos obtiene una atención especialmente intensa por parte del paquete de incentivos. Solo los jóvenes poco cualificados en el marco del programa de Garantía Juvenil son objeto de tratamiento (DA 1.^a). El hecho de ser mujer se emplea como supuesto agravado en el marco de las bonificaciones para la contratación indefinida de las personas desempleadas paradas de larga duración (art. 21) y en el caso de transformación de contratos formativos y de relevo (art. 24) y contratos temporales en el sector agrario (art. 29)⁷¹. Aunque el RDL 1/2023 se remite a los colectivos prioritarios de la Ley de Empleo para determinar lo que denomina «personas de atención prioritaria» y entre aquellas se encuentran las personas migrantes, lo cierto es que ninguno de los incentivos previstos en él se refiere a este colectivo.

Por último, en relación a la compatibilidad entre trabajo y prestaciones, en los últimos años viene observándose un claro cambio de tendencia entre la postura clásica, que veía en la compatibilidad un alto riesgo de fraude, a la actual, más permisiva, que se basa en el hecho de que permitirla genera más beneficios que perjuicios, pues la prestación puede configurarse de tal forma que actúe por sí misma como un incentivo a la actividad, propiciando paralelamente la emergencia de empleo sumergido⁷².

Desde esta perspectiva, la cuantía de las prestaciones puede articularse técnicamente de tal forma que se convierta en un incentivo a trabajar. En relación con el desempleo, se ha sugerido, precisamente para que la prestación actúe como incentivo, que la percepción parcial suponga un alargamiento del período durante el cual se compatibiliza salario y prestación equivalente al porcentaje que se deja de percibir⁷³. Recientemente el RD 789/2022, de 27 de septiembre, por el que se regula la compatibilidad del Ingreso Mínimo Vital con los ingresos procedentes de rentas del trabajo o de la actividad económica por cuenta propia con el fin de mejorar las oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias de la presta-

⁷⁰ ROCHA SÁNCHEZ, F., «*El trabajo no declarado en España*», cit., pp. 31-32.

⁷¹ Aunque aquí el empleo ya estaría emergido, aunque sea temporal.

⁷² Hemos tratado esta cuestión con más detalle en PÉREZ DEL PRADO, D., «La compatibilidad de las prestaciones y el trabajo como incentivo al empleo: líneas de tendencia», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, 4, 2022.

⁷³ PÉREZ DEL PRADO, D., *La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 40-42.

ción ⁷⁴ (en adelante, RD 789/2022) ha buscado el mismo objetivo. Como explícitamente señala su exposición de motivos: «el incentivo al empleo busca la no desincentivación a incorporarse al mercado laboral o a poder incrementar el número de horas en el caso en el que el individuo esté trabajando porque hace que no pierda un euro de prestación, sino menos, por cada euro que se incrementan los salarios por un incremento en la oferta laboral. Esto hace que el ingreso mínimo vital, además de ser una medida que busca mejorar la equidad, no se convierta en una medida ineficiente desde el punto de vista económico».

En suma, cuando la cuantía y duración de las distintas prestaciones se articulan de tal suerte que trabajar siempre compense, no solamente se está incentivando el trabajo, sino el paso de la economía informal a la formal. En esto, el cambio de tendencia actual tendente a facilitar la compatibilidad entre trabajo y prestaciones teniendo en cuenta esta estrategia de incentivos constituye a nuestro modo de ver un importante paso adelante.

4. CONCLUSIONES: DE LA INFORMALIDAD AL EMPLEO DECENTE

A lo largo de estas páginas hemos tenido ocasión de analizar cómo el empleo informal, a pesar de seguir siendo un importante problema de nuestro mercado de trabajo, ha venido evolucionando favorablemente, en la línea de la tendencia experimentada por otros países de nuestro entorno.

La misma valoración podría darse a las medidas desplegadas en nuestro país para materializar los mandatos de la Recomendación 204 OIT. Desde la lógica enfocada en el control y la sanción propia del período de la Gran Recesión, hemos pasado a una aproximación más amplia e integral, en la que las medidas puestas encima de la mesa no tienen como eje vertebrador la simple recaudación, sino que sirven también a la meta no menos importante, cuando no más, del empleo decente.

Esta nueva estrategia debiera ser la que siguiera marcando la lucha contra el empleo informal en los próximos años. Como fenómeno multicausal, su limitación y erradicación no pueden basarse única y exclusivamente en aproximaciones punitivistas, sino que ha de alcanzar los múltiples ámbitos en los que el empleo informal hunde sus raíces, de lo que resulta la importancia de esferas como la formación, la información, la concienciación o la educación. En este mismo sentido, resulta preciso profundizar en algunas líneas ya puestas en

⁷⁴ BOE 28/9/2022, núm. 233.

marcha, como el uso de las tecnologías digitales en este concreto ámbito, así como en otras en las que las actuaciones presentan un cariz mucho más incipiente, como las mencionadas formación, información y concienciación.

Aun así, no debe perderse de vista, como se ha intentado poner de manifiesto en este trabajo, el efecto indirecto que las medidas dirigidas a mejorar las condiciones de trabajo pueden tener en la lucha contra el empleo informal. Al contrario de lo que propugnaban las tesis que apuntaban a que la reducción de costes laborales, vía degradación de las condiciones de trabajo, contribuiría a reducir este problema, lo que no se ha producido en la realidad práctica; su mejora puede actuar como una suerte de incentivo positivo que lleve a los sujetos y, sobre todo, a la persona trabajadora, a buscar la formalidad. De ser esto cierto, resultaría necesario también desarrollar mecanismos de conexión y coordinación entre los instrumentos clásicos de lucha contra el empleo informal y estos otros cambios normativos y acciones políticas que inciden indirectamente en aquel. De esta forma, el paso de la economía informal a la formal no solamente sería una cuestión de lucha contra la informalidad sino de alcanzar el objetivo del empleo decente.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGADOÑA RÁMIZ, A., «La economía sumergida: consideraciones éticas», en *Implicaciones de la economía sumergida en España: libro marrón, Madrid, septiembre 2010*, 2010.
- ATIENZA, M., *El sentido del derecho*, 1ª ed. en esta presentación., Ariel, Barcelona, 2012.
- BAYLOS GRAU, A. P., «La mejor de las condiciones de trabajo y de la Seguridad Social de las trabajadoras al servicio del hogar familiar», Según Antonio Baylos..., 2022, fecha de consulta 10 septiembre 2022, en <https://baylos.blogspot.com/2022/09/la-mejora-de-las-condiciones-de-trabajo.html>.
- BAYLOS GRAU, A. P., «Una norma penal para castigar la resistencia a aplicar la laboralidad de las personas trabajadoras al servicio de plataformas digitales.», *NET21*, 2023, fecha de consulta 3 febrero 2023, en <https://www.net21.org/una-norma-penal-para-castigar-la-resistencia-a-aplicar-la-laboralidad-de-las-personas-trabajadoras-al-servicio-de-plataformas-digitales/>.
- BAZ RODRÍGUEZ, J., «El trabajo informal o «no declarado» («undeclared work») desde la perspectiva de la Unión Europea. Una aproximación conceptual e institucional», en MONEREO PÉREZ, J. L., PERÁN QUESADA, S. (eds.) *Derecho social y trabajo informal: implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social*

- del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Editorial Comares, 2016, pp. 27-56.
- CONTRERAS DÁVILA, T., «Empleo informal. Evolución teórica y criterios para su estimación derivados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)», *Lebret*, n.º 11, 2019, Universidad Santo Tomás Bucaramanga, pp. 11-35.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., «El convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas», en GOERLICH PESET, J. M., MERCADER UGUINA, J. R., DE LA PUEBLA PINILLA, A. (eds.) *La Reforma Laboral de 2021: Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, 2022.
- DE LA VILLA GIL, L. E., «La economía sumergida y los arañazos superficiales a la realidad social, a través de las medidas adoptadas por el Gobierno: breve comentario al Real Decreto Ley 5/2011, de 29 de abril», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 26, 2011, Iustel, p. 8.
- EUROPEAN PLATFORM UNDECLARED WORK, *Member States Factsheets*, European Platform Undeclared Work, 2017.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, D., «La lucha contra el empleo irregular y fraude a la Seguridad Social», en ALMAGRO MARTÍN, C. (ed.) *Estudios sobre control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 817-852.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., «Doble acción frente al empleo sumergido: el proceso de regularización y el establecimiento de medidas disuasorias a la ocupación irregular de trabajadores (RDL 5/2011, de 29 de abril)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2011, pp. 5-32.
- GARCÍA VIÑA, J., «Economía sumergida y relaciones laborales en Europa», *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 21, 2015, Elsevier, pp. 31-59.
- GIL VILLANUEVA, M., «La Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2013, Wolters Kluwer, pp. 85-107.
- GOERLICH PESET, J. M., «Los límites de la regulación de las contratas y subcontratas», en *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 13-34.
- GOERLICH PESET, J. M., «Lucha contra el empleo irregular y el fraude en la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º Extra 119, 2015, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, pp. 149-160.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., «Los incentivos económicos a la contratación laboral en el RD-Ley 1/2023», *Los Briefs de la AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2023, fecha de consulta 24 febrero 2023, en <https://www.aedtss.com/los-incentivos-economicos-a-la-contratacion-laboral-en-el-rd-ley-1-2023/>.

■ LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES...

- GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Empleo irregular y Administración laboral», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 125, 2014, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pp. 147-187.
- IGARTUA MIRÓ, M. T., «El empleo irregular en España: puntos críticos», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 1, 2015, Wolters Kluwer, pp. 53-67.
- JOVER RAMÍREZ, C., «La incidencia de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, en la potestad sancionadora de la Administración en el Orden Social», *Actualidad laboral*, n.º 12, 2013, Wolters Kluwer, p. 2.
- LÓPEZ AHUMADA, J. E., «La gobernanza de la informalidad laboral desde la perspectiva de la acción internacional», *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, n.º 9, 2020, Cinca, pp. 19-33.
- LUDMER, G., «¿Qué hay de nuevo en el viejo debate sobre las causas de la informalidad laboral?», *Cuadernos de Economía Crítica*, vol. 5, n.º 10, 2019, Sociedad Economía Crítica, pp. 99-121.
- MERCADER UGUINA, J. R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J. L.; PERÁN QUESADA, S., «La OIT y el trabajo informal: la recomendación 204 OIT sobre la transición de la economía informal a la formal», en MONEREO PÉREZ, J. L., PERÁN QUESADA, S. (eds.) *Derecho social y trabajo informal: implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica, 2016, ISBN 978-84-9045-244-8, pp. 3-26*, Editorial Comares, 2016, pp. 3-26.
- MONEREO PÉREZ; PERÁN QUESADA, S. (eds.), *Derecho social y trabajo informal: implicaciones laborales, económicas y de seguridad social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida*, Comares, Granada, 2016.
- MOYANO JURADO, C. M., «Fraude en el mercado laboral», en *Implicaciones de la economía sumergida en España: Libro marrón, 2010, pp. 173-194*, Círculo de Empresarios, 2010, pp. 173-194.
- OECD, *OECD Economic Outlook, Volume 1986 Issue 1*, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 1986.
- OIT, *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1998, fecha de consulta 31 enero 2023, en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «Reforma penal y crisis institucional», *Los Briefs de la AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, fecha de consulta 29 diciembre 2022, en <https://www.aedtss.com/reforma-penal-y-crisis-institucional/>.

- PÉREZ DEL PRADO, D., «La compatibilidad de las prestaciones y el trabajo como incentivo al empleo: líneas de tendencia», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, n.º 4, 2022.
- PÉREZ DEL PRADO, D., *La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ROCHA SÁNCHEZ, F., «*El trabajo no declarado en España*», Fundación 1.º de Mayo, Madrid, 2011.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., «Economía sumergida y empleo irregular», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 1, 1985, pp. 43-48.
- ROJO TORRECILLA, E., «Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Notas introductorias y texto comparado con la normativa derogada o transitoriamente vigente.», 2022, fecha de consulta 1 octubre 2022, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/09/real-decreto-ley-162022-de-6-de.html>.
- RUESGA BENITO, S. M., *La economía sumergida*, Acento Editorial, Madrid, 2000.
- RUESGA BENITO, S. M.; CARBAJO VASCO, D.; PÉREZ TRUJILLO, M., «El fraude fiscal y la economía sumergida en la perspectiva del desarrollo económico. El caso español», en MONEREO PÉREZ, J. L., PERÁN QUESADA, S. (eds.) *Derecho social y trabajo informal: implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Editorial Comares, 2016, pp. 81-112, fecha de consulta 5 febrero 2023, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5503613>.
- SANCHIS GÓMEZ, E.; CAPECCHI, V. (eds.), *La otra economía: trabajo negro y sector informal*, Ed. Alfons el Magnànim, Valencia, 1988.
- SCHNEIDER, F.; ASLLANI, A., *Taxation of the Informal Economy in the EU | Think Tank | European Parliament*, European Parliament, Luxembourg, 2022.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., «El empleo sumergido y su regularización: alcance del RD Ley 5/ 2011», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3 (marzo 2011), 2011, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 63-83.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.; MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El empleo sumergido*, Tirant lo Blanch, 2011.
- TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., «La Ley 13/2012 y la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social: antecedentes y contexto normativo», *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n.º 158, 2013, Civitas, pp. 221-242.
- WILLIAMS, C. C.; LANSKY, M. A., «Empleo informal en economías desarrolladas y en desarrollo. Perspectivas y políticas aplicadas», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 132, n.º 3/4, 2013, Wiley-Blackwell, pp. 397-424.

POLÍTICA DE EMPLEO

FEDERICO NAVARRO NIETO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

SUMARIO: 1. *El marco normativo.*—2. *Un planteamiento de políticas de empleo globales e integrales.*—3. *La intermediación laboral en el marco de una política integral de empleo.*—4. *El objetivo de un empleo pleno, productivo y libremente elegido.*—5. *Apoyo a las microempresas y las PYMES.*—6. *Efectos de las nuevas tecnologías en el empleo.*—7. *Recomendación núm. 205: Promoción del trabajo decente en el marco de una recuperación sostenible de la crisis.*—8. *Necesidad de evaluación de las políticas de empleo.*—9. *Políticas de empleo apoyadas en el dialogo social.*—10. *Observaciones de la comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones al gobierno español.*

1. EL MARCO NORMATIVO

En el ámbito de la OIT cabe destacar como regulación central en materia de políticas de empleo el Convenio sobre la política del empleo núm. 122 de 1964 (con la Recomendación del mismo año) y la Recomendación sobre la política del empleo núm. 169, de 1984.

Acompañan a esta normativa el Convenio sobre el servicio del empleo núm. 88, de 1948 y el Convenio sobre las agencias de empleo privadas núm. 181, de 1997, y el Convenio núm. 111, de 1958, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. También complementan aquellos convenios, desde la perspectiva del empleo, el Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, núm. 168, de 1988.

Algunos documentos recientes en materia de política de empleo, vinculados al contexto de la crisis financiera y económica de 2008 y sus consecuencias, son el documento «Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo» de 2009, la Recomendación núm. 204, de 2015, sobre la transición de la economía informal a la economía formal, y la Recomendación núm. 205, de 2017, sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia.

Sobre políticas específicas cabe mencionar el Convenio sobre el desarrollo de los recursos humanos, núm. 142, de 1975, y la Recomendación núm. 195, de 2004, que proporcionan una amplia orientación en relación con las políticas de educación y formación profesional permanente.

Para determinados colectivos de trabajadores se puede citar la Recomendación sobre los trabajadores de edad núm. 162, de 1980, y para sectores específicos destacan la Recomendación sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas, núm. 189, de 1998, así como la Recomendación sobre la promoción de las cooperativas, núm. 193, de 2002, que subrayan la perspectiva de la promoción de las empresas sostenibles como impulsoras del empleo productivo y el trabajo decente.

Son fundamentales los Informes periódicos de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), en particular los Estudios Generales sobre el Convenio núm. 122 y la Recomendación núm. 169. Los más recientes son los de 2004, 2010 y 2020 («Observación general sobre la aplicación del Convenio sobre la política del empleo, 1964, núm. 122,» de 2020).

La temática de las políticas de empleo en el ámbito de la OIT se sitúa en el contexto de un *corpus* regulador que se mueve en la lógica de los estándares generales. Destacamos algunos aspectos relevantes. En primer lugar, los instrumentos de la OIT sobre empleo parten de la necesidad de una intervención pública en el mercado de trabajo. En segundo lugar, prevalece un enfoque de las políticas de empleo como parte de un escenario de políticas económicas, sociales e institucionales más amplio, sin abundar especialmente en los problemas estructurales del mercado de trabajo y la necesidad de respuestas específicas en este terreno. Se dejan apuntadas orientaciones, recomendaciones, pero sin abordar con detalle estas políticas, más allá de objetivos generales y reiterados de trabajo decente, intermediación eficiente, lucha contra el desempleo, formación y cualificación profesional, no discriminación por razón de género y apoyo a colectivos desfavorecidos, particularmente a los jóvenes.

Todo ello no deja de ser relevante porque todo este bagaje alimenta el desarrollo de una política de intervención de los poderes públicos en el mercado de trabajo en los ámbitos nacionales, mediante principios reguladores e institutos propios del mercado de trabajo.

Podemos decir que la modernización de las políticas de empleo en España es sobre todo fruto del contexto normativo e institucional de la UE y de estrategias en este contexto de acciones nacionales sometidas a un «método abierto de coordinación». Pero, como digo, las declaraciones y documentos de la OIT han actuado como inspiración, casi nunca explícita, en los distintos escenarios de las políticas de empleo. De hecho, es significativo que en las normas de empleo, destacadamente la anterior Ley de Empleo (Real Decreto Legislativo 3/2015) no se contiene referencia alguna a los instrumentos de la OIT: por otro lado, la actual de Ley de Empleo (Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo) se limita a una mención a lo largo del texto respecto de instrumentos de la OIT que no podemos considerar principales en la materia, como indicaré. Es lo cierto que la nueva Ley de Empleo reitera en su articulado la idea de empleo «digno» (por ejemplo, el Plan Anual pasa a denominarse «de Fomento del Empleo Digno»), que es expresiva de la filosofía de la OIT en materia de empleo.

2. UN PLANTEAMIENTO DE POLÍTICAS DE EMPLEO GLOBALES E INTEGRALES

Como ha quedado dicho, en el ámbito de la OIT los instrumentos sobre la política del empleo cumplen la función de marco orientador de las medidas normativas de los Estados miembros. En este sentido son una referencia el ya citado Convenio sobre la política del empleo núm. 122, de 1964, y la Recomendación sobre la política del empleo núm. 169, de 1984. Son normas aprobadas en un contexto de crecimiento económico y con el horizonte del pleno empleo, de ahí que se muevan en la línea de una política enmarcada por el objetivo del desarrollo económico, la elevación del nivel de vida y la creciente necesidad de fuerza de trabajo «productiva» en el mundo empresarial.

Los principios y orientaciones recogidos en el Convenio núm. 122 giran en torno a la promoción del «empleo pleno, productivo y libremente elegido» (art. 1), mediante la elaboración y la aplicación de programas y políticas nacionales de empleo coordinados con otras políticas nacionales de desarrollo.

El enfoque de la OIT se concreta en la adopción de políticas nacionales de empleo dentro de un marco integral de políticas de empleo¹. Las políticas integrales de empleo abarcan dos grandes esferas. La primera es la referida a

¹ Informe OIT, «Responder a la crisis y fomentar el desarrollo inclusivo y sostenible con una nueva generación de políticas integrales de empleo», Conferencia Internacional del Trabajo, 110.ª Reunión, 2022, ap. 100 ss.

las políticas económicas y sociales, que comprenden las políticas macroeconómicas, las políticas sectoriales e industriales, políticas educativas y de formación y las políticas de desarrollo del sector privado. La segunda esfera se centra en las políticas del mercado de trabajo en sentido estricto, que, siguiendo un esquema clásico, abarcan la intermediación y las políticas activas, de formación profesional, y de orientación laboral, por un lado; por otro, las políticas pasivas del mercado de trabajo y las políticas de protección social.

La conexión de las políticas de empleo al escenario macroeconómico aparece inmediatamente en el artículo 1, pár. 1.º, del Convenio núm. 122, que fija como «objetivo principal de la política macroeconómica, el diseño y aplicación de una política activa del empleo». Posteriormente, el artículo 1.3 del Convenio establece que «la política deberá tener en cuenta el nivel y la etapa de desarrollo económico, así como las relaciones existentes entre los objetivos del empleo y los demás objetivos económicos y sociales».

La formulación de marcos integrales de políticas nacionales de empleo ha sido un método promovido por la OIT por ajustarse a un escenario de crecimiento estable y servir a la consecución de objetivos a largo plazo. A lo largo de los años, la CEACR ha puesto de relieve repetidamente la interdependencia de los objetivos económicos, sociales y laborales, subrayando en todo caso que el logro del pleno empleo productivo no debería ser una idea accesoria, sino que debe tenerse presente durante toda la fase de formulación de la política macroeconómica².

Las políticas de empleo se plantean en el ámbito de la OIT en un mercado de trabajo dinámico, que no muestra especiales problemas estructurales. Se trata de dinamizar la intermediación, «esencial para que los empleadores garanticen el funcionamiento óptimo de sus empresas», facilitar la libre elección de empleo, con la formación necesaria al efecto, evitando las situaciones de discriminación en el acceso al empleo (art. 1.2 del Convenio).

En 1984 se procede a actualizar el Convenio de 1962 con la Recomendación sobre la política del empleo núm. 169 (1984), que muestra ya más atención a los fenómenos de cambio en los años 80. Así entre los principios novedosos está la recomendación de que los Estados faciliten la adaptación al cambio estructural a nivel global, sectorial y de la empresa, y el reempleo de los trabajadores que hayan perdido sus empleos como consecuencia del cambio estructural y tecnológico, y salvaguardar el empleo o facilitar el reempleo de los trabajadores afectados en caso de venta, traslado, cierre o desplazamiento.

² CEACR, «Observación general sobre aplicación del Convenio sobre política de empleo, 1964 (núm. 122)», nov-dic 2020, p. 3. En adelante, CEACR, Observación, 2020.

to de una sociedad, establecimiento o instalaciones (principio 10). Al mismo tiempo se incorpora un capítulo específico sobre promoción del empleo de colectivos desfavorecidos (mujeres, jóvenes, discapacitados, personas de mayor edad, desempleados de larga duración e inmigrantes), que debieran incluir programas de orientación y formación profesional y servicios de orientación de empleo específicos: La Recomendación incluye, además, capítulos específicos sobre políticas tecnológicas, y sobre pymes, desarrollo regional y programas de inversión pública favorecedores del empleo.

Desde la OIT se subraya que esta estrategia es válida también en la última década, porque ha favorecido una continua tendencia a potenciar mejores marcos integrales de políticas de empleo³. En este sentido, la OIT, mediante reuniones de la Conferencia Internacional del Trabajo en la última década (reuniones de 2010, 2014, 2020), ha ido actualizando el enfoque a la rápida evolución del mundo laboral, manteniendo siempre un enfoque global.

En efecto, aunque la orientación de la OIT se actualiza, no se va a abandonar un enfoque de las políticas de empleo como parte de un escenario de políticas económicas, sociales e institucionales más amplio, sin abundar especialmente en los problemas estructurales del mercado de trabajo. Se dejan apuntadas orientaciones, pero sin abordar con detalle estas políticas, más allá de objetivos generales y reiterados de trabajo decente (y la problemática del trabajo informal, atípico, vinculado a nuevos sectores de economía verde y digital, etc.), intermediación eficiente, lucha contra el desempleo, formación y cualificación profesional, no discriminación y apoyo a colectivos desfavorecidos, particularmente a los jóvenes. Todo ello, en definitiva, en coherencia con un *corpus* normativo que, como ya indiqué, se mueve en la lógica de los principios y los estándares generales. El ejemplo de esta perspectiva general lo encontramos en documentos como «Trabajar para un futuro más prometedor» de 2019 (Comisión mundial sobre el futuro del trabajo) o «Trabajo decente y la agenda 2030 de desarrollo sostenible».

La «Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo», de 2019, subraya que el mundo del trabajo se está transformando radicalmente impulsado por las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos, el cambio medioambiental y climático y la globalización, así como en un momento de desigualdades persistentes. Y en este contexto es necesario favorecer una transición en el empleo, políticas de promoción de adquisición de competencias, habilidades y calificaciones para los trabajadores, facilitar la transición de la educación y la formación al trabajo, poniendo énfasis en la integra-

³ Informe OIT, «Responder a la crisis...», 2022, ap. 57 y 58.

ción efectiva de los jóvenes en el mundo del trabajo, fomentar medidas que ayuden a los trabajadores de edad a optimizar sus oportunidades de empleo, la igualdad de género en materia de oportunidades de empleo.

En las conclusiones de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2020⁴ este enfoque se concreta en una serie de planos que hemos sistematizado de la siguiente manera:

a) Dentro del cuadro de políticas generales se destaca:

i) políticas macroeconómicas favorables al empleo; incluyendo políticas comerciales, industriales, impositivas, de infraestructura y sectoriales; y políticas empresariales, en particular un entorno favorable a las empresas sostenibles;

ii) políticas de educación que fomenten el aprendizaje permanente y políticas de desarrollo de las competencias que respondan a las necesidades cambiantes del mercado de trabajo, así como a las nuevas tecnologías, y amplíen las opciones de empleo, en particular sistemas de reconocimiento de las competencias;

iii) políticas que aborden el desafío de la sostenibilidad ambiental y aseguren una transición equitativa para todos;

iv) políticas que aborden las repercusiones en el empleo y la protección social del nuevo contexto demográfico;

b) En relación con las políticas e instituciones del mercado de trabajo se subraya la importancia de determinadas políticas:

i) políticas activas del mercado de trabajo;

ii) servicios de empleo «sólidos»;

iii) medidas específicas que aumenten la participación de las mujeres y de los grupos subrepresentados en el mercado de trabajo;

iv) medidas como las transferencias condicionadas de efectivo, los programas públicos de empleo y las garantías de empleo para las familias con ingresos escasos a salir de la pobreza y a acceder al empleo libremente elegido;

v) prestaciones de desempleo;

vi) políticas que aborden el desempleo de larga duración;

vii) estrategias de activación amplias que faciliten la transición de los jóvenes de la escuela al mundo laboral;

viii) políticas de migración laboral que tengan en cuenta las necesidades del mercado de trabajo y aseguren el acceso de los migrantes al trabajo decente;

⁴ Informe OIT «Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante», Conferencia Internacional del Trabajo, 109.ª reunión, 2020, apartado 85.

c) Al mismo tiempo se añaden algunas políticas complementarias de las políticas de empleo:

- i) procesos tripartitos para promover la coherencia de las políticas económicas, ambientales, laborales y sociales;
- ii) mecanismos eficaces de coordinación interinstitucional;
- iii) sistemas de información pertinente y actualizada sobre el mercado de trabajo, y sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de las políticas y los programas de empleo.

Ya hemos referido que del artículo 1.1 del Convenio núm. 122 se deduce la necesidad de los Estados miembros de formular una política nacional activa. El artículo 1.1 establece que los Estados Miembros deben pronunciarse formalmente al efecto. Pero el Convenio no dispone una modalidad específica de política nacional de empleo.

Los documentos de la OIT indican que se puede optar por adoptar una política de empleo específica, o bien avanzar progresivamente, priorizando algunas dimensiones por encima de otras, o abordando grupos específicos. El compromiso político puede reflejarse en la legislación nacional o en documentos como un plan nacional o un marco de política general similar. Pero se recalca que, independientemente de la modalidad que se adopte, es decisivo que la política de empleo se posicione como objetivo principal entre las políticas macroeconómicas⁵. Por otra parte, los Estados Miembros deben crear o fortalecer las instituciones necesarias para garantizar la mejor organización posible del mercado de trabajo⁶.

Se puede decir que el enfoque de la estrategia de la OIT en materia de empleo es coherente con el seguido por los Estados Miembros de la OIT que son Estados miembros de la Unión Europea, como España. En este sentido debe citarse en el ámbito de la UE la Estrategia de Empleo Europa 2020, y actualmente el Instrumento Europeo de Recuperación («Next Generation EU»), el Pilar europeo de derechos sociales (2017) y el plan de acción (2021), que vienen a dar concreción a objetivos en materia de formación, igualdad y no discriminación, políticas activas de empleo, flexibilidad contractual y política social. Finalmente, las Directrices y orientaciones específicas en empleo para los Estados miembros configuran una estrategia que abarca los distintos planes de las políticas de empleo de la OIT: Orientación: núm. 5: Impulsar la demanda de mano de obra; Orientación núm. 6: Aumentar la oferta de trabajo

⁵ Informe OIT «Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante», cit., 2020, ap. 46.

⁶ CEACR, Observación, 2020, p. 6.

y mejorar el acceso al empleo, las capacidades y las competencias; Orientación núm. 7: Mejorar el funcionamiento de los mercados laborales y la eficacia del diálogo social; Orientación núm. 8: Promover la igualdad de oportunidades para todos, fomentar la integración social y combatir la pobreza.

En el caso español un documento de referencia es el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y el documento «España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo». En su desarrollo, las políticas de empleo se gestionan a partir de un marco normativo específico y una estrategia apoyada en la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo (art. 12 LE)⁷ y el Plan Anual para el fomento del empleo digno (art. 13 LE)⁸, en sus nuevas denominaciones en la Ley 3/2023.

Finalmente, la OIT llama a los Estados a una coordinación entre políticas activas y pasivas de empleo. Así lo recoge el Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, núm. 168, de 1988. Este convenio se centra esencialmente en las normas sobre protección por desempleo. En lo que nos interesa destaca en su artículo 2 la previsión de que «(t)odo Miembro deberá adoptar medidas apropiadas para coordinar su régimen de protección contra el desempleo y su política de empleo. A tal fin deberá procurar que su sistema de protección contra el desempleo y en particular las modalidades de indemnización del desempleo, contribuyan al fomento del pleno empleo, productivo y libremente elegido, y no tengan por efecto disuadir a los empleadores de ofrecer un empleo productivo ni a los trabajadores de buscarlo».

Este planteamiento es también abordado, desde hace años, en la estrategia europea para el empleo, que reclama de los Estados la reestructuración de los sistemas de prestaciones por desempleo para estimular a los desempleados a buscar y aceptar oportunidades de empleo. España también se orienta hacia una coordinación entre las políticas activas y las políticas pasivas de empleo. Ello se plasma normativamente en la ya derogada Ley de Empleo (RD-Leg. 3/2015)⁹. Actualmente la Ley 3/2023 indica en su artículo 2 que «las po-

⁷ El Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024.

⁸ El Plan Anual de Política de Empleo para 2022 es de abril de 2022 (BOE 4-5-2022).

⁹ Su artículo 2 fija entre los objetivos de las políticas de empleo «mantener un sistema eficaz de protección ante las situaciones de desempleo, que comprende las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo, asegurando la coordinación entre las mismas» (letra b). El artículo 5 LE indica que uno de los instrumentos de las políticas de empleo será «la coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo». A su vez el artículo 36.2 LE indica que las políticas activas «se complementarán y se relacionarán, en su caso, con la protección por desempleo regulada en el título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social», añadiéndose que «la acción protectora por desempleo a que se refiere el artículo 206 del referido texto legal comprende las prestaciones por desempleo de nivel contributivo y asistencial y las acciones que integran las políticas activas de empleo».

líticas activas de empleo y las políticas de protección frente al desempleo, ... deberán coordinarse mediante la colaboración de las Administraciones Públicas con competencias en la materia y con la participación de los interlocutores sociales». El artículo 12 indica que la Estrategia de Activación tendrá, entre otros objetivos, «(e)l diseño de un plan integral de políticas activas de empleo y su relación con las prestaciones, subsidios y otras rentas, que identifique y defina los objetivos que deben cumplirse y aúne políticas activas y de protección contra el desempleo centradas en garantizar la adecuada atención a la persona demandante de servicios de empleo». Por su parte, el artículo 35.2 determina que las políticas de protección frente al desempleo deben estar orientadas al mantenimiento y mejora de la empleabilidad. Finalmente se dedica el Capítulo IV del Título III específicamente a la «coordinación de políticas activas y de protección frente al desempleo».

3. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL MARCO DE UNA POLÍTICA INTEGRAL DE EMPLEO

El Convenio sobre el servicio del empleo núm. 88 de 1948 establece la necesidad de que los Estados garanticen el mantenimiento de un servicio público y gratuito de empleo y se centra esencialmente en la organización de la intermediación de dicho servicio público y de colaboración en el pago de prestaciones por desempleo. La norma no obstante ya apunta algunos temas relevantes de cara a una política integral de empleo. Así, plantea la conveniencia de que dichos servicios incluyan, si es necesario, un perfilado de los demandantes de empleo y los medios para su orientación y readaptación profesionales (art. 6 a)), así como la atención específica a categorías especiales de desempleados (art. 7 a)), especialmente los menores (art. 8). Reclama igualmente una especialización de las oficinas de empleo por profesiones y por industrias (art. 7 b)). También resulta de interés que reclame de los Estados la recogida y análisis de información sobre la situación del mercado de trabajo y su probable evolución (art. 6 b)).

Estos aspectos relacionados con una política integral de empleo han sido un problema recurrente de los servicios públicos de empleo en España, donde son una constante los problemas de eficacia en el desarrollo de políticas de empleo preventivas, sobre todo en relación con colectivos con problemas de inserción, y por tanto necesitados de atención preferente. Es una evidencia de esta problemática el escaso éxito de la intermediación pública, la dificultad para desarrollar mecanismos para evaluar la empleabilidad de los desemplea-

dos y establecer un itinerario personalizado de búsqueda de empleo, la falta de modernización de los instrumentos administrativos y de servicio. Recientemente, un estudio de la Autoridad Independiente de Responsabilidad fiscal (AIREF)¹⁰, destaca, en el plano de la gestión, que en España el grado de avance en la transformación digital de los servicios públicos de empleo resulta muy heterogéneo y retrasado con respecto a los países de referencia. Se puntualiza que el uso de tecnología para unir oferta y demanda es insuficiente y tanto las empresas como los demandantes de empleo terminan por utilizar canales alternativos. Recordemos que el propio legislador reclama al gobierno medidas al respecto¹¹.

Por otro lado, el Convenio sobre las agencias de empleo privadas núm. 181, de 1997, que tiene como antecedente el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), núm. 96, de 1949, viene a reconocer el papel de las agencias privadas de colocación y las empresas de trabajo temporal en el mercado de trabajo. Por una parte, replantea la visión restrictiva del papel de las agencias con ánimo de lucro del convenio de 1949, y fija unas reglas básicas referidas a la no discriminación por las agencias privadas, a la protección de datos de los demandantes de empleo, a la gratuidad para los trabajadores de dichos servicios, como regla general, y una serie de garantías laborales mínimas para los trabajadores empleados por las empresas de trabajo temporal.

Esta nueva orientación de la política en materia de intermediación laboral, impulsando un nuevo marco de gestión de las políticas de empleo e intermediación, ha influido sin duda en los nuevos planteamientos normativos en España a partir de los años 90 del siglo pasado, impulsando una visión más amplia en el alcance de la intermediación y la tendencia a la convivencia de instituciones públicas y privadas de mediación y en concreto liberalizando la actividad de las agencias privadas de colocación (ahora también como agencias con ánimo de lucro a partir de la Ley 35/2010) y el protagonismo de las ETT (con las reformas de las Leyes 35/2010, 3/2012, 11/2013 y 18/2014 y el RD 417/2015).

La vigente Ley 3/2023 se sitúa en línea con la visión integral de las políticas de intermediación laboral propugnada por el Convenio núm. 188, como hemos visto, En este sentido, el artículo 3 c) de la Ley se refiere a la interme-

¹⁰ Evaluación del gasto público 2018. Programa políticas activas de empleo. 2019.

¹¹ La DA 6.ª LE (Versión RDLeg 3/2015) prevé que «el Gobierno seguirá reforzando los servicios públicos de empleo estatal y autonómicos mediante la mejora de sus recursos humanos, tecnológicos organizativos y de la red de oficinas». Por su parte, el artículo 7.3 LE (introducido por el RDLeg. 3/2015) dispone que «los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, velarán porque los servicios públicos de empleo creados en esta ley estén dotados con el personal que en cada momento resulte necesario para el desempeño de las funciones que la ley les encomienda».

diación como «(c)onjunto de acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades desde un enfoque integral. Incluye actividades de prospección y captación de ofertas de empleo, puesta en contacto y colocación, recolocación y selección de personas trabajadoras».

4. EL OBJETIVO DE UN EMPLEO PLENO, PRODUCTIVO Y LIBREMENTE ELEGIDO

Como hemos observado el objetivo del Convenio núm. 122 es triple: promover el empleo pleno, productivo y libremente elegido. Detengámonos en estos dos últimos objetivos:

a) Empleo productivo

El artículo 1.2 b), del Convenio establece que la política nacional de empleo «deberá tender a garantizar que dicho trabajo será tan productivo como sea posible». Las políticas para mejorar la productividad laboral se remiten a políticas macroeconómicas (a través de la inversión en infraestructuras, reformas fiscales y del bienestar, formación y capacitación de calidad, inversión empresarial, incentivos fiscales o la supresión de obstáculos innecesarios a la eficiencia). Pero se puntualiza que la mejora de la productividad debe ir vinculada al objetivo de favorecer la creación de empleo y a favorecer un mercado de trabajo incluyente y equitativo, incluidas instituciones para la fijación de los salarios, sistemas de salarios mínimos, prestaciones sociales obligatorias, seguro de desempleo, legislación para la protección del empleo y mecanismos adecuados de control del cumplimiento¹². Al mismo tiempo se recuerda que las medidas previstas para aumentar la productividad de la mano de obra deben ir acompañadas de medidas para garantizar la igualdad de oportunidades y de trato, en relación con categorías específicas de trabajadores (como los trabajadores con discapacidad, los jóvenes, categorías determinadas de mujeres, los desempleados de larga duración y los trabajadores rurales), así como para promover la transición a la formalidad¹³.

Este esquema de prioridades queda plasmado en nuestro sistema jurídico. La vigente Ley de Empleo pone el énfasis en un objetivo de empleo de cali-

¹² Informe OIT «Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante», cit., 2020, ap. 57.

¹³ Informe OIT cit. ap. 65.

dad (art. 2.2 y 4 b) y establece una serie de objetivos de los poderes públicos en materia de empleo (art. 4) en concordancia con las directrices de la OIT.

b) Empleo libremente elegido

De conformidad con el artículo 1.2 c), del Convenio núm. 122, la política nacional de empleo deberá «garantizar que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social». Ello tiene relevancia en dos planos ¹⁴.

1. No discriminación, en particular por razón de género, garantizando políticas incluyentes

El Convenio núm. 122 y la Recomendación núm. 169 reclama la promoción del empleo de categorías particulares de trabajadores que habitualmente tienen dificultades para encontrar un empleo duradero, como algunas categorías de mujeres, los jóvenes, las personas con discapacidad, los trabajadores de más edad, los desempleados de larga duración y los trabajadores migrantes.

Se hace hincapié en que la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo es un elemento fundamental de cualquier política de empleo incluyente, y que la política también debería incluir medidas para prevenir el desempleo de grupos específicos de trabajadores que son vulnerables a la exclusión.

Como ya hemos puesto de manifiesto España menciona explícitamente la «igualdad de oportunidades y la no discriminación» como un objetivo de su política nacional de empleo.

2. Coordinación de la educación y las políticas de formación con las políticas de empleo

Es una constante en los documentos de la OIT reclamar la coordinación de las políticas de formación y capacitación profesionales con las políticas de empleo. Se considera un aspecto decisivo para asegurar una oferta adecuada de

¹⁴ Informe OIT cit. ap. 71 ss.

empleos cualificados que respondan a las necesidades de los empleadores, al tiempo que se ofrece a los trabajadores una gama más amplia de opciones en el mercado de trabajo.

Se considera necesario que en el diseño y la formulación de las políticas nacionales de empleo se lleve a cabo una evaluación de las necesidades en materia de competencias en los principales sectores de la economía por nivel de educación, competencias y formación. La evaluación también debería tomar en consideración los cambios en el mercado y determinar los sectores con potencial de crecimiento, las brechas y los desajustes de competencias.

Muchos países señalan que están reestructurando sus sistemas para adaptarlos a los cambios y mejorar la calidad de los programas de formación y capacitación profesionales. Es el caso de España, que introduce importantes reformas en la materia en las dos últimas décadas, destacando recientemente la apuesta por la formación profesional dual (actual art. 11.2 ET, en su versión del RDL 32/2021: contrato de formación en alternancia) y por la reforma del sistema de formación profesional para el empleo (LO 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional; Ley 30/2015, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral) que incide en ciertos objetivos: integración de la FP educativa y de empleo, formación dual, colaboración de las empresas.

Respecto a la evaluación de los cambios en el mercado y la producción, en nuestro país la Ley 30/2015 ha previsto distintos medios para la prospección y planificación de las necesidades de formación y para el seguimiento y control de los programas de formación, que siguen siendo grandes déficits en esta materia¹⁵.

5. APOYO A LAS MICROEMPRESAS Y LAS PYMES

En las políticas de empleo se subraya la importancia del apoyo a las microempresas y las pymes, así como las cooperativas, porque se considera que

¹⁵ Respecto de lo primero, existen previsiones legales sobre informes anuales y sectoriales de prospección (art. 4, 13 y 26.2 c) Ley 30/2015 y art. 2.2 RD 694/17). Respecto de lo segundo, se prevé la realización de un informe anual de seguimiento y control que se elevará al Consejo General del SNE y deberá ser público (art. 17). Por otro lado, se prevé una unidad especial en esta materia dentro de la ITSS (art. 18). Además, la Ley prevé la realización de informes de evaluación de la calidad del sistema a cargo del SPEE (art. 21.1) y evaluaciones a cargo de entidades externas e independientes (art. 21.3). Son relevantes en este contexto las Estructuras Paritarias Sectoriales (art. 25) creadas en el marco de la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal por las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y las representativas en el sector correspondiente. Dichas estructuras podrán asumir, entre otras, tareas de prospección de necesidades o propuestas formativas y de organización de la formación de las empresas del sector.

facilitan la inclusión de los trabajadores que tienen dificultades para acceder al mercado de trabajo. La parte VI de la Recomendación núm. 169 indica que la política nacional del empleo debería tener en cuenta la importancia de las pequeñas empresas como fuente de empleo. La Recomendación sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas, 1998 (núm. 189) reconoce el papel fundamental de las pymes en este sentido. La Recomendación reclama de los Estados políticas dirigidas a promover la creación de pequeñas y medianas empresas eficientes y competitivas, capaces de ofrecer posibilidades de empleo productivo y duradero en condiciones sociales adecuadas.

España se sitúa en la órbita de países que han adoptado una serie de medidas conforme a las recomendaciones de la OIT ¹⁶:

— La supresión de obstáculos y de trámites administrativos complicados, como el establecimiento de ventanillas únicas, aplicación de procedimientos electrónicos para el registro de documentación.

— Promover la creación de pymes y ayudar a las pequeñas empresas a través de los servicios públicos de empleo y centros de formación.

— El acceso a créditos y otros apoyos financieros para pymes, así como exenciones fiscales y la simplificación tributaria.

— El desarrollo de una cultura empresarial y la formación empresarial, en particular sobre nuevas tecnologías y nuevas medidas de organización.

6. EFECTOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL EMPLEO

La Recomendación núm. 169, de 1984, proporciona orientaciones para abordar los cambios tecnológicos en el mundo del trabajo. El párrafo 26 d) señala que la promoción de la inversión en tecnologías debería ser uno de los elementos principales de la política nacional de desarrollo como medio de incrementar la productividad, crear empleo y atender las necesidades básicas de la población. Se considera conveniente favorecer el desarrollo de nuevas tecnologías y fomentar las investigaciones sobre sus efectos en el volumen y la estructura del empleo, las condiciones de empleo, la formación, el contenido del trabajo y las aptitudes requeridas (párrafos 20 y 21).

La Recomendación reconoce asimismo los retos que plantean los cambios tecnológicos para la supervivencia de las empresas y la estabilización del empleo e insta a adoptar políticas que faciliten el reemplazo de los trabajadores

¹⁶ Informe OIT cit. ap. 118 ss.

que hayan perdido sus empleos como consecuencia de los cambios estructurales y tecnológicos (párrafos 10 y 26, c)).

Respecto de España, únicamente cabe decir que entre las tareas prioritarias para este nuevo contexto están: 1) la de prospección del mercado de trabajo y sobre la evolución del mundo de la producción; 2) y la conexión entre mediación, empleo y formación como forma de adelantarse al impacto de las transformaciones tecnológicas y digitales y la robotización. La Ley 3/2023, de Empleo, insiste en la modernización de las políticas de empleo desde esta perspectiva (EM II)

7. RECOMENDACIÓN NÚM. 205: PROMOCIÓN DEL TRABAJO DECENTE EN EL MARCO DE UNA RECUPERACIÓN SOSTENIBLE DE LA CRISIS

Recientemente, se ha adoptado la Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia núm. 205, de 2017, de especial relevancia para la promoción del empleo y el trabajo decente y para una recuperación sostenible de la crisis. Nuevamente la idea de un enfoque integral de las políticas de empleo inspira los objetivos de esta Recomendación núm. 205.

En las conclusiones de su Observación General 2020, la CEACR apunta la necesidad de que los Estados tomen en consideración las cuestiones de interés que han ido surgiendo durante la pandemia, tales como la promoción de la supervivencia y sostenibilidad de las empresas y de los medios de vida, la retención del empleo, así como la creación de puestos de trabajo, la educación y la formación, en particular la readaptación profesional y la mejora de calificaciones. Se alienta a los gobiernos a que se aseguren de que tales políticas y su implementación tengan en cuenta a todos los segmentos de la población, en particular los que se han vuelto más vulnerables a causa de la crisis¹⁷.

En la Observación General sobre la aplicación del Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122) de 2020, la Comisión reclama políticas en los siguientes aspectos (que son indicativos de los ejes de políticas de empleo de la OIT en la actualidad):

— Nuevas políticas y programas relacionados con el empleo para afrontar el impacto de la crisis de la COVID-19;

¹⁷ CEACR, Observación, 2020, p. 13.

■ LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES...

- Objetivos de políticas de empleo para promover el empleo y el trabajo decente;
- Medidas para crear un entorno propicio para la iniciativa empresarial y para las empresas de todos los tamaños, en particular las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, y de impulso al cooperativismo.
- Medidas que garanticen la no discriminación y la igualdad de oportunidades y de trato, empezando por la igualdad de género;
- Medidas para fortalecer las instituciones nacionales necesarias para una gestión eficiente de las políticas de empleo, en particular referidos a un servicio público de empleo y las agencias de empleo privadas, así como las instituciones de orientación y formación educativa y profesional;
- La garantía de una política de empleo basada en la consulta y diálogo social en relación con la elaboración, implementación, supervisión y examen de las medidas de respuesta y recuperación;
- Políticas de evaluación en la implementación efectiva de las medidas de respuesta a las crisis y de recuperación.

8. NECESIDAD DE EVALUACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO

Precisamente, el artículo 2 del Convenio 122 exhorta a los gobiernos a que revisen regularmente, en el marco de una política económica y social nacional coordinada, las medidas adoptadas para alcanzar los objetivos de la política nacional de empleo.

En las observaciones que ha formulado a lo largo de los años sobre la aplicación del Convenio núm. 122, la CEACR ha destacado la necesidad de examinar y evaluar periódicamente la evolución de la situación del mercado de trabajo nacional a través de, entre otras medidas, la recopilación, la compilación y la difusión de información sobre las tendencias del empleo, incluidos el tamaño y la distribución de la población económicamente activa, el trabajo, el empleo, el desempleo, las horas de trabajo y la subutilización laboral.

Para la OIT es fundamental contar con datos fiables sobre el mercado de trabajo para garantizar que las políticas de empleo son adecuadas, y que los sistemas de educación y formación se adapten para prever y satisfacer las necesidades actuales y emergentes de capacidades¹⁸.

Desde luego este es un déficit tradicional de la gestión de las políticas de empleo en España. Cabe recordar en este sentido que el Consejo Económico y

¹⁸ CEACR, Observación, 2020, p. 4.

social de España llama la atención de que de la información de que se dispone sobre las políticas de empleo «no permite analizar en los efectos de las políticas sobre los participantes ni contempla aspectos de carácter cualitativo o cuantitativos relacionados con las acciones desarrolladas, lo que ofrecería una información mucho más rica sobre la efectividad de los programas»¹⁹. El estudio de AIREF de 2019, que ya hemos referido, evidencia que las evaluaciones de las políticas activas de empleo son parciales e insuficientes a día de hoy, siendo necesario establecer un sistema de indicadores globales y una metodología contrastada para la medición de la eficacia y eficiencia.

Los sucesivos planes anuales de empleo tratan de avanzar en este objetivo por la vía del establecimiento de indicadores, que son tomados en consideración en el reparto de los fondos destinados a las políticas de activación para el empleo a las CCAA. También el SEPE impulsa procesos de evaluación externa de la gestión de las PAE en los últimos años. Por su parte, la Estrategia Española de Apoyo Activo para el Empleo 2021-2024 sitúa entre sus objetivos estratégicos (el 3.º) la evaluación de resultados en las políticas activas de empleo.

Precisamente, una de las novedades más relevantes de la vigente Ley 3/2023, de empleo, radica en la incorporación del Título VI, dedicado a la evaluación de las políticas de empleo (planificación, organización de la evaluación, aspectos metodológicos). Esta Ley, además, debe ponerse en relación con la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado.

9. POLÍTICAS DE EMPLEO APOYADAS EN EL DIALOGO SOCIAL

El artículo 3 del Convenio núm. 122 indica que los Estados deben entablar consultas en relación con el desarrollo e implementación de las políticas de empleo. Los documentos de la OIT insisten en que un elemento clave de las políticas de empleo ha sido siempre el diálogo social como garante de una gestión eficaz de las políticas de empleo. De ahí que se reclame el que las políticas de empleo se planifiquen, apliquen y revisen en consulta y con la participación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores²⁰. Se subraya que el diálogo social, cuando se ha aplicado, generalmente ha contribuido a adoptar un enfoque equilibrado y holístico, con altos niveles de aceptación²¹.

¹⁹ CES, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España (2019)*, p. 359.

²⁰ CEACR, *Observación*, 2020, pp. 4-5.

²¹ Informe OIT «Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante», cit., 2020, ap. 105.

El reconocimiento de la importancia de la consulta y el diálogo social es un hilo conductor del Convenio núm. 122 y sus Recomendaciones conexas (núms. 122 y 169). La Recomendación núm. 205 destaca la importancia del diálogo social y las consultas tripartitas en respuesta a las situaciones de crisis (Preámbulo y párrafos 8, d), 24 y 25). En particular, en el párrafo 24 se exhorta a los Estados Miembros a que se aseguren de que las medidas de respuesta previstas en la Recomendación se desarrollan o promueven mediante un diálogo social con perspectiva de género, teniendo en cuenta el Convenio sobre la consulta tripartita núm. 144, de 1976. Curiosamente la vigente Ley 3/2023 hace mención a lo largo del texto únicamente a este instrumento de la OIT, junto al Convenio sobre la administración del trabajo, núm. 150, de 1978 (art. 11.1).

El tratamiento del diálogo social es abierto en los instrumentos de la OIT. Así, las consultas pueden celebrarse a través de órganos de consulta permanentes, que pueden tener competencias generales en todas las cuestiones sociales y económicas, o dedicarse exclusivamente a la coordinación en materia de empleo.

La CEACR subraya últimamente la necesidad de reforzar los mecanismos y las instituciones del diálogo social sobre políticas relativas a la nueva configuración del mundo del trabajo, en particular en el contexto de los avances tecnológicos, la economía verde, los cambios demográficos y la globalización²².

En España no obstante la concertación como método de gobierno de las relaciones laborales ha sido marginada en la última década. De hecho, se critica por los interlocutores sociales la falta de participación en el seguimiento de los planes anuales de empleo. Como vemos a continuación, éste ha sido un aspecto críticamente valorado por la comisión de Expertos (CEACR).

La Ley 3/2023 no contiene especiales novedades sobre el asunto, reiterando la participación de los agentes sociales a través del Consejo General del Sistema Nacional de empleo (art. 10), aunque ahora se subraya que en la ordenación de dicho sistema tendrá en cuenta los principios de participación, concertación y diálogo social, siguiendo las prescripciones normativas de la OIT al efecto (art. 11.1).

10. OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES AL GOBIERNO ESPAÑOL

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), en sus observaciones a España referidas a la aplicación del

²² Informe OIT «Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante», cit., 2020, ap. 97.

Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122) reitera una serie de aspectos críticos sobre nuestras políticas de empleo (informes de 2010, 2015, 2017, 2019 —esta última publicada en la 109.^a reunión CIT (2021)—).

Dos aspectos críticos generales son llamativos. Por un lado, se reclama en los informes que se remita información o información actualizada de la evaluación que España realiza en materia de políticas activas de empleo, particularmente en terminados bloques. Por otro, es objeto de crítica el devaluado papel del dialogo social (a partir del informe de 2010).

Respecto de los artículos 1 y 2 del convenio, en relación con la aplicación de la política activa del empleo, es reiterada la solicitud de la Comisión al gobierno español de información sobre una evaluación de dichas políticas, que entiende que debe de realizarse en consulta con los interlocutores sociales. Concretamente se reclama información en varios aspectos:

— En términos generales, sobre el impacto de las medidas de empleo adoptadas para alcanzar los objetivos del Convenio, y en especial, sobre la manera en que éstas propiciaron que las personas beneficiadas obtuvieran empleo pleno, productivo y duradero. Igualmente, la Comisión solicita al gobierno que remita información estadística actualizada sobre la evolución del mercado de trabajo, particularmente sobre las tasas de población activa, empleo y desempleo, desagregadas por sexo y edad.

— Sobre el empleo juvenil, se solicita información sobre las medidas de empleo que permita conocer los resultados concretos logrados por las medidas adoptadas con miras a promocionar el empleo juvenil, y en especial de los jóvenes con baja calificación, incluidos aquellos que ni trabajan ni reciben una formación («ninis»).

— En relación con los desempleados de larga duración se solicita información sobre una evaluación del impacto de las medidas ejecutadas para facilitar el regreso al mercado del trabajo de los desempleados de larga duración y muy larga duración.

En relación con las políticas y programas de educación y formación profesional, la Comisión solicita al gobierno que continúe enviando información detallada sobre las medidas adoptadas o previstas, siempre en colaboración con los interlocutores sociales, para mejorar el nivel de calificaciones y coordinar las políticas de educación y formación con las posibles oportunidades de empleo, particularmente de aquellos grupos en situación de desventaja o vulnerabilidad. Como ya hemos apuntado, este es un tema crucial pendiente de abordar en España, sobre todo teniendo en cuenta el impacto de las transformaciones tecnológicas y digitales y la robotización.

Nuestras políticas de empleo se han caracterizado tradicionalmente por la falta de transparencia. Por ejemplo, la información sobre intermediación laboral pública y privada; los mecanismos para evaluar la empleabilidad de los desempleados y establecer un itinerario personalizado de búsqueda de empleo no están generalizados, ni coordinados. También es un problema en la gestión de las políticas de empleo la deficiente evaluación de resultados, como ya hemos indicado más atrás.

También se reclama información al gobierno español sobre las disparidades regionales en el mercado de trabajo y sobre las medidas adoptadas para reducir tales disparidades. La OIT pone el acento en un tema que es relevante en España, el de «territorialización» de las políticas de empleo. En este sentido, la Ley 3/2023 trata de garantizar al mismo tiempo la unidad del mercado de trabajo y la diversidad territorial de las políticas de empleo (arts. 5 c), 6 y 7). Es un objetivo relevante de cara a la mejora del funcionamiento de los mercados locales o regionales de empleo, sobre todo teniendo en cuenta las consecuencias que los procesos de cambio tecnológicos y la globalización están teniendo en determinados sectores industriales y ámbitos territoriales, que necesitarán abordar respuestas específicas a los problemas de empleo en el territorio.

En relación con el artículo 3 del convenio, esto es, las consultas con los interlocutores sociales, los informes de la Comisión de Expertos reflejan la constante crítica de los sindicatos CCOO y UGT por que no son consultados previamente a la adopción de las políticas de empleo a través de los órganos de participación y consulta en los que los interlocutores sociales tienen representación. Consideran los sindicatos más representativos españoles que no hay una participación real en el diseño, evaluación e implementación de las políticas.

En este sentido en dichos informes, la Comisión solicita al gobierno que refuerce el dialogo social y que envíe información detallada sobre la manera en que se asegura que los interlocutores sociales puedan participar activamente en el diseño, la implementación y la evaluación de las políticas de empleo.

Se subraya igualmente en los comentarios de la CEACR relativos a España la necesidad de reforzar las partidas presupuestarias relativas a la política nacional de empleo. Y hay que reconocer que en España uno de los problemas de cara a la modernización de las políticas y los servicios de empleo está en la necesidad de incrementar el gasto presupuestario en estas políticas y revisar el programa de gastos. El gasto en estas políticas se destina mayoritariamente a la protección contra el desempleo. El porcentaje destinado a políticas activas de empleo además se invierte sobre todo en incentivos a la contratación, que

son costosos e ineficientes, desplazando la inversión en formación y la gestión de los servicios públicos de empleo. Siendo consciente de esta problemática, la nueva Ley de Empleo anuncia «una profunda revisión del marco financiero» (EM III) y agrupa en su Título V un conjunto de previsiones de planificación financiera del sistema.

AGENCIAS DE EMPLEO

JUAN CARLOS GARCÍA QUIÑONES

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
UCM

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *El papel de la OIT en relación con las agencias de empleo privadas, dentro de los instrumentos sobre política y promoción del empleo.*—3. *El Convenio de la OIT núm. 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933.*—4. *El Convenio de la OIT núm. 96 sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), de 1949.*—5. *El Convenio de la OIT núm. 181 sobre las agencias de empleo privadas, de 1997.*—6. *La Recomendación de la OIT núm. 188 sobre agencias de empleo privadas, de 1997.*—7. *Influencia de los instrumentos de la OIT sobre las agencias de empleo privadas en el ordenamiento español: la configuración de la intermediación en el mercado laboral en España.*—8. *Contextualización de las agencias de colocación entre las entidades dedicadas a la intermediación laboral dentro del sistema español.*—9. *El papel destacado de las Empresas de Trabajo Temporal como entidades de intermediación en el modelo español.*—10. *Influencia de los instrumentos de la OIT relacionados con las agencias de empleo privadas en el Derecho de la Unión Europea.*—11. *Valoración conclusiva.*—12. *Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN

La escasez de empleo constituye una característica transversal inherente a cualquier modelo de relaciones laborales, advertida la incapacidad del sistema para cuadrar con la precisión que sería deseable, desde una doble perspectiva cuantitativa y cualitativa, la oferta y la demanda de puestos de trabajo. A partir de esta consideración, de elemental comprobación empírica, correspon-

de al Derecho del Trabajo examinar las razones que llevan a semejante disfunción e implementar soluciones para reducir ese problema estructural del mercado laboral. Un encargo que asume desde muy diversas perspectivas, todas ellas interrelacionadas entre sí, en coherencia con la dimensión de ese reto mayúsculo, de manera que las posibles soluciones a implementar sean cuando menos equiparables en su ambición a la entidad de la problemática suscitada. La aprehensión de semejante compromiso requiere así actuar sobre distintos ámbitos de influencia, a nivel internacional y en los ordenamientos nacionales de los Estados. Además, se trata de una materia, todo lo que gira alrededor del empleo, particularmente idónea para el Derecho Comparado, sobre todo, considerando las experiencias utilizadas en algunos sistemas cercanos al nuestro, como el francés¹ o el italiano².

Entre las distintas alternativas factibles, con la mirada puesta hacia ese *desideratum* del pleno empleo, meta seguramente inalcanzable para llevarse a sus últimas consecuencias pero cuando menos imaginable idealmente, bajo ese propósito de casar oferta y demanda de trabajo, aparecen las agencias de empleo, evidenciando la importancia que tienen los instrumentos dedicados a la intermediación dentro del mercado del empleo. Máxime, cuando su materialización respectiva se concreta en esa doble dimensión, nacional e internacional. Funcionalidad plenamente justificada desde luego en situaciones de normalidad, aunque se refuerza más todavía en coyunturas de excepcionalidad, como las acaecidas en tiempos relativamente recientes con la crisis económica y financiera de 2008 o la pandemia del Covid-19, advertida la sensibilidad particular inherente a todas las cuestiones que interaccionan en torno al empleo, por más que cada realidad asuma después una caracterización propia, como ha significado con acierto la doctrina³.

Sin olvidar tampoco la revolución actual que está acaeciendo en relación con la intermediación, ante esa mutación imparable hacia la intermediación laboral digital, consecuencia inevitable de la influencia del factor tecnológico y su irradiación a la práctica totalidad de instituciones laborales –y no

¹ En este sentido, con la referencia de la intermediación dentro del mercado laboral en el modelo francés, véase AUVERGNON, P., «On labour market intermediation in France», *European labour law journal*, Vol. 2, núm. 4, 2011, pp. 323 ss.; BARBIER, J. C., «Marché du travail: organiser les intermédiaires?», *Droit Social*, núm. 3, 2018, pp. 290 ss.

² A este respecto, con la atención puesta en el sistema italiano, véase BIASI, M., «L'arrêt KG e la temporaneità del lavoro somministrato: essere o Dover essere?», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Vol. 43, núm. 170, 2, 2021, pp. 301 ss.

³ En este sentido, véase ALUJAS RUIZ, J. A., «Efectos de la pandemia sobre la intermediación laboral en España: análisis de las diferencias respecto al inicio de la crisis de 2008», *Temas Laborales*, núm. 164, pp. 161 ss.

solo—⁴. Con reiteración, no obstante, de algunos debates recurrentes que se vienen reproduciendo tradicionalmente alrededor de la intermediación, significadamente, por alusión a cuestiones como la discriminación⁵; o la gratuidad⁶. En connivencia con el surgimiento de otras dimensiones nuevas, por referencia a los portales digitales de empleo y su interacción con las agencias de colocación⁷; o la configuración de las agencias de colocación mediante la forma jurídica de empresa de economía social⁸. Digitalización de la intermediación, dentro del mercado del empleo, que constituye por lo demás una pauta reconocible asimismo en otros sistemas de nuestro entorno próximo, como el ordenamiento italiano⁹.

En este sentido, con la referencia puesta en el ámbito internacional, debe hacerse mención en primer lugar a la OIT¹⁰. El repaso de las iniciativas sobre política y promoción del empleo permite identificar cuatro instrumentos sobre la reglamentación de las agencias de empleo privadas, con mención por su orden al Convenio de la OIT núm. 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933¹¹; el Convenio de la OIT núm. 96 sobre las agencias retribuidas

⁴ En relación con la intermediación laboral digital, véase FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «La intermediación laboral digital: estado de la cuestión», AA. VV.: *Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 335 ss.; «La red LinkedIn a la luz del Convenio 181 OIT sobre agencias de empleo privadas», *Documentación laboral*, núm. 119, Vol. 1, 2020, pp. 125 ss.; REY GUANTER, S., «Nuevas tendencias de la intermediación en el mercado de trabajo: iniciativa privada y nuevas tecnologías», AA. VV.: *Inserción laboral*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 167 ss.; «La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 OIT: iniciativa privada y nuevas tecnologías», *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2000, pp. 47 ss.

⁵ A este respecto, véase FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Intermediación laboral digital y discriminación», AA. VV.: *Mujer, trabajo y nuevas tecnologías*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 19 ss.; GARCÍA COCA, O., «La intermediación laboral digital como causa emergente de discriminación», AA. VV.: *Realidad social y discriminación*, Laborum, Murcia, 2022, pp. 383 ss.

⁶ En este sentido, véase FERNÁNDEZ GARCÍA, A. y GUERRERO VIZUETE, E., «¿Pagar por buscar empleo?: la gratuidad en la intermediación laboral digital», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Vol. 8, núm. 1, 2020, pp. 72 ss.

⁷ A este respecto, véase GARCÍA RUBIO, M.^a A., «Portales digitales de empleo y agencias de colocación: puntos de intersección y de indefinición normativa», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2019, pp. 668 ss.

⁸ En desarrollo de este argumento, véase VICENTE PACHÉS, F. y MATEU CARRUANA, M.^a J., «Las agencias de colocación mediante la forma jurídica de empresa de economía social», *Revista de treball, economia i societat*, núm. 68, 2013, pp. 1 ss.

⁹ En este sentido, véase ARCIDIACONO, D., «@@@Lavoratori Cercasi: un'analisi della domanda di lavoro on line ai tempi dell'e-recruitment», *Sociologia del lavoro*, núm. 149, 2018, pp. 134 ss.

¹⁰ A este respecto, alrededor de la normativa y la política de la OIT en materia de empleo, véase CABEZA PEREIRO, J., «La normativa y la política de la OIT sobre el empleo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 434, 2019, pp. 97 ss.

¹¹ En este sentido, véase MONSALVE CUÉLLAR, M. E., «Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933 (núm. 34)», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Vol. 7, núm. especial, 2019, pp. 631 ss.; RUBIO SÁNCHEZ, F., «Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933 (núm. 34)», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Vol. 7, núm. especial, 2019, pp. 639 ss.

de colocación (revisado), de 1949¹²; el Convenio de la OIT núm. 181 sobre las agencias de empleo privadas, de 1997¹³; y la Recomendación de la OIT núm. 188 sobre agencias de empleo privadas, de 1997. Convenios que han venido siendo objeto de atención intermitente por parte de la doctrina. Si bien, a la hora de definir el estatus actual de los instrumentos enumerados, se considera que el Convenio de la OIT núm. 34 ha sido superado (clasificación del Grupo de Trabajo Cartier confirmada por el Grupo de Trabajo tripartito del MEN); de igual modo que el Convenio de la OIT núm. 96 está en situación «provisoria» (según determinó el Grupo de Trabajo Cartier); mientras que el Convenio de la OIT núm. 181 y la Recomendación de la OIT núm. 188 están actualizados (nunca se han examinado). Sirva esta aproximación somera sobre las propuestas implementadas por la OIT, con una tradición dilatada en el tiempo como se ha podido comprobar, para concluir acerca del interés evidenciado por dicho Organismo en la regulación de las agencias de empleo privadas. En línea con la importancia destacada que ha tenido históricamente la materia de empleo en la órbita de la OIT¹⁴.

Todavía sin abandonar el ámbito internacional, en el contexto de la Unión Europea, debe hacerse mención igualmente al Reglamento (UE) 2016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2016, «relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo y por el que se modifican los Reglamentos (UE) núm. 492/2011 y (UE) núm. 1296/2013», mediante el cual se establece un marco de cooperación para facilitar el ejercicio de la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión, de conformidad con el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –en adelante, TFUE–. Reglamento (UE) 2016/589 que ha tenido continuidad después, con la mirada puesta en nuestro ordenamiento interno, en el Real Decreto 207/2019, de 29 de marzo, «por el que se regula el sistema nacio-

¹² Para un análisis omnicompreensivo del Convenio de la OIT núm. 96 sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), de 1949, véase ALEJANDRO, S. J., «Agencias retribuidas de colocación: reglamentación de un Convenio de la OIT de 1949», *Derecho del Trabajo*, Vol. 63, núm. 1, 2003, pp. 19 ss.; BASCÓN MARÍN, J., «Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Vol. 7, núm. especial, 2019, pp. 841 ss.

¹³ En este sentido, véase CAVAS MARTÍNEZ, F., «El convenio núm. 181 de la OIT sobre agencias de empleo privadas (1997) y su incidencia en el sistema español de colocación», *Aranzadi Social*, núm. 7, 2000, pp. 9 ss.; GIL y GIL, J. L., «El Convenio núm. 181 de la OIT sobre agencias de empleo privadas», *Documentación laboral*, núm. 61, 2000, pp. 93 ss.; LÁZARO SÁNCHEZ, J. L., «El Convenio 181 de la OIT: un cambio en la regulación de la intervención de la iniciativa privada en materia de empleo», *Temas Laborales*, núm. 52, 1999, pp. 69 ss.

¹⁴ En este sentido, véase CABEZA PEREIRO, J., «La normativa y la política de la OIT sobre el empleo», cit., pp. 100 ss.

nal de admisión de miembros y socios de la Red EURES en España»¹⁵. No en vano, la doctrina ha significado cómo el sistema español, en materia de normativa y política de empleo, ha venido prestando tradicionalmente más atención a las orientaciones provenientes de la Unión Europea, que a las originarias de la OIT¹⁶.

El repaso de los instrumentos de la OIT en relación con las agencias de empleo privado, tiene su continuidad después en la regulación de las agencias de empleo en España, a partir de sus rasgos caracterizadores básicos, con la referencia normativa actualizada de los artículos 40 a 46 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, «de Empleo» (en sustitución de los artículos 31 a 35 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, «por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo» –en adelante, TRLE–, ahora derogados). Como premisa para valorar, desde ese análisis, el grado de influencia que han reportado las distintas iniciativas de la OIT (Convenios núm. 34, 96 y 181 y la Recomendación núm. 188), relacionadas con las agencias privadas, en el ordenamiento español¹⁷. Conscientes de la importancia que asume en nuestro sistema el debate sobre la colaboración público-privada para la gestión de los servicios de intermediación laboral, con esas referencias a los servicios públicos de empleo estatal y las agencias privadas de colaboración¹⁸. Agencias de colocación privadas que han pasado de estar prohibidas a configurarse como valiosas herramientas de trabajo, con las consecuencias respectivas que de ello se derivan, por ejemplo, de cara a la recepción de subvenciones de dinero público por su labor de intermediación¹⁹. Discusión reconocible igualmente, con

¹⁵ En relación con la intermediación desde la referencia del mercado de trabajo comunitario, véase VAL TENA, A. L., «La intermediación en el mercado de trabajo comunitario el S. E. D. O. C.», *Revista de estudios europeos*, núm. 7, 1994, pp. 79 ss.

¹⁶ CABEZA PEREIRO, J., «La normativa y la política de la OIT sobre el empleo», cit., p. 97.

¹⁷ Alrededor de este argumento, véase LÓPEZ AHUMADA, J. E., «Las reformas del sistema de intermediación y contratación laboral desde la perspectiva de su adecuación a los estándares mínimos de la OIT», AA. VV.: *Reformas laborales frente a la crisis a la luz de los estándares de la OIT*, Juruá, Lisboa, 2014, pp. 101 ss.; BALLESTER PASTOR, I., «Ajustes estructurales y asunción de compromisos internacionales en la reforma de la reglamentación de las agencias de colocación: desafíos pendientes para España», *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2014, pp. 15 ss.; «Asunción por España de los Convenios de la OIT en materia de empleo y colocación: ¿una meta realizable?», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 117, 2015, pp. 155 ss.

¹⁸ A este respecto, véase GARCÍA SOLANA, M.^a J., *La colaboración público-privada en la gestión de los servicios de intermediación laboral: análisis del modelo del servicio público de empleo estatal y las agencias privadas de colocación (2010-2016)*, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1 ss.; GONZÁLEZ-POSADA, E., «Servicios públicos e iniciativa privada en el empleo y en la colocación», *Documentación laboral*, núm. 124, Vol. 3, 2021, pp. 11 ss.

¹⁹ En desarrollo de este argumento, ampliamente, véase PAZOS PÉREZ, A., «La colaboración del servicio público de empleo estatal con las agencias de colocación privadas y las empresas de trabajo temporal», *Temas Laborales*, núm. 143, 2018, pp. 188 ss.

carácter general, en otros modelos de nuestro entorno próximo²⁰. Por ejemplo, el sistema italiano²¹.

Sin olvidar tampoco la especificidad que presenta asimismo el ordenamiento español desde la perspectiva de las competencias autonómicas en materia de empleo, agencias de colocación y empresas de trabajo temporal. Máxime, considerando esa asunción progresiva de competencias en materia de empleo a cargo de las Comunidades Autónomas, en paralelo con la transformación de su propia concepción e importancia, extensible a las estructuras públicas y privadas encargadas de su configuración y ejecución²². Y, complementariamente, examinar también el grado de influencia de esos mismos instrumentos de la OIT, vinculados con las agencias de empleo privadas, en el Derecho de la Unión Europea, con el principal foco de atención puesto en ese Reglamento (UE) 2016/589, citado. Una estructuración que, sistematizada de este modo, puede ayudar a comprender la caracterización actual de las agencias de empleo en España, y por extensión en la Unión Europea, con la influencia incuestionable de la OIT.

Sea como fuere, la problemática vinculada con el empleo, o desde otra perspectiva en negativo, con el desempleo o la falta de empleo, no admite soluciones mágicas ni definitivas, de manera que cualesquiera respuestas que se activen, aunque efectivas, deben aspirar «solo» a moderar su contribución en términos de coadyuvar a minimizar el problema, nunca a resolverlo por completo. Autolimitación que conviene tener presente de cara a los resultados positivos –o menos– obtenidos con cada medida promovida en materia de empleo. Reflexión que conduce a otra, conectada con la anterior, cual es que no cabe descargar el grueso de la responsabilidad para la solución de una cuestión tan compleja como el desempleo sobre ninguna institución laboral en particular, ni siquiera, desde una visión más amplia, sobre el conjunto de instituciones laborales más cercanas a la realidad del empleo (políticas activas y pasivas de empleo, agencias de colocación...). Consideración ésta que conviene subrayar con cierta frecuencia, máxime cuando las herramientas vinculadas con el em-

²⁰ En este sentido, véase GESTEL, N., «From quasi-markets to public-private networks: employers' engagement in public employment services», *Social policy & administration*, Vol. 53, núm. 3, 2019, pp. 434 ss.

²¹ A este respecto, véase SALSI, E., «Pubblico e privato nella gestione del collocamento la Convenzione O. I. L. núm. 181-1997», *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 2, 1998, pp. 161 ss.; SARTORI, A., «Pubblico e privato nei servizi per il lavoro: la «Dote unica lavoro» nel panorama internazionale», *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, vol. 18, núm. 4, 2018, pp. 757 ss.

²² En este sentido, incidiendo en la cuestión de las competencias autonómicas dentro de la materia que nos ocupa, con la atención particular puesta en Andalucía, véase CALVO GALLEGO, F. J., «Las competencias autonómicas en materia de empleo, agencias de colocación y empresas de trabajo temporal: en especial, la experiencia andaluza», *Temas Laborales*, núm. 160, 2021, pp. 43 ss.

pleo aparecen sometidas de manera recurrente a una vigilancia especial, seguramente bajo ese anhelo legítimo a la búsqueda de resultados tangibles. Propósito explicable también de cara a lograr la máxima eficiencia posible en la utilización de ingentes partidas de recursos públicos, destinadas a cuadrar un mercado claramente imperfecto como el mercado laboral, cuya dinámica propia no consigue ajustar con la precisión que sería deseable, ni en lo cuantitativo ni en lo cualitativo, oferta y demanda de trabajo.

En definitiva, los instrumentos y medidas vinculados de manera más estrecha con el empleo tienen la virtualidad de ayudar a reducir el problema del desempleo, pero resulta injusto a la par que irreal descargar sobre los mismos la responsabilidad, ni individual ni colectivamente, de resolver ese reto gigante que supone la insuficiencia de empleo. Cuando además las perspectivas a futuro, lejos de ser halagüeñas, resultan desfavorables, si a toda la complejidad pretérita añadimos los cambios que están acaeciendo ya –y los que previsiblemente van a producirse en el futuro– como consecuencia de la digitalización (algoritmos, inteligencia artificial, robots, ...). Germen de una auténtica revolución en marcha dentro del mercado laboral, con la desaparición de numerosas profesiones, la readaptación necesaria de otras que todavía permanecen, y el surgimiento de bastantes nuevas. Expresiones de transformación, caracterizadas además por un elemento común a todas ellas, como es la previsible reducción en la demanda de mano de obra que va a producirse en el futuro. Vaticinio negativo que aumenta, indirectamente, la responsabilidad de los mecanismos ligados al empleo, entre los que ocupan un lugar destacado las agencias de empleo privadas.

El mercado laboral vive así instalado bajo una dinámica intensa de cambio, consecuente con la incorporación masiva de la tecnología y su afectación directa o indirecta a la práctica totalidad de instituciones laborales. Reordenación a la que no escapan tampoco los instrumentos dispuestos para la intermediación. En paralelo con esa revolución acelerada producto de la desaparición, la modificación y el surgimiento continuo de empleos. Semejante escenario coloca al legislador, seguramente al legislador nacional pero también al legislador internacional –y por tanto a la OIT–, en el brete de reaccionar frente al nuevo escenario en ciernes, por más que las sinergias clásicas de configuración del Derecho, también del Derecho del Trabajo, más todavía en su vertiente supranacional, concilian mal con la rapidez y la prestancia que se requeriría para ordenar normativamente cualquier manifestación que nace y muta con gran facilidad, anticipándose a los vaivenes futuros. Por mucho que, con la atención puesta en los sistemas nacionales, incluido el modelo español, se aluda abiertamente ya a la intermediación laboral digital, como se ha tenido ocasión de subrayar.

2. EL PAPEL DE LA OIT EN RELACIÓN CON LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS, DENTRO DE LOS INSTRUMENTOS SOBRE POLÍTICA Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

La actuación de la OIT en relación con las agencias de empleo privadas debe medirse por la virtualidad de los distintos instrumentos implementados sobre esa materia, examinados en clave retrospectiva, por iniciativa de dicho Organismo. En alusión, respectivamente, al Convenio de la OIT núm. 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933; el Convenio de la OIT núm. 96 sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), de 1949; el Convenio de la OIT núm. 181 sobre las agencias de empleo privadas, de 1997; y la Recomendación de la OIT núm. 188 sobre agencias de empleo privadas, de 1997. Referentes todos que analizamos de manera individualizada, con el resultado que se verá, en los epígrafes que siguen a continuación. Por más que alguno de los convenios enumerados, como se adelantaba en el apartado introductorio, haya quedado desactualizado. Concretamente, el Convenio de la OIT núm. 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933, retirado por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 109.ª reunión (2021).

La sucesión de iniciativas citadas, con esa cadencia tan espaciada en el tiempo, sirve no obstante para apreciar la evolución seguida históricamente en el tratamiento de la materia a cargo de la OIT, con una tendencia apreciable hacia esa ampliación progresiva de espacios a favor de las agencias de empleo privadas. O si se quiere, desde otra perspectiva, con una rebaja en las cautelas o los prejuicios hacia las mismas, incorporando mayores índices de flexibilidad respecto a su configuración y pervivencia. Seguramente, a medio camino entre el pragmatismo y la concienciación progresiva sobre la importancia del empleo –o, en negativo de la falta de empleo–, extensible a cualesquiera instrumentos dispuestos para promocionar su existencia. En paralelo, el repaso de los instrumentos listados resulta revelador también del interés tradicional de la OIT para configurar un sustrato básico en la regulación de la materia, punta de lanza para su desarrollo posterior en los distintos sistemas jurídicos internos de los Estados.

3. EL CONVENIO DE LA OIT NÚM. 34 SOBRE LAS AGENCIAS RETRIBUIDAS DE COLOCACIÓN, DE 1933

Como se ha señalado, el Convenio de la OIT núm. 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933, constituye en la actualidad un instrumento retirado por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 109.ª

reunión (2021). Convenio que, como veremos a continuación, apuesta por el monopolio del Estado en la intermediación laboral y la prohibición de la iniciativa privada, por más que semejante modelo prohibicionista mostrara pronto sus limitaciones²³. Sin embargo, ello no obsta para que convenga incluir un breve epígrafe sobre el mismo, a efectos de tener una perspectiva completa sobre la trayectoria y la evolución de la OIT seguida en materia de agencias de empleo²⁴. Efectuada esta aclaración, el Convenio de la OIT número 34 está compuesto por un total de 14 artículos, cuyo contenido se puede sistematizar del modo siguiente. El artículo 1 concreta la definición de «agencia retribuida de colocación», cuando señala que por agencias de colocación con fines lucrativos se entiende toda persona, sociedad, institución, oficina u otra organización que sirva de intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador, con objeto de obtener de uno u otro un beneficio material directo o indirecto, definición que no se aplica a los periódicos u otras publicaciones, a no ser que tengan por objeto exclusivo o principal el de actuar como intermediarios entre empleadores y trabajadores; mientras que las agencias de colocación sin fines lucrativos son los servicios de colocación de las sociedades, instituciones, agencias u otras organizaciones que, sin buscar un beneficio material, perciben del empleador o del trabajador, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera (artículo 1.1); seguido de la exclusión de la aplicación del citado Convenio a la colocación de la gente del mar (artículo 1.2).

Por su parte, el artículo 2 establece un mandato para la supresión de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos dentro del plazo de tres años, a partir de la entrada en vigor, para cada Miembro, del citado Convenio (artículo 2.1); en paralelo con sendas previsiones durante el período que preceda a esta supresión, de manera que: a) no se establecerá ninguna nueva agencia retribuida de colocación con fines lucrativos; b) las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos estarán sujetas a la vigilancia de la autoridad competente y solo podrán percibir los derechos y los gastos que figuren en una tarifa aprobada por dicha autoridad (artículo 2.2). Acto seguido, el artículo 3 incluye la posibilidad de excepcionar el citado mandato de supresión de las

²³ CABEZA PEREIRO, J., «La normativa y la política de la OIT sobre el empleo», cit., pp. 107-108.

²⁴ En este sentido, con la atención puesta en la influencia del Convenio de la OIT núm. 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933, en el sistema colombiano, y el debate surgido posteriormente en torno a las ventajas y los inconvenientes derivados de la intermediación laboral, véase MONSALVE CUÉLLAR, M. E., «Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933 (núm. 34)», cit., pp. 631 ss. También con la referencia del Convenio de la OIT núm. 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933, véase RUBIO SÁNCHEZ, F., «Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933 (núm. 34)», cit., pp. 639 ss.

agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos, siguiendo determinadas cautelas, como son que la autoridad competente, en casos excepcionales, efectivamente pueda conceder excepciones a las disposiciones del párrafo 1 del artículo 2 del Convenio, pero solamente previa consulta a las organizaciones interesadas de trabajadores y empleadores (artículo 3.1); del mismo modo que las excepciones autorizadas en virtud de este artículo solo podrán aplicarse a las agencias dedicadas a la colocación de las clases de trabajadores que designe expresamente la legislación nacional y que pertenezcan a profesiones en las que la colocación se efectúe en condiciones especiales que justifiquen la excepción (artículo 3.2); sumado al hecho de que, una vez expirado el plazo de tres años previsto en el artículo 2, no podrá autorizarse el establecimiento de nuevas agencias retribuidas de colocación (artículo 3.3); junto con la inclusión de un régimen bastante estricto para aquellas agencias retribuidas de colocación que puedan ser beneficiarias de la concesión de una excepción, con sujeción a la vigilancia de la autoridad competente; el deber de poseer una licencia anual, renovable a discreción de la autoridad competente, durante un período que no excederá de diez años; la posibilidad de percibir solo las retribuciones y los gastos que figuren en una tarifa aprobada por la autoridad competente; y la prohibición de colocar o reclutar trabajadores en el extranjero, a menos que su licencia lo autorice y las operaciones se efectúen en virtud de un acuerdo entre los países interesados (artículo 3.4).

Por su parte, el artículo 4 del Convenio, respecto de las agencias retribuidas de colocación sin fines lucrativos, refiere su deber de poseer la autorización de la autoridad competente así como su sujeción a la vigilancia de dicha autoridad; la prohibición de percibir una retribución superior a la tarifa fijada por la autoridad competente, habida cuenta estrictamente de los gastos ocasionados; junto con la prohibición de colocar o reclutar trabajadores en el extranjero, a menos que la autoridad competente lo autorice y las operaciones se efectúen en virtud de un acuerdo entre los países interesados. A continuación, el artículo 5 del Convenio obliga a las agencias retribuidas de colocación comprendidas en el artículo 1 del Convenio, así como cualquier persona, sociedad, institución, oficina u otra organización privada que se dedique habitualmente a procurar colocaciones, incluso a título gratuito, a presentar una declaración ante la autoridad competente con indicación de si sus servicios de colocación son gratuitos o retribuidos. El cumplimiento de las previsiones señaladas trata de garantizarse con la previsión del artículo 6 del Convenio, cuando mandata a la legislación nacional para establecer sanciones penales apropiadas, incluida, si ello fuera necesario, la cancelación de la licencia o de la autorización previstas en el Convenio para cualquier infracción de las disposiciones de los

artículos precedentes o de la legislación que les dé efecto. Junto con el mandato del artículo 7 del Convenio, de modo que las memorias anuales previstas en el artículo 22 de la Constitución de la OIT contengan toda la información necesaria sobre las excepciones concedidas en virtud del artículo 3. Los preceptos siguientes se dedican, básicamente, a las cuestiones formales relacionadas con la ratificación, la denuncia y la revisión del Convenio (artículos 8 a 14). En definitiva, considerando las distintas menciones expuestas a partir de los preceptos seleccionados del Texto, se constata una configuración bastante restrictiva, sobre todo, respecto de las agencias retribuidas de colocación con ánimo de lucro, marcando una línea de separación clara entre las mismas y las agencias retribuidas de colocación sin fines lucrativos, hasta el punto de configurar las primeras con evidentes rasgos de provisionalidad y excepcionalidad.

4. EL CONVENIO DE LA OIT NÚM. 96 SOBRE LAS AGENCIAS RETRIBUIDAS DE COLOCACIÓN (REVISADO), DE 1949

A partir del precedente que supuso el Convenio de la OIT núm. 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933, con el recorrido que se ha visto en el epígrafe anterior, el Convenio de la OIT núm. 96 sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), de 1949, incorpora determinados cambios respecto a la regulación anterior, destinados básicamente a flexibilizar el régimen dispuesto para la supresión de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos, en paralelo con una mayor sistematización formal del contenido dispuesto para este último Convenio. En definitiva, introduce un modelo bastante más aperturista si se compara con el referente pretérito²⁵. Convenio de la OIT núm. 96 configurado ahora con una Parte I sobre Disposiciones Generales (artículo 1 y 2); una Parte II para la supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y reglamentación de las demás agencias de colocación (artículos 3 a 9); una Parte III destinada a la reglamentación de las agencias retribuidas de colocación (artículos 10 a 14); una Parte IV para disposiciones diversas (artículos 15 y 16); y una Parte V sobre disposiciones finales, relacionadas básicamente con las ratificaciones, declaraciones y denuncias de los miembros de la Organización (artículos 17 a 24).

Sobre la base de esta sistemática, dentro de la Parte I bajo esa rúbrica de «Disposiciones Generales», el artículo 1 del Convenio incorpora la definición de la «agencia retribuida de colocación», reiterando esa distinción básica, según

²⁵ CABEZA PEREIRO, J., «La normativa y la política de la OIT sobre el empleo», cit., p. 108.

que las mismas tengan o no fines lucrativos. Por su parte, el artículo 2 incluye el deber de que todo Miembro que ratifique el Convenio indique en su instrumento de ratificación si acepta las disposiciones de la parte II, que prevén la supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y la reglamentación de las demás agencias de colocación, o si acepta las disposiciones de la parte III, que prevén la reglamentación de las agencias retribuidas de colocación, comprendidas las agencias de colocación con fines lucrativos (artículo 2.1); sumado a la mención de que todo aquél que acepte las disposiciones de la parte III del Convenio podrá notificar ulteriormente al Director General la aceptación de las disposiciones de la parte II, advertido que, a partir de la fecha del registro de tal notificación por el Director General, las disposiciones de la parte III del Convenio dejarán de tener efecto con respecto a dicho Miembro y le serán aplicables las disposiciones de la parte II (artículo 2.2).

Por otro lado, como se adelantaba, la Parte II del Convenio está dedicada a la supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y reglamentación de las demás agencias de colocación, que conforman los artículos 3 a 9. En este sentido, el artículo 3 del Convenio refiere el deber de supresión de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos, comprendidas en el artículo 1.1.a) del propio Convenio, dentro de un plazo limitado, cuya duración se especificará por parte de la autoridad competente (artículo 3.1); con la cautela, en cualquier caso, de que dichas agencias no deberán suprimirse hasta que se haya establecido un servicio público del empleo (artículo 3.2); así como la potestad de la autoridad competente respecto a la fijación de plazos diferentes para la supresión de las agencias que se ocupen de la colocación de categorías diferentes de personas (artículo 3.3). Más adelante, el artículo 4 del Convenio establece una serie de cautelas para con las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos durante el período que preceda a su supresión, de forma que estarán sujetas a la vigilancia de la autoridad competente, pudiendo percibir solo las retribuciones y los gastos que figuren en una tarifa que haya sido sometida a la autoridad competente y aprobada por la misma o que haya sido fijada por dicha autoridad (artículo 4.1); vigilancia que tenderá especialmente a la eliminación de todos los abusos relativos al funcionamiento de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos (artículo 4.2.); a cuyos efectos la autoridad competente deberá consultar, por vías apropiadas, a las organizaciones interesadas de empleadores y trabajadores (artículo 4.3).

El artículo 5 del Convenio previene, no obstante, la posibilidad de que la autoridad competente, en casos especiales, conceda excepciones a lo dispuesto en el artículo 3.1 del Convenio con respecto a categorías de personas, definidas

de manera precisa por la legislación nacional, cuya colocación no pueda efectuarse satisfactoriamente por el servicio público del empleo, pero solamente previa consulta, por vías apropiadas, a las organizaciones interesadas de empleadores y trabajadores (artículo 5.1); con la inclusión, en cualquier caso, de determinadas cautelas para toda agencia retribuida de colocación a la que se conceda una excepción, de forma que estará sujeta a la vigilancia de la autoridad competente, deberá poseer una licencia anual renovable a discreción de la autoridad competente, solo podrá percibir las retribuciones y los gastos que figuren en una tarifa que haya sido sometida a la autoridad competente y aprobada por la misma o que haya sido fijada por dicha autoridad, y sin posibilidad de colocar o reclutar trabajadores en el extranjero sino de acuerdo con las condiciones fijadas por la legislación vigente y si la autoridad competente lo autoriza (artículo 5.2).

A continuación, el artículo 6 del Convenio establece una serie de cautelas también en relación con las agencias retribuidas de colocación sin fines lucrativos, respecto al deber de poseer una autorización de la autoridad competente y quedar sujetas a la vigilancia de dicha autoridad (artículo 6.a); no poder percibir una retribución superior a la tarifa que haya sido sometida a la autoridad competente y aprobada por la misma o que haya sido fijada por dicha autoridad, habida cuenta estrictamente de los gastos ocasionados (artículo 6.b); junto con la prohibición de colocar o reclutar trabajadores en el extranjero a salvo que sea de acuerdo con las condiciones fijadas por la legislación vigente y si la autoridad competente lo autoriza (artículo 6.c). Sumado a una medida adicional, contenida en el artículo 7 del Convenio, cuando conmina a la autoridad competente a adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de que las agencias no retribuidas de colocación efectúan sus operaciones a título gratuito. Junto con la previsión del artículo 8 del Convenio sobre el establecimiento de sanciones penales apropiadas, incluidas –si ello fuera necesario– la cancelación de la licencia o de la autorización prevista en el Convenio, por cualquier infracción de las disposiciones de esta parte del Convenio o de la legislación que le dé efecto. Previsiones que se completan con esa llamada del artículo 9 del Convenio a las memorias anuales previstas en el artículo 22 de la Constitución de la OIT, de forma que incluyan toda la información necesaria sobre las excepciones concedidas en virtud del artículo 5 y, más particularmente, información sobre el número de agencias que gozan de excepciones y la extensión de sus actividades, las razones que motiven las excepciones, así como las medidas adoptadas por la autoridad competente para vigilar las actividades de dichas agencias.

La parte III del Convenio lleva por rúbrica «Reglamentación de las Agencias Retribuidas de Colocación», que conforman los artículos 10 a 14. El pri-

mero de los preceptos citados se ocupa de las cautelas dispuestas respecto de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos, en relación con su sujeción a la vigilancia de la autoridad competente (artículo 10.a); el deber de poseer una licencia anual, renovable a discreción de la autoridad competente (artículo 10.b); la posibilidad de percibir solo las retribuciones y los gastos que figuren en una tarifa que haya sido sometida a la autoridad competente y aprobada por la misma o que haya sido fijada por dicha autoridad (artículo 10.c); y la prohibición de colocar o reclutar trabajadores en el extranjero a salvo que sea de acuerdo con las condiciones fijadas por la legislación vigente y si la autoridad competente lo autoriza (artículo 10.d). A continuación, el artículo 11 del Convenio dispone los deberes y las prohibiciones aplicables a las agencias retribuidas de colocación sin fines lucrativos, en alusión al deber de poseer un permiso de la autoridad competente y estar sujetas a la vigilancia de dicha autoridad (artículo 11.a); la prohibición de percibir una retribución superior a la tarifa que haya sido sometida a la autoridad competente y aprobada por la misma o que haya sido fijada por dicha autoridad, considerando estrictamente los gastos ocasionados (artículo 11.b); junto con la imposibilidad de colocar o reclutar trabajadores en el extranjero si no es de acuerdo con las condiciones fijadas por la legislación vigente y si la autoridad competente lo autoriza (artículo 11.c).

Previsiones que se completan con el mandato del artículo 12 del Convenio a la autoridad competente para tomar las medidas necesarias en aras de cerciorarse que las agencias no retribuidas de colocación efectúan sus operaciones a título gratuito. Sumado a la mención del artículo 13 del Convenio sobre el deber de establecer sanciones penales apropiadas que comprenderán, si ello fuere necesario, incluso la cancelación de la licencia o de la autorización previstas en el Convenio, por cualquier infracción de las disposiciones de esta parte del Convenio o de la legislación que les dé efecto. El artículo 14 del Convenio se refiere a las memorias anuales previstas en el artículo 22 de la Constitución de la OIT, comprensivas de toda la información necesaria sobre las medidas tomadas por la autoridad competente para vigilar las operaciones de las agencias retribuidas de colocación, con especial atención a las agencias con fines lucrativos. Después, la Parte IV del Convenio, que incluye solo el artículo 15, está dedicada a disposiciones diversas, incorporando alguna previsión concreta dirigida a los Miembros, sin mayor interés destacable a efectos de nuestro estudio. Para concluir con una Parte V, compuesta por los artículos 16 a 24, vinculada con cuestiones básicamente formales (ratificaciones, declaraciones, notificaciones, comunicaciones, etc), que no requieren tampoco de mayor comentario, a cuyo contenido nos remitimos.

En definitiva, el Convenio de la OIT núm. 96 manifiesta una clara actitud ambivalente en relación con las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y sin fines lucrativos, más exigente respecto a los recelos y las cautelas sobre la actuación de las primeras, a medio camino entre la preservación de las garantías para su actuación y el pragmatismo evidente que supone aceptar su utilidad como actores destacados dentro de la intermediación en el mercado laboral. Convenio ilustrativo, en cualquier caso, de una tendencia apreciable hacia una mayor permisibilidad, vigilante y con condiciones, mediante fórmulas diversas como se ha visto (sin fecha límite para su eliminación, posibilidad de excepcionar motivadamente su eliminación, etc), de cara a la actuación de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos, cuando se compara con el Convenio de la OIT núm. 34.

5. EL CONVENIO DE LA OIT NÚM. 181 SOBRE LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS, DE 1997

El Convenio de la OIT núm. 181 sobre las agencias de empleo privadas, de 1997, menciona en el Preámbulo distintos factores que justifican su existencia, como la importancia que representa la flexibilidad para el funcionamiento de los mercados de trabajo; el cambio acaecido en el contexto donde funcionan las agencias de empleo privadas, por comparación con las condiciones del Convenio precedente; el papel que pueden desempeñar las agencias de empleo para el buen funcionamiento del mercado de trabajo; la necesidad de proteger a los trabajadores contra los abusos; junto con la garantía de la libertad sindical y la promoción de la negociación colectiva y el diálogo social como elementos necesarios para el funcionamiento de un buen sistema de relaciones laborales. Listado de razones que abundan, de manera bastante evidente, en esa inercia cada vez más favorable hacia el papel que están destinadas a jugar las agencias de empleo privadas en el ámbito de la intermediación, dentro del mercado laboral. El propio énfasis que manifiesta el legislador en el Preámbulo del Texto, dedicando tanto espacio a las mismas, bajo esa combinación calculada entre ventajas y cautelas, supone una constatación evidente del reconocimiento de su virtualidad. No en vano, la doctrina ha identificado abiertamente el Convenio de la OIT núm. 181 como una evolución en la regulación de la intervención de la iniciativa privada en materia de empleo²⁶.

²⁶ En este sentido, véase LÁZARO SÁNCHEZ, J. L., «El Convenio 181 de la OIT: un cambio en la regulación de la intervención de la iniciativa privada en materia de empleo», cit., pp. 69 ss.; CABEZA PE-

Con estos precedentes, el Convenio de la OIT número 181 se compone de 21 artículos, cuyos aspectos más sobresalientes analizamos en los párrafos que siguen. El artículo 1 dedica mayor atención a las definiciones que los Textos precedentes, en tanto que, junto con la expresión de «agencia de empleo privada», se incluyen también las expresiones «trabajadores» y «tratamiento de los datos personales de los trabajadores». Así, por «agencia de empleo privada» se designa toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo: servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse; servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante «empresa usuaria»), que determine sus tareas y supervise su ejecución; y otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas (artículo 1.1). El término «trabajadores» comprende a los solicitantes de empleo (artículo 1.2). Y la expresión «tratamiento de los datos personales de los trabajadores» abarca la recopilación, almacenamiento, combinación y comunicación de los datos personales, junto con todo otro uso que pudiera hacerse de cualquier información relativa a un trabajador identificado o identificable (artículo 1.3).

Por su parte, confirmando el cambio de orientación evidente sobre las agencias privadas de colocación frente a lo dispuesto en los Convenios anteriores, netamente favorable ahora a la existencia de las mismas, el artículo 2 del Convenio de la OIT núm. 181 dispone su aplicación para todas las agencias de empleo privadas (artículo 2.1); así como su aplicación respecto de todas las categorías de trabajadores y todas las ramas de actividad económica, con excepción del reclutamiento y colocación de la gente de mar (artículo 2.2); de manera que señala expresamente, como una de sus finalidades, permitir el funcionamiento de las agencias de empleo privadas, junto con la protección de los trabajadores que utilicen sus servicios, en el marco de sus disposiciones (artículo 2.3); por más que, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores interesadas, todo Miembro queda facultado para, en primer lugar, prohibir, en determinadas circunstancias, el

REIRO, J., «La normativa y la política de la OIT sobre el empleo», cit., pp. 108-109. También, para un examen completo del Convenio de la OIT núm. 181, ampliamente, véase CAVAS MARTÍNEZ, F., «El convenio núm. 181 de la OIT sobre agencias de empleo privadas (1997) y su incidencia en el sistema español de colocación», cit., pp. 9 ss.

funcionamiento de las agencias de empleo privadas con respecto a ciertas categorías de trabajadores o en ciertas ramas de actividad económica en lo que atañe a la prestación de uno o más de los servicios a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1 (artículo 2.4.a); y, en segundo lugar, excluir, en determinadas circunstancias, a los trabajadores de ciertas ramas de actividad económica, o de partes de éstas, del campo de aplicación del Convenio de referencia, o de algunas de sus disposiciones, siempre que se garantice por otros medios a los trabajadores en cuestión una protección adecuada (artículo 2.4.b); con la previsión de que todo Miembro que ratifique el Convenio deberá indicar, en las memorias que envíe en virtud del artículo 22 de la Constitución de la OIT, las prohibiciones o exclusiones a las que en su caso se acoja en virtud del párrafo 4 del presente artículo, motivándolas debidamente (artículo 2.5).

A continuación, el artículo 3 reconoce una autonomía evidente a los sistemas nacionales en relación con la determinación del régimen jurídico de las agencias de empleo privadas, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores (artículo 3.1); autonomía que se extiende igualmente en relación con la determinación por cada Miembro, mediante un sistema de licencias o autorizaciones, de las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las agencias de empleo privadas, salvo cuando dichas condiciones estén determinadas de otra forma por la legislación y la práctica nacionales (artículo 3.2). No obstante, el artículo 4 refiere la adopción de medidas para asegurar que los trabajadores contratados por las agencias de empleo privadas, que prestan los servicios a los que se hace referencia en el artículo 1, no se vean privados del derecho de libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva.

Más adelante, el artículo 5 señala el deber de todo Miembro, con el fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato en materia de acceso al empleo y a las diferentes profesiones, de velar por que las agencias de empleo privadas traten a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de discriminación cubierta en la legislación y la práctica nacionales, tales como la edad o la discapacidad (artículo 5.1). Mención ésta que constituye una novedad en la regulación de la OIT para con las agencias de colocación, como ha subrayado la doctrina²⁷. Junto con la previsión de que estas disposiciones del párrafo 1 del artículo que se examina, no

²⁷ LÁZARO SÁNCHEZ, J. L., «El Convenio 181 de la OIT: un cambio en la regulación de la intervención de la iniciativa privada en materia de empleo», cit., p. 81.

serán obstáculo para que las agencias de empleo privadas faciliten servicios especiales o apliquen programas destinados a ayudar a los trabajadores más desfavorecidos en sus actividades de búsqueda de empleo (artículo 5.2). Acto seguido, el artículo 6 dispone una serie de deberes para las agencias de empleo privadas, en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores, de manera que se efectúen en condiciones que protejan dichos datos y respeten la vida privada de los trabajadores, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales (artículo 6.a); así como su limitación a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores concernidos y a cualquier otra información directamente pertinente (artículo 6.b).

Por su parte, el artículo 7 prohíbe a las agencias de empleo privadas cobrar a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa (artículo 7.1); por más que después, en interés de los trabajadores afectados, la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, pueda autorizar excepciones en relación con semejante prohibición respecto de determinadas categorías de trabajadores, así como determinados servicios prestados por las agencias de empleo privadas, sin que sea por tanto una excepción a la totalidad, como se deduce del tenor de la norma (artículo 7.2); junto con el deber adicional, para todo Miembro que autorice alguna de las excepciones señaladas, de suministrar información en las memorias que envíe de conformidad con el artículo 22 de la Constitución de la OIT acerca de dichas excepciones y su debida motivación (artículo 7.3). Regulación que ha generado el debate entre la doctrina en torno a si el tratamiento dado en la norma, con el contenido que se ha visto, debe interpretarse o no como la consagración definitiva de la gratuidad para los demandantes de empleo²⁸.

El artículo 8 dispone el deber de todo Miembro, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, de adoptar todas las medidas necesarias y convenientes, dentro de los límites de su jurisdicción y, en su caso, en colaboración con otros Miembros, para que los trabajadores migrantes reclutados o colocados en su territorio por agencias de empleo privadas gocen de una protección adecuada y para impedir que sean objeto de abusos, medidas que comprenderán leyes o reglamentos con establecimiento de sanciones, incluyendo la prohibición de aquellas agencias de empleo privadas que incurran en prácticas fraudulentas o abusos (artículo 8.1); de igual modo que se prevé asimismo, en supuestos de reclutamiento de trabaja-

²⁸ En este sentido, ampliamente, véase LÁZARO SÁNCHEZ, J. L., «El Convenio 181 de la OIT: un cambio en la regulación de la intervención de la iniciativa privada en materia de empleo», cit., pp. 83 ss.

dores en un país para trabajar en otro, la consideración por los Miembros interesados de la posibilidad de concluir acuerdos laborales bilaterales para evitar abusos y prácticas fraudulentas en materia de reclutamiento, colocación y empleo (artículo 8.2). En este sentido, como ha significado la doctrina, existen precedentes donde la OIT –sin ir más lejos, el Convenio núm. 34– se ha manifestado contraria a la posibilidad de desarrollar esta labor de intermediación para con esta concreta tipología de trabajadores a cargo de agencias privadas, como cautela adicional de protección frente a su especial vulnerabilidad²⁹.

El artículo 9 incorpora la previsión para todo Miembro de tomar medidas en aras de asegurar que las agencias de empleo privadas no recurran al trabajo infantil ni lo ofrezcan. Después, el artículo 10 mandata a la autoridad competente garantizar la existencia de mecanismos y procedimientos apropiados en los que colaboren si es conveniente las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, para examinar las quejas, los presuntos abusos y las prácticas fraudulentas relacionadas con las actividades de las agencias de empleo privadas. Por su parte, el artículo 11 ordena a todo Miembro la adopción, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, de las medidas necesarias para asegurar que los trabajadores empleados por agencias de empleo privadas previstas en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 gocen de una protección adecuada en materia de libertad sindical; negociación colectiva; salarios mínimos; tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo; prestaciones de seguridad social obligatorias; acceso a la formación; seguridad y salud en el trabajo; indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional; indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales; y protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales.

El artículo 12 conmina también a todo Miembro para la determinación y atribución, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, de las responsabilidades respectivas de las agencias de empleo privadas que prestan los servicios que se mencionan en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1, y de las empresas usuarias, en relación con la negociación colectiva; el salario mínimo; el tiempo de trabajo y las demás condiciones de trabajo; las prestaciones de seguridad social obligatorias; el acceso a la formación; la protección en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo; la indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional; la indemnización en caso de insolvencia y la protección de los créditos laborales; y la protección y las prestaciones de maternidad y la protección y prestaciones parentales.

²⁹ A este respecto, véase LÁZARO SÁNCHEZ, J. L., «El Convenio 181 de la OIT: un cambio en la regulación de la intervención de la iniciativa privada en materia de empleo», cit., pp. 91-93.

El listado de deberes dispuestos para todo Miembro tiene continuidad en el artículo 13, en esta ocasión, respecto a la elaboración, el establecimiento y la revisión periódica de las condiciones para promover la cooperación entre el servicio público del empleo y las agencias de empleo privadas, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales y previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores (artículo 13.1); condiciones que deberán reconocer el principio de que las autoridades públicas retienen competencias para, en última instancia, formular políticas de mercado de trabajo; así como utilizar y controlar la utilización de fondos públicos destinados a la aplicación de esa política (artículo 13.2); junto con el deber de las agencias de empleo privadas, con la periodicidad que la autoridad competente disponga, de facilitarle la información que precise, teniendo debidamente en cuenta su carácter confidencial, con el fin de permitirle conocer la estructura y las actividades de las agencias de empleo privadas, de conformidad con las condiciones y las prácticas nacionales; así como con fines estadísticos (artículo 13.3); sumado al deber de la autoridad competente de compilar y, a intervalos regulares, hacer pública semejante información (artículo 13.4).

El artículo 14 incluye determinadas cuestiones vinculadas con la aplicación del Convenio, comenzando por la aplicación de sus disposiciones por medio de la legislación o por otros medios conformes a la práctica nacional, como decisiones judiciales, laudos arbitrales o convenios colectivos (artículo 14.1); mientras que el control sobre dicha aplicación correrá a cargo de los servicios de inspección del trabajo o de otras autoridades públicas competentes (artículo 14.2); sumado al deber condicional de prever y aplicar efectivamente medidas de corrección adecuadas, con inclusión de sanciones si hubiese lugar, en los casos de infracción de las disposiciones del Convenio (artículo 14.3). Más adelante, consciente seguramente de la moderación en sus objetivos dispuestos en relación con las agencias de empleo privadas, como premisa imprescindible para su aplicación potencial a un amplio número de países, el artículo 15 refiere la no afectación por el Convenio a las disposiciones más favorables aplicables en virtud de otros convenios internacionales del trabajo a los trabajadores reclutados, colocados o empleados por agencias de empleo privadas.

El resto de preceptos del Convenio regulan distintos aspectos formales, comenzando por el artículo 16, cuando señala que el mismo supone una revisión del Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado) de 1949, y el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación de 1933. El artículo 17, en relación con la comunicación de las ratificaciones formales del Convenio, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. El artículo 18, subrayando su obligatoriedad únicamente respecto

de aquellos Miembros de la OIT cuyas ratificaciones haya registrado el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo (artículo 18.1); la entrada en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General (artículo 18.2); y, desde dicho momento, la entrada en vigor del Convenio, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación (artículo 18.3).

El artículo 19, respecto a la posibilidad de denunciar el Convenio por parte de todo Miembro que lo haya ratificado a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que haya entrado inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, denuncia que no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado (artículo 19.1); de igual modo que todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo, quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo (artículo 19.2).

El artículo 20, en relación con la notificación a todos los Miembros de la OIT por parte del Director General de la Oficina Internacional del Trabajo de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización (artículo 20.1); sumado al mandato al Director General para llamar la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha de entrada en vigor del presente Convenio, con ocasión de la notificación a los Miembros de la Organización del registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada (artículo 20.2). El artículo 21, respecto a la comunicación por parte del Director General de la Oficina Internacional del Trabajo al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, de una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

El artículo 22, con previsión de que, cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presente a la Conferencia General una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considere la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial. El artículo 23, cuando refiere que, en caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente Convenio, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario, la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio

revisor implicará, *ipso iure*, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 19, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor; a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros (artículo 23.1); junto con la previsión de continuidad en vigor de este Convenio en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor (artículo 23.2). Para concluir con el artículo 24, cuando señala que las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

El conjunto de previsiones examinadas, a lo largo de los distintos preceptos que conforman el Convenio de referencia, revelan de manera elocuente un reconocimiento explícito sobre la utilidad de las agencias de empleo privadas. De forma que, admitida abiertamente su participación en el contexto de la intermediación dentro del mercado laboral, de manera coordinada con los servicios públicos de empleo, queda solo poner el foco en que su actuación no vaya en detrimento de los derechos básicos de los trabajadores. A cuyos efectos, se deriva con buen criterio la materialización efectiva de ese listado amplio de garantías y cautelas a las legislaciones y prácticas nacionales. Posicionamiento que comparte mayoritariamente la doctrina, consciente de que el argumento principal utilizado por la OIT para revisar el marco jurídico de las agencias privadas de colocación consiste, precisamente, en el convencimiento acerca de su influencia positiva en la marcha de los mercados de trabajo³⁰. En definitiva, una visión opuesta a la posición tradicional de la OIT sobre esa materia en tiempos pretéritos, como evidencian algunos de los instrumentos analizados –Convenio de la OIT núm. 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933; y Convenio de la OIT núm. 96 sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), de 1949–.

6. LA RECOMENDACIÓN DE LA OIT NÚM. 188 SOBRE AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS, DE 1997

Como continuación del Convenio de la OIT núm. 181 sobre las agencias de empleo privadas, de 1997, la Recomendación de la OIT núm. 188 sobre agencias de empleo privadas, de 1997, surge con el propósito declarado de complementar el Convenio citado, como se reconoce expresamente en el Preámbulo de la misma y en línea con lo dispuesto en el artículo 1 de la Reco-

³⁰ En este sentido, véase LÁZARO SÁNCHEZ, J. L., «El Convenio 181 de la OIT: un cambio en la regulación de la intervención de la iniciativa privada en materia de empleo», cit., p. 94.

mendación. A partir de aquí, se estructura en tres partes diferenciadas, en alusión por su orden a disposiciones generales (I) –artículos 1 a 3–; protección de los trabajadores (II) –artículos 4 a 15–, que constituye el grueso de la regulación; y relaciones entre el servicio público de empleo y las agencias de empleo privadas (III) –artículos 16 y 17–.

Con estos precedentes, el artículo 1 de la Recomendación, como se ha señalado, dentro de la parte dedicada a disposiciones generales, refiere que sus disposiciones complementan las del Convenio de referencia, con el propósito de aplicarlas conjuntamente con ellas (artículo 1). Como se puede apreciar, un deber «rebajado», en línea con ese tono de recomendación, lejos por tanto de la rotundidad inherente a un mandato imperativo de obligado cumplimiento, como corresponde a esa fórmula de Recomendación. Para señalar acto seguido, siempre con tono facultativo, cómo en la medida de lo posible, los organismos tripartitos o las organizaciones de empleadores y trabajadores deberían ser asociados a la formulación y aplicación de las disposiciones adoptadas para dar efecto al Convenio; de igual modo que, cuando sea conveniente, la legislación nacional aplicable a las agencias de empleo privadas debería completarse con normas técnicas, directrices, códigos de deontología, procedimientos de autocontrol o por otros medios que sean conformes a la práctica nacional (artículo 2). Y concluir este primer bloque con un mandato potestativo a los Estados Miembros para que, cuando resulte conveniente y viable, intercambien informaciones y compartan la experiencia adquirida sobre la contribución de las agencias de empleo privadas al funcionamiento del mercado de trabajo, comunicándolas a la Oficina Internacional del Trabajo (artículo 3).

La parte II de la Recomendación lleva por rúbrica «Protección de los trabajadores», compuesta por los artículos 4 a 15, con el contenido que se verá, conformando el eje central de la misma. En este sentido, el artículo 4 interpela potestativamente a los Miembros respecto a la adopción de las medidas necesarias y apropiadas para prevenir y eliminar las prácticas de las agencias de empleo privadas que no sean conformes a la deontología, con mención entre esas medidas potenciales de leyes o reglamentos que establezcan sanciones, incluyendo la prohibición de las agencias de empleo privadas que lleven a cabo prácticas contrarias a la deontología. A continuación, el artículo 5, señala la posibilidad de que los trabajadores empleados por las agencias de empleo privadas, a las que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 del Convenio, tengan, cuando sea conveniente, un contrato de trabajo escrito donde se especifiquen sus condiciones de empleo, de forma que, como mínimo, estos trabajadores deberían ser informados de sus condiciones de empleo antes del inicio efectivo de su actividad. Acto seguido, el artículo 6 señala que las agen-

cias de empleo privadas no deberían poner trabajadores a disposición de una empresa usuaria con el fin de reemplazar a sus trabajadores en huelga.

El artículo 7 apela potestativamente a la autoridad competente para reprimir las prácticas desleales en materia de publicidad y anuncios engañosos, incluidos aquéllos para empleos inexistentes. Por su lado, el artículo 8 señala que las agencias de empleo privadas no deberían reclutar, colocar o emplear trabajadores para trabajos que impliquen riesgos y peligros no aceptados o cuando puedan ser objeto de abusos o trato discriminatorio de cualquier tipo; del mismo modo que deberían informar a los trabajadores migrantes, en la medida de lo posible en su idioma o en el que les resulte familiar, acerca de la índole del empleo ofrecido y las condiciones de empleo aplicables. Más adelante, el artículo 9 especifica que debería prohibirse, o impedirse con otras medidas, a las agencias de empleo privadas la formulación o publicación de anuncios de puestos vacantes o de ofertas de empleo que tengan como resultado, directo o indirecto, la discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, origen étnico, discapacidad, situación conyugal o familiar, orientación sexual o afiliación a una organización de trabajadores. Mientras que, el artículo 10, señala la conveniencia de incitar a las agencias de empleo privadas para que promuevan la igualdad en el empleo a través de programas de acción positiva.

El artículo 11, con la referencia de la protección de datos, expresa el deseo de prohibir a las agencias de empleo privadas la consignación en ficheros o en registros datos personales que no sean necesarios para juzgar la aptitud de los candidatos respecto de los empleos para los que están siendo o podrían ser tomados en consideración. Mandato condicionado, que completa a su vez el artículo 12, cuando refiere que las agencias de empleo privadas deberían conservar los datos personales de un trabajador únicamente mientras esté justificado por los fines concretos para los cuales hayan sido recabados, o únicamente mientras el trabajador desee figurar en una lista de candidatos a un puesto de trabajo (artículo 12.1); de igual forma que deberían adoptarse medidas para asegurar el acceso de los trabajadores a todos sus datos personales, tal y como se conservan en los sistemas de tratamiento automático o electrónico o en ficheros manuales, medidas que deberían contemplar el derecho de los trabajadores a examinar y obtener copia de estos datos así como el derecho a solicitar que se supriman o rectifiquen los datos inexactos o incompletos (artículo 12.2); y finalizar afirmando que, con excepción de cuando guarden relación directa con los requisitos de una profesión determinada, y cuenten con el permiso explícito del trabajador afectado, las agencias de empleo privadas no deberían pedir, conservar ni utilizar los datos sobre las condiciones de salud de un tra-

bajador, ni tampoco utilizar esos datos para determinar la aptitud de un trabajador para el empleo (artículo 12.3). En definitiva, cautelas todas razonables que, entre otros peligros, tratan de proteger preventivamente al trabajador sobre los riesgos del denominado «data outsourcing» durante el proceso de selección, en referencia a los límites que deben incluirse respecto a la cesión de información entre los posibles sujetos actuantes a lo largo del mismo. Materia ésta que ha merecido, con acertado criterio, una atención específica a cargo de la doctrina, consciente de la situación de vulnerabilidad manifiesta en la que se sitúa el demandante de empleo, como consecuencia de la participación en ese *iter* de colocación de diversos agentes externos³¹.

Por su parte, respecto a la selección de los trabajadores, el artículo 13 apela facultativamente a las agencias de empleo privadas y la autoridad competente en la adopción de medidas para alentar la utilización de métodos apropiados equitativos y eficaces de selección. El artículo 14 señala que las agencias de empleo privadas deberían contar con personal adecuadamente cualificado y formado. Y el artículo 15 afirma, dentro del respeto debido a los derechos y obligaciones establecidos en la legislación nacional relativos a la terminación del contrato de trabajo, cómo las agencias de empleo privadas, que presten los servicios mencionados en el párrafo 1 b) del artículo 1 del Convenio, no deberían impedir que la empresa usuaria contrate a ese asalariado; o limitar la movilidad profesional de ese asalariado; ni imponer sanciones al asalariado que acepte un empleo en otra empresa. En conclusión, todo un listado de previsiones razonables dentro del ámbito de las agencias de empleo privadas, bajo esa finalidad compartida de garantizar un conjunto mínimo de derechos a los trabajadores concernidos, con mandatos potestativos a las agencias de empleo privadas y a la autoridad laboral –según qué casos–. Si bien esa caracterización dispositiva, propia del instrumento de la Recomendación, deja siempre un espacio amplio de incertidumbre sobre el recorrido efectivo que van a tener dichas actuaciones, a falta del elemento coercitivo «indispensable» para hacer cumplir el mandato de la norma.

Para concluir, la Parte III de la Recomendación lleva por título «Relaciones entre el servicio público de empleo y las agencias de empleo privadas», que conforman los artículos 16 y 17. El primero de los preceptos citados apela al deseo de fomentar la cooperación entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas para la puesta en práctica de una política na-

³¹ En este sentido, ampliamente, véase RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Los riesgos del denominado «data outsourcing» en el proceso de colocación: límites a la cesión de información entre los posibles sujetos intervinientes», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 123 ss.

cional de organización del mercado de trabajo, con posibilidad de establecer organismos que comprendan a representantes de los servicios públicos de empleo y de las agencias privadas de empleo, así como de las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores. Por su parte, el artículo 17, siempre en términos dispositivos, incluye una enumeración abierta de las medidas dirigidas a fomentar la cooperación entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas, en alusión a iniciativas como la puesta en común de informaciones y la utilización de una terminología común para mejorar la transparencia del funcionamiento del mercado de trabajo; el intercambio de anuncios de puestos vacantes; la promoción de proyectos conjuntos, por ejemplo, en materia de formación; la conclusión de convenios entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas sobre la ejecución de ciertas actividades, tales como proyectos para la inserción de los desempleados de larga duración; la formación del personal; así como las consultas regulares dirigidas a mejorar las prácticas profesionales.

7. INFLUENCIA DE LOS INSTRUMENTOS DE LA OIT SOBRE LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: LA CONFIGURACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN EN EL MERCADO LABORAL EN ESPAÑA

El estudio sobre la regulación de las agencias de empleo privadas en España requiere un ejercicio previo de contextualización, en un doble plano. Primero, para valorar su papel en el marco más general de la intermediación, dentro del mercado del empleo, con la referencia siempre del modelo español³². Y, en segundo lugar, para verificar su papel entre el conjunto de agentes que interactúan alrededor de la intermediación, a partir de una distinción básica entre entidades públicas y privadas, sin obviar la importancia destacada que asumen a este respecto las empresas de trabajo temporal³³. Advertido no obstante como premisa de partida, en línea con lo señalado por la doctrina, que el Derecho español cumple con suficiencia los objetivos y las exigencias del Convenio de la OIT núm. 181

³² Para un estudio reciente sobre la intermediación laboral en España, véase BENAVENTE TORRES, M.^a I., «La intermediación laboral en España», AA. VV.: *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 67 ss.

³³ En desarrollo de este argumento, ampliamente, véase LOPERA CASTILLEJO, M.^a J., «Intermediación laboral y potenciación de las empresas de trabajo temporal en su papel de agencias de empleo», AA. VV.: *Crisis económica y empleo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 53 ss.

sobre agencias de empleo privadas, de 1997³⁴. Afirmación válida en el momento de ratificación del Convenio citado en 1999³⁵, extensible igualmente para los tiempos actuales con la referencia de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, «de Empleo». Texto legal que ha supuesto la consiguiente modificación del régimen jurídico vigente hasta entonces en la materia que nos ocupa, según los términos que preveía el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, «por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo» (TRLE)³⁶.

De esta forma, con la referencia del ordenamiento español, la regulación de la intermediación laboral se contiene actualmente en la Ley 3/2023, citada. Concretamente, dentro del Título III dedicado a las «Políticas activas de empleo», cuyo Capítulo III lleva por rúbrica «Intermediación» (artículos 40 a 46). En alusión, por su orden, al concepto de intermediación laboral (artículo 40); agentes de la intermediación (artículo 41); el servicio público de intermediación laboral (artículo 42); agencias de colocación (artículo 43); la actividad de recolocación de las personas trabajadoras (artículo 44); la actividad de selección de personal (artículo 45); e indicadores de eficiencia (artículo 46). De forma que, aceptada la premisa de que en el mercado laboral la oferta de empleo es siempre inferior a la demanda, con las consecuencias negativas que ello comporta en múltiples niveles, la intermediación laboral se define como «el conjunto de acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades» (artículo 40.1); para señalar, acto seguido, una serie de actuaciones que puede comprender la intermediación, en alusión respectivamente a la prospección y captación de ofertas de trabajo (artículo 40.2.a); la puesta en contacto de ofertas de trabajo con personas que buscan un empleo, para su colocación o recolocación (artículo 40.2.b); la selección para un puesto de trabajo de personas que pueden ser idóneas para el mismo, evitando cualquier sesgo o estereotipo de género, edad o discapacidad (artículo 40.2.c); así como la puesta a disposición de la persona solicitante de empleo, especialmente si se encuentra

³⁴ En este sentido, véase CAVAS MARTÍNEZ, F., «El convenio núm. 181 de la OIT sobre agencias de empleo privadas (1997) y su incidencia en el sistema español de colocación», cit., pp. 23 ss.

³⁵ El Convenio de la OIT núm. 181 sobre agencias de empleo privadas, de 1997, fue ratificado por el Estado español el 19 de mayo de 1999 (Instrumento de ratificación publicado en el BOE de 13.09.1999), mientras que su entrada en vigor en España tuvo lugar el 15 de junio de 2000, conforme a lo dispuesto en su artículo 18.3.

³⁶ Norma derogada, con efectos de 2 de marzo de 2023, excepto sus artículos 15 a 18, que se derogarán con la entrada en funcionamiento efectivo de la Agencia Española de Empleo, como establece la disposición derogatoria única.1.a) de la Ley 3/2023, de 28 de febrero. También, para una aproximación inicial al significado y la trascendencia de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, *de Empleo*, véase FERNÁNDEZ PROL, F., «La intermediación laboral en la nueva ley de empleo», *Briefs AEDTSS*, 16, 2023, pp. 1 y 2.

entre los colectivos de atención prioritaria del artículo 50, del conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral (artículo 40.2.d). La duda que se suscita entonces es si la relación de actuaciones enumeradas compone un listado abierto o cerrado, algo que el precepto no termina de reflejar claramente. En este sentido, nos decantamos por considerar su carácter abierto, de manera que las actuaciones enunciadas son desde luego parte integrante de la intermediación laboral, pero no agotan todas las actividades que pueden quedar incluidas potencialmente dentro de dicho concepto.

En el siguiente apartado, la norma define lo que considera por «colocación especializada», como aquella actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras o desempleadas que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, o decidida por los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de las personas afectadas por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos (artículo 40.3). A continuación, señala en el apartado siguiente la inclusión dentro del concepto de «colocación especializada» de la actividad de selección de personal, aun cuando el método de reclutamiento de la persona idónea para el puesto de trabajo ofertado requiera extender, a falta de perfiles adecuados entre las personas demandantes inscritos, la búsqueda de la candidatura adecuada entre personas trabajadoras no inscritas como personas demandantes de los servicios públicos de empleo (artículo 40.4). Previsión aperturista, esta última, que contrasta con la rigidez manifestada por el ahora derogado artículo 34.5 del TRLE, cuando señalaba que, a efectos de la intermediación que realicen los servicios públicos de empleo y, en su caso, las entidades colaboradoras de los mismos y de la ejecución de los programas y medidas de políticas activas de empleo, tenían exclusivamente la consideración de demandantes de empleo aquéllos que figuraban inscritos como tales en dichos servicios públicos de empleo. Sea como fuere, el conjunto de cuestiones examinadas en relación con el concepto de intermediación laboral, según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 3/2023, resulta bastante más completo en su configuración que el contenido previsto sobre este mismo particular en el artículo 31 del TRLE, actualmente derogado.

Desde estas pautas, la caracterización esencial de la intermediación laboral en nuestro modelo proviene del juego combinado de los preceptos restantes que componen el citado Capítulo III, dentro del Título III, además del artículo 40 analizado (artículos 41 a 46), eliminado que ha sido del Texto vigente el precepto que contenía el TRLE dedicado a los principios básicos de la

intermediación laboral (artículo 34 del TRLE, ahora derogado)³⁷. Si bien, semejante variación «de configuración» en el tratamiento legal de la materia, no debe interpretarse tampoco como una renuncia del legislador al desarrollo de la intermediación laboral bajo una serie de principios, que son reiteración en lo sustancial de los que figuraban con la regulación pretérita. De manera que la nueva sistemática seguida para su regulación, con la eliminación de ese precepto concreto dedicado a los «principios básicos de la intermediación», no debe valorarse en ningún caso como un refuerzo implícito hacia una concepción instrumental o utilitarista de la misma. Sobre todo, porque buena parte de ese contenido se traslada ahora al artículo 42 de la Ley 3/2023, bajo la rúbrica de «El servicio público de intermediación laboral».

En primer lugar, se afirma rotundamente la consideración de servicio de carácter público de la intermediación laboral, con independencia del agente que la realice (artículo 42.1). En segundo lugar, se dispone el deber de garantizar un servicio público de intermediación laboral «a personas trabajadoras y personas, empresas y demás entidades empleadoras, sin barreras territoriales», a cuyos efectos corresponde a los servicios públicos de empleo la captación de las ofertas y demandas de empleo del mercado de trabajo así como superar los desequilibrios territoriales, garantizando a las personas, empresas y demás empleadoras y personas usuarias de los servicios de empleo una intermediación eficaz y de calidad (artículo 42.2). En tercer lugar, se apela al fortalecimiento de los medios públicos del Sistema Nacional de Empleo para facilitar la intermediación laboral, sin perjuicio de la oportuna colaboración público-privada a través de los instrumentos de coordinación o los convenios de colaboración que se celebren con agencias de colocación (artículo 42.3).

En cuarto lugar, se mandata a los servicios públicos de empleo para formalizar, en su correspondiente ámbito territorial, acuerdos de coordinación o convenios de colaboración con las agencias, cuyo contenido habrá de respetarse, garantizando en todo caso a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios de intermediación (artículo 42.4). En efecto, la gratuidad se ha reivindicado tradicionalmente como un elemento esencial dentro de la caracterización de la intermediación laboral en el modelo español, tanto cuando se realiza por los servicios públicos de empleo por sí mismos, o a través de las entidades o agencias de colaboración. Gratuidad que se extiende por igual, como se ha visto, para trabajadores y empresarios. Mientras que, cuando la

³⁷ Para una caracterización general sobre el alcance de la política de colocación en España, véase ALUJAS RUIZ, J. A., «El alcance de la política de colocación en España», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 422, 2018, pp. 117 ss.

intermediación laboral tiene lugar a cargo de las agencias de colocación, con independencia de los servicios públicos de empleo, debe garantizarse igualmente a los trabajadores esa gratuidad por la prestación de servicios, sin que pueda exigírseles ninguna contraprestación por los mismos.

En quinto lugar, se afirma que la colaboración de las agencias de colocación con los servicios públicos de empleo podrá consistir en la concesión de subvenciones públicas, contratación administrativa o cualquier otra forma jurídica ajustada a la normativa estatal y autonómica, si bien la financiación con fondos públicos exigirá el sometimiento de las agencias a los indicadores de eficiencia específicos previstos en el artículo 46 del mismo Texto legal (artículo 42.5). En sexto lugar, las agencias de colocación que actúen con ánimo de lucro deberán desarrollar al menos un 60 por 100 de su actividad con fondos propios, al margen de la actividad concertada públicamente (artículo 42.6). En séptimo lugar, se dispone respecto de las actividades de intermediación que desarrollen las agencias de colocación, el sometimiento a seguimiento y evaluación por parte de los servicios públicos de empleo en su respectivo territorio, con deber de facilitar toda la documentación e información precisa a efectos tanto de dotar al Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo, como los requeridos por los servicios públicos de empleo para evaluar el resultado cualitativo y cuantitativo de su intermediación (artículo 42.7).

En octavo lugar, aparece una invocación a la totalidad de la actividad de intermediación, comprensiva de la labor de prospección y captación de ofertas de trabajo, junto con la casación de la oferta y demanda de empleo o la colocación, recolocación o selección de personal, para su desarrollo respectivo con cumplimiento de los objetivos de la política de empleo y los principios rectores de la misma. Seguida de una mención particular, en párrafo separado, hacia el respeto de la igualdad real y efectiva de las personas oferentes y demandantes de empleo y la no discriminación en el acceso al empleo, sin perjuicio de la generación de mercados inclusivos y la ejecución de programas específicos para facilitar la empleabilidad de colectivos más desfavorecidos.

Mención a la discriminación en el acceso al empleo que, con el Texto de referencia de la regulación anterior (TRLE), se incluía monográficamente dentro de un precepto con esa misma rúbrica de «discriminación en el acceso al empleo», concretamente el artículo 35 del TRLE, ahora derogado. De esta forma, en lo que nos ocupa por nuestra materia de estudio, las agencias de colocación, como actores destacados que son de la intermediación, están sometidas en su actuación igualmente al principio de igualdad y no discriminación. En efecto, en el acceso al empleo, con independencia de que sea público o privado, no pueden establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones, incluidos

los criterios de selección que sean causa de discriminación. Principio de igualdad de trato y no discriminación al que se suma igualmente el de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Objetivo de igualdad que constituye así un referente obligado en los distintos instrumentos de la política de empleo que puedan implementarse dentro del Sistema Nacional de Empleo. Por ejemplo, en alusión a las acciones de intermediación laboral en las que pueden intervenir diversos agentes como los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación o las empresas de trabajo temporal, en cuanto actúen como tales agencias, o aquellos otros servicios que se determinen para los trabajadores en el exterior; de igual forma que debe ser éste también un referente a considerar por parte de las diversas medidas de fomento, incluidos los programas de mejora de empleabilidad de las mujeres. De modo que corresponde a todos los organismos enumerados velar específicamente para evitar cualquier tipo de discriminación en el acceso al empleo, tanto directa como indirecta.

Para concluir, se incorpora un mandato sobre la preservación de la plena transparencia y la protección y adecuado tratamiento de los datos personales de los demandantes de empleo por parte de los agentes de intermediación (artículo 42.8).

En definitiva, el conjunto de cuestiones examinadas a la luz de la nueva regulación legal, con la Ley 3/2023, de 28 de febrero, «de Empleo», conforma una regulación que continúa en lo sustancial con el régimen pretérito dispuesto en el TRLE –ahora derogado en relación con las materias que nos conciernen, como se señaló–, bien que con la incorporación no obstante de algunos matices significativos. Aquellos que se derivan, a grandes rasgos, de subrayar primero, más todavía, el carácter público de la intermediación laboral; utilizar, en segundo lugar, una concepción de la colaboración público-privada influenciada por criterios predominantemente pragmáticos o utilitaristas, como recurso obligado y subsidiario, a modo casi de «mal necesario», consciente el legislador sobre la imposibilidad manifiesta de prestar en exclusiva la ingente tarea pendiente en el ámbito de la intermediación a cargo de los servicios públicos de empleo; junto con el aumento, en tercer lugar, de los deberes, los controles y el rigor respecto a la actuación de las agencias de colocación. Primeras impresiones coincidentes en lo sustancial con las manifestaciones todavía incipientes de la doctrina, subrayando factores tales como el lugar central que otorga la Ley 3/2023 a la intermediación laboral y el refuerzo notable de la misma; la ampliación significativa del elenco de actuaciones incluidas en su ámbito de actuación así como su nueva concepción transversal; junto con un pretendido cambio de paradigma en la colaboración público-privada, mediante una elevación significativa de lo público dentro de esa ecuación, a la espera no obstante de la materialización de

dichos propósitos a través del consiguiente desarrollo reglamentario y la implementación futura de las partidas presupuestarias suficientes³⁸.

En clave retrospectiva, el modelo español se ha venido caracterizando tradicionalmente por sus altos índices de desempleo, cuando se compara con otros sistemas de nuestro entorno próximo, por encima siempre de la media de la Unión Europea. Semejante cualificación en negativo refuerza la idea de la colaboración público-privada entre los agentes que interactúan alrededor de la intermediación laboral. Una opción, compatible no obstante, con esa vocación decidida –e intensificada ahora con la nueva Ley 3/2023– de preservar en cualquier caso la centralidad y el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo, tanto el estatal como los de las Comunidades Autónomas, de modo que no se produzca un indeseado efecto sustitución de la iniciativa pública por la iniciativa privada en los ámbitos respectivos de la intermediación y la colocación. Por más que la intermediación en el mercado de trabajo se configura en efecto como un servicio de carácter público, con independencia del agente que realice esas funciones de intermediación. De manera que, junto con el incremento de las posibilidades de colocación de los trabajadores desempleados, cumple la función de coadyuvar a la configuración de un mercado de trabajo cada vez más equilibrado, reduciendo las disfunciones obstaculizadoras de esa integración deseable entre ofertas y demandas de empleo. Máxime cuando, volviendo la mirada hacia tiempos pretéritos, los resultados han revelado tradicionalmente una incidencia escasa de los servicios públicos de empleo en su condición de intermediario dentro del mercado de trabajo, por contraposición sin ir más lejos con los datos registrados a cargo de las empresas de trabajo temporal, como ha significado la doctrina³⁹. Resultado éste que el tiempo se encargará de refrendar o reorientar a futuro, según el grado de cumplimiento que obtengan las aspiraciones renovadas del legislador con el nuevo Texto legal.

8. CONTEXTUALIZACIÓN DE LAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN ENTRE LAS ENTIDADES DEDICADAS A LA INTERMEDIACIÓN LABORAL DENTRO DEL SISTEMA ESPAÑOL

A partir de la caracterización de la intermediación al modo que se ha visto en el epígrafe anterior, con la referencia siempre del modelo español, el artículo 41 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, «de Empleo», enumera un listado

³⁸ En este sentido, véase FERNÁNDEZ PROL, F., «La intermediación laboral en la nueva ley de empleo», cit., pp. 1 y 2.

³⁹ ALUJAS RUIZ, J. A., «El alcance de la política de colocación en España», cit., pp. 126 ss.

cerrado de los agentes encargados de llevar a cabo la misma, en alusión a los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación –sean agencias de colocación propiamente dichas o agencias especializadas en la recolocación o en la selección de personal–, y aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para o con los trabajadores en el exterior (artículo 41.1). Junto con una referencia adicional a las entidades colaboradoras o promotoras de programas de políticas activas de empleo aprobados por los servicios públicos de empleo, facultadas por la norma para realizar de manera complementaria actuaciones de intermediación dirigidas a la inserción laboral de las personas participantes en los mismos, según los términos establecidos en la normativa reguladora correspondiente, a cuyos efectos dichas entidades vienen excepcionadas de la obligación de constituirse como agencias de colocación (artículo 41.2).

En este sentido, dejando a un lado ahora los servicios públicos de empleo, el artículo 43 de la Ley 3/2023 se ocupa específicamente de las agencias de colocación, dedicando a las mismas un tratamiento amplio y preciso⁴⁰. En primer lugar, las define como aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el artículo 42, en coordinación con los servicios públicos de empleo o como entidades colaboradoras de estos (artículo 43.1)⁴¹. En segundo lugar, respecto de las personas físicas o jurídicas que deseen actuar como agencias de colocación, deberán presentar una declaración responsable; presentación que habrá de verificarse ante el servicio público de empleo competente de la Comunidad o ciudad autónoma donde tengan su establecimiento principal; de modo que, con la declaración responsable, la actuación de la agencia de colocación tendrá validez en todo el territorio del Estado y sin límite de duración; por más que las agencias de colocación podrán iniciar su actividad desde el día de la presentación de la declaración responsable, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las administraciones competentes en los respectivos territorios donde se ejerza dicha actividad (artículo 43.2).

En tercer lugar, se incluye igualmente una previsión para regular mediante reglamento un sistema electrónico común que permita integrar el conjunto

⁴⁰ En relación con las agencias de colocación, ampliamente, véase LÓPEZ BALAGUER, M., «Las agencias de colocación», AA. VV.: *Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 657 ss. También sobre las agencias de colocación, pero en clave retrospectiva, véase SÁNCHEZ PEGO, F. J., «Las agencias de colocación en el ámbito de la reforma laboral», *Documentación laboral*, núm. 43, 1994, pp. 93 ss.

⁴¹ Significando la funcionalidad de la intermediación laboral como servicio de información, con proyección hacia ambos polos del mercado laboral, esto es, desempleados que buscan empleo, por un lado, y empresas que anhelan la cobertura de una vacante, por otro lado, véase MALO OCAÑA, M. A., «La intermediación laboral como servicio de información», *Economistas*, núm. 156-157 extra, 2018, pp. 123 ss.

de la información proporcionada por la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas respecto a las agencias de colocación, de manera que éstos puedan conocer en todo momento las agencias que operan en su territorio; precisando, en todo caso, que, sin perjuicio de las obligaciones previstas y de las específicas que puedan determinarse reglamentariamente, las agencias de colocación deberán: a) Suministrar a los servicios públicos de empleo la información que se determine por vía reglamentaria, con la periodicidad y la forma que allí se establezca sobre las personas trabajadoras atendidas y las actividades que desarrollan, así como sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas; b) Respetar la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras y cumplir la normativa aplicable en materia de protección de datos y garantizar a las personas trabajadoras la gratuidad por la prestación de servicios; c) Disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos de empleo; d) Cumplir la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social; e) Cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad y, en particular, velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y profesional requerido, a fin de no excluir del acceso al empleo a las personas con discapacidad; g) Garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en motivos de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, siempre que las personas trabajadoras se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate (artículo 43.3). Listado abierto y extenso de obligaciones expresivo, en cualquier caso, del afán legislativo por aumentar de forma significativa el control y las obligaciones dispuestas sobre las agencias de colocación.

En cuarto lugar, se refiere el falseamiento de la declaración responsable prevista en el apartado 2 del precepto examinado, junto con el incumplimiento de las obligaciones relacionadas en el apartado 3 del mismo precepto, como causas de baja en la condición de agencia de colocación, sin perjuicio de la aplicación del correspondiente régimen sancionador; sumado a la previsión de que la agencia de colocación que cause baja por dichos motivos, no podrá volver a recuperar dicha condición, aunque se ampare en nombres o razón social distintos, durante los dos años siguientes a la fecha de baja (artículo 43.4).

Las alusiones a las agencias de colocación deben buscarse también en el artículo 44 de la Ley 3/2023, bajo la rúbrica de «la actividad de recolocación de las personas trabajadoras», facultadas como están para llevar a cabo la actividad de colocación especializada destinada a la reinserción profesional o recolocación de las personas trabajadoras que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial, en los términos examinados del artículo 43 del mismo Texto legal, como alternativa al desarrollo de semejante actividad directamente por el personal de los servicios públicos de empleo (artículo 44.1). Del mismo modo que asumen un protagonismo idéntico también en relación con la actividad de selección de personal, cuando se afirma que el desarrollo de la actividad de colocación especializada consistente en la selección de personal podrá ser desarrollada directamente por el personal de los servicios públicos de empleo o por agencias de colocación (artículo 45.1). En este último caso, ausente esa mención al posible desarrollo de dicha actividad a cargo de las mismas «en los términos señalados» del artículo 43. Circunstancia ésta que, sin embargo, entendemos que no debe interpretarse como la instauración de un régimen diferenciado entre la actividad de recolocación de las personas trabajadoras (artículo 44) y la actividad de selección de personal (artículo 45), a los efectos que analizamos. Y sí, únicamente, como una omisión casual o involuntaria de la norma.

Para completar el tratamiento de las agencias de colocación en la Ley 3/2023, deben referirse los indicadores de eficiencia que regula el artículo 46 del citado Texto legal, en previsión de una futura regulación reglamentaria de los indicadores de proceso, impacto y resultados para medir la eficiencia de la actividad de las agencias de colocación, teniendo en cuenta, entre otros, los relativos al número y perfil de las personas atendidas, las ofertas de empleo captadas, la reducción de las brechas de género, así como el número de inserciones conseguidas en el mercado laboral. Junto con una referencia a la medición de la eficiencia como mecanismo para incentivar el acceso en condiciones de igualdad a los servicios públicos de empleo por parte de cualquier persona, con independencia de su nivel de empleabilidad inicial.

Por su parte, al margen ya de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, «de Empleo», la normativa sobre las agencias de colocación se contiene asimismo en el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, «por el que se regulan las agencias de colocación». La estructura del último Texto citado revela los aspectos principales que han influido en la lógica del legislador para su regulación. En este sentido, el Capítulo I se dedica a las «Disposiciones Generales», donde al margen del objeto del propio Real Decreto (artículo 1), se incluye la definición de las agencias de colocación (artículo 2) y las cuestiones relativas

a la autorización (artículo 3). El Capítulo II lleva por rúbrica «Régimen de funcionamiento y desarrollo de la actividad», compuesto por los artículos 4 a 8, con inclusión de los aspectos dedicados al régimen jurídico (artículo 4); obligaciones de las agencias de colocación (artículo 5); espacio telemático común en el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (artículo 6); seguimiento y evaluación (artículo 7); y derecho de información (artículo 8). A continuación, el Capítulo III se titula «Procedimiento para la concesión, ampliación del ámbito de actuación y extinción de la autorización», compuesto por los artículos 9 a 15, señalando los elementos relacionados con la iniciación del procedimiento (artículo 9); instrucción del procedimiento (artículo 10); terminación del procedimiento (artículo 11); vigencia de la autorización (artículo 12); ampliación del ámbito de actuación (artículo 13); extinción de la autorización (artículo 14); e infracciones y sanciones (artículo 15). Mientras que el Capítulo IV se refiere a las agencias de colocación como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, que integran los artículos 16 a 20, mencionando las materias respectivas de definición y competencia (artículo 16); obligaciones de las agencias de colocación como entidades colaboradoras (artículo 17); objeto y contenido de los convenios (artículo 18); iniciativa para la suscripción de convenios (artículo 19); y seguimiento y evaluación específicos (artículo 20).

En relación con su definición, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 del Real Decreto citado, las agencias de colocación son entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que, en coordinación y/o colaboración con el servicio público de empleo correspondiente, realicen actividades de intermediación laboral para proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades, a cuyos efectos valorarán los perfiles, aptitudes, conocimientos y cualificación profesionales de los mismos que requieran sus servicios para la búsqueda de empleo y los requerimientos y características de los puestos de trabajo ofertados, de igual modo que aparecen facultadas para desarrollar también actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal (artículo 2.1).

Por su parte, las empresas de recolocación son agencias de colocación especializadas en la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, y sometidas al régimen legal y reglamentario establecido con ca-

rácter general para las agencias de colocación (artículo 2.2). Respecto a su régimen de actuación, las agencias de colocación autorizadas están facultadas para actuar de forma autónoma pero coordinada con los servicios públicos de empleo, y/o como entidades colaboradoras de los mismos, mediante la suscripción de un convenio de colaboración con aquéllos, de acuerdo con el procedimiento y alcance previstos en el Capítulo IV (artículo 2.3). De otro lado, en relación con las personas usuarias, las agencias de colocación están obligadas a cumplir las condiciones de actuación previstas en la norma y, en el supuesto de haber suscrito convenio de colaboración con los servicios públicos de empleo, las específicas que figuren en el convenio correspondiente (artículo 2.4). De igual modo que las agencias de colocación que actúen como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, habrán de llevar a cabo las actuaciones que se establezcan en el convenio de colaboración previsto en el Capítulo IV con las personas demandantes de empleo inscritas como tales en los servicios públicos de empleo (artículo 2.5).

Las agencias de colocación se configuran así como un instrumento tanto del servicio público de empleo estatal como de los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas, que éstos pueden utilizar en la medida que consideren necesario para que las personas que buscan empleo lo encuentren en el menor plazo posible. En este sentido, la consideración de la intermediación laboral como servicio de carácter público, de las personas físicas o jurídicas que deseen actuar como agencias de colocación, condiciona el deber de obtener autorización del servicio público de empleo estatal cuando pretendan realizar su actividad desde centros de trabajo establecidos en diferentes Comunidades Autónomas, o del servicio equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso de que pretendan desarrollar su actividad desde centros de trabajo establecidos únicamente en el territorio de esa Comunidad. Si bien la autorización será única y tendrá validez para gestionar ofertas de trabajo y solicitudes de empleo de todo el territorio español. El deber de solicitar autorización se extiende igualmente a las entidades que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos, correspondiendo la concesión de dicha autorización al servicio público de empleo estatal (artículo 3.1).

En el Capítulo II sobre «Régimen de funcionamiento y desarrollo de la actividad», destaca el artículo 5, con la enumeración de un listado amplio de obligaciones que deben cumplir las agencias de colocación, en alusión a: a) Estar previamente autorizadas por el servicio público de empleo correspondiente y mantener las condiciones y requisitos que posibilitaron la concesión de la autorización; b) Solicitar autorización para la ampliación de su ámbito de actuación; c) Garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de

servicios, tanto de intermediación laboral como de otras actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo; d) Garantizar, en su ámbito de actuación, los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo; e) Garantizar el respeto a la intimidad y dignidad de los trabajadores en el tratamiento de sus datos, sometiendo la actuación en esta materia a la normativa aplicable de protección de datos de carácter personal; f) No subcontratar con terceros la realización de la actividad objeto de la autorización concedida, salvo que se trate de otras agencias de colocación autorizadas; g) Elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de personas desempleadas integrantes de los colectivos prioritarios, en coordinación con los servicios públicos de empleo y en el marco de la planificación general que se establezca en el Sistema Nacional de Empleo; h) Cumplir con la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social; i) Cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad; j) Velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y/o profesional requerido; k) Estar sujeta a las actuaciones del control e inspección que lleven a cabo los servicios públicos de empleo de acuerdo con la normativa aplicable, así como a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y otros órganos de control.

Por su parte, dentro del marco del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE), se ha creado un espacio telemático común con el propósito de integrar el conjunto de la información proporcionada por los diferentes servicios públicos de empleo respecto de las agencias de colocación, así como la información que estas agencias suministran (artículo 6). El artículo 7 regula las cuestiones relativas al seguimiento y evaluación, con un mandato a los servicios públicos de empleo para que sigan y evalúen las actividades de las agencias autorizadas que operen en su territorio, con previsión también de realizar un seguimiento y evaluación específico respecto de las agencias que hayan suscrito convenio de colaboración, seguimiento y evaluación que corresponde en todos los casos a los órganos e instrumentos del Sistema Nacional de Empleo (artículo 7.1); con una obligación de información periódica a los órganos de participación del servicio público de empleo estatal y de los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas, en relación con sus respectivos ámbitos de gestión, sobre las agencias de colocación autorizadas y las actividades realizadas (artículo 7.2). De otro lado, en relación con un aspecto concreto como la ejecución de los programas y medidas de políticas activas de empleo, la consideración de demandantes de empleo se configura bajo un criterio bastante rígido, limitada exclusivamente a aquellos que figuren inscritos como tales en los servicios públicos de empleo,

de donde se deriva el reconocimiento expreso para los mismos a ser informados por los servicios públicos de empleo sobre las agencias de colocación que operan en su territorio (artículo 8).

El Capítulo III está referido al procedimiento para la concesión, ampliación del ámbito de actuación y extinción de la autorización, que conforman los artículos 9 a 15, dando cuenta de una regulación muy exhaustiva en relación con la iniciación del procedimiento (artículo 9); instrucción del procedimiento (artículo 10); terminación del procedimiento (artículo 11); vigencia de la autorización (artículo 12); ampliación del ámbito de actuación (artículo 13); extinción de la autorización (artículo 14); e infracciones y sanciones (artículo 15). Previsiones todas que revelan el rigor y la escrupulosidad que dedica el legislador a regular las cuestiones formales y procedimentales vinculadas con la autorización, como garantía para una adecuada configuración de las agencias de colocación, considerando su importancia en las funciones de intermediación dentro del mercado laboral. Mientras que, para el supuesto de que una entidad quiera desarrollar actividades de agencia de colocación a partir del 5 de julio de 2014, ya no resulta necesaria la previa autorización de ningún servicio público de empleo, en virtud de la modificación operada por el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, «de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia». Pero con obligación de presentar, antes del inicio de su actividad, una declaración responsable al servicio público de empleo competente, conforme a los siguientes criterios: a) En cualquier Comunidad Autónoma donde tenga algún centro de trabajo; b) Agencias de colocación que operen exclusivamente por medios telemáticos, en la Comunidad Autónoma que considere; c) En el SEPE, si exclusivamente tiene centros de trabajo en las Ciudades Autónomas de Ceuta y/o Melilla, o bien, teniendo centro de trabajo en Ceuta y/o Melilla y alguna Comunidad Autónoma, la agencia opte por presentar la declaración responsable en el SEPE.

El Capítulo IV lleva por rúbrica «De las agencias de colocación como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo», compuesto por los artículos 16 al 20. El artículo 16 se ocupa de la definición y competencia, de donde se deduce que la actuación de todas las agencias de colocación estará coordinada por los servicios públicos de empleo, pero no todas las agencias de colocación tendrán la condición de colaboradoras de uno o varios servicios públicos de empleo. De este modo, las agencias de colocación colaboran con los servicios públicos de empleo cuando exista un instrumento jurídico (convenio de colaboración) que regule esta relación. La colaboración con los servicios públicos de empleo se puede desarrollar mediante contratación administrativa, concesión de subvenciones públicas, o cualquier otra forma jurídica

ajustada a la normativa estatal y autonómica. Las agencias de colocación que colaboren con los servicios públicos de empleo prestarán sus servicios de forma gratuita a los trabajadores y a las empresas, ya que sus servicios se remunerarán por los respectivos servicios públicos de empleo, en los términos establecidos en el convenio de colaboración.

El artículo 17 enumera las obligaciones de las agencias de colocación que actúen como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, las cuales, además de cumplir con las obligaciones del artículo 5, deberán desarrollar igualmente su actividad con observancia de lo establecido en el convenio de colaboración, compelidas de manera específica a: a) Suministrar la información contemplada en el convenio de colaboración, en el formato que se requiera, y específicamente respecto a las personas atendidas y sus perfiles, así como en relación con las ofertas de empleo y los perfiles que correspondan con las mismas; b) Comunicar las incidencias que se produzcan sobre las obligaciones de los trabajadores y de las personas solicitantes y beneficiarias de prestaciones por desempleo, comunicación que se realizará a efectos de valoración, por parte de los servicios públicos de empleo, de los posibles incumplimientos que pudieran derivarse de tales incidencias y adoptar las medidas que procedan en su caso; c) Realizar las acciones objeto del convenio de colaboración en los términos y condiciones señalados en el mismo; d) Sujeción a las acciones que pudieran realizar los servicios públicos de empleo, con el fin de efectuar el seguimiento y evaluación de las actuaciones objeto del convenio de colaboración según lo establecido en el artículo 20; e) Garantizar a los trabajadores y empleadores la gratuidad por la prestación de servicios; f) En caso de tratarse de entidades con ánimo de lucro, realizar al menos un cuarenta por ciento de su actividad con fondos no provenientes de los servicios públicos de empleo; en caso de tratarse de entidades sin ánimo de lucro, acreditar que realizan al menos un diez por ciento de actividad con fondos no provenientes de los servicios públicos de empleo. En definitiva, un listado amplio de deberes demostrativo del interés del legislador por disciplinar, bajo un criterio pretendidamente estricto y riguroso, la actividad de las agencias de colocación que interactúen en el mercado laboral como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo.

El rigor aplicado al listado de obligaciones que enumera el precepto examinado tiene su continuación en el artículo 18, sobre el objeto y contenido de los convenios, cuando refiere, en primer lugar, que los convenios tendrán por objeto la determinación de las actividades a desarrollar por las agencias de colocación que actúen como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo (artículo 18.1). Para señalar, acto seguido, el contenido mínimo que

habrán de tener los convenios, en alusión al ámbito de aplicación; duración, que podrá ser de uno o dos años; descripción de las acciones concretas a desarrollar; forma de financiación de las acciones objeto de convenio, con expresión de su vinculación a los resultados fijados; los medios materiales, humanos y económicos que empleará la agencia para acometer las acciones previstas; colectivos de demandantes destinatarios de los servicios; seguimiento y evaluación; definición de los sistemas de comunicación de la información; mecanismos de comunicación; indicadores de eficacia; y procedimiento y trámite para su modificación, así como la determinación de las causas de su extinción (artículo 18.2). De igual modo que se mandata a los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas comunicar al servicio público de empleo estatal los convenios que hayan suscrito en su ámbito territorial, a efectos de su conocimiento y comunicación a los órganos e instrumentos del Sistema Nacional de Empleo (artículo 18.3).

Por su parte, el artículo 19 se refiere a la iniciativa de suscripción de convenios, facultando a los servicios públicos de empleo para establecer, en su correspondiente ámbito territorial, el procedimiento de suscripción de los convenios de colaboración con las agencias autorizadas para operar dentro del mismo, procedimiento que podrá consistir en la concesión de subvenciones públicas, contratación administrativa o cualquier otra forma jurídica ajustada a la normativa estatal y autonómica. Por último, el artículo 20 regula el seguimiento y evaluación específicos, con obligación de las agencias de colocación de facilitar cuantos datos, documentación e información sean necesarios, en los soportes informáticos o medios que se establezcan, para evaluar el resultado de las acciones convenidas, junto con el mandato a los servicios públicos de empleo para realizar las acciones que sean necesarias de cara al seguimiento y evaluación de las actuaciones objeto del convenio, tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo; además de las actividades de fiscalización y control a cargo de los servicios públicos de empleo respecto de las agencias que actúen como entidades colaboradoras de los mismos, concretamente, la comprobación del cumplimiento de los porcentajes de actividad, una vez transcurridos los primeros seis meses de vigencia del convenio de colaboración y, con posterioridad, anualmente, con advertencia explícita de que el incumplimiento de esta obligación será causa de extinción del convenio.

Para concluir este análisis, debe tenerse en cuenta que la entrada en vigor de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, «de Empleo», no ha supuesto la derogación del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, «por el que se regulan las agencias de colocación», analizado. Circunstancia que pudiera plantear, quizás, eventuales contradicciones en el futuro, con ocasión de la combinación

entre esa regulación pretérita, que continúa vigente como se ha señalado, y el tratamiento dispuesto para la intermediación en general –y las agencias de colocación en particular– con motivo de la nueva regulación incorporada por la Ley 3/2023, citada. En este sentido, aunque no se hace una mención específica a las agencias de colocación, debe considerarse lo establecido en la Disposición Transitoria Cuarta de este Texto legal cuando, bajo la rúbrica de «Entidades que colaboran en la gestión del empleo», señala cómo las entidades que, a la entrada en vigor de la Ley 3/2023, colaborasen con los servicios públicos de empleo, mantendrán semejante condición de acuerdo con la normativa en virtud de la cual se estableció la colaboración, mientras no se desarrolle reglamentariamente un nuevo régimen de colaboración con los servicios públicos de empleo. Regulación que establecerá los requisitos mínimos de las entidades para colaborar en la gestión, sin perjuicio del desarrollo que en cada Comunidad Autónoma pueda hacerse de la misma.

9. EL PAPEL DESTACADO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL COMO ENTIDADES DE INTERMEDIACIÓN EN EL MODELO ESPAÑOL

Las empresas de trabajo temporal asumen un protagonismo evidente dentro del mercado laboral. No en vano, la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas solo puede efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, en los términos previstos en su normativa específica, como dispone el artículo 43.1 del ET. La empresa de trabajo temporal es aquella cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados (artículo 1.1.º de la Ley 14/1994, de 1 de junio, «por la que se regulan las empresas de trabajo temporal» –en adelante LETT–). Si bien las empresas de trabajo temporal están facultadas asimismo para actuar como agencias de colocación, siempre que cumplan los requisitos exigidos para ello y actúen según su normativa. Al igual que pueden también desarrollar actividades de formación para la cualificación profesional, el asesoramiento y la consultoría en el ámbito de recursos humanos.

Semejante versatilidad justifica el deber de las empresas de trabajo temporal de informar a los trabajadores y a las empresas clientes si su actuación lo es como empresa de trabajo temporal o en el ejercicio de cualquiera de las actividades citadas (artículo 1.2.º y 3.º de la LETT). Sea como fuere, corresponde a la jurisdicción social la competencia para solventar los litigios que

puedan suscitarse entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de puesta a disposición (artículo 2.a) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, «reguladora de la jurisdicción social» –en adelante LRJS–). Mientras que la jurisdicción civil es la competente para conocer los conflictos que puedan surgir entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria.

Las empresas de trabajo temporal ejercen así un papel destacado como entidades de intermediación dentro del sistema español, configurado al modo que se ha visto en los epígrafes anteriores, desde su contextualización con el resto de entidades que interactúan alrededor de la intermediación, considerando lo dispuesto en el artículo 41.1.b) de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, «de Empleo», cuando, dentro de los agentes de la intermediación, señala a «a las agencias de colocación, sean agencias de colocación propiamente dichas o agencias especializadas en la recolocación o en la selección de personal». Ausente ahora, por tanto, de la regulación actual contenida en el Texto legal citado, una mención explícita a las empresas de trabajo temporal, en contraposición con la alusión expresa de las mismas que sí contenía el derogado TRLE. Concretamente, el artículo 33.2, en relación con el deber de presentar con carácter previo una declaración responsable por parte de las personas físicas o jurídicas, incluidas las empresas de trabajo temporal, que desearan actuar como agencias de colocación. Y el artículo 33.6, facultando a las empresas de trabajo temporal para actuar como agencias de colocación, siempre y cuando observaran lo establecido para ellas en el TRLE y sus disposiciones de desarrollo, incluida la obligación de garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios. Referencias específicas a las empresas de trabajo temporal, bajo esa concreta denominación, que no aparecen, por lo demás, en ningún pasaje de la nueva Ley 3/2023, citada.

Sea como fuere, entendemos que semejante circunstancia no desmiente en cualquier caso la idoneidad de incluir un apartado sobre las empresas de trabajo temporal, como aproximación a la configuración básica de las mismas, en orden a los requisitos para actuar como empresa de trabajo temporal; el contrato de puesta a disposición; las relaciones laborales en la empresa de trabajo temporal, con menciones a la forma y duración del contrato, seguidas de los derechos y obligaciones de las partes; la relación del trabajador con la empresa usuaria, con mención separada de las obligaciones de la empresa, junto con los derechos de los trabajadores; el régimen de infracciones y sanciones, con distinción entre la empresa de trabajo temporal y empresas usuarias; la seguridad y salud; y la actividad transnacional.

En relación con los requisitos para actuar como empresa de trabajo temporal, cabe distinguir dos posibilidades. En primer lugar, las empresas de tra-

bajo temporal que ya disponían de autorización provisional o definitiva vigente a 5-7-2014, habilitadas para seguir desarrollando su actividad como empresa de trabajo temporal por tiempo ilimitado y en todo el territorio nacional, con sujeción a lo establecido en la normativa reguladora (LETT), sin necesidad de nueva autorización. En este caso, la autoridad laboral competente es la que haya concedido dicha autorización inicial o, en caso de que esta hubiera sido objeto de ampliación o reducción, la que hubiera concedido la última autorización. En segundo lugar, las personas físicas o jurídicas que, sin estar en el supuesto anterior, pretendan realizar la actividad propia de las empresas de trabajo temporal, pudiendo hacerlo mediante la obtención de una autorización administrativa previa, que es única, con eficacia en todo el territorio nacional y cuya concesión carece de límite temporal.

A partir de esta distinción preliminar, las condiciones que deben observar las empresas de trabajo temporal para su actuación, son las siguientes: a) Disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador en relación con el objeto social; particularmente en lo que se refiere a la selección de los trabajadores, su formación y las restantes obligaciones laborales. A cuyos efectos se establecen distintos criterios de valoración, como la dimensión de la empresa, el equipamiento de los centros, el número, dedicación, cualificación y estabilidad de los trabajadores (artículo 2.3 de la LETT); al tiempo que debe contar asimismo con una plantilla de un mínimo de 12 trabajadores o el número que corresponda proporcionalmente por cada 1.000 trabajadores o fracción contratados en el año inmediatamente anterior, debiendo dividirse el número de días totales de puesta a disposición del conjunto de los trabajadores cedidos por 365, mientras que para el caso de que el número de trabajadores cedidos, computados de dicha forma, sea superior a 5.000, la empresa habrá de tener una plantilla mínima de 60 trabajadores; advertido también que los contratos de este número mínimo de trabajadores deben ser de carácter indefinido, a tiempo completo o parcial, con obligación también de mantener estos contratos durante todo el tiempo que dure la actividad de la empresa de trabajo temporal, adaptándolos anualmente a la evolución del número de contratos gestionados; b) Dedicarse de manera exclusiva a la actividad constitutiva de la empresa de trabajo temporal, sin perjuicio de las otras actividades que, como se ha señalado, pueden desarrollar de forma no fundamental; c) Carecer de obligaciones pendientes de carácter fiscal o de Seguridad Social; d) Garantizar el cumplimiento de las obligaciones salariales, indemnizatorias y para con la Seguridad Social; e) No haber sido sancionada con suspensión de actividades en dos o más ocasiones; f) Incluir en su denominación los términos «empresa de trabajo temporal» o su abreviatura ETT.

Por su parte, vinculado directamente con la autorización, su concesión corresponde al órgano competente de las Comunidades Autónomas donde radique su centro de trabajo, previo informe preceptivo y no vinculante de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Mientras que la solicitud debe resolverse en el plazo de un mes. Y, a falta de resolución expresa en dicho plazo, se entiende estimada por aplicación del silencio administrativo positivo. La autorización expira cuando se deje de realizar la actividad durante un año ininterrumpido, si bien la autoridad laboral está facultada para iniciar procedimiento de oficio para extinguir dicha autorización cuando la empresa de trabajo temporal deje de cumplir alguno de los requisitos enumerados. Advertido que, cuando se carece de autorización para actuar como empresa de trabajo temporal, resultan de aplicación las reglas de la cesión ilegal.

Abundando en los efectos del incumplimiento de los requisitos, con la referencia de lo dispuesto en el artículo 2.7 de la LETT, corresponde a la empresa de trabajo temporal el mantenimiento de una estructura organizativa que responda a las características que se valoraron para conceder la autorización, junto con la actualización anual de la garantía financiera. Y, para el supuesto de apreciarse por la autoridad laboral el incumplimiento de los requisitos enumerados, como se señalaba anteriormente, puede iniciar de oficio el procedimiento de extinción de la autorización, siguiendo por su orden los trámites correspondientes, en alusión a la notificación a la empresa de trabajo temporal de la apertura del procedimiento para que presente sus alegaciones; solicitud de informe, preceptivo y no vinculante, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; solicitud de informe a los representantes de los trabajadores de la empresa de trabajo temporal. Y, cuando el incumplimiento quede acreditado, la resolución debe declarar la extinción de la autorización, especificando las carencias o deficiencias que la justifican. De modo que la reanudación de la actividad de la empresa de trabajo temporal precisa de una nueva autorización.

Por lo que respecta a la garantía financiera, con la referencia del artículo 3 de la LETT y el artículo 8.s) del Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, «por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal» –en adelante, RETT–, las empresas de trabajo temporal están obligadas a constituir una garantía financiera a disposición de la autoridad laboral que concedió la autorización, la cual puede consistir en: a) Depósito en dinero efectivo o en valores públicos en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales; b) Aval o fianza de carácter solidario prestado por un banco, caja de ahorros, cooperativa de crédito, sociedad de garantía recíproca o mediante póliza de seguros contratada al efecto. Si bien, respecto del montante de dicha garantía, hay que

distinguir diferentes periodos, de forma que, para la obtención de la autorización y durante el primer año de ejercicio, la garantía debe alcanzar un importe igual a 25 veces el SMI en cómputo anual vigente en ese momento. Y, para los ejercicios subsiguientes, dicha garantía debe alcanzar un importe igual al 10 por 100 de la masa salarial del ejercicio económico inmediato anterior, sin que en ningún caso dicho importe pueda ser inferior al indicado en el párrafo anterior (tomando siempre en consideración la cuantía del SMI vigente en cada momento), con obligación para la empresa de trabajo temporal de actualizar anualmente la garantía financiera según los términos vistos, en tanto desarrolle su actividad. Garantía que responde de las deudas de la empresa de trabajo temporal por indemnizaciones de tipo salarial o las de Seguridad Social, cuya ejecución puede ser solicitada por el trabajador afectado cuando tales deudas están pendientes de pago, por insolvencia o concurso de acreedores de los empresarios, una vez que las mismas hayan sido reconocidas o fijadas en acto de conciliación, resolución judicial firme o mediante certificación de descubierto expedida por la Dirección Provincial de la TGSS (artículo 10.1 del RETT), a cuyos efectos deberá presentar la documentación correspondiente. Mientras que corresponderá devolver la garantía cuando la empresa de trabajo temporal cese en su actividad y no tenga obligaciones indemnizatorias, salariales o de Seguridad Social pendientes, circunstancias éstas que han de acreditarse ante la autoridad laboral competente (artículo 11 del RETT).

Por su parte, en relación con el registro, conforme refieren los artículos 4 de la LETT y los artículos 12 a 14 del RETT, constituye un deber de la autoridad laboral autorizante llevar un Registro de empresas de trabajo temporal, donde se inscriben las empresas autorizadas, haciendo constar los datos relativos a la identificación de la empresa de trabajo temporal, nombre de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, domicilio y número de autorización administrativa, así como si la empresa de trabajo temporal actúa también como agencia de colocación. De igual modo que, en ese mismo Registro, se inscribe asimismo la suspensión de actividades acordada por la autoridad laboral y su cese en la condición de empresa de trabajo temporal. Adicionalmente, los datos de todos los registros deben incorporarse a una base de datos cuya gestión, en soporte electrónico, corresponde a la Dirección General de Trabajo del MTES. En definitiva, la inscripción de la empresa de trabajo temporal resulta relevante, una vez que tanto en la publicidad como en las ofertas de empleo que efectúe, habrá de hacer constar su identificación como empresa de trabajo temporal, así como el número de autorización administrativa y autoridad que la haya concedido.

El listado de cautelas enumeradas en relación con las empresas de trabajo temporal se completa con las obligaciones de información a la autoridad laboral, como señala el artículo 5 de la LETT, con el deber de la empresa de trabajo temporal de remitir a la autoridad laboral que la ha autorizado, al modo que se establezca reglamentariamente, una relación de los contratos de puesta a disposición celebrados, según el modelo oficial establecido (OMESS/1680/2015 Anexo III); así como los datos relativos a la masa salarial del ejercicio económico inmediato anterior. Además del deber de la empresa de trabajo temporal de informar a la autoridad laboral sobre cualquier cambio de titularidad, apertura y cierre de centros de trabajo y cese de la actividad.

El conjunto de requisitos analizados, con el recorrido que se ha visto, evidencian la determinación y el rigor del legislador a la hora de regular la actuación de las empresas de trabajo temporal. Un nivel de exigencia adecuado seguramente al papel importante que asumen las empresas de trabajo temporal dentro del ordenamiento jurídico y su proyección en el mercado laboral. Previsiones que se completan, a su vez, con lo dispuesto para el contrato de puesta a disposición, con las referencias de los artículos 6 a 9 de la LETT; el artículo 2.s) del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, «sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal»; y el artículo 15 del RETT. Junto con la regulación de las relaciones laborales en la empresa de trabajo temporal, por alusión a dos materias básicas objeto de atención expresa, como son, primero, la forma y duración del contrato (artículo 10 de la LETT –en su redacción según el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, «de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo–»; artículo 16.1 del ET, en su redacción según el Real Decreto-Ley 32/2021; y artículo 16 del RETT); y después, los derechos y obligaciones de las partes (artículo 1.1 de la LETT; y artículo 28 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales –en adelante LPRL–). Además de regular asimismo la relación del trabajador con la empresa usuaria, sobre dos aspectos, básicos también, en orden primero a las obligaciones de la empresa usuaria (artículo 16 de la LETT; artículo 28.5 de la LPRL; artículo 42.3 de Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social –en adelante LISOS–; y artículos 4 y 5 del Real Decreto 216/1999); seguido de los derechos de los trabajadores, en segundo lugar (artículos 9 y 17 de la LETT).

Por su parte, en relación con el régimen de infracciones y sanciones, son sujetos responsables de las acciones u omisiones contrarias a la LISOS las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias respecto de las obligaciones que se establecen para unas y otras en su legislación específica y en la de pre-

vencción de riesgos laborales (artículo 2.7 de la LISOS). Advertido que, con carácter general, la reincidencia de la ETT en la comisión de infracciones tipificadas como muy graves puede dar lugar a la suspensión de actividades durante un año. Y, para el supuesto de que la empresa de trabajo temporal estuviera establecida en otro Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, la reincidencia en tales infracciones puede dar lugar a la prohibición de la puesta a disposición de trabajadores a empresas usuarias que estén en España durante un año o de forma indefinida si la sanción se impone en dos ocasiones, siendo en ese caso competente el titular del MTES o autoridad equivalente (artículo 41 de la LISOS, según su redacción por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, «de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores»). Cuando el expediente sancionador lleve aparejada la propuesta de suspensión de actividades, es competente para resolver el MTES o la autoridad equivalente de las Comunidades Autónomas con competencia de ejecución en materia laboral. Mientras que, transcurrido el plazo de suspensión, la empresa de trabajo temporal debe solicitar nuevamente autorización administrativa que la habilite para el ejercicio de la actividad. De otro lado, respecto a las infracciones de las empresas usuarias, tienen igualmente tipificado su régimen de infracciones y sanciones en el artículo 19 de la LISOS –redacción según el Real Decreto-Ley 32/2021–.

Sobre la materia de seguridad y salud, las disposiciones específicas mínimas de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores contratados por las empresas de trabajo temporal para ser puestos a disposición de empresas usuarias persiguen un doble objetivo. En primer lugar, garantizar a estos trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación, el mismo nivel de protección que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios. En segundo lugar, determinar las actividades y trabajos en los que, por razón de su especial peligrosidad, no pueden ser celebrados contratos de puesta a disposición.

En este sentido también, en relación con la organización de las actividades preventivas en la empresa de trabajo temporal y en la empresa usuaria, conforme señala el artículo 6.s) del Real Decreto 216/1999, las empresas deben organizar sus recursos para el desarrollo de las actividades preventivas en relación con sus trabajadores, incluidos los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de empresas usuarias, asumiendo personalmente tal actividad; designando a uno o varios trabajadores para llevarla a cabo; constitu-

yendo un servicio de prevención propio; y recurriendo a un servicio de prevención ajeno. Por su parte, las empresas usuarias deben contabilizar el promedio mensual de trabajadores puestos a su disposición por ETT en los últimos 12 meses, con el fin de determinar los medios, recursos y modalidades de organización de sus actividades de prevención conforme a lo dispuesto en dicha norma. Advertido que, sin perjuicio de las funciones y responsabilidades de la empresa de trabajo temporal en la organización de las actividades preventivas, los trabajadores puestos a disposición pueden dirigirse en todo momento a los trabajadores designados o a los servicios de prevención existentes en la empresa usuaria, en igualdad de condiciones que los restantes trabajadores de la misma. De igual forma que corresponde a los trabajadores designados o, en su caso, a los servicios de prevención de la empresa de trabajo temporal y de la empresa usuaria, coordinar sus actividades, a fin de garantizar una protección adecuada de la salud y seguridad de los trabajadores puestos a disposición.

Finalmente, respecto a la actividad transnacional de las empresas de trabajo temporal, materia que regulan los artículos 22, 23 y 26 de la LETT –en su redacción según el Real Decreto-Ley 7/2021–, la actividad transnacional de las empresas de trabajo temporal aparece regulada en un doble sentido, primero, para el desplazamiento de trabajadores de la empresa de trabajo temporal de la Unión Europea o el Espacio Económico Europeo hacia España; y, en segundo lugar, para el desplazamiento de trabajadores de la empresa de trabajo temporal hacia la Unión Europea o el Espacio Económico Europeo. En el primer supuesto, el cuadro de infracciones administrativas en que pueden incurrir estas empresas de trabajo temporal y las sanciones correspondientes se contienen en los artículos 19 bis y 40 de la LISOS –redacción según el Real Decreto-Ley 32/2021–; la disposición transitoria 9.^a del Real Decreto-Ley 32/2021; y la disposición transitoria 2.^a de la Ley 10/2021, de 9 de julio, «de trabajo a distancia». Advertido también que la reincidencia de las empresas de trabajo temporal establecidas en otros Estados miembros de la Unión Europea o Espacio Económico Europeo en la comisión de infracciones tipificadas como muy graves puede dar lugar a la prohibición, durante un año, de la puesta a disposición de trabajadores a empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España o, si dicha sanción se impone en dos ocasiones, por tiempo indefinido (artículo 41.1 de la LISOS –redacción según el Real Decreto-Ley 7/2021–). Mientras que, para el caso de que el expediente sancionador lleve aparejada esta propuesta de prohibición, es competente para resolver el MTES o autoridad equivalente en las Comunidades Autónomas con competencia de ejecución de la legislación laboral. Por su parte, el cuadro de infracciones en que pueden incurrir las empresas usuarias establecidas en otros

Estados de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo que envían temporalmente a España a trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal para realizar un trabajo en el marco de una prestación de servicios transnacional, y las sanciones correspondientes, aparece regulado en los artículos 19 ter, 19 quater y 40 de la LISOS –todos, en su redacción según el Real Decreto-Ley 32/2021–, junto con la disposición transitoria 9.^a del Real Decreto-Ley 32/2021, y la disposición transitoria 2.^a de la Ley 10/2021.

Por lo que se refiere a la actividad de empresas de trabajo temporal en la Unión Europea o Espacio Económico Europeo, conforme regula en el artículo 26 de la LETT –redacción según el Real Decreto-Ley 7/2021–, las empresas que dispongan de autorización administrativa pueden poner a sus trabajadores a disposición de empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en otros Estados de la Unión Europea o Espacio Económico Europeo, en los términos previstos en la legislación de aquellos y en la LETT. En cualquier caso, las empresas de trabajo temporal españolas deben garantizar a sus trabajadores el estatuto mínimo de condiciones de trabajo previsto en el país de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, «sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios». Del mismo modo que, a partir del 30 de julio de 2020, los Estados miembros han de garantizar a los trabajadores desplazados las condiciones de trabajo que se aplican a los trabajadores cedidos internamente (artículo 5 de la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, «relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal»).

De otro lado, cuando son las empresas usuarias españolas las que envían temporalmente a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal españolas o de otros Estados de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo para realizar un trabajo en el marco de una prestación de servicios transnacional, conforme señala el artículo 23.2 de la LETT –en su redacción según el Real Decreto-Ley 7/2021–, están obligadas, en primer lugar, a indicar en el contrato de puesta a disposición las fechas estimadas de inicio y finalización del envío de los trabajadores, en el momento de su firma o mediante adenda posterior si el envío es sobrevenido; y, en segundo lugar, a informar a la empresa de trabajo temporal sobre el inicio del envío, con antelación suficiente para que esta pueda comunicar el desplazamiento al Estado al que es enviado el trabajador, dentro del plazo que tal Estado prevé. De forma que constituye una infracción grave de la empresa usuaria no informar a la empresa de trabajo temporal establecida en otro Estado miembro de la Unión Eu-

ropea o del Espacio Económico Europeo sobre el inicio del envío temporal de una persona trabajadora desplazada a España, con antelación suficiente para que pueda comunicar el desplazamiento a las autoridades españolas (artículo 19 quater de la LISOS).

10. INFLUENCIA DE LOS INSTRUMENTOS DE LA OIT RELACIONADOS CON LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La tradición que revela la OIT en la apuesta por la intermediación, con esa regulación aquilatada en materia de agencias de empleo privadas, pero no solo, según el recorrido que se ha visto, tiene continuidad en el ámbito de la Unión Europea con un instrumento relativamente reciente en el tiempo, el Reglamento (UE) 2016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2016, «relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo y por el que se modifican los Reglamentos (UE) núm. 492/2011 y (UE) núm. 1296/2013», cuyo objetivo declarado consiste en establecer un marco de cooperación para facilitar el ejercicio de la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión, de conformidad con el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –en adelante, TFUE–, consciente de la función tradicional de EURES, desde su inicio en 1994, como red de cooperación entre la Comisión y los servicios públicos de empleo, para facilitar información, asesoramiento y contratación o colocación a los trabajadores y empresarios, así como a cualquier ciudadano de la Unión que desee beneficiarse del principio de la libre circulación de trabajadores, a través de su red humana y de las herramientas disponibles en el portal europeo de la movilidad profesional (portal EURES).

Propósito coherente con la interdependencia creciente que existe entre los mercados de trabajo y las exigencias que ello comporta a efectos de una mayor colaboración entre los servicios de empleo. En línea también con la aparición de toda una serie de servicios de empleo. De manera que cualquier organización, incluidos los servicios de empleo públicos o privados o los del tercer sector, que se comprometa a cumplir todos los criterios y a secundar las funciones que incorpora el Reglamento de referencia debe poder convertirse en miembro de EURES. Del mismo modo que, si bien determinadas organizaciones podrían no estar en condiciones de llevar a cabo la gama completa de funciones del Reglamento, pero que cuentan con potencial importante, deben

tener oportunidad de convertirse en socios de EURES. Aunque esa admisión excepcional ha de otorgarse únicamente en casos justificados, por alusión a cuestiones como el pequeño tamaño del solicitante, sus recursos financieros limitados, cuando no lleve a cabo todas las funciones exigidas, o por tratarse de una organización sin ánimo de lucro. En contraste con los servicios públicos de empleo que, por su posición privilegiada, deben ser designados por los Estados miembros como miembros de EURES, sin tener que pasar por el procedimiento de admisión. Además, con independencia de esta excepción, la implementación de criterios mínimos comunes para admitir a las organizaciones a la red EURES deben incluir la exigencia de que dichas organizaciones se comprometan a respetar plenamente las normas laborales y los requisitos legales aplicables, con una mención particular al principio de no discriminación.

De igual forma que corresponde a los Estados miembros la supervisión de las actividades de las organizaciones admitidas en la red EURES, adoptando las medidas adecuadas para garantizar su cumplimiento óptimo, en función de los datos facilitados por dichas organizaciones, junto con otras medidas de control y auditoría, como controles aleatorios. Sumado a la vocación destacada de cooperación de la red EURES con otros organismos, servicios y redes de la Unión, siempre con la temática del empleo, como la red europea de organismos nacionales para la igualdad (Equinet), el portal «Tu Europa», el portal Europeo de la Juventud y Solvit, además de la cooperación deseable con los organismos encargados de la coordinación de la Seguridad Social. Y la creación de una plataforma informática común, con todas las ventajas inherentes a semejante iniciativa, a efectos de la consecución de un equilibrio en los mercados de trabajo de la Unión, y su contribución al aumento del empleo en dicho ámbito. A salvo el derecho de los trabajadores para restringir en cada momento el acceso a sus datos o a determinados atributos.

Advertido no obstante que la obligación legal de garantizar la calidad intrínseca y técnica de la información, específicamente respecto de los datos sobre ofertas de empleo, incumbe a las organizaciones que comunican dichos datos, con arreglo al Derecho y a las normas establecidas por los Estados miembros. Cautelas que deberían ser compatibles en todo caso con la accesibilidad de dichos datos al público, de modo que los mismos puedan ser tratados como parte de los servicios de contratación y colocación que se ofrezcan. A todo ello ayuda también la elaboración por la Comisión de una clasificación europea de capacidades/competencias, cualificaciones y ocupaciones, bajo la denominación de «la clasificación europea». Presente igualmente el deber de establecer principios y normas respecto a la disponibilidad de los servicios de apoyo en el territorio de cada uno de los Estados miembros. Con evitación de

cualquier tipo de discriminación por motivos de nacionalidad, sexo, origen racial o étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.

La asunción del deber de garantizar el acceso de todos los trabajadores interesados a información general sobre las posibilidades de empleo y las condiciones de vida y de trabajo en otro Estado miembro, junto con la asistencia básica en la redacción de *curriculum vitae*, se completa con la necesidad de acceder a ayudas más individualizadas según los usos nacionales, incluyendo servicios como la selección de ofertas de empleo adecuadas, la ayuda en la redacción de demandas de empleo y de *curriculum vitae*, así como la obtención de aclaraciones sobre ofertas de empleo específicas en otros Estados miembros. Por más que los servicios de ayuda se dirigen también hacia los empresarios, de cara a la búsqueda de un candidato idóneo en otro Estado miembro. Presente siempre la idea de lo beneficioso que resulta un conocimiento profundo de la demanda de mano de obra en relación con las ocupaciones, los sectores y las necesidades de los empresarios. Si bien se valida una diferencia de tratamiento entre los servicios de apoyo a los trabajadores, vinculados al ejercicio de su libertad fundamental de circulación con arreglo al Derecho de la Unión, que deben ser gratuitos, por contraste con los servicios de apoyo a los empleadores, con posibilidad de estar sujetos al pago de una tasa, de conformidad con la legislación y las prácticas nacionales. Sin perder de vista, también, la especial atención que precisan los trabajadores fronterizos, por tener que hacer frente a prácticas y sistemas jurídicos nacionales diferentes. Y sin obviar la necesidad de preservar la transparencia de los mercados de trabajo y la adecuada puesta en correspondencia de las capacidades –incluida la de capacidades y cualificaciones con las necesidades del mercado de trabajo–, como condiciones previas para la movilidad laboral dentro de la Unión.

La suma de propósitos enumerados da lugar a un Reglamento (UE) 2016/589 estructurado a partir de un Capítulo I sobre Disposiciones generales (artículos 1 a 4), dedicado por su orden al objeto (artículo 1); ámbito de aplicación (artículo 2); definiciones (artículo 3); y accesibilidad (artículo 4). Un Capítulo II sobre restablecimiento de la red EURES (artículo 5 a 16), en alusión al restablecimiento de la red EURES (artículo 5); objetivos de la red EURES (artículo 6); composición de la red EURES (artículo 7); responsabilidades de la Oficina Europea de Coordinación (artículo 8); responsabilidades de las ONC (artículo 9); designación de los servicios públicos de empleo como miembros de EURES (artículo 10); admisión como miembros de EURES (que no sean servicios públicos de empleo) y como socios de EURES (artículo 11); responsabilidades de los miembros y de los socios de EURES (artículo 12); responsabilidades conjuntas (artículo 13); grupo de Coordinación (artículo 14); identidad común y

marca registrada (artículo 15); y cooperación y otras medidas (artículo 16). El Capítulo III regula la Plataforma Informática Común (artículos 17 a 20), por alusión a cuestiones como la organización de la plataforma informática común (artículo 17); acceso a la plataforma informática común a escala nacional (artículo 18); puesta en correspondencia automatizada a través de la plataforma informática común (artículo 19); y mecanismo para facilitar el acceso a los trabajadores y los empleadores (artículo 20). El Capítulo IV se dedica a los Servicios de Apoyo (artículos 21 a 28), donde tienen cabida cuestiones relacionadas con los principios (artículo 21); acceso a información básica (artículo 22); servicio de apoyo a los trabajadores (artículo 23); servicios de apoyo a los empresarios (artículo 24); asistencia posterior a la contratación (artículo 25); facilitar el acceso a la información en materia de fiscalidad, aspectos relativos al contrato de trabajo, derechos de pensión, seguro de enfermedad, seguridad social y medidas activas del mercado de trabajo (artículo 26); servicios de apoyo en regiones fronterizas (artículo 27); y acceso a las medidas activas del mercado de trabajo (artículo 28). El Capítulo V se refiere al Intercambio de Información y Ciclo de Programación (artículos 29 a 33), con mención al intercambio de información sobre los flujos y las tendencias (artículo 29); intercambio de información entre Estados miembros (artículo 30); programación (artículo 31); recogida y análisis de datos (artículo 32); e informe sobre las actividades de EURES (artículo 33). Para concluir, el Capítulo VI sobre Cuestiones Finales, se refiere a protección de los datos de carácter personal (artículo 34); evaluación a posteriori (artículo 35); ejercicio de la delegación (artículo 36); procedimiento de comité (artículo 37); modificaciones del Reglamento (UE) núm. 1296/2013 (artículo 38); modificaciones del Reglamento (UE) núm. 492/2011 (artículo 39); disposiciones transitorias (artículo 40); y entrada en vigor (artículo 41).

A partir de aquí, con la mirada puesta en el ordenamiento español, el Reglamento (UE) 2016/589 ha tenido continuidad en el Real Decreto 207/2019, de 29 de marzo, «por el que se regula el sistema nacional de admisión de miembros y socios de la Red EURES en España» (BOE 30.03.2019). Texto que nace con el propósito declarado de ahondar en una mejor colaboración entre agentes públicos y privados, con el consiguiente incremento de la eficacia de la intermediación en el ámbito de la Red EURES, proporcionando a los trabajadores un empleo adecuado a sus características, junto con la facilitación a los empleadores de los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades. Bajo esa premisa, el Capítulo I sobre Cuestiones Generales (artículo 1 a 5), alude al objeto (artículo 1); definición de los miembros y los socios de EURES en España (artículo 2); autorización de miembros o de socios de EURES en España, que no sean servicios públicos de empleo (artículo 3);

Oficina Nacional de Coordinación de la Red EURES en España (artículo 4); y los servicios públicos de empleo como miembros de EURES en España (artículo 5). El Capítulo II, con la rúbrica de «Régimen de funcionamiento y desarrollo de la actividad» (artículos 6 a 10), se refiere a régimen jurídico (artículo 6); gratuidad de la prestación de servicios EURES (artículo 7); obligaciones de los miembros y los socios de EURES en función de las tareas a desarrollar (artículo 8); Espacio EURES de los miembros y socios de EURES en España en el Sistema de Información de los servicios públicos de empleo (artículo 9); y seguimiento y análisis (artículo 10). Para concluir, el Capítulo III sobre «Procedimiento para la concesión de autorización, conversión de socio a miembro o viceversa y extinción de la autorización de la condición de miembros y socios de EURES en España» (artículos 11 a 17), regula la iniciación del procedimiento (artículo 11); instrucción del procedimiento (artículo 12); requisitos (artículo 13); terminación del procedimiento (artículo 14); vigencia de la autorización (artículo 15); conversión de socio a miembro o viceversa (artículo 16); y revocación de la autorización (artículo 17).

11. VALORACIÓN CONCLUSIVA

El conjunto de cuestiones analizadas a lo largo de nuestro estudio parte de una premisa inicial en orden a que el déficit de empleo, entendido como mayor número de personas dispuestas a trabajar que volumen de puestos de trabajo disponibles, constituye una variable de presencia recurrente en el tiempo, aunque con diversos grados de intensidad según la coyuntura de cada momento. A partir de esta realidad incuestionable, las funciones de intermediación han tenido una consolidada tradición de utilidad, por su contribución a reducir –nunca eliminar del todo– esa distancia estructural que separa oferta y demanda de trabajo, con extensión de ese mismo protagonismo hacia los distintos actores encargados de realizarlas. En este contexto, las agencias de empleo suponen una manifestación relevante dentro de esa labor de intermediación, hacia la configuración de un mercado laboral más eficiente, comprometidas con esa aspiración difícil que anhela casar oferta y demanda de trabajo.

La OIT atesora una amplia trayectoria en la toma de conciencia sobre todas esas realidades, como acreditan los distintos instrumentos implementados a lo largo del tiempo hasta la actualidad. En este sentido, los primeros convenios de la OIT (Convenio de la OIT núm. 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933; y Convenio de la OIT núm. 96 sobre las agencias retribuidas de colocación –revisado–, de 1949) resultan ilustrativos para com-

probar la evolución que ha tenido la propia regulación de la OIT en la materia, hasta llegar a su regulación actual, en alusión al Convenio de la OIT núm. 181 sobre las agencias de empleo privadas, de 1997, y la Recomendación de la OIT núm. 188 sobre agencias de empleo privadas, de 1997. De igual modo que, con el bagaje que ofrece esa base comparativa, el examen de estos últimos instrumentos de la OIT citados (Convenio de la OIT núm. 181 y Recomendación núm. 188) constituyen, a su vez, un referente obligado para valorar la influencia de la legislación de la OIT en los distintos ordenamientos nacionales, incluido el sistema español, razones al margen, sea por convicción sea por elemental pragmatismo. No en vano, el reconocimiento sobre la utilidad de la intermediación en el mercado laboral tiene su expresión natural, en efecto, en los distintos sistemas nacionales, con un protagonismo destacado, por lo que respecta al modelo español, de los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación y las empresas de trabajo temporal. Caracterización ésta que, matizaciones al margen, confirma también en sus rasgos básicos la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, «de Empleo», como se ha tenido ocasión de examinar en los epígrafes anteriores.

En el ámbito de la Unión Europea se ha tomado conciencia asimismo acerca de la impotencia estructural del mercado de trabajo para absorber toda la demanda de trabajo existente, poniendo atención en la implementación de mecanismos que contribuyan a homogeneizar el mercado laboral a nivel internacional, como el EURES. De forma que la dimensión ampliada del espacio, hasta ese nivel europeo, actúe como una ventaja y no como un inconveniente para la consecución de un mercado laboral accesible y dinámico, coherente con esa aspiración perenne de acercar las dimensiones respectivas de oferta y demanda de trabajo. Advertido que, cuanto más complicado resulte la equiparación entre esas variables, mayor importancia asumirán implícitamente los distintos mecanismos de intermediación dispuestos para la consecución de semejante propósito. Por más que dicha finalidad, loable, no puede derivar tampoco en una admisión indiscriminada de actores, sin el cumplimiento de determinadas garantías mínimas. El reto está, entonces, en la conjunción adecuada de todas esas sinergias enumeradas que confluyen.

Las distintas cuestiones citadas, en alusión a esa concepción del empleo como un bien escaso, la importancia manifiesta de la intermediación, o la necesidad de preservar un régimen de garantías mínimas de observancia obligatoria por los distintos actores facultados para interactuar en el mercado laboral, junto con otros factores de heterogénea condición que puedan concurrir, comparten la nota común de asumir una proyección a largo plazo para la consecución de sus propósitos. Afirmación que no supone necesariamente un des-

doro, más bien al contrario. En este sentido, la contribución de la OIT en materia de las agencias de empleo, con esa relación de instrumentos analizados (Convenio de la OIT núm. 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933; Convenio de la OIT núm. 96 sobre las agencias retribuidas de colocación –revisado–, de 1949; Convenio de la OIT núm. 181 sobre las agencias de empleo privadas, de 1997; y Recomendación de la OIT núm. 188 sobre agencias de empleo privadas, de 1997) revela una evolución positiva. Advertido no obstante que, en materia de empleo, no existen soluciones mágicas, tampoco por tanto respecto de las que puedan implementarse alrededor de las agencias de empleo. Máxime, cuando se trata de la OIT, con su caracterización particular, afanada en componer, en este caso con la referencia de las agencias de empleo, un régimen imperativo de garantía de mínimos, sumado después a su función impulsora o promocional con proyección hacia los distintos sistemas nacionales.

Presente siempre la idea de que la necesidad de incorporar actores para la intermediación en el mercado laboral no puede hacerse a costa de obviar un nivel básico de exigencias, tratando de que su actuación en el mercado laboral contribuya a preservar, como no podía ser de otra manera, el estatus del trabajador. Una situación más devaluada todavía cuando la persona se enfrenta al reto que supone buscar empleo, a modo de «trabajador potencial», que todavía no lo es pero que aspira a serlo. De forma que la actuación de las agencias de empleo, bajo cualquiera de sus manifestaciones posibles, precisa de una combinación equilibrada entre todas esas variables analizadas, a medio camino entre necesidad y garantías, con reflejo en su caracterización respectiva, tanto a nivel de ordenamientos nacionales –incluido el español– como en el ámbito de la Unión Europea. Por mucho que la realidad inherente al mercado laboral, con esa carencia perenne de empleo, condiciona como no podía ser de otra manera, la dinámica y la regulación de la práctica totalidad de instituciones que componen el Derecho del Trabajo, obligado continuamente a reequilibrar la posición natural de debilidad del trabajador frente al empresario, tanto más en un escenario de sempiterna precariedad, cuyo primer avance consiste, precisamente, en contribuir a la propia existencia del empleo.

12. BIBLIOGRAFÍA

ALEJANDRO, S. J., «Agencias retribuidas de colocación: reglamentación de un Convenio de la OIT de 1949», *Derecho del Trabajo*, Vol. 63, núm. 1, 2003, pp. 19-36.

- ALUJAS RUIZ, J. A., «El alcance de la política de colocación en España», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 422, 2018, pp. 117-142.
- «Efectos de la pandemia sobre la intermediación laboral en España: análisis de las diferencias respecto al inicio de la crisis de 2008», *Temas Laborales*, núm. 164, pp. 161-184.
- ARCIDIACONO, D., «@@@Lavoratori Cercasi: un’analisi della domanda di lavoro on line ai tempi dell’e-recruitment», *Sociologia del lavoro*, núm. 149, 2018, págs.134-155.
- AUVERGNON, P., «On labour market intermediation in France», *European labour law journal*, Vol. 2, núm. 4, 2011, pp. 323-355.
- BALLESTER PASTOR, I., «Ajustes estructurales y asunción de compromisos internacionales en la reforma de la reglamentación de las agencias de colocación: desafíos pendientes para España», *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2014, pp. 15-42.
- «Asunción por España de los Convenios de la OIT en materia de empleo y colocación: ¿una meta realizable?», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 117, 2015, pp. 155-183.
- BARBIER, J. C., «Marché du travail: organiser les intermédiaires?», *Droit Social*, núm. 3, 2018, pp. 290-292.
- BASCÓN MARÍN, J., «Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Vol. 7, núm. especial, 2019, pp. 841-862.
- BENAVENTE TORRES, M.^a I., «La intermediación laboral en España», AA. VV.: *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 67-98.
- BIASI, M., «L’arrêt KG e la temporaneità del lavoro somministrato: essere o Dover essere?», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Vol. 43, núm. 170, 2, 2021, pp. 301-324.
- CABEZA PEREIRO, J., «La normativa y la política de la OIT sobre el empleo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 434, 2019, pp. 97-121.
- CALVO GALLEGO, F. J., «Las competencias autonómicas en materia de empleo, agencias de colocación y empresas de trabajo temporal: en especial, la experiencia andaluza», *Temas Laborales*, núm. 160, 2021, pp. 43-90.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., «El convenio núm. 181 de la OIT sobre agencias de empleo privadas (1997) y su incidencia en el sistema español de colocación», *Aranzadi Social*, núm. 7, 2000, pp. 9-25.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «La intermediación laboral digital: estado de la cuestión», AA. VV.: *Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 335-396.
- «Intermediación laboral digital y discriminación», AA. VV.: *Mujer, trabajo y nuevas tecnologías*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 19-53.

- «La red LinkedIn a la luz del Convenio 181 OIT sobre agencias de empleo privadas», *Documentación laboral*, núm. 119, Vol. 1, 2020, pp. 125-138.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A. y GUERRERO VIZUETE, E., «¿Pagar por buscar empleo?: la gratuidad en la intermediación laboral digital», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Vol. 8, núm. 1, 2020, pp. 72-95.
- FERNÁNDEZ PROL, F., «La intermediación laboral en la nueva ley de empleo», *Briefs AEDTSS*, 16, 2023.
- GARCÍA COCA, O., «La intermediación laboral digital como causa emergente de discriminación», AA. VV.: *Realidad social y discriminación*, Laborum, Murcia, 2022, pp. 383-422.
- GARCÍA RUBIO, M.^a A., «Portales digitales de empleo y agencias de colocación: puntos de intersección y de indefinición normativa», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2019, pp. 668-681.
- GARCÍA SOLANA, M.^a J., *La colaboración público-privada en la gestión de los servicios de intermediación laboral: análisis del modelo del servicio público de empleo estatal y las agencias privadas de colaboración (2010-2016)*, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Tirant lo Blanch Valencia, 2018.
- GESTEL, N., «From quasi-markets to public-private networks: employers' engagement in public employment services», *Social policy & administration*, Vol. 53, núm. 3, 2019, pp. 434-448.
- GIL Y GIL, J. L., «El Convenio núm. 181 de la OIT sobre agencias de empleo privadas», *Documentación laboral*, núm. 61, 2000, pp. 93-103.
- GONZÁLEZ-POSADA, E., «Servicios públicos e iniciativa privada en el empleo y en la colocación», *Documentación laboral*, núm. 124, Vol. 3, 2021, pp. 11-26.
- LÁZARO SÁNCHEZ, J. L., «El Convenio 181 de la OIT: un cambio en la regulación de la intervención de la iniciativa privada en materia de empleo», *Temas Laborales*, núm. 52, 1999, pp. 69-98.
- LOPERA CASTILLEJO, M.^a J., «Intermediación laboral y potenciación de las empresas de trabajo temporal en su papel de agencias de empleo», AA. VV.: *Crisis económica y empleo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 53-97.
- LÓPEZ AHUMADA, J. E., «Las reformas del sistema de intermediación y contratación laboral desde la perspectiva de su adecuación a los estándares mínimos de la OIT», AA. VV.: *Reformas laborales frente a la crisis a la luz de los estándares de la OIT*, Juruá, Lisboa, 2014, pp. 101-160.
- LÓPEZ BALAGUER, M., «Las agencias de colocación», AA. VV.: *Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 657-692.
- MALO OCAÑA, M. A., «La intermediación laboral como servicio de información», *Economistas*, núm. 156-157 extra, 2018, pp. 123-132.

■ LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES...

- MONSALVE CUÉLLAR, M. E., «Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933 (núm. 34)», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Vol. 7, núm. especial, 2019, pp. 631-638.
- PAZOS PÉREZ, A., «La colaboración del servicio público de empleo estatal con las agencias de colocación privadas y las empresas de trabajo temporal», *Temas Laborales*, núm. 143, 2018, pp. 187-224.
- REY GUANTER, S., «Nuevas tendencias de la intermediación en el mercado de trabajo: iniciativa privada y nuevas tecnologías», AA. VV.: *Inserción laboral*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 167-197.
- «La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 OIT: iniciativa privada y nuevas tecnologías», *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2000, pp. 47-77.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Los riesgos del denominado «data outsourcing» en el proceso de colocación: límites a la cesión de información entre los posibles sujetos intervinientes», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 122-163.
- RUBIO SÁNCHEZ, F., «Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933 (núm. 34)», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Vol. 7, núm. especial, 2019, pp. 639-650.
- SALSI, E., «Pubblico e privato nella gestione del collocamento la Convenzione O. I. L. núm. 181-1997», *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 2, 1998, pp. 161-167.
- SÁNCHEZ PEGO, F. J., «Las agencias de colocación en el ámbito de la reforma laboral», *Documentación laboral*, núm. 43, 1994, pp. 93-127.
- SARTORI, A., «Pubblico e privato nei servizi per il lavoro: la «Dote unica lavoro» nel panorama internazionale», *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, Vol. 18, núm. 4, 2018, pp. 757-804.
- VAL TENA, A. L., «La intermediación en el mercado de trabajo comunitario el S. E. D. O. C.», *Revista de estudios europeos*, núm. 7, 1994, pp. 79-94.
- VICENTE PACHÉS, F. y MATEU CARRUANA, M.^a J., «Las agencias de colocación mediante la forma jurídica de empresa de economía social», *Revista de treball, economia i societat*, núm. 68, 2013, pp. 1-32.

FORMACIÓN PROFESIONAL

MARIOLA SERRANO ARGÜESO
Universidad de Deusto. Bilbao

SUMARIO: 1. *Educación, mercado de trabajo y desempleo juvenil.*—2. *Instrumentos jurídicos de la OIT en materia de Formación Profesional.*—3. *Indicaciones de la OIT en materia de formación para una mejor inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo (informes y estudios).*—4. *La Formación Profesional en la Agenda Europea.*—5. *Nuevas directrices para la Formación Profesional en España.*—6. *Bibliografía.*

1. EDUCACIÓN, MERCADO DE TRABAJO Y DESEMPLEO JUVENIL

Cierto es que en los últimos años (décadas) la formación de la población española ha mejorado mucho debido a los avances en educación básica, la modernización de la Formación Profesional, y la expansión del sistema universitario. Así, el porcentaje de adultos sin educación ha pasado de un 10 % a menos de un 2 %, y la proporción de personas con titulación terciaria ha aumentado de un 16 % (nacidos en los cuarenta) a un 47 % (nacidos en los ochenta). A pesar de ello, España sigue teniendo aún una población menos formada que los países más avanzados de la UE lo que convierte a la formación en un reto si tenemos en cuenta el avance de la economía, el conocimiento, la tecnología, la competencia internacional, el cambio climático o las tendencias demográficas¹. Desde el punto de vista del género, existen

¹ Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050_3.pdf.

importantes brechas tanto desde el punto de vista del acceso como del uso de las habilidades digitales. Asimismo, las mujeres están infrarrepresentadas en los ámbitos TIC (tecnologías de la información y la comunicación) y STEM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas), sectores claves en el mercado de trabajo actual y futuro, y sobre representadas en los entornos sociales, humanísticos, biosanitarios.

Preocupantes son los datos del desempleo juvenil, y más si tenemos en cuenta que en gran parte de los casos están relacionados con una falta de formación adecuada para la incorporación al mercado de trabajo actual. España es el país de la UE con una tasa más alta sólo por detrás de Grecia, situándose en torno al 27 % en el año 2022², dato que inquieta si cabe aún más si se compara con la tasa de desempleo juvenil a nivel mundial (23,3 %). Así, en nuestro país se da un desequilibrio importante entre los niveles de formación de la población activa y las necesidades del mercado laboral³. Al hilo de esta cuestión es importante resaltar que la formación profesional en España es escasa en comparación con otros países europeos ya que solo el 30 % de las personas que terminan la Educación Secundaria Obligatoria optan por cursar estudios de FP⁴, en Europa, en cambio, el porcentaje se eleva al 48 %. Asimismo, a raíz de la pandemia causada por el COVID-19, el nivel de desempleo juvenil aumentó por seis veces en este colectivo, afectando en mayor medida a aquellos países con menos recursos. Para afrontar dicha situación, la OIT recomendó en aquel momento la implantación de programas de ayudas que fomentasen la creación de empleos sostenibles en tierra y mar⁵. En Europa destacamos al respecto el programa *Next Generation EU*. La precariedad también acompaña al trabajo juvenil. Si en Europa la media de trabajos temporales se sitúa en torno al 10 %, en España en el año 2020 alcanzó el 24 %⁶. En septiembre del año 2022 el 25 % de los contratos suscritos por los jóvenes eran temporales.

A nivel mundial, según la OIT, en el año 2022⁷, la tasa de población que ni estudia ni trabaja ha aumentado en un 1,5 puntos porcentuales, y en Europa

² SANTANDER, ¿Qué es la economía naranja? Disponible en: <https://www.santander.com/es/stories/economia-sostenible-un-color-para-cada-desafio>.

³ MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL, *Plan de modernización de la formación profesional*. Disponible en: <https://www.todofp.es/dam/jcr:5d43ab06-7cdf-4db6-a95c-b97b4a0e1b74/220720-plan-modernizacion-fp.pdf>.

⁴ Disponible en: <https://www.europaciudadana.org/>.

⁵ Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2022/08/1512872>.

⁶ Disponible en: <https://www.bankinter.com/blog/empresas/trabajo-temporal-espana-europa-comparacion>.

⁷ *Tendencias Mundiales del Empleo Juvenil 2022: Invertir en la transformación de futuro para los jóvenes (2022)*. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/publications/>.

y Asia Central se prevé un aumento del desempleo de 1,5 puntos porcentuales debido a la guerra en Ucrania. Asimismo, en la región de Asia y el Pacífico se estima que alcance el 14,9 %. En América Latina la previsión aumenta hasta el 20,5 %, una tasa muy superior a la prevista en América del Norte que alcanza el 8,3 %. En los países árabes, por otro lado, se espera que llegue a alcanzar el 24,8 % representando en este caso (que merece destacar) el desempleo femenino el 42,5 %. En África los datos son del 12,7 % aunque denuncia la OIT que no se tiene en cuenta que una gran cantidad de jóvenes se ha dado por derrotado y gran parte de ellos, el 25 %, ni estudia ni trabaja.

Invertir en formación es no solo generar empleo sino crear empleo de calidad. Esa apuesta por la formación sobre la que reflexionaremos en el presente capítulo va a requerir de nuevas competencias y habilidades que deberán estar continuamente actualizadas a lo largo de la vida laboral.

2. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE LA OIT EN MATERIA DE FORMACIÓN PROFESIONAL

Las normas de la OIT alientan a los países miembros a elaborar políticas de formación y de fomento de los recursos humanos que beneficien a todos los interlocutores sociales al objeto de facilitar la incorporación al ámbito laboral. A dichos efectos, «los estrechos vínculos entre formación profesional y oportunidades en el empleo se ponen de manifiesto de forma permanente»⁸. Para la OIT el término «cualificaciones» designa las habilidades profesionales del trabajador y el término «competencias» abarca los conocimientos, aptitudes profesionales y el saber hacer que se dominan en un contexto específico. «Desde esta perspectiva la cualificación profesional haría referencia al conjunto de conocimientos, experiencias y actitudes profesionales necesarias para realizar o desempeñar las funciones laborales exigidas por las características específicas de un determinado puesto de trabajo u ocupación. La expresión «aprendizaje permanente» engloba todas las actividades de aprendizaje realizadas a lo largo de la vida con el fin de desarrollar las competencias y cualifi-

⁸ En la terminología europea el término «cualificación» se ha cambiado por el de «capacitación», que remite a unos estándares de competencia más flexibles y abarca las «microformaciones» requeridas en muchos casos para adaptarse a los cambios –fundamentalmente tecnológicos– que se están llevando a cabo en los sistemas productivos, de modo que partiendo de las competencias que el trabajador ya posee y de la experiencia laboral previa pueda adquirir las habilidades necesarias que le faltan para desempeñar adecuadamente el puesto de trabajo. MONEREO PÉREZ, J. L y MORENO VIDA, M. N, «Las políticas de formación profesional: su centralidad para el trabajo decente y la inclusión social», *Temas Laborales*, núm. 160, 2021, p. 94.

caciones (Recomendación sobre el desarrollo de los Recursos Humanos de la OIT)⁹. La OIT ha destacado siempre la importancia de la formación profesional para facilitar el aprendizaje permanente y la empleabilidad como parte destacada de una gama de medidas de orden político destinadas a crear empleos decentes y alcanzar un desarrollo económico y social sostenible. A lo largo de este análisis veremos cómo dicha cuestión se manifiesta en los instrumentos jurídicos e informes de la OIT.

Analizando históricamente los instrumentos jurídicos de la OIT¹⁰ en materia de formación profesional es necesario examinar, en primer lugar, el «Convenio sobre la orientación profesional y la formación profesional en el desarrollo de los recursos humanos» (instrumento actualizado y citado como convenio sobre el desarrollo de los recursos humanos)¹¹ ratificado por España

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ No se refiere el *C140 – Convenio sobre la licencia pagada de estudios, 1974* (núm. 140) ya que es objeto de estudio específico en otro capítulo de este libro.

Instrumentos jurídicos derogados: *R015-Recomendación sobre la enseñanza técnica (agricultura) 1921*; *R056-Recomendación sobre la enseñanza profesional (edificación) 1937*.

Instrumentos jurídicos reemplazados: *R057 – Recomendación sobre la formación profesional, 1939* (núm. 57). Sustituida por la *Recomendación sobre la formación profesional de 1962*, sustituida a su vez por la *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos de 1975*, y finalmente por la *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos de 2004*; *R060 – Recomendación sobre el aprendizaje, 1939* (núm. 60). Sustituida por la *Recomendación sobre la formación profesional de 1962*, sustituida a su vez por la *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos de 1975* y finalmente por la *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos de 2004*; *R087 – Recomendación sobre la orientación profesional, 1949* (núm. 87). Sustituida por la *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos de 1975* y finalmente por la *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos de 2004*; *R088 – Recomendación sobre la formación profesional (adultos), 1950* (núm. 88). Sustituida por la *Recomendación sobre formación profesional de 1962*. Sustituida a su vez por la *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos de 1975* y finalmente por la *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos de 2004*; *R101 – Recomendación sobre la formación profesional (agricultura), 1956* (núm. 101). Sustituida por la *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos de 1975* y finalmente por la *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos de 2004*; *R117 – Recomendación sobre la formación profesional, 1962* (núm. 117). Sustituida por la *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos de 1975* y finalmente por la *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos de 2004*; *R150 – Recomendación sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975* (núm. 150). Sustituida por la *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos de 2004*. La OIT explicitó la necesidad de una nueva recomendación ya que la 150 está claramente superada: «Adoptados en 1975, el *Convenio sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975* (núm. 142) y la *Recomendación sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975* (núm. 150), reflejan las condiciones económicas y sociales que prevalecían en ese período. En aquellos momentos, muchos países estaban aplicando unas políticas económicas, sociales e industrializadoras planificadas, la tecnología de la información estaba aún en sus primeros balbucesos, la organización de las empresas se basaba en gran medida en principios tayloristas y la fuerza de trabajo disponía de empleos con salarios seguros. Aunque el *Convenio núm. 142*, que tiene un carácter más bien general, puede considerarse como todavía válido la *Recomendación núm. 150* está claramente superada» (vid. *Informe V. La formación para el empleo: la inserción social, la productividad y el empleo de los jóvenes* (2000). Disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc88/rep-v.htm> (última consulta 19 de diciembre de 2022))

¹¹ *C142 – Convenio sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975* (núm. 142).

el 16 de mayo de 1977. Adaptando el contenido del convenio a un lenguaje más actual en materia formativa, podemos resaltar las siguientes directrices dirigidas a los estados miembros que lo han ratificado o van a hacerlo:

— Elaborar políticas y programas completos y coordinados en el campo de la orientación y formación profesionales, estableciendo una estrecha relación entre este campo y el empleo. Para ello debe atenderse a las necesidades, posibilidades y problemas en materia de empleo, tanto a nivel regional como a nivel nacional; la fase y el nivel de desarrollo económico, social y cultural; las relaciones entre el desarrollo de los recursos humanos y otros objetivos económicos, sociales y culturales. Un objetivo importante es conseguir que las personas desarrollen sus aptitudes no solo en beneficio propio sino teniendo en cuenta las necesidades de la sociedad. Destaca la incidencia en la relación entre el empleo y las necesidades formativas.

— Establecer y desarrollar sistemas abiertos, flexibles y complementarios de enseñanza general técnica y profesional, así como de orientación escolar y profesional y de formación profesional, tanto dentro del sistema oficial de enseñanza como fuera de éste. Fundamental, en este caso, la flexibilidad en los sistemas de enseñanza.

— Ampliar los programas adecuándolos a las personas con discapacidad y procurando que cubran las necesidades de formación profesional permanente de los jóvenes y adultos en todos los sectores de la economía y ramas de actividad económica y en todos los niveles de calificación y de responsabilidad. En este caso, resta decir la importancia de la adaptación a los colectivos con necesidades especiales.

— Difundir e informar adecuadamente a los destinatarios (principalmente gente joven).

— Corresponsabilidad de los agentes sociales en la implementación de estos programas (empresas, sindicatos y otros agentes sociales). En este caso, se está refiriendo a la participación de las empresas en los programas formativos. En términos académicos, estaríamos haciendo referencia a la dualidad en el sistema formativo.

Sin ser específico de la formación profesional, cabe también mencionar el *Convenio 122 sobre la política de empleo de 1964*¹². Y el informe *Observación general sobre la política de empleo 1964 (núm. 122)*, OIT, noviem-

¹² C122 – Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122); R122 – Recomendación sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122); R169 – Recomendación sobre la política del empleo (disposiciones complementarias), 1984 (núm. 169).

bre 2020¹³ en los que se incide en que la educación debe adaptarse a las nuevas necesidades del mercado de trabajo. Se señala también la necesidad de formación permanente y su utilidad como herramienta de recolocación en nuevos puestos de trabajo teniendo en cuenta la volatibilidad del trabajo y su rápida evolución. Se busca que existan mecanismos de cooperación internacional mediante los instrumentos internacionales para que se pueda estructurar y adecuar la formación a nivel global y a las demandas del mercado laboral mundial, así como facilitar el acceso a la formación, sobre todo para los colectivos más desfavorecidos.

La «Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos» (instrumento actualizado)¹⁴ reconoce cómo la educación, la formación y el aprendizaje permanente contribuyen significativamente a promover los intereses de las personas, las empresas, la economía y la sociedad en su conjunto a fin de alcanzar el pleno empleo, la erradicación de la pobreza, la inclusión social y el crecimiento económico sostenido en una economía mundializada. Teniendo en cuenta, especialmente, las dificultades de los países en vías de desarrollo se insta a los gobiernos, empleadores y trabajadores a que renueven su compromiso con el aprendizaje permanente y la formación. Los gobiernos han de invertir y crear las condiciones necesarias para reforzar la educación y la formación a todos los niveles (elaboración y aplicación de políticas en materia de educación y formación); las empresas proporcionar formación a los trabajadores y las personas aprovechar las oportunidades de educación, formación y aprendizaje permanente. Para ello, se establecen como objetivos a tener en cuenta en las políticas de formación, aprendizaje permanente, educación y desarrollo de los recursos humanos:

— Facilitar la empleabilidad y el aprendizaje permanente de calidad y adaptado a las diferentes necesidades de personas y empresas.

— Hacer hincapié en el desarrollo económico y sostenible, en las competencias, el trabajo decente, la conservación de empleo, el desarrollo social, la inclusión y la reducción de la pobreza.

— Dar importancia a la innovación, la competitividad, la productividad, el crecimiento económico, la creación de trabajo decente y la empleabilidad. La innovación exige nuevos enfoques en materia de formación y de educación.

¹³ OIT, *Observación general sobre la aplicación del convenio sobre la política de empleo*, 1964 (núm.122). Adoptada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC) en su 91.ª sesión (nov.-dic.2020).

¹⁴ R195 – *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos*, 2004 (núm. 195).

- Responder al reto de transformar las actividades de la economía informal en trabajos decentes plenamente integrados en la vida económica.
- Garantizar la inversión en tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito de la educación y la formación, así como en la formación de docentes e instructores.
- Reducir desigualdades en formación y educación.

Algunas cuestiones a tener en cuenta para el cumplimiento de estos objetivos son las siguientes: participación de los interlocutores sociales en la definición de las políticas; desarrollo un marco nacional de cualificaciones acorde a la realidad y actualidad empresarial; promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres; fomento de la incorporación a la educación, a la formación y al aprendizaje permanente de las personas con necesidades específicas; mejorar el acceso de todas las personas a la educación y formación previa al empleo (educación formal y educación no formal); reconocer el aprendizaje y la formación en el lugar de trabajo; crear un marco para el reconocimiento y certificación de las aptitudes profesionales; compromiso con el desarrollo de la orientación profesional y los servicios de apoyo a la formación; promoción de la investigación en materia de desarrollo de los recursos humanos, la educación, la formación y el aprendizaje permanente; fomentar la cooperación internacional y técnica en el ámbito del desarrollo de los recursos humanos, la educación, la formación y el aprendizaje permanente a fin de conseguir la retención y captación de mano de obra cualificada (y talento).

En situación provisoria se encuentran la «Recomendación sobre la licencia pagada de estudios»¹⁵ y la «Recomendación sobre los programas especiales para los jóvenes»¹⁶ que tiene como fin y de manera no general proporcionar a jóvenes desempleados, con deficiencias educativas o de otra índole (con necesidades de formación no resueltas por los programas nacionales existentes de educación, de formación profesional o por las oportunidades normales en el mercado de trabajo) la educación, conocimientos y hábitos de trabajo necesarios para integrarse en el mercado de trabajo y en la sociedad.

Así pues, desde la OIT se destaca la importancia de la educación y la formación previa al empleo; el desarrollo y reconocimiento de las competencias; el desarrollo de un marco para el reconocimiento y certificación de las aptitudes profesionales; la identificación de quienes deben impartir la formación; el desarrollo de la orientación profesional y de servicios de apoyo a la

¹⁵ R148 – *Recomendación sobre la licencia pagada de estudios*, 1974 (núm. 148), objeto de estudio en otro capítulo.

¹⁶ R136 – *Recomendación sobre los programas especiales para los jóvenes*, 1970 (núm. 136)

formación; la investigación en materia de recursos humanos; la educación; la formación y el aprendizaje permanente¹⁷.

3. INDICACIONES DE LA OIT EN MATERIA DE FORMACIÓN PARA UNA MEJOR INSERCIÓN DE LOS JÓVENES EN EL MERCADO DE TRABAJO (INFORMES Y ESTUDIOS)

La mejora de la eficiencia empresarial requiere de reformas estructurales que aumenten la productividad. Para ello, «además de la necesaria inversión en innovación tecnológica y digital y de mecanismos de flexibilidad interna que permitan a las empresas su adaptación ante posibles cambios, se precisa de inversión en capital humano. Lo que se traduce en incrementar la empleabilidad de los trabajadores (y de los jóvenes) a través de la formación y recualificación continua y de adecuadas políticas de empleo y de protección frente al desempleo»¹⁸.

El desempleo de los jóvenes en las primeras etapas de vida afecta a la calidad del empleo, y su existencia determina la ineficacia («derroche» en términos de la OIT) de la formación y la enseñanza en la que se ha invertido¹⁹. Los costos del bienestar social aumentan, la producción se ve mermada por el menor ahorro privado de la gente joven y puede desencadenar una inestabilidad social con riesgo de generar un aumento del consumo de drogas y delincuencia²⁰. Normalmente existe un periodo de transición entre la finalización de los estudios y el primer empleo y, en muchos casos, cuando surge una oportunidad de forma rápida es temporal e insegura²¹. Así pues, la formación que se recibe en la actualidad es una formación rígida, que no consigue adaptarse a las cambiantes necesidades del mercado de trabajo. Ello provoca desempleo entre jóvenes con un alto nivel formativo. Son los «desempleados capacitados» en los que existe una brecha entre sus capacidades y las necesidades del mercado de trabajo²².

¹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L y MORENO VIDA, M. N «Las políticas de formación profesional: su centralidad para el trabajo decente y la inclusión social», *op.cit.*, pág.99.

¹⁸ HERNÁNDEZ BEJARANO, M., «Una aproximación al problema del desempleo juvenil en España», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, número 3, julio-septiembre 2022, p. 260.

¹⁹ *El empleo de los jóvenes: vías para acceder a un trabajo decente: Conferencia Internacional del Trabajo*, 93.ª reunión, 2005 (s.f.). Disponible en OIT (rep-vi_es)

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Tendencias Mundiales del Empleo Juvenil 2022: Invertir en la transformación de futuro para los jóvenes (2022)*. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/publications/>

²² *Ibidem.*

Pero lejos de mejorar en calidad en el empleo y trabajo decente la situación se extiende más allá de los trabajadores jóvenes o colectivos más vulnerables. Así, según el informe de la OIT *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Tendencias 2023*²³, es probable que la actual desaceleración económica mundial obligue a más trabajadores a aceptar empleos de menor calidad, mal pagados y carentes de seguridad laboral y protección social, acentuando así las desigualdades exacerbadas por la crisis de la COVID-19. El empeoramiento de la situación del mercado de trabajo obedece principalmente a nuevas tensiones geopolíticas y al conflicto de Ucrania, así como a la dispar recuperación tras la pandemia y a las frecuentes interrupciones de las cadenas de suministro a escala mundial, según se pone de relieve en el informe de la OIT sobre perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Todo ello ha dado lugar a una situación de estancamiento, que conjuga simultáneamente una inflación elevada y un crecimiento económico insuficiente, por primera vez desde el decenio de 1970.

La situación de las mujeres y de los jóvenes en el mercado de trabajo es particularmente adversa. A escala mundial, la tasa de participación de las mujeres en la fuerza de trabajo alcanzó el 47,4 por ciento en 2022, frente al 72,3 por ciento de los hombres. Esa diferencia de 24,9 puntos porcentuales conlleva que por cada hombre económicamente inactivo haya dos mujeres en la misma situación. En particular, los jóvenes (de 15 a 24 años) deben afrontar graves dificultades para encontrar y mantener un empleo digno. Su tasa de desempleo es tres veces superior a la de los adultos. Más de uno de cada cinco jóvenes, a saber, el 23,5 por ciento no trabaja, no estudia, ni participa en algún programa de formación (jóvenes «nini»). Ante esta situación, «la necesidad de fomentar el trabajo decente y la justicia social es clara y acuciante. La superación de todos esos retos requiere que colaboremos para facilitar el establecimiento de un nuevo contrato social a escala mundial» (Gilbert F. Hounbo, Director General de la OIT)²⁴.

En este contexto, la OIT considera que el desarrollo de los recursos humanos y la formación para el empleo constituyen actividades de educación, formación inicial, formación continua y formación de por vida, que desarrollan y mantienen la empleabilidad y productividad de las personas durante toda su vida (Informe «La formación para el empleo: la inserción social, la productivi-

²³ *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Tendencias 2023*. Disponible en: https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/WCMS_865368/lang--es/index.htm.

²⁴ Disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_865260/lang--es/index.htm.

dad y el empleo de los jóvenes»²⁵). Esta reflexión se plantea por la OIT en un contexto de cambio hacia un tipo de economía y sociedad basadas en el conocimiento, las capacitaciones y los servicios, así como del extraordinario crecimiento del sector de las tecnologías de información y comunicación. En ese momento se empieza a observar la creciente demanda por parte de las empresas de más conocimientos y capacitaciones de los trabajadores, de conformidad con los cambios tecnológicos y de lugar de trabajo, y su menor demanda y mayor riesgo de exclusión social de trabajadores de escaso nivel educativo y carentes de capacitaciones. Además, los lugares de trabajo reclaman cada vez más capacitaciones sociales y de comportamiento, así como unas actitudes que no se necesitaban en las antiguas fábricas y talleres especializados y «tayloristas». Cada vez más, la empleabilidad requiere unos antecedentes de educación básica de buena calidad, capacidad para trabajar en equipo, flexibilidad y ganas de «aprender a aprender» a medida que evolucionan el trabajo y la tecnología. Concluye la OIT (en el informe «La formación para el empleo: la inserción social, la productividad y el empleo de los jóvenes») que las políticas activas de desarrollo de los recursos humanos tienen que comprometer a las empresas y a las instituciones de formación para que sustituyan los sistemas de formación determinados por la oferta (que suelen basarse en empresas grandes y poco competitivas) por otros, determinados por la demanda y la readaptación, para que respondan mejor a las exigencias de unos mercados de trabajo que han cambiado de arriba abajo, y de los nuevos sectores y empresas. Tales políticas ayudarán a estos países a participar eficazmente en la economía internacional.

Argumenta la OIT que según su nivel de desarrollo económico, social y humano, los países deberían luchar por el doble objetivo de desarrollar los recursos humanos e instaurar un tipo de formación que combine unas metas proactivas o de desarrollo con otras de carácter corrector o social (con especial incidencia en las mujeres y los trabajadores jóvenes). Subraya así la importancia de una formación bien planificada (con participación, además del Gobierno, de organización empresariales y de trabajadores, organizaciones no gubernamentales, los jóvenes y toda la comunidad en general), y suficientemente financiada²⁶. Más recientemente, los informes «Llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19 que sea inclusiva, sostenible y resiliente»²⁷ y «Propuesta de reso-

²⁵ Informe V. *La formación para el empleo: la inserción social, la productividad y el empleo de los jóvenes (2000)*. Disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/standars/relm/ilc/ilc88/rep-v.htm>.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ednorm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_806097.pdf.

lución relativa a las competencias y el aprendizaje permanente»²⁸ subrayan la importancia del desarrollo de competencias y el aprendizaje para la consecución del pleno empleo y de calidad, favoreciendo, además, la productividad y el desarrollo sostenible.

En relación a las competencias que se requieren, parece clara la diferencia entre los ambientes de trabajo considerados predecibles y los impredecibles. Se prevé que las primeras acaben automatizándose de manera progresiva mientras que las segundas requieren de habilidades que parece que solo un humano puede desarrollar. Trabajar y resolver situaciones en contextos poco claros o cambiantes donde los problemas no están definidos requiere ser capaz de analizar la situación, entender por qué el proceso en uso no resuelve el problema, para luego proponer e implementar mejoras. Todo ello, además, en el marco de un trabajo con clientes, supervisores y colegas, de ahí que se demanden habilidades para resolver conflictos, colaborar y comunicarse de forma adecuada (soft skills). Los distintos análisis de la OIT identifican cinco competencias transversales que los sistemas de formación profesional deben poner el foco en desarrollar: alfabetización digital; colaboración; comunicación; creatividad; manejo de lenguas extranjeras; pensamiento crítico y resolución de problemas. Así pues, la OIT propone la metodología de aprendizaje basado en proyectos (y sus variantes), como una innovación que favorece el desarrollo de las competencias transversales demandadas por el mercado de trabajo presente y futuro²⁹.

Por último, resulta de interés incidir en las recomendaciones actuales de la OIT para mejorar la inserción en el mercado de trabajo de la gente joven por la influencia en ellas de una adecuada formación³⁰:

— Inversiones en economías verdes³¹, azules³², digitales, creativas y de cuidado. La OIT señala que de este modelo se prevé que se generen puestos de

²⁸ *Informes del Grupo de Trabajo de la Discusión General sobre competencias y aprendizaje permanente. Propuesta de resolución y conclusiones presentadas a la Conferencia para adopción (109º reunión, 2021)*. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms_831533.pdf.

²⁹ OIT/Cinterform Notas, « Formación basada en proyectos para la formación profesional del futuro », núm. 5, 2018, pp. 1-8.

³⁰ *Tendencias Mundiales del Empleo Juvenil 2022: Invertir en la transformación de futuro para los jóvenes (2022)*. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/publications/>.

³¹ «Aquella que da lugar al mejoramiento del bienestar humano e igualdad social, mientras que se reducen significativamente los riesgos medioambientales y la escasez ecológica, además de conseguir un desarrollo económico y un consumo eficiente de los recursos». *Economía Verde (s.f), UNEP-UN Environment Programme*. Disponible en: <https://www.unep.org/es/regiones/americ-latina-y-el-caribe/iniciativas-regionales/promoviendo-la-eficiencia-de-recursos>.

³² Se define como «la capacidad de responder a las necesidades básicas de todos con lo que se tiene, introduciendo innovaciones inspiradas en la naturaleza, generando múltiples beneficios, incluyendo empleos y capital social, ofreciendo más con menos». La principal diferencia entre la economía verde y la

trabajo de las inversiones destinadas a alcanzar cero emisiones de carbono hasta 2050 con el objetivo de limitar la alerta mundial a 1,5°C por encima de los niveles preindustriales y que se generen 8,4 millones de empleos adicionales para las personas jóvenes hasta el 2030. En todo caso, advierte de la necesidad de llevar a cabo estas políticas de forma que garanticen una transición igualitaria en todos los países aplicando mecanismos de forma anticipada para que los más jóvenes conozcan a través de la educación las diferentes competencias que requiere el desarrollo de dichos empleos.

— Inversiones en economía naranja. La economía naranja abarca todas las actividades económicas relacionadas con el arte, la cultura, la investigación, ciencia, tecnología etc., en las que la creatividad es la principal característica³³.

— La economía digital también puede impulsar el empleo entre la gente joven. Se entiende por tal aquella que «incorpora toda la actividad económica que depende del uso de insumos digitales, o que se ve significativamente reforzada por el uso de los mismos, como las tecnologías digitales, la infraestructura digital, los servicios digitales y los datos»³⁴. Advertencias al respecto son las diferencias entre las rentas de los diferentes países. En todo caso, la gran ventaja es que se trata de una inversión rentable ya que el acceso universal a la digitalización supondría la creación de 24 millones de puestos de trabajo, 6,4 de ellos para gente joven³⁵.

— La economía del cuidado es otro de los fenómenos propulsores del empleo entre las personas jóvenes. Son tales los trabajos vinculados con la salud, el cuidado de niños y niñas, la educación de la primera infancia, cuidados dirigidos a personas con discapacidad, personas de edad y cuidados de larga duración. La OIT señala cómo las inversiones en estos sectores benefician principalmente a los países con rentas bajas generando 17,9 millones de puestos de trabajo hasta 2030. En todo caso, como aviso, recalca la necesidad de promover condiciones de trabajo decentes, garantizar la protección laboral, libertad sindical, igualdad de remuneración y eliminación de la violencia. Pone de manifiesto la OIT que si se lleva a cabo un escenario combinado que

azul es que la azul implica un uso eficiente de los recursos escasos mientras que la verde supone una inversión por parte de empresas y consumidores. OVACEN, *¿Economía azul o verde?*. Disponible en: <https://ovacen.com/economia-azul/>.

³³ SANTANDER, *¿Qué es la economía naranja?*. Disponible en: <https://santander.com/es>.

³⁴ OIT, *Perspectivas sociales de empleo en el mundo: el papel de las palabras digitales en la transformación del mundo del trabajo*. 2021. Disponible en: https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771675/lang-es/index.htm.

³⁵ OIT, *Tendencias Mundiales del Empleo Juvenil 2022: Invertir en la transformación de futuro para los jóvenes (2022)*. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/publications/>.

ponga en práctica las inversiones que se acaban de mencionar, el PIB mundial aumentaría en un 4,2% en 2030 y se generaría 130 millones de puestos de trabajo en el mundo de los cuales 32 pertenecen al empleo juvenil³⁶.

— Una adecuada formación es clave para combatir el alto nivel de desempleo juvenil y también para asegurar el mantenimiento del empleo. En la nota informe de la OIT elaborada por PEKKA se afirma que los conocimientos y la capacitación son factores determinantes del crecimiento económico y el desarrollo social, y los sistemas de educación y formación juegan un papel fundamental al motivar el desarrollo de los conocimientos y capacitación que los jóvenes necesitan para tener éxito en el mercado de trabajo. Al mismo tiempo estas habilidades que el mercado exige deben complementarse con la capacidad de promover las redes sociales, y las normas y valores necesarios que apoyen a democracias que funcionen bien. Las escuelas e instituciones de educación, asimismo, deben contribuir en la creación de estos valores. A esto hay que añadir que para asegurar tanto la competitividad empresarial como la posibilidad de que los empleados trabajen con continuidad, el concepto de educación durante la vida entera debe adoptarse como objetivo clave. Se necesitan incentivos que promuevan una mayor y continua inversión en la formación y aprendizaje, y que contribuyan a financiar mecanismos para el aprendizaje durante la vida entera. No hay que olvidar la importancia de las dimensiones de género en la educación y la formación, para lograr eliminar la desigualdad entre géneros, la pobreza y el desempleo. Las diferencias existentes se ven acentuadas por el acceso desigual a tecnologías de información y comunicaciones (TIC) que crean una creciente divisoria informática. Por último, en el informe se destacan otros riesgos que están surgiendo: a medida que aumentan los empleos en tareas de alta especialización, surgen nuevas desigualdades basadas en capacitación, y aumenta aún más la presión sobre los sistemas de educación y formación para lograr solucionar estos nuevos desafíos. Lamentablemente muchas personas se están quedando por el camino, especialmente en los países en desarrollo, donde la brecha entre lo que se necesita y lo que efectivamente se recibe, cada vez es mayor. Esta brecha se ve reflejada en el número creciente de jóvenes que se gradúan de los sistemas de educación y formación y luego son incapaces de encontrar empleo productivo, aunque en algunos países haya severa escasez de habilidades en algunas áreas. No hay duda que esta situación es cada vez más difícil de anticipar dados los rápidos cambios tecnológicos, la reestructuración económica y la mayor competencia. Un reto que ayudaría a resolver el problema pero aún pendiente en

³⁶ *Ibidem.*

muchos países es la participación sistemática en la formación de organizaciones de empleadores y sindicatos. Por último, se denuncia que los sistemas de educación y formación tampoco están logrando responder adecuadamente a las necesidades de las pequeñas y micro empresas, a pesar de que en los países en desarrollo es en esa área donde hay más oportunidades. Es más, una educación y formación adecuada podrían ser parte importante de la transformación de actividades de supervivencia en empresas más viables. Así pues, se debe mejorar el acceso a la educación secundaria y terciaria y a la formación profesional y técnica, a los efectos de que tanto las mujeres como los hombres jóvenes estén mejor capacitados para aprovechar las oportunidades en el mercado laboral y encarar los rápidos cambios del mundo del trabajo. Asimismo, cada país debería fijar objetivos y metas a fin de rectificar las diferencias por género en las oportunidades que ofrecen la educación, la formación y los mercados de trabajo, y desarrollar y poner en práctica las políticas necesarias contra la discriminación por género³⁷.

4. LA FORMACIÓN PROFESIONAL EN LA AGENDA EUROPEA

A pesar de que la regulación de la formación, y en concreto la formación profesional en la normativa europea, no es objeto de estudio específico en este capítulo, haremos un somero recorrido por la normativa y directrices europeas para que nos ayude en la reflexión sobre el modelo formativo al que habría que aspirar.

Si bien el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) regula en un Título diferente al del empleo la «educación, formación profesional, juventud y deporte» (Título XII, artículos 165 y 166) «es evidente, tal y como afirma Monereo, que la formación profesional constituye una de las acciones típicas de las políticas integrales de empleo» enmarcándose dentro de las autocalificadas políticas de flexiguridad integradas para facilitar la transición al mundo laboral, la adecuación de los desempleados a los puestos de trabajo disponibles y la mejora de las capacidades de las personas». Desde esta visión, la estrategia global de aprendizaje se configura como un «factor de seguridad en el empleo y de competitividad de las empresas»³⁸. Por otra parte, en la

³⁷ PEKKA, A., *Empleo y formación de jóvenes*. Disponible en: https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_articulo/pekka.pdf.

³⁸ Decisión del Consejo de 7 de julio de 2009, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (209/536/CE); Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Hacia los principios comunes de flexiseguri-*

Unión Europea, «el desarrollo de la formación profesional, dentro de los objetivos comunes acordados, directrices y debates a escala europea, se produce sobre la base de tres grandes campos de acción: el Marco Europeo de Cualificaciones Profesionales (MEC), el Sistema Europeo de Créditos para la Educación y Formación Profesionales (ECVET) y el Marco de Referencia Europeo de Garantía de la Calidad en la Educación y Formación Profesionales (EQAVET)³⁹.

Según lo estipulado en el principio 1.º del Pilar Europeo de Derechos Sociales «toda persona tiene derecho a una educación, una formación y un aprendizaje permanente inclusivos y de calidad a fin de mantener y adquirir competencias que les permitan participar plenamente en la sociedad y gestionar con éxito las transiciones del mercado laboral»⁴⁰. El «Marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación (2021-2030)»⁴¹ destaca el papel fundamental que desempeñan la educación y la formación a la hora de configurar el futuro de Europa, apostando por el aprendizaje permanente como eje del crecimiento sostenible e inclusivo. En relación a la formación continua y a la incorporación de los jóvenes al mercado laboral, la «Agenda Europea de Capacidades»⁴² establece un plan de cinco años para ayudar a las personas y a las empresas a desarrollar mejores capacidades y ponerlas en práctica. La «Agenda» recuerda que la recuperación de la economía, el fortalecimiento de la competitividad global de Europa y el impulso de las transiciones verde y digital gemelas requiere una nueva política de capacidades. Para ello, la comisión debe «desarrollar habilidades para el traba-

dad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad (SEC 2007 861-862); Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde, Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas, 22.11.2006. COM(2006)708 final. MONEREO PÉREZ y MORENO VIDA, «Las políticas de formación profesional: su centralidad para el trabajo decente y la inclusión social», op.cit, pp. 100-103.

³⁹ FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., «La formación profesional», en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ BERNAT, J. A. y LOPEZ INSUA, B. (Dir. y Coord.), *Las políticas activas de empleo: Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p. 851. Otras iniciativas comunitarias: Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre de 2005 (modificada por la Directiva 2006/100/CE) sobre reconocimiento de las cualificaciones profesionales a nivel comunitario; Decisión 172/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de noviembre de 2006, por la que se establece un programa de acción en el ámbito de aprendizaje permanente: Recomendación sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente. *Ibidem*.

⁴⁰ *The European Pillar of Social Rights in 20 principles*. Disponible en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights-european-pillar-social-rights-20-principles_es.

⁴¹ Resolución del Consejo relativo a un marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación con miras al Espacio Europeo de Educación y más allá (2021-2030), (DOUE núm. 66, de 26 de febrero de 2021). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu>.

⁴² *Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia de 2020*. Bruselas, 1.7.2020 COM (2020) 274 final. Disponible en: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=1223>.

jo desde un enfoque de desarrollo de habilidades con visión de futuro, sustentado en una sólida inteligencia de habilidades y una formación y educación actualizada que se vinculen directamente con el mercado laboral y las necesidades de la sociedad. Destaca la Comisión algunos objetivos para lograr el éxito de este fin, entre ellos, el aprendizaje permanente. También la habilidad para un trabajo debe ser el eje angular a la hora de desarrollar el plan de acción». Ello supone comenzar con un mapeo del conjunto de habilidades de cada individuo, dar capacitación específica que satisfaga las necesidades concretas de actualización y ayudar a la persona a encontrar un trabajo demandado en el mercado laboral.

Con la Agenda, la Comisión establece un enfoque nuevo y dinámico de la política de capacidades a nivel de la UE al objeto de guiar a los Estados miembros, ayudar a impulsar las transiciones gemelas y garantizar la recuperación del impacto socioeconómico de la pandemia. Para ello, propone establecer objetivos cuantitativos basados en indicadores, para ser monitoreados en el año 2025:

— 120 millones de adultos debieran participar en cursos de aprendizaje cada año, a fin de garantizar el aprendizaje permanente.

— 14 millones de adultos con bajas cualificaciones deberían participar en el aprendizaje cada año.

— 2 millones de persona que buscan trabajo o uno de cada cinco deberían tener una experiencia de aprendizaje reciente.

— 230 millones de adultos debieran tener al menos habilidades digitales básicas (cubre el 70 % de la población adulta de la UE).

Para hacer realidad el Pilar la Comisión ha establecido un *Plan de Acción*⁴³ basado en tres grandes ejes: 1) Más y mejores empleos; 2) Habilidades e Igualdad; 3) Protección social e inclusión. Así pues, uno de los ejes fundamentales lo constituyen las medidas de mejora de las cualificaciones y reclasificación, como la formación de corta duración para mejorar las cualificaciones de los jóvenes desempleados o inactivos⁴⁴. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en su informe *Perspectivas de competencias de la OCDE para 2021: aprendizaje para la vida* refiere la necesi-

⁴³ Disponible en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-action-plan_es.

⁴⁴ *Agenda Estratégica del Consejo Europeo para 2019-2024* y Decisión 2021/1868 del Consejo, de 15 de octubre de 2021, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembro (DOUE 26.10.2021).

dad de consolidar el aprendizaje permanente de la persona como medida preventiva y de acción ante las rápidas transformaciones digitales⁴⁵. Ahondando en la importancia de la formación, y en especial de la Formación Profesional para la incorporación al mercado de trabajo mencionar lo explicitado en la Declaración de Osnabrück sobre la educación y formación profesionales como facilitadoras de la recuperación y de transiciones justas hacia economías digitales y ecológicas⁴⁶ así como la Recomendación del Consejo sobre la educación y formación profesionales (EFP) para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia⁴⁷ y la Recomendación del Consejo de 15 de marzo de 2018 relativa al Marco Europeo para una formación de Aprendices de Calidad y Eficaz⁴⁸.

El desempleo juvenil, constituye, de esta forma, una política prioritaria de la UE. Pese a sus reducidas competencias en materia de empleo y dentro de su margen de actuación la UE ha desarrollado mecanismos de los que se extraen medidas de orientación, coordinación y financiación a los Estados miembros con la intención de favorecer la empleabilidad de los jóvenes. De todos los instrumentos elaborados por la UE destaca la Garantía Juvenil. Una iniciativa permanente que incide en la formación y en la empleabilidad como herramientas básicas para combatir el desempleo estructural. A través de ella los Estados miembros crean un sistema de apoyo al empleo juvenil conforme a una serie de directrices de funcionamiento y de adopción de medidas que quedaron recogidas en la Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013 sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil⁴⁹. «En definitiva, la Garantía Juvenil se crea como referente común básico para los Estados sobre el cual articular las políticas nacionales en materia de empleo juvenil. Con un doble reto: que todos los NINI –no solo los inscritos como desempleados– obtuviesen una buena oferta (de empleo, educación continua, formación de aprendiz o prácticas) en el plazo de cuatro meses después de terminar su educación oficial o quedarse en paro y que la medida alcance a todos los jóvenes –con o

⁴⁵ Disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org>.

⁴⁶ Disponible en: <https://www.todofp.es/dam/jcr:d25dc782-c95b-4b35-9bab-6dcfecc9caa4/declaracion-osnabr-ck.pdf>. Vid también: *Educación y Formación Profesionales. Capacidades para hoy y para el futuro*. Disponible en: <https://www.todofp.es/dam/jcr:7aa6919f-1ac0-44aa-a1fe-d4dcfd8c3ebb/educacion-y-fp--capacidadesparahoyyelfuturo.pdf>.

⁴⁷ P9_TA(2020)0373. Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020, sobre la Recomendación del Consejo sobre la educación y formación profesionales (EFP) para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia (2020/2767(RSP)).

⁴⁸ Recomendación del Consejo de 15 de marzo de 2018 relativa al Marco Europeo para una formación de Aprendices de Calidad y Eficaz (2018/C 153/01).

⁴⁹ «Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013 sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil (2013/C 120/01)».

sin formación– menores de 25 años». Sus resultados no han sido satisfactorios⁵⁰. En concreto en España, «la implantación de la Garantía Juvenil se llevó a cabo de forma precipitada con múltiples actuaciones y medidas, escasamente definidas o que se solapaban con otras anteriores, sin atender las particularidades del mercado laboral, ofreciendo escasa información a sus destinatarios y con una reducida dotación estatal en políticas activas de empleo»⁵¹.

Con vistas a dar continuidad y mejorar este instrumento en el año 2018 la Garantía Juvenil se inserta en el Principio 4.º del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Posteriormente, se refuerza para aquellos países con tasas elevadas de desempleo (como sucede en España⁵², Grecia o Italia) en la Recomendación de 30 de octubre de 2020, relativa a un puente hacia el empleo, sustituyendo de este modo a la Recomendación de 22 de abril de 2013⁵³. «Esta recomendación refuerza la vertiente formativa de la Garantía. Con carácter previo a la realización de la propia oferta, la Garantía incorpora ahora una formación preparatoria en capacidades que se consideran básicas para el acceso y posterior adaptación a un mercado laboral en continuo cambio como son las capacidades digitales, lingüísticas, ecológicas, de emprendimiento y de gestión de la carrera laboral de cada joven. Propósitos ambiciosos que se acompañan de importantes ayudas financieras a los Estados a los que se les encomienda el uso pleno y óptimo de dichos fondos»⁵⁴.

⁵⁰ Pese a las dificultades detectadas y a la limitación de sus resultados la Garantía Juvenil ha sido valorada de manera positiva por la Comisión Europea en la Comunicación La Garantía Juvenil y la Iniciativa de Empleo Juvenil, situación al cabo de tres años, de 4 de octubre de 2016 ya que se ha conseguido que el empleo juvenil se convierta en política prioritaria para la UE.

⁵¹ HERNÁNDEZ BEJARANO, M. «Una aproximación al problema del desempleo juvenil en España», *op.cit.*, pp. 265-272.

⁵² En España, el Plan de Garantía Juvenil Plus (2021-2027), aprobado el 8 de junio de 2021, cuenta con una inversión de 4.950 millones de euros de los que 3.263 millones de euros se reciben del Fondo Social Europeo. Siguiendo con el objetivo central que viene caracterizando a planes anteriores (mejorar la cualificación de las personas jóvenes para que adquieran las competencias profesionales y técnicas necesarias para acceder al mercado laboral) y dar cumplimiento a los Objetivos 5 y 8 de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, el Plan contempla un conjunto de acciones para el empleo juvenil de las que cabe señalar el mayor acceso a la información con nuevas herramientas (una línea telefónica de atención gratuita y un espacio virtual para búsqueda y selección de ofertas de empleo y actividades formativas).

⁵³ La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de apoyo al empleo juvenil: *un puente al empleo para la próxima generación* COM(2020) 276 final señala que la recuperación económica es una oportunidad para acelerar las reformas de la educación y formación profesionales con el objeto de contribuir a la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia de la UE. Para ello, entre otras cuestiones, se prevé impulsar la Alianza Europea para la formación de Aprendices y la Red Europea de Servicios Públicos de Empleo y su capacidad de aprendizaje mutuo.

⁵⁴ HERNÁNDEZ BEJARANO, M., «Una aproximación al problema del desempleo juvenil en España», *op.cit.*, p. 269.

5. NUEVAS DIRECTRICES PARA LA FORMACIÓN PROFESIONAL EN ESPAÑA

Tanto los instrumentos jurídicos e informes de la OIT como las tendencias europeas destacan, como hemos podido ver, que para responder a los requerimientos del mercado laboral a medio y largo plazo será necesario modificar la organización y los puestos de trabajo, se necesitará una nueva manera de gestionar los recursos humanos y un nuevo modelo de formación que responda a la demanda del futuro. En este nuevo modelo adquiere un papel fundamental el «aprendizaje a lo largo de la vida» («lifelong learning»)⁵⁵.

Según la doctrina, el trabajo del futuro tendrá las siguientes características: «a) basado en el talento (prescindirá de títulos, diplomas, o trayectorias acumuladas), b) cambiante; c) conectado, d) competitivo, e) sin fronteras, e) digital, d) inteligente y flexible, e) medido en resultados»⁵⁶. Basándonos en todo ello, las ocupaciones con más riesgo de perder empleos parece que serán «aquellas muy intensivas en factor humano, con tareas rutinarias de baja cualificación, bien definidas y que son fácilmente codificables en programas digitalizados de procedimientos repetitivos a desempeñar por ordenadores y robots programables». Por el contrario, «las ocupaciones basadas en la movilización de recursos cognitivos no rutinarios que deben adaptarse a incidencias productivas menos estandarizadas estarían menos sujetas a su automatización por sustitución: ocupaciones generalistas que requieren conocimientos heurísticos y tácitos, ideas innovadoras, gestión de incertidumbre organizativa y tareas, cuidados»⁵⁷. También el riesgo de automatización es mayor para los trabajadores/as que realicen actividades que no requieran formación y/o especialización, «dado que el impacto de la tecnología probablemente acortará la vida útil de las habilidades de los trabajadores» y ello supondrá que habrá que formase de forma continua⁵⁸. Hay que tener en cuenta, además, que los trabajadores/as poco cualificados y atípicos (trabajadores/as

⁵⁵ En España, el derecho a la formación de las personas trabajadoras tiene su base en el artículo 35.1 de la Constitución Española, y más concretamente en el artículo 40.2. En el Estatuto de los Trabajadores, el artículo 4.2b) reconoce el derecho del trabajador a la formación profesional, «incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo», y por otro, al «desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su empleabilidad».

⁵⁶ CEDROLA, G., «El trabajo en la era digital: Reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, núm. 1, enero-marzo de 2017, pp. 17-18. *Vid.* al respecto el estudio de SERRANO ARGÜESO, M. «Trabajo del futuro y formación dual», *RGDTSS*, núm. 62, 2022.

⁵⁷ LAHERA A., en referencia a FREY y OSBORNE (2013). LAHERA A., «Digitalización, robotización, trabajo y vida: cartografías, debates y prácticas», *Cuaderno de Relaciones Laborales*, núm. 37(1), 2019, pp. 240-273.

⁵⁸ DOMÉNECH, R., GARCÍA, J. R., MONTAÑEZ, M. Y NEUT, A. «Afectados por la revolución digital en el caso de España», *Papeles de economía española*, 2018, núm.158, p. 131.

con contrato temporal, a tiempo parcial y por cuenta propia dependiente) tienen menor oportunidad de acceder a una formación que los que tienen trabajo estable y altamente cualificado⁵⁹ lo que aumenta la brecha de acceso al aprendizaje⁶⁰ y a un empleo. Del mismo modo, gran parte de los trabajadores/as atípicos son mujeres, lo significa que la brecha de acceso al aprendizaje para adultos influye en la brecha de género. En este contexto, la versión pesimista del futuro del trabajo como consecuencia de la digitalización añade entre los afectados «a una parte importante de empleados cualificados cuyas capacidades de pensamiento van a ser sustituidas por la aplicación de las nuevas técnicas de inteligencia artificial que, se supone, serán capaces de generar mejores diagnósticos que la limitada mente humana». En cambio, la versión optimista presupone que las nuevas técnicas crearán nuevos empleos, más creativos y menos rutinarios⁶¹. Esta última, la progresista (y optimista) es la recomendación que hace la OIT. Sin embargo, critica Recio que quienes se apuntan a la versión progresista por el momento ofrecen pocas pistas de dónde se crearán estos nuevos empleos. Y si esto no está claro resalta el autor que, de momento, «estaríamos ante una promesa de futuro resplandeciente, pero que exige, como por otra parte hemos visto, de la gente que se esfuerce educándose y aceptando cambiar de vida profesional cuando se lo exijan»⁶².

El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia⁶³, a fin de reforzar el capital humano, mejorar la productividad, los salarios y minorar el desempleo juvenil adelantaba la importancia de las reformas en el terreno de la educación, la formación profesional y la universidad como actuaciones clave para reforzar el capital humano de las próximas generaciones, la eliminación de la brecha social y territorial y el acceso a oportunidades laborales digitales y adaptación a las necesidades de un mercado laboral cambiante y dinámico.

«Mejorar la formación y la recualificación profesional de la población española» constituye también el tercer desafío de la *Estrategia España 2050*⁶⁴. Según dicho informe, aunque es cierto que en las últimas décadas la formación de la población española ha aumentado considerablemente a un ritmo solo comparable con Finlandia son todavía muchas las carencias y objetivos a los

⁵⁹ OECD, *El futuro del trabajo. ¿Cómo se sitúa España? 2019*, pp. 1-2. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9ee00155-en>.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ RECIO, A., «Digitalización y trabajo: notas para el debate», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 144 2018/2019, pág.57.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Disponible en: <https://planderecuperacion.gob.es/>.

⁶⁴ Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf.

que hacer frente. Vamos a tratar de sintetizar las ideas fuerza plasmadas en el mencionado documento:

— Lograr que el 93 % de la población entre 25 y 34 años tenga una educación superior a la ESO antes de 2050 (objetivo 9).

En efecto, se justifica en el informe que en el futuro, a medida que la economía del conocimiento avance, la tecnología vaya transformando el tejido productivo, nuestra población en edad de trabajar disminuya, la competencia global aumente y amenazas como el cambio climático se recrudezcan, el hecho de contar con una fuerza trabajadora bien formada y actualizada cobrará aún mayor trascendencia.

— Incrementar progresivamente el gasto público en educación hasta cotas del 5,5 % del PIB a mediados de siglo, garantizando una mejora similar en el gasto por estudiante. Este incremento de la financiación debe venir acompañado de mejoras significativas en la eficiencia y en la composición del gasto (objetivo 13).

— Acabar con las brechas de género que se detectan en los ciclos formativos de FP y grados universitarios, particularmente en aquellos del ámbito STEM (objetivo 14).

En el horizonte del año 2025 en España, el 37 % de los puestos de trabajo corresponderán a personas con un alto nivel de cualificación, el 49 % a personas con un nivel medio de cualificación, y sólo el 14 % a personas con un bajo nivel de cualificación. Además, se requerirán más perfiles de tipo técnico y con formación STEM (Ciencia, Tecnología, Ingeniería y Matemáticas), aunque sin olvidar tampoco la importancia de la creatividad y la innovación, STEAM (incluyendo las artes y el diseño)⁶⁵. En cuanto a la variante sexo, los datos demuestran la importante brecha existente. Así, en el año 2021, en España un 73,8 % de los varones estaban titulados en ESO y un 47,6 % en Bachillerato, cifras muy inferiores al de las mujeres. En concreto, según el *informe* Igualdad en cifras MEFP, Aulas por la Igualdad⁶⁶, publicado el 21 de marzo de 2021 por el Ministerio de Educación y de Formación Profesional (MEFP) y referente al curso 2018-2019, un 84 % de alumnas titula en Educación Secundaria Obligatoria (ESO) y un 63,1 % en Bachillerato. En Formación Profesional, las mujeres representan

⁶⁵ Disponible en: <https://www.todofp.es/dam/jcr:5d43ab06-7cdf-4db6-a95c-b97b4a0e1b74/220720-plan-modernizacion-fp.pdf>.

⁶⁶ Disponible en: <https://www.educacionyfp.gob.es/prensa/actualidad/2021/03/050321-igualdadencifras.html>.

el 29,3% del alumnado de FP Básica; el 43,7% en Grado Medio; y el 47,7% en Grado Superior. Las mujeres son mayoría (55,6%) en el alumnado universitario. En todos los niveles educativos concurre una mayor presencia de las mujeres en profesiones vinculadas con el ámbito de Humanidades, Arte, Salud y Servicios Sociales y menor en ámbitos relacionados con Ingeniería, industria y construcción (29%) e Informática, sectores claves, por otra parte, para el reto que plantea el futuro mercado laboral. En lo referente al abandono escolar, los datos que visibiliza el informe *Igualdad en cifras...* son positivos ya que confirman una bajada continuada para ambos sexos en los últimos diez años. El *Plan Nacional de Competencias Digitales*, en su línea de actuación contra la brecha digital de género, prevé programas de fomento de vocaciones científico-tecnológicas en el sistema educativo y de capacitación digital de las mujeres y de participación en itinerarios formativos tecnológicos⁶⁷.

— Lograr que toda la población adulta tenga al menos habilidades digitales básicas (objetivo 15).

— Lograr que el 75% de la población adulta hable al menos una lengua extranjera (objetivo 16).

Considerando los objetivos 15 y 16, las habilidades en conocimiento de idiomas y competencias digitales son en España aún una asignatura pendiente. También la población adulta presenta un dominio menor a sus homólogos europeos de competencias básicas como comprensión lectora o habilidades matemáticas. Así pues, la población española está por debajo de la media europea en materias fundamentales como son el conocimiento de idiomas extranjeros, las habilidades digitales, o la formación financiera y en el dominio de competencias transversales o *soft skills* como el pensamiento crítico, la creatividad o la curiosidad, las cuales, como hemos visto, están llamadas a tener una transcendencia cada vez mayor en el desarrollo personal y profesional de las personas. Suele decirse que España tiene un problema de «sobrecualificación». Sin embargo, se aclara en el informe que no hay que perder de vista que, tras este

⁶⁷ Este Plan parte de una contextualización internacional y europea de las políticas públicas propuestas, proporcionando un marco estratégico alineado con la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). La agenda ofrece una hoja de ruta para la construcción de un mundo más justo y sostenible y reconoce la necesidad de adquirir, desarrollar y utilizar competencias digitales para, respectivamente, contribuir al fin de la pobreza (ODS 1), garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad (ODS 4), lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y niñas (ODS 5), promover el trabajo decente y el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible (ODS 8) y construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación (ODS 9), la reducción de las desigualdades (ODS 10) y la lucha contra el cambio climático (ODS 13). MINECO, *Plan Nacional de Competencias Digitales*. Disponible en: <https://portal.mineco.gob.es>.

dato, lo que subyace a menudo no es un problema de «sobrecualificación» como tal sino, más bien, de «sobretitulación,» ya que, en muchos casos, se trata de personas que, aunque poseen un título de educación superior, solo tienen competencias de nivel medio o bajo.

— Conseguir que la sociedad entienda la educación como un proceso constante que debe producirse a lo largo de toda la vida, desde la infancia hasta la vejez, de modo que, en 2050, el 90 % de la población adulta participe en algún programa o actividad de recualificación al año. Deberá hacerse un esfuerzo especialmente intenso en aquellos colectivos hoy en día infrarrepresentados en este ámbito (objetivo 17).

Se destaca en el informe que estamos referenciando como asignatura pendiente en España el impulso de la formación a lo largo de toda la vida (*lifelong learning*). La evidencia muestra que la participación de la población adulta en procesos de recualificación está fuertemente ligada a una mayor productividad, mayores oportunidades de empleo, y mejores salarios.

— Aumentar progresivamente la tasa de participación en programas de recualificación entre las personas desempleadas hasta alcanzar, al menos, el 70 % en 2050 (objetivo 18).

— Aumentar la financiación de las políticas activas de empleo dedicadas a la formación hasta alcanzar el 0,25 % del PIB en 2030 y el 0,4 % en 2050 (objetivo 19).

— Incrementar sustancialmente el porcentaje de empresas (pequeñas, medianas y grandes) que realizan formación para sus trabajadores (objetivo 20).

En conclusión, se destaca que existe una amplia evidencia empírica que «demuestra que el déficit competencial en un país está asociado a una menor productividad, menor innovación, mayores tasas de desempleo, mayor desigualdad de renta entre su ciudadanía, peores niveles de salud, de seguridad ciudadana, de participación cívica, y de concienciación medioambiental» y que se intensificará hasta el año 2050 con una economía más basada en el conocimiento y un uso menos intensivo de los factores físicos de producción. En este contexto, *el capital humano será la base de la prosperidad económica*.

¿Cuáles son las vías de mejora según la *Estrategia España 2050*?

— Minimizar las insuficiencias heredadas de las etapas educativas de infantil, primaria y secundaria.

— Consolidar la FP como una de las principales vías de formación y recualificación en España.

■ LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES...

— Potenciar la contribución del sistema universitario a la formación y recualificación de la fuerza trabajadora.

— Constituir un sistema integrado de educación y recualificación para la población trabajadora en activo.

— Reinventar el sistema español de formación para personas desempleadas.

— Aprovechar mejor las sinergias del sistema (intercambio de datos y coordinación entre Administraciones públicas, institutos, centros de FP, universidades y los servicios públicos de empleo. También deberá potenciarse el papel de las empresas en el ámbito educativo y formativo).

Efectivamente, la formación profesional es uno de los motores fundamentales para el crecimiento económico y social de España. El *I Plan Estratégico de Formación Profesional*, que se inicia en el cuarto trimestre de 2018, había de ser intensificado y adaptado para dar respuesta a las necesidades de cualificación y recualificación de los trabajadores –futuros y actuales–, a nivel individual y colectivo de cada empresa, es por ello que el Ministerio de Educación y Formación Profesional propuso una segunda fase del *Plan Estratégico de Formación Profesional* que, ante la nueva situación, incorporase un plan para la formación profesional, el crecimiento económico y social, y la empleabilidad «cuya finalidad sea crear un ecosistema de relanzamiento económico desde la apuesta por el capital humano y el talento»⁶⁸.

La OCDE recuerda que «los programas de Formación Profesional son un itinerario valioso para acceder al mercado laboral o continuar formándose y se han demostrado más efectivos en paliar el desempleo juvenil. Ello no obstante, España presenta aún una baja proporción de jóvenes entre 15 y 19 años matriculados en programas de Formación Profesional, en comparación con otros países de la OCDE (del 12 % frente al 25 %); a pesar de que aquellos que tienen una titulación de Formación Profesional tienen una tasa de ocupación del 74 %, mientras que en los que sólo tienen una titulación general esta tasa se reduce al 63 %⁶⁹. Todo ello genera dos problemas estructurales según el «Plan Estratégico de Formación profesional». Por un lado, la existencia de un elevado número de personas que carecen de acreditación formal de sus competencias profesionales. Por el otro, desequilibrio entre los niveles de cualificación en relación con las necesidades del mercado laboral. Dado que en España nos

⁶⁸ Disponible en: <https://www.todofp.es/dam/jcr:5d43ab06-7cdf-4db6-a95c-b97b4a0e1b74/220720-plan-modernizacion-fp.pdf>.

⁶⁹ *Panorama de la Educación. Indicadores de la OCDE 2022*, Ministerio de Educación y Formación Profesional. Disponible en: https://sede.educacion.gob.es/publiventa/descarga.action?f_codigo_agc=24121.

encontramos con una población con un nivel de formación profesionalizante muy escaso, el plan incide en que hay que reforzar la fuerza productiva con un nivel medio de cualificación, lo que se consigue a expensas de la FP de grado medio, fundamentalmente.

En cuanto a las debilidades que ha tenido el sistema de formación profesional en España destaca principalmente el fracaso de la división entre formación profesional del sistema educativo y formación profesional para el empleo. Frente a este modelo, la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de Ordenación e Integración de la Formación Profesional ⁷⁰ pretende poner fin a esta desigualdad y aborda y regula desde la norma básica, con rango de Ley Orgánica, el carácter dual de toda la formación profesional de nuestro país integrando, como pilar básico, en un sistema único de formación profesional a lo largo de la vida los dos subsistemas existentes (FP del sistema educativo y FP para el empleo) en el que identifica las competencias profesionales del mercado laboral. Este modelo de formación dual en la formación profesional se ha establecido en todas las Comunidades Autónomas desde el curso escolar 2012-2013 experimentando desde ese momento un aumento tanto de centros participantes como de empresas y alumnos ⁷¹, pero ha tenido más sombras que luces, no ha existido formación dual en sentido estricto y se ha utilizado, en muchos casos, para una precarización incentivada del trabajo e incluso como un negocio de las consultoras privadas ⁷². Frente a la experiencia del pasado, la dualidad forma parte del futuro de la formación y se alinea con las directrices internacionales y europeas porque permite a las personas que están estudiando no solo tener contacto con el ámbito laboral, sino dar un paso más y aprender trabajando, lo que les capacitar para una mejor inclusión y permanencia en el mercado de trabajo. También es buena para la empresa, que conoce y participa en la formación de personas que se van a incorporar de forma inmediata en el ámbito laboral y beneficia al ámbito educativo dado que la cercanía con la empresa le va a permitir actualizar y adaptar la formación a los requerimientos del mercado laboral. Teniendo presente esta práctica, la relativamente reciente reforma del sistema de formación profesional (LOOIFP) pretende acabar con la precariedad formando profesionales capaces de incorporarse a los nuevos puestos de trabajo generados por la digitalización y la transición ecológica ⁷³.

⁷⁰ BOE núm. 78. A partir de ahora LOOIFP.

⁷¹ Disponible en: <http://www.educacionyfp.gob.es/mc/fse/actuaciones/fp-dual.html>.

⁷² CCOO, *El fraude de los contratos para la formación y el aprendizaje*, www.ccoo.es, pág. 1 y 2.

⁷³ La oportunidad y urgencia se justifica, además, en los Fondos Europeos «Next Generation UE» para financiar el nuevo sistema de formación profesional. Pendientes del desarrollo reglamentario, en la actualidad y con plazo para aportaciones hasta el 9 de marzo de 2023 está el Proyecto de Real Decreto por el que se establece la Ordenación del Sistema de Formación Profesional.

Con la reciente regulación de la FP el eje del sistema formativo es la persona. «Se trata de poner los recursos de formación y el mejor sistema de formación profesional al servicio de todas las personas, de manera accesible y en cualquier momento de su vida». Es por ello que el actual sistema permite abordar el papel de cualificación y recualificación que las circunstancias del mercado laboral requieren ⁷⁴.

También se clarifican las habilidades que han de adquirirse en la formación profesional en coherencia con las tendencias formativas de hoy en día: creatividad, competencias digitales, capacidades analíticas y predictivas y actitudes proactivas. Todo ello, a fin de convertir a la FP en una palanca para el crecimiento ⁷⁵. El sistema de formación de la Ley 3/2022 se diseña «bajo la premisa de que la formación es una necesidad durante toda la vida (...). El propósito es conseguir un sistema lo suficientemente flexible y, además, proactivo, que permita detectar las disfunciones entre las necesidades del mercado y las capacidades y aptitudes de los trabajadores y demandantes de empleo, y ofrezca además vías eficaces para proporcionar y/o actualizar las competencias profesionales» ⁷⁶. La nueva norma de FP incentiva y potencia el procedimiento de acreditación de competencias adquiridas por experiencia laboral o vías no formales; crea y regula el sistema de orientación profesional vinculado al sistema de Formación Profesional; estrecha las relaciones entre Formación Profesional y Universidad; asegura las ofertas de formación idóneas; posibilita la adquisición de la correspondiente formación o, en su caso, su reconocimiento; y pone a disposición un servicio de orientación y acompañamiento profesional que permita el diseño de itinerarios formativos individuales y colectivos ⁷⁷. Cada estudiante cuenta con un plan de formación que detalla los resultados de aprendizaje en el centro y en la empresa. Además potencia la corresponsabilidad entre los centros de Formación Profesional y los centros de trabajo de su entorno, que trabajarán de manera conjunta en los aprendizajes del currículo a fin de conseguir una formación actual y conforme a los cambiantes requerimientos del mercado de trabajo en los que va a ser imprescindible, entre otras, desarrollar un sistema de Formación Profesional a lo largo de la vida flexible, accesible, acumulable, acreditable y capitalizable y adecuar

⁷⁴ Disponible en: <https://www.todofp.es/dam/jcr:5d43ab06-7cdf-4db6-a95c-b97b4a0e1b74/220720-plan-modernizacion-fp.pdf>.

⁷⁵ Disponible en: <https://www.todofp.es/dam/jcr:5d43ab06-7cdf-4db6-a95c-b97b4a0e1b74/220720-plan-modernizacion-fp.pdf>.

⁷⁶ MENÉNDEZ, P. y RODRIGUEZ CARDO, I. A., «El impacto de la nueva ordenación legal de la formación profesional en el Derecho del Trabajo: una primera aproximación», *RGDTSS*, núm. 63, 2022 p. 69.

⁷⁷ Disponible en: <https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:57519a82-5ee1-412f-8ccd-351b1c1c93e5/proyecto-fp-definitivo---dossier.pdf>.

los niveles de cualificación de la población activa a las necesidades de los sectores productivos⁷⁸.

Junto a la reforma de la FP en España otro de los temas clave para huir de la precarización y facilitar la incorporación de la gente joven al mercado de trabajo es la reforma de la contratación. Así pues, uno de los ejes de la reforma laboral aprobada por Real Decreto Ley 32/2021⁷⁹ es la simplificación de la contratación a fin de adaptarla al momento transformador en el que vivimos y a las exigencias de la digitalización y la Economía 4.0. Efectivamente, la necesidad de adaptación permanente a los requerimientos del mercado de trabajo es incompatible con una continua rotación en los puestos de trabajo en un momento, además, de saldo demográfico negativo y una importante dificultad de reemplazo generacional en algunas profesiones. En este contexto de ajuste continuo y cambios difíciles de prever incluso para las propias empresas se incluye también la modificación de los contratos formativos (reforma del artículo 11 del ET) introduciendo un modelo distinto en el que se prevé un único contrato para la formación con dos modalidades: el contrato de formación en alternancia (sustituye al contrato para la formación y el aprendizaje y al contrato para la formación dual universitaria) y que tiene por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo, y el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al correspondiente nivel de estudios. Este nuevo modelo trata de huir del estigma de la precarización de las condiciones de trabajo que ha acompañado tanto a los contratos formativos (menores costes, beneficios económicos por su conversión en indefinidos, temporalidad, menor complejidad en la gestión etc.).

Así pues, las recientes reformas del sistema educativo en España, en especial la de la formación profesional, han incorporado claramente las directrices de la OIT en materia de formación⁸⁰ y que podemos resumir en las siguientes:

— Relación estrecha entre la formación y el empleo.

⁷⁸ La DT segunda de la LOOIFP establece que «La ordenación académica de las enseñanzas de Formación Profesional del Sistema Educativo y la ordenación de los Certificados de Profesionalidad en el ámbito de la Formación Profesional para el empleo, continuarán vigentes hasta que se proceda al desarrollo reglamentario en el marco del nuevo Sistema de Formación Profesional en los términos previstos en el Título II y en la Disposición final octava de esta ley».

⁷⁹ Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE 313, de 30 de diciembre).

⁸⁰ Que son coherentes también con las europeas.

- Flexibilidad en los sistemas de enseñanza para mejorar la adaptación constante a las necesidades del mercado de trabajo y la propia supervivencia de las empresas (en especial medianas y pequeñas).
- Corresponsabilidad en la formación (intervención de empresas, sindicatos y otros agentes sociales. Destaca el impulso de la dualidad).
- Impulso del aprendizaje permanente y, consecuentemente, la empleabilidad.
- Fomento de nuevas habilidades y competencias: alfabetización digital; colaboración; comunicación; creatividad; manejo de lenguas extranjeras; pensamiento crítico y resolución de problemas.
- Desarrollo de un nuevo marco de reconocimiento y certificación de las aptitudes profesionales.
- Inversión en capital humano.
- Formas nuevas de gestionar los recursos humanos.
- Combinación en la formación de metas productivas con otras correctoras o sociales (especial foco de atención en mujeres y jóvenes). Esto contribuye a la lucha contra la precariedad y las desigualdades.
- Financiación adecuada.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CEDROLA, G., «El trabajo en la era digital: Reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, núm. 1, enero-marzo de 2017, págs. 1-30.
- DOMÉNECH, R., GARCÍA, J. R., MONTAÑEZ, M. y NEUT, A., «Afectados por la revolución digital en el caso de España», *Papeles de economía española*, 2018, núm.158, págs. 128-145.
- FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., «La formación profesional», en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNANDEZ BERNAT, J. A y LOPEZ INSUA, B. (Dirs. y Coords), *Las políticas activas de empleo: Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.
- HERNÁNDEZ BEJARANO, M., «Una aproximación al problema del desempleo juvenil en España», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 3, julio-septiembre 2022, págs. 251-285.
- LAHERA A., «Digitalización, robotización, trabajo y vida: cartografías, debates y prácticas», *Cuaderno de Relaciones Laborales*, núm. 37(1), 2019, pp. 240-273.

- MENÉNDEZ, P. y RODRIGUEZ CARDO, I. A., «El impacto de la nueva ordenación legal de la formación profesional en el Derecho del Trabajo: una primera aproximación», *RGDTSS*, núm. 63, 2022 págs. 59-91.
- MONEREO PÉREZ, J. L y MORENO VIDA, M. N «Las políticas de formación profesional: su centralidad para el trabajo decente y la inclusión social», *Temas Laborales*, núm. 160, 2021, págs. 91-131.
- MONEREO PÉREZ, J. L, FERNANDEZ BERNAT, J. A y LOPEZ INSUA, B. (Dir. y Coords), *Las políticas activas de empleo: Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.
- OVACEN, ¿Economía azul o verde? Disponible en: <https://ovacen.com/economia azul>
- RECIO, A., «Digitalización y trabajo: notas para el debate», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 144 2018/19, pp. 49-58.
- SERRANO ARGÜESO, M., «Trabajo del futuro y formación dual», *RGDTSS*, núm. 62, 2022, págs. 74-117.

RELACIÓN DE TRABAJO

LA IDENTIFICACIÓN Y NOMINACIÓN DEL TRABAJO ASALARIADO COMO VÍA SINGULAR DE PROTECCIÓN LABORAL A TRAVÉS DE LOS INSTRUMENTOS DE LA OIT

ÓSCAR FERNÁNDEZ MÁRQUEZ

Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. *Las definiciones ejercitada y representada de la relación de trabajo y la Recomendación 198 como dispositivo de protección laboral nominativa o por vía calificatoria.*—2. *Propuestas políticas y propuestas técnicas de la Recomendación 198 para la mejor identificación de la relación de trabajo: declaración y constitución de la laboralidad.*—3. *Simulación contractual, levantamiento del velo y principio de realidad: la definición material de la relación de trabajo y la determinación declarativa de la laboralidad.*—4. *Zonas grises, incertidumbre y ambigüedad de la realidad intrínseca del trabajo: la definición formal de la relación de trabajo y la determinación constitutiva de la laboralidad.*—5. *Indicaciones y referencias suplementarias de la Recomendación 198 en torno a la definición y la existencia de la relación laboral.*—6. *Epílogo: la idea de trabajo asalariado como concepto análogo y la difícil commensurabilidad del juicio de laboralidad.*

1. LAS DEFINICIONES EJERCITADA Y REPRESENTADA DE LA RELACIÓN DE TRABAJO Y LA RECOMENDACIÓN 198 COMO DISPOSITIVO DE PROTECCIÓN LABORAL «NOMINATIVA» O POR VÍA «CALIFICATORIA»

Las primeras leyes laborales que surgen con la Revolución Industrial, en el contexto de las concesiones sociales que los Estados liberales se ven obligados a hacer ante la «cuestión social» y las presiones del «movimiento obrero»

que casi natural e inevitablemente trae consigo el modo capitalista de producción, concentraron su empeño de protección de los trabajadores en la mejora de las condiciones de trabajo (tutela de mujeres y menores, salubridad laboral, jornada máxima, descanso dominical), el reconocimiento de derechos colectivos (libertad sindical, huelga, negociación colectiva) y, llegado el momento, en la dotación de mecanismos públicos eficientes y ágiles de respuesta frente a los incumplimientos de las normas laborales sustantivas que se iban poniendo en aplicación (jurisdicción y proceso especializado en materia social y aparato administrativo de inspección y control del trabajo). No hubo necesidad inicialmente de ocuparse en determinar y definir la realidad o el supuesto típico para el que estas leyes deberían desplegar sus efectos. Dando por supuesto, como algo evidente, que habrían de aplicarse al trabajo obrero, es decir, el desempeñado en las minas, las fábricas, los talleres o con maquinaria industrial, las leyes laborales originales se limitaron a conducir la protección de los trabajadores por la vía de las exigencias tuitivas objetivas que incorporaban (el «qué» y el «cómo» de la protección) y no por la vía de definir las situaciones o sujetos a que afectaban (el «quién» de la protección).

Valga como muestra a tal efecto el caso de España, cuyas primeras leyes laborales, sin hacer nunca cuestión de los casos en que debían de aplicarse, dándolo por supuesto como algo obvio, simplemente se ocuparon de definir las medidas de protección social que habrían de regir en ciertos ámbitos específicos en los que se desarrollaba «trabajo industrial». Esto se aprecia singularmente en las llamadas «leyes de fábricas», como la Ley «Benot» de 1873 sobre trabajo en los talleres e instrucción en las escuelas de los niños obreros (aplicable en «fábricas, talleres, fundiciones o minas»; artículo 1)¹ o la Ley de 1900 sobre condiciones de trabajo de mujeres y menores (referida principalmente a «fábricas», «talleres», uso de «motores de vapor» y «establecimientos industriales»; artículos 2 ss)², o en otras leyes laborales españolas de primera generación como la Ley «Dato» de accidentes de trabajo de 1900 (que refiere su campo de aplicación a «fábricas, talleres y establecimientos industriales», «minas, salinas y canteras», «fábricas y talleres metalúrgicos y de construcciones terrestres y navales», «construcción, reparación y conservación de edificios», uso «industrial» de «materias explosivas, inflamables, insalubres o tóxicas», «vías férreas, puertos, caminos, canales, diques, acueductos, alcantarillas», «faenas agrícolas y forestales» con utilización de «motores», «acarreo y trans-

¹ Vid. VV. AA, *La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. 6.

² Vid. VV. AA, *La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, cit, p. 65.

porte terrestre, marítimo y de navegación interior», entre otros; artículo 3)³, y en general también en los sucesivos reglamentos sectoriales de jornada de trabajo (minas, textil, construcción), que culminan con el Decreto 1919 de jornada máxima de trabajo –8 horas– aplicable ya más generalmente a todas las actividades e industrias⁴.

Obviamente, esto –que las leyes laborales aprobaran las correspondientes reglas sin tener que emplearse en definir las situaciones en que estas debieran aplicarse– sólo fue posible porque en su configuración original –como actividad de obreros desempeñada en fábricas, talleres o similares– la idea de trabajo asalariado lucía como un concepto «claro y distinto» que no suscitaba especiales problemas de identificación. Se sabía muy bien quiénes eran los trabajadores que, por aportar la totalidad de su tiempo y de su energía productiva, en forma de mano de obra no cualificada y de manera subordinada, en el marco de una organización productiva envolvente que les proveía de las herramientas y medios de producción, y en cuya iniciativa, riesgos y ganancias no participaban, percibiendo a cambio una remuneración segura o contractualmente garantizada en razón de las actividades desarrolladas, se sabía –decimos– quiénes eran los trabajadores que, precisamente por desempeñar su actividad en las condiciones referidas, debían merecer la protección de las leyes laborales. De modo que seguramente fue esta circunstancia, la referenciación originaria de las leyes laborales a la concreta y bastante bien definida realidad del trabajo industrial característico del modo de producción capitalista en su fase de despegue, lo que hizo posible que las mismas pudieran poner en marcha su potente aparato regulatorio simplemente definiendo como hemos visto «déctica» o «denotativamente» su campo de aplicación –obvio y exento de toda polémica–, sin necesidad de armar un concepto «intensional» o «connotativo» del trabajo asalariado por teorización a partir de componentes abstractos y generales como serán luego los de la ajenidad y la dependencia⁵.

Es sabido sin embargo que la ulterior expansión del modo capitalista de producción hacia los servicios, propiciada por el deslizamiento o transición desde una economía de sector primario y secundario («capitalismo industrial»)

³ Vid. VV. AA, *La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, cit., p. 255.

⁴ Vid. MARTÍN VALVERDE, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España», *La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pp. XLVII ss; más resumidamente, MARTÍN VALVERDE, A. y GARCIA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021, pp. 67 a 69.

⁵ Sobre estas dos maneras –la denotación/extensión y la connotación/Intensión– de referenciación o conceptualización de las realidades a través de los términos del lenguaje, vid. B. GARZA CUARÓN, *La connotación: problemas del significado*, Colegio de México, 1978, pp. 58 ss.

hacia una nueva economía terciarizada («capitalismo de servicios»), conllevará la extensión de las normas laborales a terrenos o tipos de trabajo nuevos situados fuera del paradigma o estándar original de la actividad obrera, como puede ser el caso de los servicios de representación o intermediación (gerencia, agencia comercial, intermediación mercantil), las tareas técnicas de las profesionales liberales y colegiadas (ingenieros, médicos, abogados), e incluso las actividades que conllevan la realización de operaciones creativas únicas e irrepetibles, inasequibles al concepto de mercancía industrial (trabajo científico, artístico o deportivo), sin contar otro tipo de trabajos o actividades muy alejadas de lo que propiamente son las operaciones de producción capitalista a las que acaba alcanzando también la legislación laboral, como acontece en las relaciones laborales de empleo público, en el trabajo lucrativo prestado en ONG, o, por supuesto, en el trabajo doméstico o del hogar (no en vano llamado trabajo «reproductivo», para marcar su diferencia de esencia con el «productivo»). Y es evidente que para todos estos trabajos que novedosamente pasan a encontrar cobijo bajo el manto protector de las leyes laborales ya no servirá el viejo consenso acerca de lo que se entiende por trabajo asalariado en el modo de producción industrial⁶.

La legislación laboral extiende en efecto su campo de aplicación a nuevos tipos de operaciones productivas, desempeñadas, por ejemplo, por trabajadores que actúan con cierto margen de autonomía, fuera del ámbito de las dependencias empresariales, sin sujeción a horario laboral estricto, o que aportan medios productivos, herramientas o una formación técnica o cualificada, o a trabajadores no fungibles para los que el empresario puede no tener fácil encontrar recambio o sustituto adecuado, y que por tanto se vuelven casi imprescindibles, o que a veces asumen incluso una parte de los riesgos o los beneficios empresariales, o que simplemente prestan servicios en entidades no lucrativas o en ámbitos impropriamente industriales o capitalistas como el trabajo doméstico. Y es evidente que para estos trabajos ya no valdrá referenciar la aplicación de las normas laborales según un sistema como el que originalmente pudo basarse en la certidumbre que ofrecía el tipo concreto y definido de trabajo desempeñado por los obreros en las industrias. Obviamente, este sistema sigue por supuesto valiendo para identificar de manera poco dudosa un

⁶ A propósito del trabajo doméstico, por ejemplo, se ha dicho en este sentido, muy gráficamente, lo siguiente: «digámoslo un poco polémicamente: la relación de servicio doméstico es una reminiscencia pre-capitalista, cuasi-feudal, injertada en el modo de producción capitalista y a la que este termina integrando –no sin dificultades– en su relación laboral básica, el contrato de trabajo»; *vid.* ALARCÓN CARACUEL, M. R., «La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo», *Revista española de Derecho del Trabajo*, 28 (1986), p. 513.

tipo de trabajadores –los asalariados industriales– a los que indefectiblemente continuarán siendo aplicables las leyes laborales. Pero no servirá para determinar en qué otro tipo de nuevos trabajos potencialmente tutelables por las normas laborales deberán o no aplicarse estas reglas. Para estos casos la determinación de cuándo deberá o no aplicarse la legislación laboral, mucho más incierta por la mayor heterogeneidad de los mismos, y para la que ha dejado de haber un consenso –antes al contrario estaremos ante una cuestión consustancialmente polémica y controvertida–, ya no podrá darse por supuesta y hacerse «extensional» o «deícticamente», siendo antes al contrario precisa una teorización que permita la determinación «intensional-connotativa», a partir principalmente de las notas abstractas de la dependencia y de la ajenidad, de las situaciones en las que deberán entenderse aplicables las leyes laborales.

Esto es precisamente lo que explica que en cierto momento –con un ritmo ajustado al proceso mismo de expansión de su ámbito aplicativo a nuevos trabajos– la legislación laboral tenga que comenzar a destinar parte de su contenido regulatorio también a definir o circunscribir de manera lo más acotada posible su campo de aplicación. Ya no basta con aprobar reglas laborales dando más o menos por supuesto como *quaestio non disputandum* su campo de aplicación, sino que las normas laborales, haciéndose cargo de lo incierto y polémico de la determinación de las situaciones en que habrán de operar, incorporando por supuesto la tradición y la experiencia previa de los conflictos y las soluciones judiciales y doctrinales dadas o propuestas para su solución, comenzarán a dotar verdaderas «meta-reglas» (normas de encuadramiento) con las que se acompañarán las «reglas-objeto» (normas de trabajo sustantivas y procedimentales) que se quiere poner en ejecución. Desde luego, la forma principal de operar a tales efectos será la de definir en abstracto, mediante las notas de ajenidad y dependencia principalmente, el concepto de trabajo –la idea de trabajo asalariado– que reclamará la aplicación de la legislación laboral. Tal es lo que incipientemente comienza a hacerse en el ordenamiento español en el Código de Trabajo de 1926, consagra la LCT de 1931, y realiza actualmente el artículo 1.1 ET, que declara aplicable la legislación laboral a «los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». Complementariamente, las normas laborales procurarán añadir luz y seguridad jurídica –fijar las fronteras del trabajo asalariado– a través de vías como las reglas declarativas o constitutivas de inclusión y/o exclusión de determinados trabajos de su ámbito aplicativo (*vgr.*, el catálogo de relaciones especiales de trabajo del art. 2 ET o la lista de trabajos excluidos de la legislación laboral del art. 1.3 ET), las pre-

sunciones *iuris tantum* de laboralidad (vgr., art. 8.1 y Disposición Adicional 23 ET), la dotación directa o indirecta de instrucciones de interpretación de indicios de dependencia y ajenidad (art. 305 LGSS) o «dependencia económica» (art. 11 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo), o la regulación detallada y matizada de la carga procesal de la prueba de la existencia de relación laboral o de una relación de servicio de carácter autónomo (art. 217.2 y 7 LEC y artículos 87, 90 y 96 y 181.2 LRJS).

Pues bien, es sin duda en un contexto como este, de dedicación de una parte importante del contenido de regulación del trabajo asalariado a la nominación y definición del tipo de situaciones en que las normas laborales deberán entenderse aplicables, donde se ubica la Recomendación 198 OIT (2006). Y es que la Recomendación centra sin duda toda su atención en definir, identificar y determinar –signar mejor– qué situaciones deberá entenderse que constituyen «trabajo asalariado» –*rectius*, una «relación de trabajo»– no ya solo por razones de seguridad jurídica (determinación *a priori* de las reglas que deberán ser objeto de aplicación, y por tanto las consecuencias futuras de las acciones presentes) sino sobre todo con la finalidad de proteger a los trabajadores⁷. No es casualidad en este sentido que la Recomendación sea en cierto modo fruto del previamente frustrado proyecto de Convenio OIT –año 1998– sobre trabajo en contratas (que buscaba proteger a los trabajadores de las empresas auxiliares frente a la mayor vulnerabilidad presente en este tipo de situaciones), y tampoco que, tras las sucesivas reuniones y el correspondiente proceso de negociación, el instrumento haya terminado teniendo claramente en el centro de su punto de mira la protección frente a situaciones simulatorias de fraude y encubrimiento laboral o la tutela de los más vulnerables trabajadores de frontera o zona gris cuya catalogación como dependientes o autónomos está afectada por ciertas dudas e incertidumbres –asalariados en el límite, cuasiautónomos, prestadores de servicios económicamente dependientes–, o que aluda también a la conveniencia de orientar la protección del trabajador hacia colectivos especialmente desfavorecidos como las mujeres, los migrantes, los jóvenes trabajadores y los trabajadores de edad y los discapacitados⁸. Después de todo, estamos ante un instrumento de la OIT, programado

⁷ Vid. ERMIDA URIARTE, O., «La Recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores», *Procesos de Autorreforma Sindical en las Américas. Avances del Grupo de Trabajo sobre Autorreforma Sindical* (GTAS), 2011, p. 45.

⁸ Sobre la genealogía y antecedentes de la Recomendación 198 OIT (2006) vid. VILLASMIL PRIETO, H., «Estudio introductorio desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 39 y ss; también CARBALLO MENA, C. A., «Indicadores sobre la relación de trabajo», *ibidem*, pp. 108 ss.

por así decirlo genéticamente para garantizar a las personas el derecho a un trabajo digno y decente⁹.

Puede decirse por consiguiente que la Recomendación 198 OIT (2006), sobre la relación de trabajo, constituye una manifestación más de la tendencia de las normas laborales y los instrumentos de protección social –inevitable ante la creciente imprecisión o vaguedad de un concepto como el de trabajo asalariado estirado hasta sus límites máximos– a bascular parte de su intención protectora sobre la definición o determinación de las situaciones, muchas veces penumbrosas o de frontera, en que deberá entenderse que estamos ante una relación laboral y en las que procederá por tanto la aplicación de las normas sociales. De hecho, el mismo esquema de identidad evolutiva desde normas laborales que no paran mientes en definir su campo de aplicación, dotando simplemente exigencias legales y medidas de protección, hacia normas laborales que ya se ocupan de determinar, detallar o representarse las situaciones en que tales mismas normas serán aplicables que hemos visto que acompaña el desarrollo interno de la legislación laboral de los distintos países, y por supuesto de España, como hemos visto, está presente también en las normas de la OIT, que ocupándose inicialmente sólo de proteger sin definir lo que se protege pasan llegado cierto momento a dedicar algunas de sus reglas –mediante las correspondientes normas de encuadramiento– a identificar el tipo de trabajo o las situaciones en que las mismas deberán entenderse aplicables¹⁰.

En este sentido, puede afirmarse que la Recomendación 198 OIT (2006), en la que por primera vez se autonomiza y especifica un instrumento regulatorio separado, desanclado de materias o asuntos concretos (vacaciones, libertad sindical, agencias de colocación, etc), para definir con carácter general o transversalmente qué situaciones constituirán la relación de trabajo a la que deberán aplicarse las reglas de protección laboral, y que viene a constituir la meta-regla o norma de encuadramiento por excelencia para la aplicación de la legislación laboral a escala internacional, es sin duda una manifestación elocuente y muy representativa de esto que hemos dado en llamar regulación, y sobre todo protección laboral, mediante normas calificadoras, es decir, previsiones ocupadas de identificar y signar las situaciones en que deberá entenderse que estamos ante trabajo asalariado –ante una relación laboral– y en las que procederá for-

⁹ De modo expreso, la Recomendación 198 dice en sus considerandos de no cabe olvidar que «la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo», debiendo ser conforme con «los principios establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998, y el Programa de Trabajo Decente».

¹⁰ De protección «estratégica» habla por tanto en estos casos la doctrina especializada; *vid.* CARBALLO MENA, C. A., «Indicadores sobre la relación de trabajo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2019, p. 93.

zosamente por tanto la aplicación de las reglas tuitivas que imperativamente destina para tales situaciones la normativa social. En verdad, hemos llegado a un momento de la evolución y complejidad de las regulaciones laborales tal que, como refleja la Recomendación 198 OIT (2006) y las leyes laborales internas de los Estados, tales regulaciones no pueden conformarse ya con la simple definición «ejercitada» o *utens* (simplemente practicada de manera implícita, no consciente, *in actu exercito*) de su campo de aplicación, como sucedía en la época de las primeras leyes laborales (que sólo proyectaban sus efectos sobre el trabajo industrial), sino que se ha hecho preciso que proporcionen, como de hecho hacen, una definición «representada» o *docens* (explícita, consciente, nominativa, *in actu signato*) de su campo de aplicación para hacer frente a los inevitables problemas de calificación laboral que suscitan los nuevos modos de trabajo a los que ha terminado alcanzando la legislación laboral¹¹. Sin duda, es precisamente por esto por lo que la Recomendación 198 OIT, relativamente inadvertida durante sus primeros años de vida –es del año 2006– ha empezado a cobrar impulso en el contexto de las recientes y novísimas fórmulas de organización y prestación del trabajo que ha traído consigo la disruptiva economía de plataformas, que ha hecho cobrar nueva vida a la clásica y recurrente cuestión de definir el trabajo asalariado frente al trabajo autónomo¹².

2. PROPUESTAS «POLÍTICAS» Y PROPUESTAS «TÉCNICAS» DE LA RECOMENDACIÓN 198 PARA LA MEJOR IDENTIFICACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO: «DECLARACIÓN» Y «CONSTITUCIÓN» DE LA LABORALIDAD

Busca esencialmente la Recomendación 198 OIT (2006) aclarar lo que, desde la escala internacional que le es propia, deba reputarse relación de trabajo. El punto de partida, expuesto en el diagnóstico de la situación que se proporciona en los considerandos iniciales de la misma Recomendación, es que la determinación de lo que sea el trabajo asalariado o la relación laboral –que el instrumento nunca llega a definir directa y explícitamente, por cierto¹³– no es

¹¹ Vid. ÁNGEL QUIROGA, M., «Los indicios de laboralidad conforme a los Instrumentos de la Organización Internacional del trabajo», *El concepto de trabajador asalariado: notas legales, indicios y otros indicadores de origen jurisprudencial* (dir. J. García Murcia), Tecnos, Madrid, 2023, pp. 361 ss.

¹² Vid. TEPFER, M., SALSAMENDI, G. y GARCÍA JIMÉNEZ, J., «Efectividad jurídica de los Comentarios de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT», https://www.ilawnetwork.com/wp-content/uploads/2021/02/Articulo_tepfer_salsamendi_jimenez.pdf.

¹³ Vid. OJEDA AVILÉS, A., «Prólogo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, Universidad Libre de Colombia, 2019, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2019, p. 15.

todo lo cristalina que sería deseable en los ordenamientos de los distintos Estados, y ello por varias razones que la propia Recomendación se ocupa de constatar. Primero, por las prácticas simulatorias de encubrimiento de las relaciones de trabajo que llevan a cabo las empresas con el consentimiento forzado o cautivo de los trabajadores, que llevan a reputar como trabajo no asalariado servicios personales realmente laborales (dice la Recomendación que «hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho»). Segundo, por la dificultad objetiva de definir en algunas situaciones –sobre todo en ciertos trabajos de frontera o zona gris (relativamente independientes, con asunción de riesgo, con aportación de medios de producción, etc) a los que la legislación laboral ha terminado alcanzando en el límite de su proceso expansivo– la naturaleza intrínsecamente asalariada o autónoma de las prestaciones personales desempeñadas (a veces, dice la Recomendación, «no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas»). Tercero, por los mismos defectos técnicos de las regulaciones internas de los Estados –«las insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación»–, inservibles en casos difíciles para dar respuestas rápidas, seguras y ejecutivas a la hora de decantar un servicio personal como trabajo asalariado o trabajo autónomo¹⁴.

Entiende la Recomendación que estas situaciones de fraude, incertidumbre o indeterminación en la calificación de la relación de trabajo conllevan consecuencias muy negativas. Por lo pronto, en términos de seguridad jurídica, en cuanto impiden a las partes contratantes, y derivativamente a terceros, anticipar los efectos futuros de actos y decisiones presentes, dificultando las operaciones de cálculo económico, tan importantes para la actividad empresarial; es por esto que la Recomendación relaciona las medidas aclaratorias que introduce con el deber de «la política nacional» de «promover el crecimiento económico» y «la creación de empleo»; por lo que dice –en *pro* de la seguridad jurídica en el comercio internacional– que «en el marco de la prestación de servicios transnacionales es importante determinar a quién se considera como trabajador vinculado por una relación de trabajo, qué derechos tiene y quién es el empleador; o por lo que afirma que «la incertidumbre acerca de la existencia de una relación de trabajo tiene que resolverse de modo que se garantice una competencia leal» –evitación del *dumping social*–, considerando que «las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo pueden

¹⁴ Vid. CARBALLO MENA, C. A., «Indicadores sobre la relación de trabajo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, cit., pp. 93 ss.

crear graves problemas a los trabajadores interesados, a su entorno y a la sociedad en general». Pero, sobre todo, entiende la Recomendación 198 que las situaciones de fraude, incertidumbre o indeterminación en la calificación de la relación de trabajo conllevan consecuencias más negativas aún en términos de la protección de los trabajadores asalariados, considerando que «la legislación nacional, así como los convenios colectivos, ofrecen una protección vinculada a la existencia de una relación de trabajo entre un empleador y un empleado», de modo que determinar que esta existe cuando exista realmente, o determinar que existe cuando, por razones de política legislativa –específicamente razones de justicia social–, se considere que deba existir, es decir, calificar un trabajo como asalariado, resulta clave a tales efectos (es precisamente esto lo que aquí llamamos protección por «signación, nominación o calificación laboral»).

Después de todo, como expresamente dice la Recomendación 198, «la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo, de conformidad con los principios establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998, y el Programa de Trabajo Decente», siendo cometido principal de la misma «que la legislación (nacional) y su interpretación deberían ser compatibles con los objetivos del trabajo decente», así como «resolver lo que puede constituir una desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes en una relación de trabajo», que es de lo que al final verdaderamente «trata la legislación laboral o de trabajo». Es más, añade específicamente la Recomendación 198 que la referida protección laboral «debería ser accesible a todos, en especial a los trabajadores vulnerables», entre los que se incluye a los migrantes, «que necesitan protección, como mínimo, contra la selección de la legislación aplicable con el fin de eludir la protección nacional», y a las mujeres, para las que deberán tenerse en cuenta las «normas relativas a su situación particular». La orientación de la Recomendación 198 hacia la tutela laboral, por esta singular vía formal que llamamos «calificatoria», de colectivos especialmente vulnerables, que según hemos apuntado ya está muy claramente anunciada en el curso o proceso mismo de evolución hacia la génesis de este instrumento en el seno de la OIT, se reproduce luego en la recomendación 5, que encomienda a los Estados la puesta en marcha de políticas de «protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo», incluyendo «trabajadoras», «trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades».

Sobre estas bases, partiendo de la conveniencia de despejar las incertidumbres que pueden rodear y de hecho rodean en muchos casos en los ordenamientos nacionales la determinación de la existencia de una relación de trabajo, con fines no sólo de estricta seguridad jurídica sino también específicamente de protección de los trabajadores asalariados, la Recomendación 198 OIT (2006) formula dos tipos de proposiciones a los Estados, siempre cuidándose, como hemos venido diciendo, esto es importante destacarlo, de no definir explícitamente lo que deba entenderse por relación de trabajo, seguramente para facilitar el encaje de las propuestas que se hace con las particularidades e idiosincrasia de cada uno de los distintos sistemas nacionales de regulación del trabajo: de un lado, indicaciones relativas a la elaboración de políticas internas de identificación y determinación de la relación de trabajo (que por tanto tendría como principales destinatarios a los legisladores nacionales); de otro lado, criterios concretos y técnicos (indicios de laboralidad) con los que podría identificarse o determinarse mejor la relación de trabajo, particularmente en supuestos dudosos (y que por tanto ya no tendrían por qué tener como exclusivos destinatarios a los legisladores sino también a los órganos jurisdiccionales nacionales internos). El punto de partida, según los considerandos de la propia Recomendación 198, es que «la orientación internacional a los Miembros desempeña un papel para ayudarlos a lograr esta protección –la protección calificatoria que brinda la correcta determinación de la relación de trabajo– mediante la legislación y la práctica nacionales, y que esa orientación debería seguir siendo útil con el tiempo», máxime considerando que tal protección debe «basarse en leyes eficaces, efectivas y de amplio alcance, con resultados rápidos y que fomenten el cumplimiento voluntario». En todo caso, en cuanto al modo de su internalización, aclara también la Recomendación 198 que las medidas que adopten los Estados para dar recepción a las propuestas de la OIT en esta materia «deberían ser fruto de la consulta con los interlocutores sociales» y además «deberían ofrecer orientación a las partes interesadas en el lugar de trabajo».

En ambos casos, ya se trate de los criterios que la Recomendación propone a los Estados (a los legisladores, decíamos) con vistas a la elaboración de políticas nacionales de lucha contra la incertidumbre en la calificación de la relación de trabajo, ya se trate de los criterios técnicos concretos –indicios de laboralidad– que la misma ofrece (ahora también a los jueces internos¹⁵) para facilitar la identificación de la relación de trabajo, son realmente dos las situa-

¹⁵ Vid. ERMIDA URIARTE, O., «La Recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores», *cit.*, pp. 47 y 48.

ciones de incertidumbre calificatoria que se distingue, y dos las respuestas diferenciadas que ofrece la Recomendación con objeto de despejar la oscuridad en torno a la determinación de la relación de trabajo. La primera situación es la de los casos de simulación y encubrimiento fraudulento de la relación de trabajo, es decir, aquellos supuestos en los que, siendo claro y evidente que existe una relación laboral, por revelarlo así la manera en la que los contratantes realizan objetivamente el intercambio de sus prestaciones (de acuerdo con el llamado principio de realidad), las partes declaran o dicen explícitamente concertar un contrato no laboral; para estos supuestos –de falsos autónomos, falsos socios, falsos becarios o falsos voluntarios, por ejemplo– la propuesta de solución que hace la Recomendación consiste simplemente en facilitar el levantamiento del velo, es decir, en la revelación de la verdadera relación laboral subyacente (el negocio disimulado) bajo la apariencia falsa de contrato no laboral (el negocio simulado). La segunda, es la de aquellos casos límite o de frontera –zonas grises o de penumbra– en los que la presencia simultánea de indicadores objetivos reales de laboralidad y de lo contrario (al tratarse de trabajos desarrollados con «cierta autonomía», «cierto riesgo», «cierta aportación de herramientas», «cierta formación cualificada o técnica», etc) no permite saber a ciencia cierta –no hay consenso doctrinal– si realmente son asalariados o no; para estas situaciones la propuestas de la Recomendación, formuladas por cierto en términos dicotómicos (trabajo asalariado vs trabajo no asalariado, sin terceras opciones) pasan por invitar a los Estados a que decanten el asunto con claridad mediante mecanismos regulatorios y jurisdiccionales seguros y efectivos: presunciones legales *iuris tantum* o *iuris et de iure*, regulación de la carga de la prueba, determinación de la laboralidad sobre indicios, dotación de mecanismos jurisdiccionales y administrativos especiales que faciliten la determinación rápida y confiable de que la prestación de servicios personales que se discute es o no una relación de trabajo, etc; por supuesto, todas estas indicaciones las formula la Recomendación –que nunca define la relación de trabajo, insistimos– en términos puramente formales, sin determinar cuándo un trabajo dudoso o de frontera deberá merecer la calificación o no de asalariado, cuestión que deja siempre obviamente en manos de los Estados, que decidirán de acuerdo con sus propios criterios políticos internos si un trabajo de frontera debe ser definido legalmente –imperativamente o por vías técnicas indirectas– como laboral o no laboral ¹⁶.

¹⁶ Vid. CARBALLO MENA, C. A., «Indicadores sobre la relación de trabajo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, cit., pp. 123 ss.

3. SIMULACIÓN CONTRACTUAL, LEVANTAMIENTO DEL VELO Y PRINCIPIO DE REALIDAD: LA «DEFINICIÓN MATERIAL» DE LA RELACIÓN DE TRABAJO Y LA «DETERMINACIÓN DECLARATIVA» DE LA LABORALIDAD

Una primera vertiente de la protección calificatoria laboral que proporciona la Recomendación 198 OIT (2006) busca sobre todo combatir ciertas prácticas simulatorias en cuya virtud las partes de la relación de trabajo decidirían definir impropriamente su contrato como «no laboral», sea declarando falsamente por ejemplo que han concertado una beca al haber pactado realizar actividades de formación no productivas (falsos becarios), o que se trata de tareas de voluntariado porque el trabajo se realizará sin ánimo de lucro, de modo que las eventuales compensaciones y/o premios económicos del trabajador carecerán de causa salarial (falso voluntariado), o que estamos ante prestaciones ejecutadas a título societario al participar el trabajador de la sociedad en la que presta servicios (falsos socios), sea sobre todo aparentando que el trabajo es autónomo por llevarse a cabo de manera independiente y por cuenta propia, a través de un contrato de arrendamiento de servicios o de ejecución de obra u otro similar (falsos autónomos). Se trata de situaciones de ocultación fraudulentas –de huída de una normativa beligerante y de aplicación preceptiva como es la legislación laboral–, muy frecuentes en la práctica, como se constata en los considerandos de la Recomendación, para las que esta propone en esencia aplicar la doctrina del «levantamiento del velo», es decir, desmontar el entramado simulatorio (neutralizando el «contrato simulado») con objeto de aflorar la realidad de la relación jurídica que efectivamente vincula a las partes (el «contrato disimulado»), realidad a partir de la que deberá deducirse el contenido obligacional que en verdad define –no formal sino materialmente– el contrato suscrito, y a partir de ahí la normativa de aplicación.

El enemigo a combatir no es por tanto ahora la eventual incertidumbre o la inseguridad que plantea la identificación de un tipo de trabajo que por sus ambiguas características podría ser catalogado indistintamente como asalariado o no asalariado –este es el otro gran flanco operativo de la Recomendación, como ya hemos apuntado y veremos después– sino, antes al contrario, las operaciones de ingeniería jurídica a través de las cuales las partes de una relación de trabajo, priorizando la apariencia sobre la verdad de tal relación, decidirían de modo fraudulento dar al contrato que formalizan un *nomen iuris* –no laboral– sin correspondencia con lo que realmente contratan. Obviamente, la razón que explicaría este tipo de prácticas no sería otra que el superior coste económico que la legislación laboral impone a las empresas cuando contratan traba-

jadores por cuenta ajena, incomparablemente más alto del que supone entender los servicios prestados en el marco de contratos civiles de servicios, becas, voluntariado, etc; en conjunción, por supuesto, con la característica posición de contratantes débiles de los trabajadores asalariados, cuyas menguadas opciones negociadoras ante las empresas (urgencia familiar del contrato, fungibilidad y sobreabundancia de fuerza de trabajo, menor experiencia negociadora, etc), les llevaría a claudicar inexorablemente –sin quererlo realmente– ante la trágica alternativa que en estos casos suele comportar la oferta contractual de la empresa: ser contratado como no laboral o no ser contratado. Supuesta la desventajosa posición de los trabajadores asalariados ante a las empresas, conceder a las partes del contrato de trabajo la libertad para definir formalmente la relación jurídica que las une es tanto como conceder un poder calificadorio unilateral a los empleadores, y así el salvoconducto para eludir la legislación laboral, que estaría, por así decirlo, «servida», considerando los potentes incentivos económicos a los que se sujetarían las decisiones de las empresas en este respecto ¹⁷.

Pero, como decimos, la Recomendación 198 OIT (2006), como buena parte de los ordenamientos nacionales, combate este tipo de prácticas simulatorias mediante la doctrina del «levantamiento del velo», desnudando la verdadera realidad jurídica de la relación de servicio a partir de su contenido obligatorio material e identificando a partir de ahí la normativa de aplicación. Primero, porque es debido, y, segundo, porque es posible. Es debido porque la legislación laboral, verdaderamente imperativa y armada en buena medida para proteger a los trabajadores asalariados frente a posibles abusos empresariales, no puede consentir que quede en manos de los propios empleadores –sujetos al potente incentivo de evitar la legislación laboral– la determinación de si hay o no hay un contrato de trabajo y si consecuentemente procede o no aplicar la legislación laboral, lo que acontecería como decimos si se concediera a la autonomía de la voluntad de las partes –*rectius* al empleador– la capacidad para definir *ad libitum* la forma jurídica del vínculo que las une (lo que, permítaseme la metáfora, sería tanto como entregar la llave de la celda a quien se pretende sujetar a encarcelamiento). Y es posible porque el «contrato» de trabajo –o ahora ya más precisamente la «relación» laboral– constituye un negocio jurídico «real» (no meramente «consensual») cuyo contenido obligatorio ni se expresa ni tiene porque expresarse sólo, ni principalmente, mediante declaraciones formales de voluntad, sino que puede exteriorizarse también, de manera además continua y dinámica, dado el tracto sucesivo que lo

¹⁷ Vid. OJEDA AVILÉS, A., «Prólogo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, cit., p. 16.

caracteriza, por vías implícitas, y particularmente por el modo en que las partes intercambian las prestaciones en el día a día, a través de hechos sintomáticos o concluyentes (*facta concludentia*)¹⁸. No es otra cosa lo que quiere significarse cuando se afirma que la relación laboral es más «relación» que «contrato», admitiéndose cualquier vía de formalización jurídica (escrita, verbal o tácita), o simplemente cuando la misma se define como «realidad o hecho social»¹⁹. Sea como fuere, ello permite poner en funcionamiento el llamado principio de realidad, deduciendo el contenido obligacional y la existencia de la relación laboral no sólo a partir de las declaraciones expresas de las partes sino también de su misma conducta prestacional²⁰, haciéndose así posible combatir ocultaciones y situaciones simulatorias y, gracias a ello, la aplicación de las reglas –laborales– que imperativamente procede poner en ejecución²¹.

Evidentemente, este tipo de soluciones de realidad reclaman como premisa que la relación que verdaderamente compromete a empresario y trabajador resulte claramente laboral *ordo essendi*, es decir, que no pertenezca al género de esas situaciones inciertas o de zona gris en las que no termina de estar claro si el trabajo es o no asalariado. Si este fuera el caso, el asunto no podría resolverse aplicando el principio de realidad, precisamente porque la realidad de la relación de trabajo no estaría definiendo por sí sola la naturaleza jurídica del intercambio que protagonizan las partes. La idea de simulación, fraude u ocultación remite en efecto a una situación en que las partes conocen la verdad del contrato que suscriben y precisamente con la intención consciente y deliberada de evitar que se apliquen al mismo las reglas que imperativamente corresponde acuerdan formalmente suscribir un contrato distinto del que realmente estipulan con la finalidad de eludir o evitar la aplicación de las reglas de derecho necesario que corresponde. De modo que es precisamente para este tipo de situaciones –de evidencia o realidad de una relación laboral enmascarada bajo la apariencia formal de otro tipo de negocio jurídico–, para las que la Recomendación 198 OIT (2006) define principalmente muchas de las medidas que propone poner en marcha dentro de los distintos Estados.

No es casual en este sentido que la Recomendación, tras identificar como objetivo de toda norma laboral «resolver lo que puede constituir una desigual-

¹⁸ Vid. VILLASMIL PRIETO, H., «Estudio introductorio desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, cit., pp. 71 y 72.

¹⁹ Vid. VILLASMIL PRIETO, H., «Estudio introductorio desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, cit., pp. 33 y 34.

²⁰ CARBALLO MENA, C. A., «Indicadores sobre la relación de trabajo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, cit., p. 107.

²¹ Vid. OJEDA AVILÉS, A., «Prólogo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, cit., pp. 16 y 17.

dad entre las posiciones de negociación de las partes en una relación de trabajo», subraya en sus considerandos «las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo» cuando –entre otras situaciones– «se ha intentado encubrir la relación de trabajo», partiendo de la base de que, en efecto, «hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho». Razón precisamente por la que, para combatir estas prácticas, termina proponiendo a los Estados «políticas nacionales» de aclaración y revisión periódica del ámbito de aplicación de la legislación laboral «a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo» (recomendación 1), y particularmente «medidas de lucha contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho» (recomendación 4.b)²².

Este objetivo de afloramiento de trabajo asalariado encubierto o velado, que está presente también en otros muchos pasajes de la Recomendación, como la llamada a los Estados a «adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales [...] de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho» (recomendación 4.c) o a «asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo» (recomendación 4.f), aparece singularmente orientado, por cierto, a colectivos de trabajadores que estarían particularmente expuestos a este tipo de riesgo simulatorio –«los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo»–, tales como «los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores

²² La reciente penalización en España de la conducta de «los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa» –nuevo apartado 2 del artículo 311 CP, añadido por LO 14/2022, 22 diciembre– está claramente alineada con lo que pide la Recomendación 198 OIT (2006); sobre esta trascendente opción de política legislativa, *vid.* PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «Reforma Penal y Crisis Constitucional», *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022*, AEDTSS, Madrid, 2022, pp. 351 y 352; GARCÍA SALAS, A. I., «La reforma del artículo 311 del Código Penal: el nuevo delito por incumplimiento de la normativa laboral entra en vigor», *Foro de Labos*, 19 enero 2023 (<https://www.elforodelabos.es/2023/01/la-reforma-del-articulo-311-del-codigo-penal-el-nuevo-delito-por-incumplimiento-de-la-normativa-laboral-entra-en-vigor/>).

de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades», así como, sobre todo, «las trabajadoras» (recomendación 5). Tanto es así que la Recomendación señala específicamente que los Estados «deberían velar especialmente por que en la política nacional se aborde la cuestión de la dimensión de género, dado que las mujeres que trabajan predominan en determinados sectores y ocupaciones en los que existe una elevada proporción de relaciones de trabajo encubiertas o en los que existe falta de claridad en lo que atañe a la relación de trabajo» (recomendación 6.a). La Recomendación refiere además medidas concretas que podrían utilizarse internamente –por vía «jurisdiccional»: no sólo opera la misma proponiendo «políticas nacionales» sino suministrando también verdaderas heurísticas o «prácticas operatorias» directamente ejecutables por los jueces sin la mediación legislativa de los Estados– en orden a la elucidación o revelación de la laboralidad en situaciones simulatorias o fraudulentas, sobre todo a través de la prueba imperfecta que puede proporcionar la «técnica de los indicios», cuando, pese a las apariencias, resulte evidente que estamos ante una situación laboral (recomendaciones 9 a 13). Y también deja claro finalmente que en todo caso los distintos Estados «deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas» (recomendación 17).

Con todo, es muy importante poner de manifiesto que la Recomendación 198 OIT (2006) no hace funcionar solo el principio de realidad o levantamiento del velo cuando la falta de correspondencia entre la forma declarada del contrato (la apariencia de no laboralidad) y la materialidad efectiva del vínculo (la verdadera laboralidad) es resultado de operaciones simulatorias y fraudulentas, urdidas por las empresas con la finalidad de eludir la legislación laboral, sino también cuando simplemente es consecuencia de la incuria, ignorancia o falta de apreciación de las partes, es decir, cuando el desajuste entre lo que se dice haber pactado y lo que se pacta realmente se da sencillamente en virtud del simple fallo o el error de los contratantes, que no tienen por qué conocer exactamente, sobre todo en ciertos casos, la calificación jurídica que ha de merecer exactamente la prestación de servicios personales retribuidos que han concertado. Dado el carácter imperativo o cogente de la legislación laboral, la Recomendación reclama en efecto la aplicación del principio de realidad también para este tipo de situaciones, independientemente de que en ellas sólo haya calificación errónea o desacertada de la relación de trabajo y no propiamente fraude o simulación ni intención o ánimo de eludir la legislación laboral, como decimos. No olvidemos en este sentido que la Recomendación, considerando el hecho de que la protección de las normas laborales aparece

«vinculada a la existencia de una relación de trabajo» proclama la necesidad de esta sea «efectiva y rápidamente» identificada allí donde realmente exista aun cuando esto se ignore, apelando a la conveniencia –pedagógica– de «proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes» (recomendación 4.a), buscando «fomentar el cumplimiento voluntario» de la legislación laboral²³.

Sin duda, responde a esta misma finalidad de deshacer cuanto antes las situaciones de incorrecta o errónea calificación –enmascaramiento involuntario– de la relación laboral el objetivo de política nacional que proclama la Recomendación 198 OIT (2006) de «asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo» (recomendación 4.f), mediante la llamada tanto a «proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo» (recomendación 4.e), cuanto a «prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para la judicatura, los árbitros, los mediadores, los inspectores del trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo» (recomendación 4.g), con la atención focalizada una vez más en ciertos colectivos de trabajadores singularmente vulnerables, como es el caso de las mujeres, jóvenes, trabajadores de edad, trabajadores de economía informal, migrantes o discapacitados (recomendaciones 5, 6 y 7).

Y lo mismo cabe decir a propósito de las técnicas de identificación rápida de la relación laboral que la Recomendación 198 OIT (2006) refiere en sus números 9 y siguientes, directamente ejecutables por los jueces de los distintos Estados y que en general facilitarían el afloramiento de las situaciones de trabajo asalariado realmente existentes. Nótese en efecto que, tras afirmarse que «la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes» (recomendación 9), la Recomendación no sólo

²³ Vid. VILLASMIL PRIETO, H., «Estudio introductorio desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, cit., pp. 70 y 71.

encomienda a los Estados «promover métodos claros para ofrecer orientación a los trabajadores y los empleadores sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo», algo que ya había dicho antes, como hemos visto, sino que, con el objetivo de «facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo», hace un llamamiento a «admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo» y en este contexto incluso a «consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios» (recomendación 11.a y b). A tal efecto, tras aludir a «la subordinación y la dependencia» como fulcro o principal soporte ejemplificativo en la tarea de «definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo» (recomendación 11)²⁴, la Recomendación termina señalando «indicios específicos» de laboralidad con objeto de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, indicios que, en la medida en la que podrán ser incorporados por los Estados «en su legislación» pero también «por otros medios» (recomendación 13), parece que serán susceptibles como hemos dicho de uso o aplicación directa por los jueces internos de los Estados, sin necesidad de mediación de la ley²⁵.

Los aludidos indicios específicos de laboralidad, que vienen a valer por tanto para facilitar el afloramiento del trabajo asalariado real tanto en situaciones de ocultación fraudulenta como de simple desajuste erróneo entre lo pactado y lo declarado, aparecen relacionados en la Recomendación a través de una enumeración abierta o ejemplificativa –«entre estos indicios podría figurar los siguientes»– ordenados en torno a dos ejes distintos, uno relacionado con las condiciones en las que se realiza el trabajo y el otro con las condiciones en las que el mismo es objeto de pago o remuneración. En efecto, de un lado, la Recomendación señala como indicios de laboralidad –por las condiciones de ejecución del trabajo– «el hecho de que el trabajo se realice según las instruc-

²⁴ La referenciación de lo laboral a la dependencia o la subordinación en la Recomendación 198 debe entenderse según la doctrina en un sentido amplio que aludiría no sólo a la «subordinación jurídica» (tanto la «sujeción estricta» como la más amplia «incardinación o inserción en el círculo organizativo del empleador») sino también a la «subordinación económica», entendida como una forma de dependencia que no quedaría definida «internamente», en la inmanencia de la relación de trabajo que vincula al trabajador y al receptor de la prestación laboral sin más, sino «externamente» en función del peso económico relativo de las prestaciones desempeñadas para terceros clientes en comparación con el supuesto cliente principal o subordinante; *vid.* O. ERMIDA URIARTE, «La Recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores», *cit.*, p. 46.

²⁵ *Vid.* TEPFER, M., SALSAMENDI, G. y GARCÍA JIMÉNEZ, J., «Efectividad jurídica de los Comentarios de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT», https://www.ilawnetwork.com/wp-content/uploads/2021/02/Articulo_tepfer_salsamendi_jimenez.pdf; VILLASMIL PRIETO, H. «Estudio introductorio desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, *cit.*, pp. 81 y 82.

ciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implique la integración del trabajador en la organización de la empresa; que sea efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que deba ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo sea de cierta duración y tenga cierta continuidad, o requiera la disponibilidad del trabajador» o «que implique el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo» (recomendación 13.a). De otro lado, la Recomendación señala también como indicios de laboralidad –ahora por las condiciones de pago o remuneración del trabajo–, «el hecho de que se pague una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituya la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluya pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconozcan derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo pague los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; o el hecho de que no existan riesgos financieros para el trabajador» (recomendación 13.b).

En la medida en la que los referidos indicios –que son los que típicamente suelen utilizarse como señalizadores de dependencia (horario, continuidad del servicio, exclusividad, insustituibilidad del trabajador) y de ajenidad (en los medios de producción, en los frutos, en los riesgos y en el mercado) a la hora de diferenciar el trabajo asalariado del trabajo autónomo, que es donde más dificultades suscita la definición de las fronteras del campo de aplicación de la legislación laboral– en la medida en que tales indicios, decimos, pueden operar, cuando son utilizados por los jueces, como presunciones *hominis* y *iuris tantum* –facilitadores probatorios– a la hora de revelar en el caso concreto la verdadera laboralidad de una prestación de trabajo sobre la que no se ciernen dudas de esencia o de existencia, sino sólo de expresión, manifestación y/o exteriorización (se sabe que lo que hay «ahí debajo» es una relación laboral, pero «no termina de verse con claridad»), va de suyo que tales indicios, como el resto de medidas, mecanismos o dispositivos de afloramiento de situaciones reales de laboralidad –enmascaradas fraudulentamente o por error o involuntariamente– a las que se refiere la Recomendación, terminan provocando un efecto de laboralización por mera revelación o levantamiento del velo de lo que ya existía realmente y por tanto estaba ya allí pero oculto o tapado. Es por esto que decimos que en estos casos la definición material o real –no formal– de la relación laboral que terminan provocando este tipo de reglas opera sólo un efecto puramente «declarativo», nunca de carácter «constitutivo», pues la laboralidad de la relación de trabajo no derivará en estos casos de una cata-

logación legal *ad hoc* de la misma como tal, sino del hecho de reunir verdaderamente las condiciones conceptuales del trabajo asalariado según la definición general que las leyes hayan hecho *a priori* del mismo.

4. ZONAS GRISES, INCERTIDUMBRE Y AMBIGÜEDAD DE LA REALIDAD INTRÍNSECA DEL TRABAJO: LA «DEFINICIÓN FORMAL» DE LA RELACIÓN DE TRABAJO Y LA «DETERMINACIÓN CONSTITUTIVA» DE LA LABORALIDAD

Sin embargo, lo cierto es que la Recomendación 198 OIT (2006) no se conforma con esta forma de signar la relación laboral. Va un paso más allá y, tanto por las razones ya apuntadas de seguridad jurídica (tener definidas y separadas con claridad aquellas situaciones que siendo difíciles de distinguir intrínsecamente determinan sin embargo la aplicación de regulaciones muy diferentes) como de protección de los trabajadores (considerando la vulnerabilidad que acompaña en muchas ocasiones a los trabajos desempeñados en el marco de este tipo de situaciones de frontera difusa o de zona gris), propone que los Estados definan como laborales ciertos trabajos respecto de cuya condición de asalariados cabe albergar dudas y sobre cuya naturaleza –dependiente o autónoma, sobre todo– no se ha llegado a alcanzar un consenso, siempre operando, por cierto, ya lo hemos dicho, sobre una alternativa binaria de sólo dos términos en la que o bien hay trabajo asalariado o bien no, sin *tertium quid* ni soluciones de regulación intermedias²⁶. Hemos de recordar que el recorrido expansivo de la legislación laboral al compás de la evolución desde el capitalismo industrial al capitalismo de servicios y la consiguiente colonización por el trabajo asalariado de nuevos territorios «no obreros» (periodistas, abogados, ingenieros, médicos, agentes de comercio, directivos, transportistas, artistas), ha traído consigo una inevitable difuminación de los contornos de la laboralidad que ha multiplicado las situaciones en las que no es fácil saber si realmente estamos o no ante trabajo asalariado, situación ésta de incertidumbre que ha venido a agudizarse sin duda en el contexto de las nuevas formas de producción y de trabajo que han traído de la mano las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, particularmente en el contexto de la nueva economía de las plataformas digitales. De modo que, por acuciantes razones de seguridad jurídica, y de tutela de estos nuevos trabajadores, se habría hecho

²⁶ Vid. CARBALLO MENA, C. A., «Indicadores sobre la relación de trabajo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, cit., pp. 93 y 94.

preciso determinar de manera rápida, segura y confiable el carácter laboral (o no) de este tipo de situaciones²⁷.

Tal es precisamente lo que propone la Recomendación 198 OIT (2006), que encomienda a los Estados la tarea de definir –llegado el caso– como laborales situaciones de prestación de servicios personales retribuidos a los que no puede aplicarse el principio de realidad porque no está claro que constituyan intrínsecamente trabajo asalariado. Sin saberse si determinado tipo de trabajos son verdaderamente «esencias laborales», por decirlo al modo platónico, de modo que no puede afirmarse que en tales casos «exista realmente» una relación laboral –ni siquiera «detrás» o «en el fondo», velada tras la apariencia de algo distinto–, la Recomendación propondrá que a efectos legales se entienda que en muchas de tales situaciones hay en todo caso trabajo asalariado, con la consiguiente aplicación de la legislación laboral. Obviamente, la laboralidad que un determinado tipo de trabajo obtenga por esta vía no será material o real, sino exclusivamente formal o jurídica, fruto de una especie de *fictio iuris* articulada únicamente por los útiles efectos que se le suponen en términos de seguridad jurídica y/o tutela de los trabajadores, razón por la que decimos que en este tipo de situaciones inciertas la condición de laboralidad queda determinada «constitutivamente» por el legislador, es decir, no viene de cumplir las características del concepto legal de trabajo asalariado definido categóricamente por el sistema (retribución, dependencia, ajenidad) sino –*ope legis*– de la catalogación *ad hoc* como laboral por una previsión singular. Evidentemente, la tarea –normativa– de definir constitutivamente la laboralidad de ciertos trabajos dudosos no es nunca encomendada en la Recomendación a los jueces internos de los Estados sino exclusivamente a los legisladores nacionales.

Partiendo, en efecto, de que puede haber situaciones oscuras o inciertas en que haya «dificultades» para «determinar la existencia de una relación de trabajo» porque «no resulten claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas», y «considerando que las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo pueden crear graves problemas a los trabajadores interesados, a su entorno y a la sociedad en general», de modo que «la incertidumbre acerca de la existencia de una relación de trabajo tiene que resolverse para que se garantice una competencia leal y la protección efectiva de los trabajadores»; partiendo además de que en muchos casos las regulaciones nacionales que definen la relación laboral resultan defectuosas y aquejadas de «insuficiencias o limitaciones», tanto «en la legislación» como

²⁷ Vid. VILLASMIL PRIETO, H., «Estudio introductorio desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo», Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo, *cit.*, pp. 59 ss.

«en su interpretación o en su aplicación»; y partiendo también de la necesidad de consagrar efectivamente una «protección» laboral «accesible a todos, en especial a los trabajadores vulnerables» basada en «leyes eficaces, efectivas y de amplio alcance», capaces de producir «resultados (regulatorios) rápidos»; partiendo de todas estas premisas expresadas en los considerandos de la Recomendación, esta termina proponiendo a los Estados no ya la aclaración y revisión constante –«a intervalos apropiados»– del ámbito de aplicación de la legislación laboral sino incluso el cometido a veces de definir o determinar *deus ex machina* las situaciones de laboralidad.

La apelación a la catalogación formal como asalariados –*ex lege* y *ad hoc*– de cierto tipo de trabajos de laboralidad borrosa aparece en particular cuando la Recomendación 198 OIT (2006) establece que «a fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo los (Estados) Miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de (...) «determinar» previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes» (recomendación 11.c). La Recomendación alude incluso a la técnica que podría utilizarse al efecto, concretamente a la consagración de «una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se den uno o varios indicios» (recomendación 11.b). Y, en este sentido, no puede pasarse por alto que el elenco de indicios específicos de laboralidad –ya vistos– que este instrumento internacional incorpora en su seno (recomendación 13) no sólo puede fungir a los efectos ya conocidos de las «presunciones *hominis*» –*iuris tantum*– que los órganos jurisdiccionales podrían utilizar –en un plano probatorio o *de facto*– para resolver *ad casum* si un trabajo concreto es o no asalariado, sino también a efectos de las «presunciones *legis*» –*iuris et de iure*– que los órganos legislativos pueden utilizar –ahora en el plano regulatorio, *de iure*– para determinar, *ex ante* y con carácter general, es decir, normativamente, si un tipo de trabajo de cuya laboralidad pudiera dudarse es o no laboral por imperativo legal.

Obviamente, lo delicado de esta tarea de ficción y determinación por vía legal –constitutivamente– de la laboralidad de cierto tipo de trabajos dudosos o de frontera es lo que explica que la Recomendación, acaso buscando legitimidad, requiera que esta «fabricación de laboralidad» se haga «previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores» (recomendación 11.c), siguiendo por cierto un *modus operandi* ya previsto en los considerandos («la política nacional debería ser fruto de la

consulta con los interlocutores sociales»), y que reaparece al afirmarse que «la política nacional debería formularse y aplicarse de conformidad con la legislación y la práctica nacionales en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores» (recomendación 3). Se trata por cierto de una medida cuyo diseño parece orientarse además, de nuevo, a ciertos colectivos vulnerables particularmente expuestos a la incertidumbre de la naturaleza de sus relaciones de trabajo, singularmente mujeres, jóvenes, trabajadores de edad, trabajadores de la economía informal, trabajadores migrantes y trabajadores con discapacidades (recomendación 5 y siguientes). Y que opera en el bien entendido, por supuesto, de que la catalogación legal como asalariados de trabajos dudosos siempre tendrá que apoyarse sobre cierto fulcro de verdad laboral subyacente –que la Recomendación cifra como hemos señalado en la subordinación y la dependencia–, razón por la que se termina precisando –marcando el límite máximo de estas determinaciones de laboralidad *ex lege*– que «la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales, velando al mismo tiempo por que las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho» (recomendación 8)²⁸.

5. INDICACIONES Y REFERENCIAS SUPLEMENTARIAS DE LA RECOMENDACIÓN 198 EN TORNO A LA DEFINICIÓN Y LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

El objetivo de protección de los trabajadores asalariados mediante la correcta calificación del vínculo –laboral– que los liga con las empresas, que conlleva esencialmente según hemos venido subrayando la puesta en ejecución del principio de realidad, e incluso la definición constitutiva como asalariados de trabajos cuya naturaleza laboral no es totalmente cierta, se expresa en la Recomendación 198 OIT (2006) también a través de tres tipos de resortes, medidas o indicaciones suplementarias de carácter singular o más específico que conviene reseñar mínimamente. Una primera, ya apuntada, tiene que ver con la orientación singular de la protección que consagra la Recomendación hacia determinados colectivos o tipos particulares de trabajadores. La segunda guarda relación con el énfasis de la Recomendación en la definición

²⁸ Vid. ÁNGEL QUIROGA, M., «Los indicios de laboralidad conforme a los Instrumentos de la Organización Internacional del trabajo», *El concepto de trabajador asalariado... cit.*, p. 366.

clara y permanentemente actualizada de los dinámicos contornos de la relación de trabajo y del campo de aplicación de la legislación laboral. La tercera se refiere, en fin, a la conveniencia de la puesta en ejecución de mecanismos que hagan factible la identificación rápida, segura y confiable del trabajo asalariado, el cumplimiento eficiente de la legislación laboral, y así la seguridad jurídica y la protección efectiva de los trabajadores.

La Recomendación 198 OIT (2006) orienta en efecto especialmente las reglas de protección laboral calificatoria a determinados colectivos de trabajadores, entre los que se encuentran como hemos venido diciendo las «mujeres» y ciertas personas consideradas «vulnerables» como los «jóvenes», los «trabajadores de edad», los «trabajadores de la economía informal», los «trabajadores migrantes» y los «trabajadores con discapacidades» (recomendación 5). Respecto las mujeres, apela además expresamente al compromiso de los Estados para abordar la calificación del contrato de trabajo en «perspectiva de género» («dado que las mujeres que trabajan predominan en determinados sectores y ocupaciones en los que existe una elevada proporción de relaciones de trabajo encubiertas o en los que existe falta de claridad en lo que atañe a la relación de trabajo»), llamando a la necesidad de «establecer políticas claras sobre la igualdad de género y mejorar el cumplimiento de la legislación y los acuerdos pertinentes en el ámbito nacional, de modo que pueda abordarse de manera eficaz la dimensión de género» (recomendación 6).

Muy importantes son también las precisiones de calificación laboral que introduce la Recomendación a propósito de los trabajadores migrantes y transnacionales. Y es que, considerando que «la globalización de la economía ha incrementado la movilidad de los trabajadores que necesitan protección, como mínimo, contra la selección de la legislación aplicable con el fin de eludir la protección nacional», y también que «en el marco de la prestación de servicios transnacionales es importante determinar a quién se considera como trabajador vinculado por una relación de trabajo, qué derechos tiene y quién es el empleador», la Recomendación contiene también propuestas específicas para trabajadores migrantes, internacionales y desplazados. Concretamente, para los trabajadores migrantes, dice que los Estados deberían «considerar la posibilidad de adoptar medidas apropiadas en el marco de su jurisdicción y, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, a fin de aportar una protección efectiva y prevenir abusos contra los trabajadores migrantes que se encuentran en su territorio y que podrían verse afectados por una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo» (recomendación 7.a); para los trabajadores desplazados dice que los Estados «pueden considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales con objeto de pre-

venir abusos y prácticas fraudulentas encaminadas a eludir los acuerdos existentes para la protección de los trabajadores en el contexto de una relación de trabajo» (recomendación 7.b); mientras que para los trabajadores transnacionales señala que «deberían establecerse mecanismos nacionales específicos para asegurar que pueda determinarse eficazmente la existencia de relaciones de trabajo en el marco de la prestación de servicios transnacionales», prestándose atención «al desarrollo de contactos sistemáticos y al intercambio de información sobre esta cuestión con otros Estados» (recomendación 22).

De otra parte, la Recomendación 198 OIT (2006), en su afán de que las móviles y tantas veces confusas fronteras del trabajo asalariado y del campo de aplicación de la legislación laboral queden tan claramente definidas como sea posible –en el marco del objetivo de «definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia»–, reclama a los Estados el compromiso de aclaración dinámica –permanente y periódica– de los contornos del trabajo asalariado y el campo aplicativo de la legislación laboral. A tal fin, proclama como ya se ha visto la conveniencia de «una política nacional encaminada a examinar a intervalos apropiados y, de ser necesario, a clarificar y a adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo» (recomendación 1), siempre promoviendo «el papel de la negociación colectiva y el diálogo social, entre otros, como medios para encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional» (recomendación 18). Pero sobre todo emplaza a los Estados a «establecer un mecanismo apropiado, o valerse de uno existente, para seguir la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo, y ofrecer asesoramiento para la adopción y aplicación de medidas relativas a la relación de trabajo en el marco de la política nacional» (recomendación 19). A estos efectos, la Recomendación precisa también que «las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores deberían estar representadas en pie de igualdad en el mecanismo de seguimiento de la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo», debiendo «ser consultadas en el marco del mecanismo antes mencionado, con la frecuencia necesaria y, cuando sea posible y útil, sobre la base de informes de expertos o estudios técnicos» (recomendación 20). Y añade finalmente que los Estados «deberían recopilar, en la medida de lo posible, información y datos estadísticos, y realizar estudios sobre los cambios registrados en la estructura y las modalidades de trabajo, a nivel nacional y sectorial, teniendo presentes la distribución entre hombres y mujeres y otros aspectos pertinentes» (recomendación 21).

Por último, no pueden dejar de señalarse aquí los resortes técnicos que busca implantar la Recomendación 198 OIT (2006) al objeto de hacer factible la identificación rápida, segura y confiable del trabajo asalariado, el cumplimiento eficiente de la legislación laboral, y la seguridad jurídica y la protección efectiva de los trabajadores. Así, la Recomendación apela a la dotación de procedimientos adecuados de solución de controversias sobre la determinación de la existencia de relaciones de trabajo, hablando de «proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo» (recomendación 4.e), y señalando que «la solución de controversias sobre la existencia y las condiciones de una relación de trabajo debería ser competencia de los tribunales del trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales.» (recomendación 14)²⁹. Y apela también a la necesidad de articular vías internas de identificación de oficio del trabajo asalariado y aplicación automática de la legislación laboral –buscando «asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo»–, emplazando a los Estados a «adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la presente Recomendación, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales» (recomendación 15) y a que «las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos» supervisen «periódicamente sus programas y dispositivos de control de cumplimiento» de la legislación laboral, con especial atención, por cierto en «a aquellas ocupaciones y sectores con una proporción elevada de mujeres trabajadoras» (recomendación 16). Por supuesto, también pertenecen a este género de medidas sin duda las vías de facilitación de la prueba de la existencia de la relación de trabajo que proporciona la Recomendación al «admitir una amplia variedad de medios para determinar

²⁹ La reciente supresión en España de la necesidad de acudir a la vía judicial para determinar por la Administración laboral –a propósito de ciertas actas de infracción o de pago de cuotas de Seguridad Social– la laboralidad de una relación de trabajo dudosa (cuestionada por la empresa) podría acaso inscribirse en el marco de estas propuestas de la Recomendación 198 OIT (2006) (cfr. la nueva regulación del procedimiento de oficio en artículo 148 LRJS procedente de la Ley 3/2023, 28 febrero, de Empleo); *vid.* A. TODOLÍ SIGNES, «Revolución en la determinación de falsos autónomos por parte de la Inspección de trabajo (Se deroga el art. 148 d) LRJS)», *Argumentos en Derecho Laboral*, marzo 2023 (<https://adriantodoli.com/2023/03/07/revolucion-en-la-determinacion-de-falsos-autonomos-por-parte-de-la-inspeccion-de-trabajo-se-deroga-el-art-148-d-lrjs/>).

la existencia de una relación de trabajo» (recomendación 11.a) o en todo caso en la forma de «la presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios» (recomendación 11.b), o aún de determinación *iuris et de iure* de «qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes» (recomendación 11.c)³⁰.

6. EPÍLOGO: LA IDEA DE TRABAJO ASALARIADO COMO «CONCEPTO ANÁLOGO» Y LA DIFÍCIL «CONMENSURABILIDAD» DEL JUICIO DE LABORALIDAD

Sea como fuere, por muy elaborada que sea la definición normativa del trabajo asalariado y muchas las aclaraciones y las ayudas técnicas que el legislador pueda suministrar al intérprete a la hora de identificar la relación de trabajo, y por muy trascendentes que resulten los efectos de esta operación calificatoria y grande la conveniencia de que la misma resulte segura y precisa, determinar en el caso concreto cuándo estamos ante un supuesto de trabajo asalariado que reclame la aplicación de la legislación laboral siempre termina resultando un asunto complicado y muy discutible, particularmente en los llamados casos límite o de frontera –las zonas grises, ambiguas o de penumbra de la laboralidad–, que, por cierto, no han dejado de aumentar al compás de la expansión del trabajo asalariado hacia actividades no industriales u obreras (profesiones liberales, trabajo comercial, práctica deportiva y artística), a un ritmo singularmente acelerado con la continua e incesante aparición de nuevas técnicas y formas de producción y organización del trabajo (*vgr.*, el trabajo en plataformas digitales). Y es que determinar la existencia de una relación laboral en este tipo de situaciones no puede dejar de suscitar dudas cuando la herramienta conceptual de la que dispone y tiene que utilizar el intérprete consiste en una definición construida con componentes muy abstractos y consustancialmente indeterminados (la dependencia y la ajenidad, en particular), y que por tanto siempre piden ser saturados o concretados en el proceso mismo de aplicación del referido concepto legal en el caso. Esta es además una operación que resulta especialmente delicada.

³⁰ En general las medidas de facilitación probatoria se basan en la idea de que «el trabajador –durante la relación de trabajo y también, desde luego, durante el proceso judicial– está en una posición de desequilibrio respecto al empleador, a lo menos y ordinariamente respecto de la posibilidad de disponer de un más cabal acervo probatorio», de modo que «la Recomendación intenta re-equilibrar las posiciones de las partes del proceso»; *vid.* VILLASMIL PRIETO, H., «Estudio introductorio desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, *cit.*, p. 87.

da cuando la definición legal del trabajo asalariado se enmarca en una lógica de soluciones de carácter binario, a la que hemos visto que se acoge la Recomendación 198, que solo admite los términos alternativos de «lo asalariado» y «lo no laboral», sin opciones intermedias que podrían suavizar la tensión que conlleva la calificación o catalogación jurídica de ciertos trabajos³¹.

En efecto, el juicio de laboralidad que el aplicador del derecho tiene que practicar para determinar si el trabajo desempeñado en un caso concreto constituye efectivamente trabajo asalariado, o si por el contrario se corresponde con otro tipo de actividad (voluntariado, beca, tarea autónoma) que no reclama la aplicación de la legislación laboral, suele llevarse a cabo en las situaciones dudosas no como mera «subsunción» de unos hechos dados objetivamente y claramente definidos en la premisa mayor –el supuesto de hecho– de una norma igualmente cristalina y precisa (a la manera como la realidad de un triángulo encaja en su concepto geométrico), sino, antes al contrario, como «operación valorativa de construcción de una solución» a partir de ciertos precursores –indicadores o indicios– presentes en el caso particular, o en todo caso sobre premisas que no están enteramente dadas en los términos o los materiales de las operaciones ejercitadas por el intérprete (en el supuesto de hecho de la norma o en los hechos), sino que son aportadas o traídas a colación por el propio aplicador, en particular por el juez, en el curso o desenvolvimiento mismo de la operación de identificación o determinación de la naturaleza jurídica del tipo de trabajo de que se trata. Dicho de otra manera, en el juicio a través del cual el intérprete del derecho define la laboralidad o no de un tipo de trabajo particular, sobre todo en situaciones límite dudosas o penumbrosas, el sujeto operatorio –el juez– no queda segregado de las operaciones ejercitadas –la determinación de la laboralidad del trabajo en cuestión–, toda vez que el sujeto operatorio mismo, sus valoraciones o apreciaciones subjetivas, no dejan de constituir precisamente uno más de los términos a partir de los cuales es posible definir el carácter laboral o no del tipo de trabajo de que se trate. Pese a que parece que el juicio de laboralidad es puramente técnico o neutral y completamente objetivo, y que por tanto se desprende –subsuntivamente– de lo que determina el concepto normativo de trabajo asalariado que define la ley, hay siempre, sobre todo en los casos difíciles, un momento subjetivo por el que se cuelan las valoraciones personales que tiene que realizar el intérprete para poder cerrar o clausurar la operación en cuestión³².

³¹ Vid. CARBALLO MENA, C. A., «Indicadores sobre la relación de trabajo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, cit., pp. 93 y 94.

³² El juicio de laboralidad no constituiría por tanto un «cierre categorial» estricto, sino, a lo sumo, un «cierre fenoménico», como es propio de los saberes o las ciencias humanas, de acuerdo al menos con la

En verdad, si bien se mira, acontece así porque el concepto legal de trabajo asalariado, como en general les sucede a los conceptos jurídicos, no es propiamente un «concepto unívoco», a través del que se identificaría una clase o conjunto de elementos idénticos a partir unas características que deberían darse siempre y de la misma manera en todos y cada uno de los elementos que lo componen, como sucede, por ejemplo, con el concepto de los números naturales o con el concepto de los poliedros regulares, pongamos por caso; aunque tampoco constituye, esto hay que precisarlo, un «concepto equívoco», con el que quedarían aludidas realidades completamente disímiles o inconexas, sin ningún tipo de relación entre ellas, y con el que no podría componerse ningún tipo de racionalidad o conocimiento, como pudiera ser, pongamos por caso, el concepto de «cola», con el que puede aludirse a realidades tan distintas como la prolongación vertebral de ciertos animales, el pegamento, un refresco, o la institución por la que se ordenan socialmente las prioridades individuales en casos de racionamiento. El concepto legal de trabajo asalariado se corresponde más bien con un «concepto análogo», figura en la que podrían quedar por tanto integradas realidades no idénticas pero tampoco completamente distintas (en parte iguales y en parte diferentes), y que, aunque sin precisión unívoca, sí evitaría el caos gnoseológico al permitir construir racionalmente soluciones más o menos válidas y/o defendibles argumentativamente. El concepto de trabajo asalariado constituiría específicamente una «analogía de atribución» cuyos analogados –las variadas acepciones o especificaciones concretas del trabajo asalariado, distintas pero parecidas– participarían en el mismo, de modos diferentes, por hacerse presente en ellas alguno de los componentes del «analogado principal o central» del trabajo asalariado, que seguramente debería cifrarse en la ajenidad y la dependencia³³. Muchas veces se ha dicho en este mismo sentido, aunque con una terminología diferente, que la conceptualización legal del trabajo asalariado se correspondería más con un «tipo» –o «noción tipológica»– que con un verdadero «concepto»³⁴.

teoría de la ciencia del materialismo filosófico; muy sintéticamente, *vid.* ALVARGONZÁLEZ, D., «El cierre operatorio de las ciencias y sus diversos tipos», *Discusiones Filosóficas*, vol. 22, no. 39 (2021) (http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-61272021000200075).

³³ Para esta vieja pero utilísima distinción escolástica entre términos unívocos, equívocos y análogos, *vid.* GARCÍA LÓPEZ, J., «La analogía en general», *Anuario Filosófico*, 7 (1974), pp. 193 ss; BEUCHOT, M., «Elementos esenciales de una hermenéutica analógica», *Diánoia*, 74 (2015).

³⁴ *Vid.* PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «El trabajo asalariado como tipo contractual», *Documentación Laboral*, 39 (1091), pp. 37 a 42.; también K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1984, pp. 203 a 215

Es así como se explica que el contrato de trabajo se diga existente en casos realmente heterogéneos en términos de presencia o potencia de ciertas características o indicios de laboralidad, por ejemplo, tanto cuando se trata del obrero industrial clásico prototipo como en el caso de técnicos, profesionales liberales, artistas, deportistas, agentes comerciales y, no digamos, de ejecutivos o altos directivos. O también cuando, y esto es muy frecuente en la práctica, los indicadores de algunas de sus notas –*vgr.*, de la dependencia– estén desdibujados o diluidos, a cambio de que estén (compensatoriamente) muy marcados los de otra –*vgr.*, la ajenidad–, o viceversa; algo que, según se ha dicho, sucede porque los «tipos» –«términos análogos»–, en contraste con los «conceptos» –«términos unívocos»–, se caracterizan por la «vaguedad combinatoria» de los elementos que los conforman: «no siempre la designación de una palabra está constituida por propiedades que sean, cada una de ellas aisladamente considerada, necesarias para el uso del término» (como sucede en el caso de los conceptos); a veces (como acontece en el caso de los tipos) alguna de las propiedades relevantes para el uso de cierta palabra pueden estar ausentes y, sin embargo, usarse lo mismo tal término, dada la presencia de otras propiedades relevantes (es esto lo que se suele llamar «vaguedad combinatoria»); (...) hay (de ese modo) ciertas combinaciones de propiedades que nos dan la seguridad de que la palabra es aplicable; otras ante las cuales nos abstendríamos de usarla y, por último, otras frente a las cuales dudamos en aplicar o no la palabra sin tener criterios definidos para resolver la cuestión en un sentido u otro»³⁵.

Tal es precisamente lo que acontece con la idea de trabajo asalariado, que precisamente por esto –porque no es un concepto fijo o una esencia lógica inmutable y ahistórica– ha podido en cierto modo metamorfosearse ampliando su cabida e incorporando en su seno operaciones de producción que no encajaban en su conceptualización original como el trabajo obrero prototípico del capitalismo industrial. Lo que, hasta cierto punto, quiere decir que en la calificación del trabajo asalariado, particularmente como venimos diciendo en los casos difíciles, nunca dejaremos de estar ante un juicio o decisión única en su género y por ello en gran parte inconmensurable, esencialmente creativa, y cuya sustentación sólo podrá apoyarse en un contexto teórico de «razón práctica» –retórica o argumentativa– y de «tópica jurídica»³⁶. Máxime teniendo

³⁵ Vid. NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1987, p. 265; K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 211.

³⁶ Es precisamente por esto por lo que los litigios en que se juzga la laboralidad de una relación de trabajo –por el carácter incomparable de cada una de las distintas situaciones particulares– tienen especiales dificultades para cumplir el requisito de contradicción y acceder al recurso de casación para unificación

en cuenta que la prohibición del *non liquet* judicial y la necesidad del sistema regulatorio de no retardar la solución de las situaciones contenciosas fuerzan por obvias razones de seguridad jurídica a los órganos jurisdiccionales a decidir –«como puedan»– sobre la base de una prueba necesariamente imperfecta y con una «racionalidad limitada» –lo que no necesariamente quiere decir de modo caprichoso o caótico– más allá, esto sí, de la pura lógica subsuntiva³⁷. Acaso esta sea la razón por la que, a la postre, el juicio de laboralidad, buscando cierto revestimiento de verosimilitud, acaba representándose metafóricamente, por ejemplo, como operación de «mensuración», aludiendo al «peso de los indicios» –peso con el que se opera estimativamente, sin determinación de la balanza ni el criterio de medida o calibración, y obviamente sin cuantificación–; o, a veces, en términos «pictóricos», subrayando que lo pertinente será tomar una «distancia correcta de contemplación» desde la que se percibirá con nitidez la forma o figura de la institución –el trabajo asalariado– que corresponde identificar³⁸; en todo caso siempre invocando el argumento «holístico–finalístico»³⁹ según el cual lo importante es que, ponderativamente, el conjunto o «cúmulo de indicios» –es muy sintomática la utilización de este grueso término de totalización– «tienda» o «apunte» *sensu composito*⁴⁰ hacia

de doctrina; en efecto, la doctrina ha puesto de relieve que «son bastante refractarios a la unificación de doctrina los asuntos relativos a la calificación jurídica de la relación de trabajo (como pone de relieve TS 138/2018, de 13 de febrero, o TS de 26 de octubre de 2015, rcud 1524/2014, para la distinción entre beca y relación laboral), entre otras razones porque esa tarea requiere habitualmente un análisis minucioso de una serie de circunstancias de hecho que suelen ser de muy difícil comparación»; *vid.* GARCÍA MURCIA, J., «Ley y Jurisprudencia en la configuración jurídica del recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social de la jurisdicción», *El recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social de la jurisdicción. Un estudio a través de la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, p. 46.

³⁷ La perentoriedad del factor tiempo, la restricción de la información accesible y/o la limitación de las técnicas jurídicas disponibles no hacen necesariamente aleatorias o gratuitas en efecto las decisiones jurisdiccionales, pues siempre permanecen algunas bases con las que descubrir regularidades y hacer predicciones verosímiles de acuerdo, precisamente, con el postulado de «racionalidad limitada» o «imperfecta» de que habla Herbert Simon; *vid.* SIMON, H., *El comportamiento administrativo. Estudio de los procesos decisivos en la organización administrativa*, Aguilar, Buenos Aires, 1982, pp. 77 y ss; también CALSAMIGLIA, A., «Estudio preliminar», *Qué es Justicia* (H. Kelsen), Barcelona, 1992, pp. 7 a 34.

³⁸ *Vid.* CARBALLO MENA, C. A., «Indicadores sobre la relación de trabajo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, *cit.*, pp. 147 ss.

³⁹ Se ha dicho que en este tipo de situaciones se prefiere «como indica Luca Nogler, de la Universidad de Trento, el método sintético al método analítico, más una acumulación de perfiles que al cabo redundan en la calificación de síntesis, que una definición abstracta de la cual derivar por aplicación de sus rasgos generales la calificación concreta»; *vid.* OJEDA AVILÉS, A., «Prólogo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, *cit.*, p. 15.

⁴⁰ Sobre la «sinergia» de las notas definitorias del trabajo asalariado y la necesidad de su utilización combinada para determinar la existencia de tal realidad, *vid.* MARTÍN VALVERDE, A., «Lectura y relectura de la Introducción al Derecho del Trabajo del profesor Alonso Olea», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 77 (1996), pp. 421 y 422.

la consideración de que el trabajo es (o no) asalariado⁴¹. Como venimos diciendo, no deben resultar extrañas estas razones retóricas, estéticas o metafóricas, tan impropias de la lógica formal, considerando que la determinación en el caso del carácter laboral o no de un trabajo, sobre todo en cierto tipo de situaciones, responde a una «dialéctica circular»⁴² incapaz de marcar distancias definitivas con el *individuum est ineffabile* y de operar al margen de la tópica argumentativa⁴³.

Legislar mejor como propone la Recomendación 198 OIT (2006) para definir más aquilatadamente cuando un tipo de trabajo deberá merecer la consideración de asalariado y atraer la protección de la legislación laboral servirá por tanto principalmente en situaciones típicas o estandarizables, fáciles de identificar por compartir ciertos rasgos comunes, pero no cuando –esto es lo importante– se trate de casos límite y difíciles, que es donde más decisivo resultaría determinar su naturaleza. La condición de «únicos en su género» de muchos de estos casos hará que vuelva a tener que ser la interpretación de cada fenómeno particular lo que defina *hic et nunc* la naturaleza jurídica del trabajo y la normativa que deba aplicarse. Pretender que este tipo de situaciones pueden resolverse *ex ante* mediante leyes *a priori* y abstractas técnicamente perfeccionadas –que legislando mejor se terminarán los problemas de calificación del contrato de trabajo en situaciones difíciles– sería por tanto como proponer que el contenido del océano puede anegarse mejor en la arena de la orilla utilizando un mayor número de conductos para el trasiego del agua. La Recomendación 198 OIT (2006) responde a fines muy loables y ha

⁴¹ Esta idea de orientación hacia un punto de referencia está no en vano presente en la etimología de «indicio», relacionada con la idea de señalar con el «dedo índice» –«indicar»– hacia un punto; se trata de una acepción sin duda relacionada –pero no idéntica– a la que, en el contexto de la distinción semiótica de Peirce entre indicios, iconos y símbolos, se ha normalizado como manera de representación de una realidad (el indicio conectaría con la realidad representada por contigüidad o metonimia, el icono por semejanza o metáfora, mientras que el símbolo lo haría por artificio, convencional o estipulativamente); *vid.* FUMAGALLI, A., «El índice en la filosofía de Peirce» (trad. de G. Génova), *Anuario Filosófico*, 29 (1996), pp.1298 ss.

⁴² La afirmación de la existencia de cada uno de los elementos que integran la noción de trabajo asalariado es muy compleja, pues exige un análisis minucioso de los hechos del caso que presupone una «selección de información» (la jurídicamente relevante) que se realiza a la luz de lo que dispone una regla jurídica que se ha intuido aplicable («la idea normativa de trabajo asalariado») cuyo contenido es a su vez determinado en función de operaciones «valorativas» que se desprenden de los hechos de que se trata: el aplicador del derecho determina entonces si concurren los elementos de la noción del trabajo asalariado a través de un complejo proceso dialéctico de «comprensión circular» en el que los hechos relevantes para la norma son seleccionados a la luz de lo que dispone el derecho, dándose la circunstancia de que simultáneamente el mandato que establece la norma es elucidado haciendo una valoración de la misma a partir de la situación fáctica de que se trata; sobre la importancia de la «precomprensión» y la «estructura circular» del conocimiento jurídico en general, *vid.* K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., pp. 194 a 200.

⁴³ *Vid.* GARCÍA AMADO, J. A., «Tópica, derecho y método jurídico», *Doxa*, 4 (1987), pp. 161 ss.

de cumplir sin duda un importante papel a la hora de identificar mejor el trabajo asalariado, con los consiguientes efectos favorables en términos de seguridad jurídica y la protección de los trabajadores⁴⁴, pero no conviene sobreestimar sus capacidades, pues determinar la existencia de la relación de trabajo en casos difíciles acaba siendo siempre como decimos un juicio interpretativo del caso concreto⁴⁵.

⁴⁴ La doctrina ha afirmado que al menos serían cuatro los logros de la Recomendación 198, a saber: (1) «haber universalizado reglas y principios encaminados hacia la determinación de la relación de trabajo»; (2) «reforzar la influencia de esas reglas y principios para la determinación de la relación de trabajo en los países donde, comparativamente, puedan tener un desarrollo desigual»; (3) «promover, en lo particular, una jurisprudencia sobre los indicios de la laboralidad que pueda ir cerrando las brechas del trabajo no protegido», y (4) «por fin, y no por ello menos relevante, posibilitar que el tópico de la determinación de la relación de trabajo al ser parte de una norma internacional pueda estar bajo el foco de atención de los órganos de control de la OIT, sin perjuicio, desde luego, del seguimiento y aplicación que prevé el propio instrumento»; *vid. VILLASMIL PRIETO, H.*, «Estudio introductorio desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo», Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo, *cit.*, pp. 88 y 89.

⁴⁵ Queriendo subrayar el carácter consustancialmente limitado del instrumento se ha dicho que «solo justifica la adopción de una Recomendación la ambigüedad de sus términos, forzosamente elásticos como elástico es el terreno movedizo y cambiante que pisa»; *vid. OJEDA AVILÉS, A.*, «Prólogo», *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo, cit.*, pp. 11 y 12.

TRABAJO A DOMICILIO

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. *Presentación.*—2. *Regulación internacional del trabajo a domicilio.*—3. *El Convenio OIT núm. 177.*—4. *La Recomendación núm. 184.*—5. *Ámbito de aplicación.*—6. *La regulación interna del trabajo a distancia.*—7. *Cuestiones pendientes.*—8. *Bibliografía.*

1. PRESENTACIÓN

El 14 de junio de 2022, el BOE publicaba el instrumento de adhesión de España al Convenio de la OIT núm. 177, sobre el trabajo a domicilio, hecho en Ginebra el 20 de junio de 1996. De esta forma se da cumplimiento a uno de los compromisos asumidos en la agenda política en materia de igualdad para los años 2022-2025, recogida en el III Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025, elaborado por el Ministerio de Igualdad, a través del Instituto de la Mujer¹. Se espera que la ratificación de este Convenio, junto con el Convenio núm. 190, sobre la violencia y el acoso, y el Convenio núm. 189, sobre trabajadoras domésticas, contribuya a impulsar la coordinación y colaboración interinstitucional para la igualdad y, en particular, refuerce la colaboración con los Organismos Internacionales en materia de igualdad.

¹ <https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE1824.pdf>.

El Convenio núm. 177 y la Recomendación núm. 184, que lo acompaña, también de 1996, tienen como objetivo abordar la situación particular de los trabajadores a domicilio de una manera más sistemática y asegurar que estos trabajadores gocen de los derechos que son generalmente aplicables a los trabajadores asalariados². Como expresamente ha reconocido la OIT, con la adopción de estas normas se ha pretendido garantizar cierta coherencia en el nivel de protección que las legislaciones de los distintos países ofrecen a esta categoría específica de trabajadores y, sobre todo, proporcionales una cobertura formal³.

No obstante, el largo periodo de tiempo transcurrido desde su adopción (1996) hasta su entrada en vigor, el 22 de abril de 2020⁴ –que para España será en mayo de 2023–, parece evidenciar una cierta resistencia de los Estados a obligarse en los términos del Convenio⁵. Una circunstancia que ha llevado en algún momento a la propia OIT a preguntarse sobre la conveniencia de «establecer normas vinculantes a nivel internacional sobre determinadas formas de trabajo, especialmente cuando estas formas de trabajo son muy diversas, tanto a nivel nacional como internacional, como es el caso del trabajo a domicilio»⁶.

Esta actitud de los Estados contrastó con el apoyo que la norma recibiría de la Comisión de las Comunidades Europeas que en su Recomendación 98/370/CE, de 27 de mayo de 1998⁷, proponía la ratificación de este instrumento de la OIT⁸, cuyos objetivos coincidían con los de la Comisión, expresados en su Programa de acción social a medio plazo (1995-1997)⁹.

² GARCÍA PIÑEIRO, N. P., «El trabajo a distancia en el contexto internacional: OIT y Unión Europea», en VV. AA. (Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X.), *El trabajo a distancia con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Wolters Kluwer, 2021, p. 75.

³ OIT: «Estudio General sobre Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante». Conferencia Internacional del Trabajo 109.a reunión, 2020, p. 210. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_738283.pdf.

⁴ Esto es, doce meses después de la fecha de registro de las ratificaciones de dos de los Estados miembros, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 12. Como indica Ushakova, T., «Convenio sobre el trabajo a domicilio 1996 (núm. 177) *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, número especial de conmemoración de la OIT 2019, p.1367, los primeros Estados en ratificar el Convenio núm. 177 fueron Finlandia (17 de junio de 1998) e Irlanda (el 22 de abril de 1999). A continuación, se adhirieron otros ocho países: Albania, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Macedonia, Países Bajos y Taykistán.

⁵ ESPÍN CÁNOVAS, M., «Los convenios de la OIT sobre el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 112, 2014, pp. 249-272, p. 254.

⁶ *Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe de la Comisión de Aplicación de Normas*. Conferencia Internacional del Trabajo – 109.a reunión, 2021. Disponible en <https://www.ccoo.es/fd65630d187fd148d1848ff29c9f7e5e000001.pdf>.

⁷ [notificada con el número C(1998) 764] Diario Oficial n° L 165 de 10/06/1998

⁸ ESPÍN SÁEZ, M. «Los convenios de la OIT sobre el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 112, 2014, p. 250.

⁹ Tal y como se afirmaba expresamente en los considerandos de la Recomendación 98/370/CE.

En definitiva, desde las instancias europeas se entendía que este Convenio y la Recomendación que lo completa proporcionan «un marco para la protección de los trabajadores a domicilio», al obligar a los países que lo ratifican a adoptar, aplicar y revisar periódicamente una política nacional sobre la materia, para la mejora de la situación de estos trabajadores, promoviendo, en la medida de lo posible, su igualdad de trato con el resto de trabajadores. Una intervención que la Comisión justificaba por la particular vulnerabilidad que este colectivo de trabajadores presentaba y la necesidad de que se le prestase una protección apropiada, en un momento en el que muy pocos instrumentos internacionales se referían específicamente al trabajo a domicilio. También pesó la rápida evolución que, ya entonces, cabía esperar en esta forma de prestación de servicios como consecuencia de la introducción de nuevas tecnologías de la información. En tercer lugar, se aludía a razones de género puesto que, en aquel entonces (la década de los 90'), las mujeres constituían la mayor parte de los trabajadores a domicilio, obligadas a recurrir a esta forma de trabajo como medio para poder conciliar una actividad laboral retribuida con el cuidado de personas a su cargo, ante la escasez de oportunidades de trabajo o la ausencia de servicios de cuidados de niños y otros servicios de asistencia¹⁰.

La adhesión de España al Convenio 177 se produce un año después de la aprobación de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que garantiza, como se va a ver, los objetivos perseguidos por el Convenio, en particular esa igualdad de trato del trabajador a distancia con el resto de trabajadores de la empresa (artículo 4 Ley 10/2021). En definitiva, el Convenio y la Recomendación núm. 184 han constituido el contexto normativo internacional en el que se inserta esta Ley¹¹, cuyo preámbulo no duda en mencionar de forma expresa la regulación de la OIT sobre trabajo a domicilio y, en particular, su concepto de trabajo a domicilio; pese a entender superado «el trabajo a distancia, en su concepción clásica de trabajo a domicilio por la realidad de un nuevo marco de relaciones y un impacto severo de las nuevas tecnologías». Así lo advierte expresamente esta norma interna que, tal vez por ello, ha preferido invocar, en primer lugar, al Acuerdo marco sobre teletrabajo, acordado en Bruselas el 16 de julio de 2002 (revisado en 2009).

En todo caso, en la regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo concurren aspectos comunes al tradicional trabajo a domicilio. En todos los supues-

¹⁰ Como se señala en OIT: «Estudio General sobre Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante». Conferencia Internacional del Trabajo 109.a reunión, 2020, cit., p. 210.

¹¹ SANTOS FERNÁNDEZ, M. D., «El Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo: Negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria», *TRABAJO. Revista Iberoamericana De Relaciones Laborales*, 14, 2004, pp. 45-74, cit. P.56. <https://doi.org/10.33776/trabajo.v14i0.143>

tos pueden surgir problemas que derivan de la prestación de servicios fuera de la empresa y, en algunos casos, de la utilización del domicilio como lugar de trabajo. Por ello, estos instrumentos de la OIT ofrecen, como se verá, elementos de interés para la elaboración de un marco jurídico para estas formas de trabajo. En este sentido, el objetivo de igualdad material entre los trabajadores a domicilio y el resto de trabajadores, que estas normas internacionales consagran, constituye un principio que va a tener plena virtualidad en esos ámbitos más amplios del trabajo a distancia¹². De mismo modo, la atención que prestan a la necesaria protección de la seguridad y salud en el trabajo y articulación de un sistema de inspección que garantice el cumplimiento de la legislación aplicable, seguramente, ha servido de referente para los interlocutores sociales que han firmado el Acuerdo marco sobre teletrabajo, y de fuente de inspiración de la regulación que nuestro ordenamiento interno ha dado al trabajo a distancia.

2. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO A DOMICILIO

Con anterioridad al Convenio núm. 177, en la OIT se adoptaron otros Convenios que incluían referencias al trabajo a domicilio, pero en algunos casos, más bien, para abrir la posibilidad de que este colectivo de trabajadores pudiera quedar excluido de la aplicación de las reglas que adoptaban cuando sus condiciones de trabajo no pudieran asimilarse a las del resto de trabajadores. Así lo hizo el Convenio núm. 17 sobre la indemnización por accidentes del trabajo (1925), que en lo que se refiere al trabajo a domicilio deja a las legislaciones nacionales de cada Miembro la posibilidad de exceptuar a este colectivo de su ámbito de aplicación, si lo estiman necesario; o el Convenio núm. 24, sobre el seguro de enfermedad (industria) (1927). Algo similar sucede en el Convenio núm. 44 sobre el desempleo (1934) que prevé igualmente la posibilidad de que las legislaciones nacionales dejen fuera de sus reglas de aplicación al trabajo a domicilio.

Sin embargo, el Convenio núm. 97 sobre los trabajadores migrantes (revisado), (1949) no duda en señalar las limitaciones al trabajo a domicilio entre las materias a las que se extiende la obligación de los Estados de garantizar el principio de igualdad de trato a los migrantes que se encuentren legalmente en su territorio.

¹² SANTOS FERNÁNDEZ, M. D., «El Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo: Negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria», *TRABAJO. Revista Iberoamericana De Relaciones Laborales*, 14, 2004, cit., p.59.

También encontramos disposiciones especiales de apoyo a los trabajadores a domicilio en el Convenio núm. 26, sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (1928), que obliga al Miembro de la OIT que lo ratifique a establecer o mantener métodos que permitan la fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores empleados en industrias o partes de industria (especialmente en las industrias a domicilio) en las que no exista un régimen eficaz para la fijación de salarios, por medio de contratos colectivos u otro sistema, y en las que los salarios sean excepcionalmente bajos; también en el Convenio núm. 103 sobre la protección de la maternidad (revisado) (1952), que prevé su aplicación «a las mujeres empleadas en empresas industriales y en trabajos no industriales y agrícolas, comprendidas las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio», al tiempo que deja abierta la posibilidad de que todo Miembro que ratifique este Convenio pueda, mediante una declaración anexa a su ratificación, prever excepciones en la aplicación del Convenio con respecto al trabajo a domicilio.

No hay, no obstante, en estas primeras referencias al trabajo a domicilio precisiones conceptuales que puedan despejar las dudas sobre el concepto mismo de trabajo a domicilio, ni tampoco sobre cuándo debe entenderse que estos trabajadores a domicilio presentan condiciones de trabajo asimilables a los trabajadores asalariados. Por ello, plantea alguna duda identificar el trabajo a domicilio con «las industrias a domicilio» a las que se refiere, como acaba de decirse, el Convenio núm. 26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (1928).

La tendencia cambia en los años 80´ (en concreto en 1984), cuando la OIT comienza a plantearse la necesidad de adoptar medidas para abordar de forma directa la situación especial de los trabajadores a domicilio con vistas a proporcionarles una protección más eficaz¹³. Todo ello, a partir de la premisa de que los trabajadores a domicilio, como los asalariados no reglamentados y los trabajadores por cuenta propia, son personas que trabajan al margen del mercado de trabajo estructurado¹⁴.

En 1985, la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) invitó a su órgano ejecutivo (el Consejo de Administración) a considerar la inclusión de la situación de los trabajadores a domicilio en las futuras actividades normativas. En 1988, en sus Conclusiones relativas a la promoción del empleo rural, la CIT pidió a la OIT que concibiera programas encaminados a documentar y mejorar

¹³ OIT: «Resolución sobre la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo», Conclusiones, 75.ª reunión de la CIT, Ginebra, 1985, párr. 15, b). García Piñero, N. «La normativa internacional y europea sobre trabajo a domicilio», en VV. AA (Alzaga Ruiz, I., Sánchez Trigueros, C., Hierro Hierro, F. J.) *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 67.

¹⁴ OIT, Memoria del Director General: Trabajo decente, 87.a reunión, Ginebra, junio de 1999, <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

las condiciones jurídicas, económicas y sociales de los trabajadores a domicilio. Con esa finalidad, «en 1990, se celebró una reunión de expertos sobre la protección social de los trabajadores a domicilio, con el fin de examinar la naturaleza y el alcance de los problemas a los que se enfrentan estos trabajadores, y de proporcionar asesoramiento en materia de política relativo a las medidas nacionales e internacionales que podrían conducir a una protección más efectiva». Muchos de los expertos creyeron que una comprensión mejor y más uniforme de la situación laboral de los trabajadores a domicilio evitaría interpretaciones *ad hoc* de la legislación laboral, para lo que también resultaba útil contar con orientaciones internacionales sobre este punto ¹⁵.

Además, el trabajo a domicilio se consideraba una situación laboral «frágil» a la que suelen estar expuestas las mujeres. Así se puso en evidencia en el curso de la preparación de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Por ello, en varias reuniones regionales se adoptaron declaraciones de acción, como la Declaración de Yakarta para el adelanto de la mujer en Asia y el Pacífico (1994) que planteaba la necesidad de formular «propuestas con miras a la adopción de un convenio de la OIT sobre la protección de los derechos de los trabajadores a domicilio».

Sin embargo, como ya se ha dicho, en el momento de su adopción (1996), el Convenio núm. 177 y la Recomendación 184 no contaron con el apoyo de los empleadores ni de los gobiernos ¹⁶. A ello parece que contribuyó la falta de uniformidad que presentaba esta forma de trabajo en los distintos Estados y la incertidumbre sobre los cambios que podía suponer para su desarrollo la irrupción de las nuevas tecnologías ¹⁷. También pesó el temor a que una reglamentación del trabajo a domicilio viniera a reducir la flexibilidad que ofrecía a empleadores y a trabajadores ¹⁸.

¹⁵ OIT «Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante» Conferencia Internacional del Trabajo.109.a reunión, 2020, cit., p. 210.

¹⁶ En el particular caso de España, se entendió que el principal objetivo del Convenio ya estaba suficientemente garantizado en la legislación laboral interna, y el resto de su contenido debía regularse por negociación colectiva. Así lo recuerda GARCÍA PIÑEIRO, N. P., «El trabajo a distancia en el contexto internacional: OIT y Unión Europea», en VV. AA (Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X.), *El trabajo a distancia con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Wolters Kluwer, 2021, p 77 con alusión a un Informe del Ministerio de Trabajo de 1997, que también apuntaba a la dificultad de dar cumplimiento a todo el Convenio puesto que la actuación de la Inspección de trabajo y Seguridad Social en los domicilios entraba en colisión con la garantía de los derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio.

¹⁷ BALLESTER PASTOR, I., «Teletrabajo y derechos individuales: el trazado de nuevos equilibrios», *Doc. Labor*, núm.121-Año 2020-Vol. III., pp.11-27, p. 16. [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N121/02%20Teletrabajo%20y%20derechos%20individuales.%20El%20trazado%20de%20nuevos%20equilibrios%20\(Ballester%20Pastor\).pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N121/02%20Teletrabajo%20y%20derechos%20individuales.%20El%20trazado%20de%20nuevos%20equilibrios%20(Ballester%20Pastor).pdf).

¹⁸ OIT «Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante» Conferencia Internacional del Trabajo.109.a reunión, 2020, cit., p. 213.

Con todo, la OIT siempre ha defendido que estos instrumentos han constituido una herramienta útil para «la transición a la formalidad de un grupo específico de trabajadores» como es el de los trabajadores a domicilio, en múltiples sectores, mucho antes de la adopción de la Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015 (núm. 204), que no dudó en incluir expresamente al Convenio sobre el trabajo a domicilio entre los instrumentos de la OIT pertinentes para facilitar esa transición¹⁹.

Esta regulación de la OIT sobre el trabajo a domicilio se ha ido completando con otros instrumentos de aplicación general, que se adoptaron con posterioridad al Convenio núm. 177 y su Recomendación, como la Recomendación núm. 198 (2006), sobre relación de trabajo, e incluso la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202)²⁰, en cuanto proporciona a los Estados miembros orientaciones para poner en práctica pisos de protección social, que obligan a los Estados miembros a promover la actividad económica productiva y el empleo formal²¹. Su contenido, por tanto, puede tener implicaciones para la regulación del trabajo²².

Por otro lado, antes de la adopción del Convenio OIT 177 (1996), el Derecho comunitario contaba con una abundante normativa que incidía sobre algunos de los ámbitos o materias respecto de los que, de acuerdo con el Convenio núm. 177, las políticas nacionales en materia de trabajo a domicilio deberían promover la igualdad de trato de estos trabajadores y el resto de asalariados²³. Más recientemente la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea ha planteado, aunque haya sido de forma indirecta, algunos de los retos a los que se enfrenta la protección de los trabajadores a distancia y, en particular, de las personas que teletrabajan

¹⁹ OIT «Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante» Conferencia Internacional del Trabajo. 109.ª reunión, 2020, p. 214.

²⁰ Según OIT, «El trabajo a domicilio de la invisibilidad al trabajo decente», 2022, p. 246. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_848363.pdf

²¹ FERNÁNDEZ PRIETO, M., «El trabajo y la relación de trabajo», VV. AA. *El Futuro del Derecho del Trabajo: cien años de la OIT*, XXIX Congreso anual de la asociación española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTMSS, 2019, p. 209.

²² Sobre el tema, USHAKOVA, T., «Los modelos de la acción normativa de la OIT para regular el trabajo a distancia» disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548606.pdf

²³ Nos estamos refiriendo a la Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo; Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE); o a la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.

(en relación con el lugar de trabajo, el patrón tiempo de trabajo...). Pero en ninguna de esas normas hay previsiones expresas referidas al trabajo a domicilio o a distancia, menos aún al teletrabajo, aunque tampoco las hay que excluyan estas formas de trabajo de su ámbito de aplicación (como hace, respecto del trabajo doméstico, la Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo). Al contrario, al referirse con carácter general a los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral, cabe pensar que deben entenderse aplicables a los trabajadores por cuenta ajena a distancia, a domicilio, sean o no teletrabajadores²⁴.

De todas formas, la intervención más directa en el ámbito comunitario, particularmente referida al teletrabajo, ha sido la llevada a cabo por las organizaciones profesionales (Confederación Europea de Sindicatos, la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa, la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa y el Centro Europeo de la Empresa Pública) que acordaron en Bruselas, el 16 de julio de 2002, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, con el objeto de elaborar un marco normativo general a escala europea para las condiciones laborales de los teletrabajadores, que conciliase las necesidades de flexibilidad y seguridad comunes a los empresarios y los trabajadores²⁵. Un instrumento que, en la línea propuesta por el Convenio OIT núm. 177, otorga a los teletrabajadores el mismo nivel general de protección que a los trabajadores que desarrollan sus actividades en las instalaciones del empleador.

En nuestro país, este Acuerdo se incorporó como anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 (BOE 24 febrero 2003)²⁶; lo que en ningún caso supuso su recepción al Derecho interno a través de la negociación colectiva, al tener este último una eficacia obligacional para las partes que lo suscriben respecto de las orientaciones y criterios que han de seguirse en la negociación colectiva²⁷.

²⁴ Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea.

²⁵ SANTOS FERNÁNDEZ, M. D., «El acuerdo marco europeo sobre teletrabajo: Negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria», *Trabajo. Revista Iberoamericana de relaciones laborales*, n.º 14, 2004, p.62.

²⁶ El AINC 2003 se prorrogaría en 2004. El contenido del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito por los interlocutores sociales europeos en julio de 2002, se volvería a recordar en el AINC de 2005 (BOE 16 de marzo de 2005), prorrogado en 2006, y en el AINC de 2007 (BOE de 24 de febrero de 2007)

²⁷ Tal y como aclaró la STS 11 de abril de 2005, rec.143/2004. Sobre el tema, LOUSADA AROCHENA, F. y RON LATAS, R. P., «Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español», en MELLA MÉNDEZ, L. (dir.) *Trabajo a distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 31 ss.

Es evidente que este Acuerdo europeo no se refiere propiamente a todo trabajo a domicilio, menos aún en los términos en que aparece definido en el Convenio núm. 177 OIT, sino sólo al «teletrabajo» entendido como forma de organización y/o de realización del trabajo que utiliza las tecnologías de la información en el marco de una relación de trabajo en la que un trabajo, que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa, se efectúa fuera de esos locales, de forma regular. Pero, más allá de las evidentes diferencias conceptuales y, por tanto, de esa falta de coincidencia en el ámbito de aplicación de uno y otro instrumento, también hay puntos de coincidencia desde el momento en que, como se verá, los teletrabajadores pueden quedar igualmente incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio núm. 177 por prestar esos servicios que se basan en tecnologías de la información, en su domicilio o en otros locales distintos de los de la empresa, a su elección.

Por ello, la recepción que se haga del Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo, por parte de la negociación colectiva que se despliegue a nivel nacional, puede, a su vez, formar parte de esa política nacional en materia de trabajo a domicilio que el Convenio de la OIT encomienda a los Estados miembros que lo ratifiquen, con el objetivo de que se promueva esa igualdad de trato entre estos trabajadores y el resto de asalariados. No en vano la negociación colectiva es uno de los medios propuestos por el Convenio para llevar a cabo esa política nacional en la materia.

3. EL CONVENIO OIT NÚM. 177

Como expresamente se indica en su preámbulo, esta norma internacional se adopta con los siguientes objetivos: de un lado, mejorar la aplicación de los convenios y recomendaciones internacionales que contienen normas generales relativas a las condiciones de trabajo aplicables al trabajo a distancia y, de otro, complementar esas disposiciones con otras normas que tengan en cuenta las características propias del trabajo a domicilio. Para ello, se ha optado por un Convenio breve²⁸, constituido por unos pocos principios fundamentales, que ofrece un amplio margen de flexibilidad para que los Estados Miembros definan y apliquen medidas concretas²⁹. Todo ello sin menoscabar las dispo-

²⁸ GALLARDO MOYA, R., *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, ibídem ediciones, 1998, p. 97 ss.

²⁹ OIT, «El trabajo a domicilio de la invisibilidad al trabajo decente», 2022, p. 192.
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_848363.pdf.

siciones más favorables que sean aplicables a los trabajadores a domicilio en virtud de otros convenios internacionales (art. 10).

En concreto, para la consecución de los objetivos propuestos, el Convenio obliga a los Estados que lo ratifiquen a «adoptar, aplicar y revisar periódicamente una política nacional en materia de trabajo a domicilio», que promueva la igualdad de trato entre estos trabajadores y el resto de trabajadores asalariados (art. 4). Se establecen además algunas pautas al efecto. Deberán tenerse en cuenta las características particulares del trabajo a domicilio y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar en una empresa, que no tiene por qué ser necesariamente la misma para la que «elaboran un producto o prestan un servicio» a domicilio.

En todo caso no parece exigirse una política sectorial independiente, pudiendo integrarse dentro de la política laboral general. Lo que queda claro es que debe orientarse a mejorar la situación de este colectivo de trabajadores. Tampoco se condiciona el instrumento o instrumentos que se pueden utilizar al efecto. Esa política nacional podrá llevarse a cabo por medio de la legislación, de convenios colectivos, de laudos arbitrales o de cualquier otra vía procedente y compatible con la práctica nacional (art. 5). Ahora bien, sea cual sea el medio utilizado, el artículo 3 destaca la importancia de la celebración de consultas en la formulación y aplicación de esa política.

En particular, ocho son las materias, áreas o ámbitos respecto de los que ha de promoverse esa igualdad de trato de los trabajadores a domicilio³⁰. Esas materias (que sólo en un caso se formula expresamente como derecho de los trabajadores a domicilio –a constituir o afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades–) guardan una clara conexión con los principios relativos a los derechos fundamentales en el trabajo, que poco después se recogerían en la Declaración de la OIT de 18 de junio de 1998³¹, in-

³⁰ (a) el derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades;

(b) la protección de la discriminación en el empleo y en la ocupación;

(c) la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo;

(d) la remuneración;

(e) la protección por regímenes legales de seguridad social;

(f) el acceso a la formación;

(g) la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo;

(h) la protección de la maternidad.

Sobre el tema, USHAKOVA, T., «El teletrabajo en el derecho de la OIT», *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2015, p. 63.

³¹ En concreto, la libertad de asociación, la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Así, el derecho a constituir o a afiliarse a las organizaciones que se escojan y a participar en sus actividades,

cluida la consecución de unas condiciones de trabajo, seguras y saludables, que se ha añadido como quinto principio y derecho de la citada Declaración, en una enmienda de su párrafo 2, por la Conferencia Internacional del Trabajo 110.^a, reunión de 11 de junio de 2022³².

Por lo tanto, podría decirse que, lo que el Convenio 177 hace es extender esa igualdad de trato, entre los trabajadores a domicilio y el resto de trabajadores asalariados, a los «derechos básicos» de aplicación a todos los trabajadores y trabajadoras, de todas las ocupaciones y de todos los lugares de trabajo del mundo³³, que los Estados Miembros de la OIT están obligados a respetar en virtud de su condición de tales, aunque no hayan ratificado los particulares convenios de la OIT que los recogen³⁴.

Con todo, el artículo 4 del Convenio OIT también incluye materias —«la remuneración, la protección de los regímenes legales de seguridad social, el acceso a la formación, y la protección de maternidad»—, que conectan con (otros) derechos que la Declaración de 1998 no ha recogido expresamente³⁵.

Un primer paso para promover esa igualdad del trabajador a domicilio respecto del resto de trabajadores consiste en visibilizar esta forma de trabajo.

de que habla el artículo 4 del Convenio OIT, conecta directamente con la libertad de asociación y la libertad sindical, como derecho fundamental, y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores a domicilio. También promover la igualdad en la protección de la discriminación en el empleo y en la ocupación está en consonancia con los principios fundamentales, que consagra la Declaración de la OIT de 1998, de eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, así como de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio. Por último, la igualdad en la edad mínima de acceso al empleo de los trabajadores a domicilio contribuirá, a su vez, a la abolición efectiva del trabajo infantil. Otro de los principios fundamentales que los Estados miembros de la OIT están obligados a respetar.

³² https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_848653.pdf

³³ OIT, *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, Adoptada en la 86.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1998) y enmendada en la 110.a reunión (2022) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf

³⁴ Conocidos como Convenios fundamentales: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) (y su Protocolo de 2014); Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138); Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182); Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). Téngase en cuenta que a partir de la modificación operada en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, también el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981 (núm. 155) y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y la salud en el trabajo, de 2006 (núm. 187) se consideran ahora convenios fundamentales en el sentido enunciado en la Declaración de 1998, en su versión enmendada en 2022.

³⁵ Ushakova, T., «Teletrabajo y relación laboral: el enfoque de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)», VV. AA. (Mella Méndez, L. dir.) *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p.254, que se refiere a ellos como «ámbitos complementarios a los derechos fundamentales todavía no definidos como tales».

Por ello, el Convenio mantiene que deberían tomarse medidas apropiadas para que, siempre que sea posible, las estadísticas del trabajo abarquen el trabajo a domicilio (el art. 6)

Lo que el Convenio no hace es desarrollar cómo se debe garantizar ese principio de igualdad respecto de los trabajadores a domicilio, en los ámbitos o materias señalados. Solo establece alguna previsión relativa a la seguridad y salud en el trabajo que obliga a las legislaciones nacionales sobre la materia a incluir en su ámbito de aplicación al trabajo a domicilio, «teniendo en cuenta las características propias de este», y, en concreto, a determinar las condiciones en que por razones de seguridad y salud podrán prohibirse ciertos tipos de trabajos y la utilización de determinadas sustancias en el trabajo a domicilio.

El Convenio incide igualmente en las responsabilidades de los empleadores y, en caso de estar permitida la intermediación en el trabajo a domicilio, de los intermediarios, si bien corresponde a la legislación o decisiones judiciales, según la práctica nacional, determinar esas responsabilidades (art. 8).

Se insiste asimismo en la necesidad de un sistema de inspección compatible con la legislación y la práctica nacionales, que garantice el cumplimiento de la legislación aplicable al trabajo a domicilio, así como de medidas apropiadas, incluidas, cuando proceda, sanciones para los casos de infracción de esa legislación, que deberán preverse y aplicarse (art. 9).

En concreto en los trabajos preparatorios del Convenio núm. 177 se consideró que las características del trabajo a domicilio, especialmente «la falta de información, la escasa representación colectiva, el alto nivel de informalidad y la privacidad del lugar de trabajo, exigen que los servicios de inspección del trabajo adopten enfoques específicos». Ahora bien, como ha aclarado la propia OIT, esta previsión se refiere a la inspección en general, y no específicamente a la de trabajo, «porque tanto la legislación como la práctica varían de un país a otro».

De otro lado, la exigencia expresa de que ese sistema de inspección sea «compatible con la legislación y la práctica nacionales» pretende sortear dos de los problemas que se plantearon al respecto durante la gestación del Convenio, a saber, que la inspección respetara la privacidad del trabajador, en especial si se permite el acceso al domicilio, y que los gobiernos no tuvieran que crear nuevos sistemas de inspección si sus leyes y prácticas ya preveían un sistema adecuado³⁶.

³⁶ OIT «Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante» Conferencia Internacional del Trabajo. 109.a reunión, 2020, p. 369.

4. RECOMENDACIÓN NÚM. 184

El Convenio núm. 177 establece unos estándares mínimos para los trabajadores a domicilio que se amplían y desarrollan en la Recomendación sobre trabajo a domicilio núm. 184 (1996). Esta segunda norma proporciona directrices más detalladas sobre la aplicación del Convenio y, en concreto, sobre esa política nacional que deben promover los Estados firmantes en materia de trabajo a domicilio, entre ellas, la necesaria designación de una o varias autoridades encargadas de definirla y aplicarla. Las propuestas se refieren también al método que debería seguirse en la definición de esas políticas nacionales, desde el papel que han de jugar los trabajadores a domicilio y sus empleadores (preferentemente a través de los órganos tripartitos, de las organizaciones de trabajadores y empresarios, o de otros cauces, cuando no cuenten con representantes)³⁷ hasta la recopilación, actualización y publicidad de la información sobre la extensión y características de esta forma de trabajo, de la que esas políticas deberían partir. Se incluyen también referencias detalladas a la necesidad de mecanismos de control del trabajo a domicilio por parte de las autoridades (nacional y regional, local o sectorial, cuando proceda)³⁸, concretados en registros de empleadores que recurran habitualmente a trabajadores a domicilio y, en su caso, de los intermediarios que utilizan esos empleadores, y en la obligación de información a la autoridad competente cuando se dé trabajo a domicilio por primera vez³⁹.

De acuerdo con la Recomendación los empresarios deberían, por su parte, llevar registros de todos los trabajadores a domicilio a los que dan trabajo, desglosados por sexo, y del trabajo que se encomienda a cada uno de ellos, con precisión sobre el plazo de realización, la tasa de remuneración, costes asumidos en su caso por el trabajador y el importe del reembolso correspondiente, deducciones efectuadas de acuerdo con la legislación nacional, remuneración

³⁷ GALLARDO MOYA, R., *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, ibídem ediciones, 1998, p. 101. USHAKOVA, T., «Convenio sobre el trabajo a domicilio 1996 (núm. 177) *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, número especial de conmemoración de la OIT 2019, p. 1369.

³⁸ SANTOS FERNÁNDEZ, M. D., «El Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo: Negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria», *TRABAJO. Revista Iberoamericana De Relaciones Laborales*, 14, 2004, cit. p. 60.

³⁹ Este requisito de notificación (cuando se da trabajo a domicilio por primera vez) no se plantea en la Recomendación como una solicitud de autorización pero, si se impone, permitirá a la autoridad competente «informar a los empleadores sobre las normas aplicables a los trabajadores a domicilio y, en su caso, actualizar el registro de dadores de trabajo a domicilio». Así se ha precisado en OIT «Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante» Conferencia Internacional del Trabajo.109.a reunión, 2020, p.245.

neta devengada, fecha de pago. De este último registro debería proporcionarse copia al trabajador al que también debería informarse sobre sus condiciones de empleo, en particular sobre la identidad del empleador y, cuando lo haya, del intermediario, la escala o tasa de remuneración y método de cálculo, y el tipo de trabajo que deba realizarse (párrafo 5), dejando a la legislación y práctica nacional la decisión sobre la forma (escrita o no) de esa información y del propio contrato de trabajo.

A garantizar el cumplimiento de la legislación vigente se dirige la exigencia de que los inspectores de trabajo o los funcionarios encargados de velar por la aplicación de la normativa sobre trabajo a domicilio estén autorizados para entrar en las partes del domicilio o de otro local privado en las que se realiza el trabajo (párrafo 8) y para adoptar medidas apropiadas, incluida la posibilidad de que se prohíba el trabajo a domicilio, de conformidad con la legislación y prácticas nacionales, en caso de violaciones graves o repetidas de la legislación aplicable (párrafo 9)

Por lo demás, en la Recomendación se desarrollan algunos de esos ámbitos en los que es necesario, según el Convenio núm. 177, promover la igualdad de trato, como son: la «edad mínima de acceso al trabajo», proponiendo la aplicación a esta forma de trabajo de las normativas nacionales sobre edad mínima (párrafo 10); «el acceso a la formación», estableciendo la necesidad de que los trabajadores a domicilio tengan acceso a programas de capacitación y formación para mejorar su nivel de cualificación profesional y su productividad, con vista a ampliar sus posibilidades de empleo (párrafo 29, 1, d); y «la remuneración». Respecto de esta última materia, se incorporan propuestas para que la tasa de remuneración aplicada al trabajador a domicilio sea comparable a la que percibe un trabajador ocupado en la empresa del empleador o, cuando no lo haya, en otra empresa de la rama de actividad o de la región correspondiente (párrafo 15); al tiempo que se remite su fijación, preferentemente, a la negociación colectiva y en su defecto a la autoridad competente, previa consulta con los interlocutores sociales, o mediante otros mecanismos apropiados de fijación de los salarios, incluido el acuerdo directo entre trabajador a domicilio y empleador (párrafo 14). En todo caso, se recomienda la aplicación a los trabajadores a domicilio de la legislación nacional relativa a la protección del salario, y que el pago del mismo se realice a la entrega de cada trabajo terminado o a intervalos regulares que no excedan de un mes (párrafo 17).

Otro de los ámbitos mencionados en el Convenio, al que presta especial atención la Recomendación, es la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, empezando por proponer a la autoridad competente que se asegure de la difusión de las directrices y precauciones que los empleadores y los

trabajadores a domicilio habrán de observar en este ámbito (párrafo 19), incluida su adecuada traducción a los idiomas que comprendan los trabajadores a domicilio. Se sostiene también la necesidad de que los Gobiernos, en colaboración con los interlocutores sociales, promuevan y apoyen programas que mejoren la seguridad y salud de los trabajadores a domicilio (párrafo 29, 1, f). Más específicamente, la Recomendación desarrolla las obligaciones que deberían recaer sobre los empleadores y trabajadores a domicilio. Los primeros deberían informar a los trabajadores acerca de los riesgos relacionados con su trabajo, de los medios de prevención; poner a disposición de los trabajadores equipos de protección personal necesarios y dispositivos de seguridad adecuados; y velar por que sean objeto de debido mantenimiento (párrafo 20). Los segundos deberían estar obligados a respetar las medidas prescritas en materia de seguridad y salud y cuidar razonablemente de su seguridad y salud, así como de las de otras personas que pudieran verse afectadas por sus actos u omisiones, incluida la correcta utilización de materiales, herramientas y equipos puestos a su disposición (párrafo 21). La Recomendación en esta materia, con un destacado nivel de detalle, comparado con el desarrollo que hace del resto de materias, entra incluso a plantear cuáles deberían ser las respuestas del trabajador y del inspector de trabajo ante un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud (párrafo 22).

Se desarrolla asimismo la referencia que el Convenio núm. 177 hace a la necesaria promoción de la igualdad respecto de la protección por regímenes de seguridad social, contemplando varias posibilidades: la extensión de los regímenes de seguridad social existentes a los trabajadores a domicilio, su adaptación para que amparen a este colectivo de trabajadores, o crear cajas o regímenes especiales (párrafo 25) Sin embargo respecto de la protección de la maternidad, se limita a señalar que la legislación nacional sobre protección de la maternidad debería aplicarse a los trabajadores a domicilio (párrafo 26)

Por otro lado, la Recomendación también propone «otorgar protección» a los trabajadores a domicilio en áreas que no mencionadas expresamente en el Convenio núm. 177⁴⁰, como en materia de terminación de la relación laboral (párrafo 27). Y se sugiere la adopción de medidas relativas al tiempo de trabajo, que garanticen un tiempo de descanso diario y semanal comparable al que tienen otros trabajadores (párrafo 23). Con todo, también se advierte de los obstáculos con los que puede tropezar la aplicación al trabajo a domicilio de

⁴⁰ OIT, «El trabajo a domicilio de la invisibilidad al trabajo decente», 2022, p. 192.
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_848363.pdf

las reglas generales sobre vacaciones, licencias y festivos, por lo que se deja que sea la legislación nacional la que fije las condiciones en las que los trabajadores a domicilio puedan disfrutar de estos derechos.

Estas previsiones se completan con una referencia a la necesidad de que en este ámbito del trabajo a domicilio haya medios específicos para la solución de los conflictos que puedan surgir entre el trabajador y el empresario o, en su caso, el intermediario utilizado por el empleador (párrafo 28); y se apoyen programas relativos al trabajo a domicilio (párrafo 29). En concreto se mantiene que los Miembros deberían, en colaboración con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, promover y apoyar programas, para mejorar las condiciones de vida y trabajo de estos trabajadores (se habla de facilitar el acceso al crédito, a mejores condiciones de trabajo a domicilio y al cuidado de los niños). Estos programas deberían, en primer lugar, informar a los trabajadores a domicilio sobre sus derechos y los diversos tipos de asistencia de que disponen; concienciar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, a las organizaciones no gubernamentales y al público en general respecto de las cuestiones relacionadas con el trabajo a domicilio (párrafo 29. 1.b); y deberían facilitar la creación de centros y redes de trabajadores a domicilio, para proporcionarles información y servicios.

5. ÁMBITO DE APLICACIÓN

De acuerdo con el artículo 1 del Convenio núm. 177, por trabajo a domicilio se entiende todo trabajo que una persona realiza en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales del empleador, a cambio de una remuneración, con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones de este, independientemente de quién proporcione el equipo, las materias u otros elementos utilizados para ello. El mero hecho de realizar ocasionalmente el trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en el lugar de trabajo habitual, no es suficiente para que ese trabajador sea considerado a domicilio⁴¹.

Por lo tanto, el concepto de trabajo a domicilio que ofrece el Convenio parece centrarse en los siguientes datos: 1.º) la prestación de servicios o ejecu-

⁴¹ Según OIT: «Estudio General sobre Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante». Conferencia Internacional del Trabajo 109.a reunión, 2020, cit., p. 217, el objetivo de esta exclusión es evitar que los trabajadores que se llevan a su domicilio su trabajo normal sean considerados trabajadores a domicilio, en vez de trabajadores regulares. Dichos trabajadores están cubiertos por la reglamentación que regula el lugar de trabajo, donde se realiza el grueso del mismo.

ción del trabajo fuera de los locales de la empresa, ya sea en el domicilio del trabajador o en otro local elegido por este; 2.º) la regularidad (o habitualidad) de esa forma de trabajo fuera de los locales de la empresa; y 3.º) la necesaria concurrencia en la prestación de servicios de las notas de remuneración y dependencia o subordinación, que caracterizan al trabajador incluido en el ámbito de aplicación del derecho del trabajo. No obstante, respecto de esta segunda nota debe hacerse alguna matización pues la particularidad de prestar servicios fuera de la empresa hace que, en realidad, la dependencia o subordinación se concrete (únicamente) en el requisito de que los productos o servicios objeto del trabajo respondan a las especificaciones del empleador⁴². No parece relevante, en cambio que la ejecución del trabajo se lleve a cabo «sin la vigilancia de la persona por cuenta de la que se trabaja». Una circunstancia que tenía su peso en el concepto de trabajo a domicilio del art 13 ET, vigente en el momento en que se adoptó el Convenio de la OIT.

Es evidente que la prestación de servicios fuera de los locales de la empresa condiciona o puede condicionar el nivel de control o supervisión del empresario sobre el desarrollo de la prestación, aunque la supervisión directa cada vez es más factible a través de las posibilidades de control que ofrecen al empresario las nuevas tecnologías, incluidas las telecomunicaciones y los dispositivos «portátiles». Con todo, como ya se ha advertido, este nuevo escenario no se contempla en el Convenio núm. 177, que nada dice sobre la utilización de nuevas tecnologías de la información y la comunicación. De hecho, se prescinde del término «teletrabajo», como también se aparta del término más amplio de trabajo a distancia (que ha utilizado nuestro legislador nacional), prefiriendo el de trabajo a domicilio. Aun así, parece claro que en el concepto de «trabajo a domicilio» que ofrece el Convenio OIT pueden tener cabida, perfectamente, muchas formas de prestación de servicios que no solo se llevan a cabo en el domicilio del trabajador sino en otros lugares elegidos por este, siempre que estén fuera de los locales de la empresa, desde el trabajo que requiere mano de obra intensiva, el trabajo artesanal, hasta el teletrabajo u otros servicios de tecnología de la información o las nuevas modalidades de trabajo en plataformas digitales⁴³. En todo caso, se debe tratar de «prestaciones de servicios» o «elaboraciones de productos» que podrían llevarse a cabo en los

⁴² OIT: «Estudio General sobre Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante». Conferencia Internacional del Trabajo 109.a reunión, 2020, cit., p. 217.

⁴³ GARCÍA PIÑEIRO, N. P., «El trabajo a distancia en el contexto internacional: OIT y Unión Europea», en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, X. (dirs) *El trabajo a distancia con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Wolters Kluwer, 2021, p 75.

locales de la empresa; lo que deja fuera del concepto tipos de trabajo a través de plataformas digitales, como los de reparto o de transporte.

Por lo tanto, no cabe ninguna duda de que entra en el ámbito de aplicación del Convenio núm. 177 y de la Recomendación núm. 184 el «teletrabajo» cuando se realiza de forma continua o permanente, ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial, en el domicilio del trabajador o en otros locales distintos de los locales de trabajo del empleador, dejando fuera a los trabajadores presenciales que ocasionalmente prestan servicios en su domicilio en vez de en su lugar de trabajo habitual⁴⁴.

También quedan expresamente fuera del concepto de trabajador a domicilio del Convenio núm. 177 los trabajadores autónomos que «tengan un grado de autonomía e independencia económica para ser considerados como trabajadores independientes» de acuerdo con la legislación y jurisprudencia nacionales⁴⁵. Una regla que debe articularse con la que por su parte admite que el trabajo a domicilio (por cuenta ajena) se lleve a cabo con cierta autonomía concretada en la elección del lugar de trabajo y en la posibilidad de utilizar los propios equipos de trabajo⁴⁶. En concreto, los trabajadores a domicilio pueden utilizar su propio equipo, los materiales u otros elementos necesarios para la prestación del servicio o elaboración del producto –o los que les proporcione el empleador–. Una referencia a otros elementos que, por cierto, viene a respaldar esa interpretación amplia del concepto de trabajo a domicilio que deja abierta la puerta a nuevas formas de trabajo que precisen, a su vez, de nuevos elementos. Lo relevante para entender al trabajador a domicilio en el ámbito del Convenio es que «el grado de autonomía e independencia económica» no implique su consideración como trabajador independiente. Una cuestión que, como se ha dicho, dependerá de la legislación y jurisprudencia nacionales.

Llegados a este punto no debería olvidarse que en la regulación del trabajo a domicilio deben tenerse en cuenta también otros instrumentos de aplica-

⁴⁴ USHAKOVA, T., «Convenio sobre el trabajo a domicilio 1996 (núm. 177) *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, número especial de conmemoración de la OIT 2019, p. 1370. Sobre las razones que habrían llevado al Convenio y a la OIT a alejarse «deliberadamente de uno de los tres componentes fundamentales del teletrabajo, a saber, de las implicaciones de las TIC», la misma autora en «El teletrabajo en el derecho de la OIT», *Revista Información Laboral*, núm. 9, 2015, pp. 55-75, p. 65.

⁴⁵ OIT, Estudio General sobre Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante. Conferencia Internacional del Trabajo 109.ª reunión, 2020, p. 218.

⁴⁶ Una exclusión criticada por USHAKOVA, T., «Convenio sobre el trabajo a domicilio 1996 (núm. 177) *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, número especial de conmemoración de la OIT 2019, p. 1376, que mantiene que habría sido conveniente que el marco de protección se hubiese extendido al trabajador autónomo, al defender como elemento común para la regulación internacional efectiva del teletrabajo la organización del trabajo, con la mención expresa de las TICs, que supere la relación de trabajo tradicional.

ción general como la Recomendación núm. 198 (2006), sobre relación de trabajo»⁴⁷, que, por lo que aquí interesa, proporciona un listado de indicadores que podrían servir para determinar si una persona es un trabajador a domicilio dependiente o un trabajador por cuenta propia independiente que realiza su actividad profesional a domicilio (como subcontratista o en régimen de externalización)⁴⁸. Estos criterios aluden fundamentalmente a la forma en que se ejecuta el trabajo dependiente (personalmente, según las instrucciones y bajo el control de otra persona; integrado en la organización de la empresa; en beneficio única o principalmente de otra persona; dentro de un horario determinado, en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo...) y a la remuneración del trabajador (que ha de ser periódica, constituir la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; incluir, si llega el caso, pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte u otros; y en ningún caso implicar riesgos financieros para el trabajador...) ⁴⁹.

En todo caso, esta noción de trabajo a domicilio del Convenio núm. 177 no incluye el trabajo doméstico ni el trabajo de cuidados remunerados en el domicilio de terceros, que no se desarrollan en el domicilio del trabajador; menos aún el trabajo de cuidados no remunerado, en el propio domicilio, ni la producción de subsistencia para el consumo del hogar, en los que falta la nota de retribución.

Ni el Convenio ni la Recomendación hacen referencia expresa a la posibilidad de que el trabajador a domicilio se sirva de ayudantes o asistentes. Una circunstancia que podría complicar la calificación del trabajador a domicilio como trabajador por cuenta ajena. Esta omisión ha preocupado a la propia OIT, especialmente porque no es infrecuente que los trabajadores a domicilio cuenten con asistentes que en ocasiones son además menores de edad. Sobre este particular, lo único claro es que de acuerdo con el Convenio y la Recomendación (párrafo 10) la legislación nacional relativa a la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo debería aplicarse al trabajo a domicilio. Además, el párrafo 21 de la Recomendación propone que los trabajadores a domicilio que-

⁴⁷ OIT, «El trabajo a domicilio de la invisibilidad al trabajo decente», 2022, p. 192.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_848363.pdf

⁴⁸ USHAKOVA, T., «Teletrabajo y relación laboral: el enfoque de la Organización Internacional Del Trabajo», cit., 259.

⁴⁹ El Convenio no especifica el tipo de remuneración ni cómo deba establecerse, pero deberán tenerse en cuenta las particularidades de la remuneración en la medida en que afecte a trabajadores a domicilio. De otro lado en cuanto asumen gastos deberían obtener un reembolso de los mismos. Así lo mantiene OIT: «Estudio General sobre Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante». Conferencia Internacional del Trabajo 109.a reunión, 2020, cit., p. 217.

den obligados a cuidar razonablemente de su seguridad y salud así como de la de otras personas que pudieran verse afectadas por sus actos u omisiones en el trabajo, incluida la correcta utilización de los materiales, máquinas, herramientas y otros equipos puestos a su disposición⁵⁰.

Por otro lado, ambos instrumentos ofrecen una definición clara de «empleador» como toda persona física o jurídica que, de modo directo o por conducto de un intermediario, esté o no prevista esta figura en la legislación nacional, dé trabajo a domicilio por cuenta de su empresa. Se trata, en todo caso, de una noción tan amplia como las actividades que pueden ser objeto del contrato, que van desde las lucrativas del sector privado hasta las actividades de las organizaciones gubernamentales o sin ánimo de lucro⁵¹.

Durante la discusión de estos textos en el seno de la Conferencia Internacional del Trabajo, la representación empresarial presentó una enmienda en la que se proponía suprimir esa referencia al término «empleador», al considerar que podía causar confusión entre empleadores y clientes. También cuestionaron la función de los intermediarios y las circunstancias en que un intermediario podía convertirse en empleador. La Oficina explicó que un intermediario nunca podría considerarse empleador del trabajador a domicilio. La enmienda fue retirada por falta de apoyo, pero los miembros empleadores expresaron su preocupación por la posibilidad de ratificar el Convenio con la definición propuesta⁵².

Por último, ninguna de estas normas precisa que se entiende por «empresa», tal vez porque lo único que se ha querido con esa previsión es diferenciar al sujeto empleador en una relación de trabajo a domicilio, de los clientes que encargan un trabajo para uso personal.

6. LA REGULACIÓN INTERNA DEL TRABAJO A DISTANCIA

Como ya se ha dicho, en el momento en que se aprueba el Convenio núm. 177 en España ya existía una regulación del trabajo a domicilio que respondía a algunos de los estándares establecidos en este instrumento. En concreto, el artículo 13 ET (1995) preveía expresamente que los trabajadores a domicilio tendrían derecho a percibir, como mínimo, un salario igual al de un

⁵⁰ OIT, «Estudio General sobre Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante». Conferencia Internacional del Trabajo 109.a reunión, 2020, p. 219

⁵¹ OIT, «Estudio General sobre Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante». Conferencia Internacional del Trabajo 109.a reunión, 2020, p. 222.

⁵² OIT, «El trabajo a domicilio de la invisibilidad al trabajo decente», 2022, p. 191 ss.
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_848363.pdf

trabajador de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se tratase; y les reconocía el derecho de representación colectiva (salvo que se tratase de un grupo familiar) en los mismos términos que el resto de trabajadores asalariados. También se establecían requisitos formales y de control de la actividad laboral que facilitaban, entre otros objetivos, que pudieran exigirse las necesarias medidas de higiene y seguridad⁵³.

Esta ordenación interna del trabajo a domicilio, que se había mantenido inalterada desde la primera versión del ET de 1980, se vio modificada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁵⁴. Esta Ley introdujo un primer cambio que parecía alejar la regulación nacional sobre la materia del Convenio núm. 177. De entrada dejaba de hablarse de trabajo a domicilio para hacerlo de trabajo a distancia. Un trabajo a distancia que además presentaba diferencias conceptuales respecto del trabajo a domicilio del Convenio OIT, al prescindir de algunos de los criterios utilizados por esta norma internacional para delimitar su ámbito de aplicación, como que el trabajo se llevase a cabo conforme a las especificaciones del empleador. Con todo, lo determinante seguía siendo que el trabajador prestase de forma regular (o no ocasional) servicios en su domicilio o en el lugar libremente elegido por éste. Además, esta nueva ordenación pretendía dar acogida, mediante una regulación equilibrada de derechos y obligaciones, al trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías, que como se ha dicho carece de previsión expresa en el Convenio de la OIT.

De otro lado, también se suprimía la mención de que el trabajo se llevase a cabo «sin vigilancia del empresario». De hecho, la Ley 3/2012 no contemplaba referencia alguna al grado de autonomía o dependencia que podían tener estos trabajadores en el desarrollo de la prestación de servicio. No obstante, pese al silencio de la norma, era evidente que el trabajador que prestaba servicios a distancia debía cumplir con las condiciones descritas en el artículo 1.1 ET para entenderse incluido en el ámbito de aplicación del artículo 13 ET (como luego precisaría la Ley 10/2021). No había en la norma interna ninguna previsión que permitiera relajar o matizar alguna de esas condiciones, menos aún que mantuviera, como hace el Convenio de la OIT, la irrelevancia de quién proporcione los equipos, los materiales o los elementos utilizados. Por otro

⁵³ GARCÍA PIÑEIRO, N. P., «El trabajo a distancia en el contexto internacional: OIT y Unión Europea», en VV. AA. (Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X., El trabajo a distancia con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, Wolters Kluwer, 2021, p 77.

⁵⁴ CÁMARA BOTÍA, A., «La configuración normativa del trabajo a domicilio y a distancia (1926-1921)» en VV. AA., *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 59-82, p. 71.

lado, se optó por incorporar otros criterios, que no aparecen en el Convenio de la OIT, que atendían a la realización predominante de la actividad laboral fuera de los locales del trabajo del empleador, sin descartar el trabajo presencial en el centro de trabajo de la empresa, aunque este último debía ser minoritario.

Con todo, la regulación que ofrecía este artículo 13 ET, tras la modificación operada por la Ley 3/2012, incorporaba la igualdad de trato entre los trabajadores a distancia y el resto de trabajadores asalariados más allá de la materia salarial a la que se refería la primera versión del ET (1980), al establecer expresamente: «los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquéllos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial». Una referencia genérica a la igualdad de trato que se extendía de forma expresa a la protección en materia de seguridad y salud, en el acceso a la formación (ámbitos, como se ha visto, expresamente identificados en el Convenio OIT), así como en lo que se refiere a la promoción profesional y al acceso a los órganos de representación, que ya se preveía en la redacción original del precepto (en términos que encajaban con los propuestos por la Recomendación 184). Por lo demás, se mantenía la obligación de formalización por escrito del contrato, en el que debía incorporarse el acuerdo de realización de trabajo a distancia al que se extendía la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 8.3 ET para la copia básica del contrato de trabajo. Desaparecía, en cambio, la exigencia de la redacción original de que el empresario pusiera a disposición de los trabajadores un documento de control de la actividad laboral en el que debía consignarse el nombre del trabajador, la clase y cantidad de trabajo, cantidad de materias primas entregadas, tarifas acordadas para la fijación del salario, entrega y recepción de objetos elaborados y cuantos otros aspectos de la relación laboral interesasen a las partes; exigencia que sin duda aludía a un tipo de prestación de servicios que había quedado, probablemente, superado por la nueva concepción de trabajo a distancia basado en el uso intensivo de nuevas tecnologías.

Aun así, el nuevo artículo 13 ET resultó demasiado genérico en sus prescripciones y no daba respuesta a muchas de las cuestiones que planteaba el trabajo a distancia, además de que se consideró insuficiente para atender a las particularidades del teletrabajo. Con todo, su regulación parecía cumplir los estándares fijados por la OIT salvo en lo relativo a la fiscalización y control; aspectos sobre los que incide la Ley 10/2021 de 9 de julio, de trabajo a distancia que modificó nuevamente el tenor del artículo 13 ET⁵⁵.

⁵⁵ SEMPÉRÉ NAVARRO, A. V., «Caracterización formal sobre la Ley de trabajo a distancia», en VV. AA., *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, cit. p. 45.

En concreto, la nueva Ley desarrolla las obligaciones formales y de contenido del acuerdo de trabajo a distancia, cuya copia deberá remitirse a la oficina de empleo. De esta forma, se puede dar cumplimiento a algunas de las recomendaciones de la OIT sobre el necesario control por la autoridad laboral del trabajo no presencial. No se establece obligación empresarial alguna de registro de los trabajadores a distancia a los que da trabajo, ni del trabajo encomendado a cada trabajador, plazo fijado de realización, remuneración etc., de que habla el párrafo 7 de la Recomendación núm. 184, pero la información sobre la mayor parte de esas cuestiones figurará en el acuerdo de trabajo a distancia (art. 7 Ley 10/2021). Es cierto que, a diferencia de los instrumentos internacionales analizados, la ley incluye una referencia expresa al «teletrabajo» –al que define como trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación–, pero como ya se ha señalado los instrumentos sobre trabajo a domicilio de 1996 son de aplicación a un conjunto de nuevas modalidades de trabajo, entre las que está el teletrabajo⁵⁶.

Por lo demás, esta Ley, que continúa hablando de trabajo a distancia (en vez de trabajo a domicilio), se ocupa de regular aspectos complementarios para garantizar que los trabajadores a distancia mantengan el mismo nivel de protección que los trabajadores que prestan sus servicios de forma presencial⁵⁷, como la entrega e instalación de equipos y medios necesarios para el desarrollo del trabajo a distancia, cuyo coste de uso y mantenimiento se atribuye a la empresa, mejorando en este punto lo dispuesto en el Convenio de la OIT que, como se ha dicho, deja abierto el tema de quién deba proporcionar el equipo, los materiales y otros elementos utilizados por el trabajador. Se regulan también otros aspectos que no se contemplan en la normativa internacional analizada, como la instalación de medios de control y vigilancia por parte del empresario, y se da respuesta a algunos de los problemas que puede plantear el uso de nuevas tecnologías, con una sección referida a los derechos relacionados con el uso de medios digitales.

En todo caso, en términos que se ajustan al objetivo de igualdad de trato del Convenio núm. 177, el artículo 4 de la Ley comienza con una cláusula general que reconoce a las personas que trabajan a distancia los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios de forma presencial en la empresa, y garantiza que sus condiciones de trabajo no se vean perjudicadas por trabajar

⁵⁶ OIT: «Estudio General sobre Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante». Conferencia Internacional del Trabajo 109.ª reunión, 2020, cit., p. 214.

⁵⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V., «Caracterización formal sobre la Ley de trabajo a distancia», en VV. AA., *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, cit. p. 45.

a distancia, con referencias expresas a la retribución, la estabilidad en el empleo, el tiempo de trabajo y la formación y promoción profesional. Una igualdad que se extiende específicamente en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluido el derecho a adaptar la jornada. Y se impone a las empresas la obligación expresa de evitar cualquier discriminación directa o indirecta, particularmente por razón de sexo, edad, antigüedad o grupo profesional o discapacidad de las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia. Una circunstancia que deberá incorporarse en la configuración y aplicación de medidas contra todo tipo de acoso y en las de protección frente a la violencia de género.

Como se ha visto, las razones de género han estado presentes en la intervención de la OIT sobre trabajo a domicilio, pero también se ha advertido del riesgo de perpetuar una visión estereotipada de la conciliación si el trabajo a distancia se vincula con la igualdad y derechos de las mujeres, como una medida de conciliación. Para evitarlo debe primar, en el tratamiento del trabajo a distancia, su consideración como nueva forma de trabajo que sirve, a su vez, como medio de modernizar la organización del trabajo en las empresas y organizaciones de servicios públicos, para lo cual es necesario contar con un marco regulatorio específico y adaptado a su compleja estructura⁵⁸. Algo que parece tener claro la Ley 10/2021 cuando señala que en el diseño de los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia y viceversa, «se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género», «debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar a la empresa» (art. 8.3 Ley 10/2021).

Alguna conexión con el Convenio núm. 177 cabe apreciar asimismo en la regla del artículo 3 de la Ley que limita el trabajo a distancia de los menores, garantizando, como mínimo, un porcentaje del cincuenta por ciento de prestación de servicios presencial, sin perjuicio del desarrollo telemático; o en el desarrollo del derecho a la prevención de riesgos laborales a partir del reconocimiento expreso del derecho de las personas que trabajan a distancia a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo de conformidad con lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, por lo tanto en igualdad de trato que el resto de trabajadores; con las particularidades en materia de evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva previstas en el artículo 16⁵⁹.

⁵⁸ OIT: «Un paso decisivo hacia la igualdad de género. En pos de un mejor futuro del trabajo para todos», 2019, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_725969.pdf

⁵⁹ En otro orden de cuestiones la Ley ha venido a resolver las dudas que suscitaba que el precepto nada dijera sobre la voluntariedad de esta modalidad de trabajo a distancia y las garantías para el trabaja-

Por lo demás, las relaciones de trabajo a las que resulta de aplicación la Ley 10/2021 son aquellas en las que concurran las condiciones descritas en el artículo 1.1 ET lo que supone que el trabajador a distancia a que se refiere la norma es un trabajador común al que se extienden todas las medidas de protección de los regímenes legales de seguridad social y de protección de la maternidad que al resto de trabajadores (ámbitos para la igualdad de trato expresamente señalados en el Convenio núm. 177, como se ha visto)

De acuerdo también con la necesidad defendida por el Convenio OIT de un sistema de inspección que garantice el cumplimiento de la legislación aplicable al trabajo a domicilio, así como de medidas apropiadas, incluidas, sanciones para los casos de infracción de esa legislación (art. 9), la Ley 10/2021 modifica el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, para incorporar una nueva infracción («no formalizar el acuerdo de trabajo a distancia en los términos y con los requisitos legal y convencionalmente previstos»). Y la inspección de trabajo, por su parte, sitúa la vigilancia de la aplicación de la Ley 10/2021 como objetivo prioritario «con el fin de evitar el deterioro de los derechos laborales de las personas que trabajan bajo este modo de prestación laboral»⁶⁰. Una intervención que encaja perfectamente en esa política nacional de promoción de la igualdad demandada por el Convenio núm. 177.

7. CUESTIONES PENDIENTES

Entre las formas de trabajo basadas en las nuevas tecnologías que pueden encajar en el concepto de trabajo a domicilio (en los términos del Convenio núm. 177) o a distancia (en los de la Ley 10/2021) cabe incluir determinados trabajos a través de plataformas digitales. Por ello, en algún documento de la OIT se mantiene que algunas de las previsiones del Convenio y de la Reco-

dor en caso de negativa a pasar de un trabajo presencial a uno no presencial. Sobre el tema, LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español», VV. AA. (Mella Méndez, I., dir.), *Trabajo a distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 43.

⁶⁰ Tal y como se establece en la Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023. En concreto, se elaborarán guías para realizar estas actuaciones de control, abordando también la simultaneidad de las situaciones de suspensión y el trabajo a distancia o teletrabajo, y se impartirá más formación a los actuantes.

mendación sobre trabajo a domicilio (entre ellas, las del párrafo 29 de la Recomendación sobre programas relativos al trabajo a domicilio) podrían ser aplicables al trabajo en plataformas, al entender que este se asemeja al trabajo a domicilio, «con la diferencia de que una plataforma digital sirve de intermediario»⁶¹.

Sin embargo, varios son los interrogantes que se plantean al respecto, para los que el Convenio no ofrece ninguna respuesta. De entrada, el Convenio no define al intermediario, un dato clave si se pretende, como parece sugerir la OIT, incluir en esta figura a algunas plataformas digitales. Durante la labor preparatoria de este instrumento, se hizo referencia al intermediario «como las personas cuyos ingresos proceden de una actividad consistente en recibir un encargo de una o varias empresas para hacerlo ejecutar por uno o varios trabajadores a domicilio», pero finalmente se omitió porque se entendió que podría suscitar dudas sobre la naturaleza de las relaciones que pueden surgir entre el intermediario, las empresa y los trabajadores a domicilio⁶², de manera que el texto final del Convenio se ha limitado a contemplar la posibilidad de la intervención del intermediario, al definir al empleador (que puede dar trabajo a domicilio de modo directo o por conducto de un intermediario, esté o no prevista esta figura en la legislación nacional) y al atribuir a las legislaciones nacionales la regulación de las responsabilidades respectivas que, en su caso, deben asumir empleadores e intermediarios (art. 8). Adviértase, no obstante, que estas previsiones del Convenio parecen establecer claramente la diferenciación entre intermediario y empleador, una distinción que no está tan clara en esa referencia genérica que desde la OIT se ha hecho a la intervención de plataformas digitales en este ámbito del trabajo a domicilio.

Por su parte, la Ley 10/2021 no contempla la intervención de un intermediario, menos aún aborda que ese intermediario pueda ser una plataforma digital, sin perjuicio de que algunas de sus reglas (sección 5.^a los derechos relacionados con el uso de medios digitales) puedan ser de aplicación, en particular, al uso de plataformas virtuales de comunicación en el trabajo a domicilio.

La realidad, aun sin precisar, es desde luego mucho más compleja de lo descrito por la OIT cuando afirma que el trabajo en plataformas se asemeja al trabajo a domicilio, especialmente si por tal entendemos el definido en el Convenio núm. 177. De entrada, si el trabajador a distancia/a domicilio recibe los encargos a través de una plataforma podría plantearse la posibilidad de exten-

⁶¹ OIT, Estudio General sobre Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante. Conferencia Internacional del Trabajo 109.a reunión, 2020, p. 253.

⁶² Como se recoge en OIT «Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante» Conferencia Internacional del Trabajo.109.a reunión, 2020, p. 223.

der a estas situaciones, por analogía, la presunción de laboralidad que se aplica en el ámbito de las plataformas digitales de reparto, de acuerdo con la disposición adicional vigesimotercera ET, lo que llevaría a identificar como el empleador, y no como el intermediario, al titular de la plataforma, si ejerce las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo.

En esta línea parece ir la Propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales⁶³, que puede resultar de aplicación a los trabajadores a domicilio. En concreto lo que esta propuesta incorpora es una presunción legal –que admite prueba en contrario– de que, desde un punto de vista jurídico, existe una relación contractual laboral entre una plataforma digital de trabajo que controla la ejecución del trabajo y una persona que realiza trabajo a través de dicha plataforma. Por lo tanto, cualquiera que sea el lugar en el que se realiza el trabajo. Lo determinante será que se utilice la plataforma para llevar a cabo ese control de la ejecución del trabajo; lo que se entenderá que se produce cuando la plataforma cumpla, al menos, dos de las siguientes condiciones:

- a) determine efectivamente el nivel de remuneración o establezca límites máximos para este;
- b) exija a la persona que realiza trabajo en plataformas que respete normas vinculantes específicas en materia de apariencia, conducta hacia el destinatario del servicio o ejecución del trabajo;
- c) supervise la ejecución del trabajo o verifica la calidad de sus resultados, incluso por medios electrónicos;
- d) restrinja efectivamente la libertad, incluso mediante sanciones, de organizarse el propio trabajo, en particular la discreción de elegir las horas de trabajo o los períodos de ausencia, de aceptar o rechazar tareas, o de recurrir a subcontratistas o sustitutos;
- e) restrinja efectivamente la posibilidad de establecer una base de clientes o de realizar trabajos para terceros.

Si la plataforma no llevase a cabo ese control, actuaría como verdadera intermediaria, lo que a su vez convertiría al trabajador en un autónomo que, por ello, quedaría fuera del ámbito de aplicación del Convenio núm. 177.

En todo caso, la propuesta de regulación de la Unión Europea no contempla la posibilidad de que la plataforma sea un mero intermediario entre el tra-

⁶³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0762&from=ES>.

bajador (a domicilio) y su empleador. A primera vista podría pensarse que esta otra opción convertiría a ese empleador en el «usuario profesional» de que habla Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, al que define como todo particular que actúa en el marco de una actividad comercial o profesional o toda persona jurídica que ofrece bienes o servicios a los consumidores a través de servicios de intermediación en línea con fines relativos a su comercio, negocio, oficio o profesión. Sin embargo, la intermediación que se regula en esta norma es la que se produce entre el «usuario profesional» y el cliente final, no entre aquel y sus trabajadores. Con todo el Reglamento 2019/1150 expresamente se aplica a las empresas de trabajo temporal, lo que puede tener su interés a los efectos aquí tratados porque muchas de las plataformas en línea que actúan de intermediarias tienen una estructura similar a la de las empresas de trabajo temporal (relación contractual triangular entre: el trabajador de la plataforma/la plataforma en línea/el cliente).

En otro orden de cuestiones, ninguna de las normas sobre trabajo a domicilio analizadas incorporan previsiones referidas a los problemas en materia de inmigración, ley aplicable o competencia jurisdiccional que pueden surgir asociados al trabajo a distancia transnacional⁶⁴. Una forma de trabajo propiciada por las nuevas tecnologías y el trabajo online⁶⁵. Se trata de un fenómeno nuevo para el que no hay una respuesta expresa en las normas internacionales, de la Unión Europea o estatales⁶⁶.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, en España, recientemente se ha aprobado la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, para favorecer el establecimiento de emprendedores o trabajadores a distancia, conocidos como «nómadas digitales». Esta Ley, de aplicación a trabajadores que se desplacen a territorio español para trabajar a distancia utilizando exclusivamente medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación, pretende, entre otros objetivos, facilitar la entrada y residencia en España de esos trabajadores que no vienen a España a buscar un trabajo⁶⁷.

⁶⁴ En particular sobre el teletrabajador transnacional, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 17-48, p. 43.

⁶⁵ MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*. Tirant lo Blanch, 2022, p. 51.

⁶⁶ GALA DURÁN, C., «La portabilidad de derechos en el marco de la movilidad internacional de trabajadores», *Doc. Labor.*, núm. 118-Año 2019-Vol. III. pp. 79-96.

⁶⁷ En concreto, se crea una nueva categoría de visado y de autorización de residencia, el visado para el teletrabajo de carácter internacional que permite entrar y residir en España durante un máximo de un

Precisamente porque su objeto es otro, establecer un marco normativo específico para apoyar la creación y el crecimiento de empresas emergentes en España, esta Ley no contempla la posible contratación por esas empresas emergentes localizadas en España de trabajadores para trabajar a distancia en el extranjero, menos aún la contratación por empresas españolas de trabajadores extranjeros que elijan teletrabajar en sus lugares de residencia. Un silencio legal que lleva a pensar que esas contrataciones no precisarán de autorizaciones de residencia y trabajo y, por tanto, no quedarán condicionadas por las necesidades de la situación nacional del empleo, como lo estarían de realizarse el trabajo de forma presencial.

Tampoco se dice nada sobre la ley aplicable a esos trabajadores que se desplacen a España para trabajar a distancia por medios telemáticos e informáticos, lo que no parece dejar otra opción que la de acudir a las normas generales previstas para las relacionales laborales internacionales, que desde luego no están pensadas ni parecen adecuadas para estas situaciones⁶⁸.

De entrada, varias son las dudas que ha planteado la aplicación, en concreto, de la ley del lugar habitual de prestación de servicios, a la que remite el Reglamento CE 593/2008, cuando las partes no hayan elegido la ley aplicable a su contrato, o a efectos de comprobar si la opción acordada cumple con los mínimos de protección que le garantizarían las normas imperativas aplicables a falta de elección, que en principio son las del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual, el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente (art. 8.2)⁶⁹ En el caso del trabajo a distancia (y más particularmente del teletrabajo) ¿dónde debe entenderse que se lleva a cabo la prestación de servicios?⁷⁰ Varias son las opciones que se han apuntado al respecto, que

año mientras que sus titulares trabajan (para sí mismos o) para empleadores en cualquier lugar del mundo. Además, la autorización de residencia para el teletrabajo internacional permite a los extranjeros que ya se hallan de forma regular en España, por ejemplo, aquellos que están estudiando en España o los que siendo titulares de un visado de teletrabajo vayan a agotar dicho año de residencia y quieran continuar en España, solicitar una autorización por un período máximo de tres años, renovable por un período de dos años, pudiendo obtener la residencia permanente a los cinco años.

⁶⁸ Por ello, se ha defendido la conveniencia de una Directiva que contemple los supuestos de teletrabajo. SIERRA BENÍTEZ, E. M., «El teletrabajo ante los cambios económicos y sociales», Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, X CONGRESO EUROPEO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, 2011, p. 16.

⁶⁹ Sobre este doble criterio de selección de la Ley aplicable en el Reglamento 593/2008, el primero construido sobre el principio de autonomía de la voluntad de las partes y el segundo que limita tal elección a que no se prive al trabajador de la protección asegurada por el ordenamiento que, a falta de elección, hubiera regido tal prestación de servicios, STSJ Castilla y León, de 15 de marzo de 2018, rec.166/2018.

⁷⁰ Sobre las nuevas tecnologías y la localización del empleo, Sanguineti Raymond, W., «El Derecho del Trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y *dumping* social», 2008, p. 5/24, disponible en <https://wilfredo.sanguineti.files.wordpress.com/2008/09/dt-frente-a-transnacionalizacion-del-empleo.pdf>. También, Crespi Ferriol, M. M., «Trabajo a distancia

se debaten entre el lugar en el que se presta físicamente servicios el trabajador⁷¹ y aquel en donde son aprovechados esos servicios y se encuentra ubicado el terminal⁷². En nuestro caso, esta segunda opción podría venir avalada por el dato de que según la Ley 10/2021 todo trabajador a distancia queda adscrito a un centro de trabajo (que deberá figurar en el acuerdo de trabajo a distancia según el artículo 7.e)⁷³. Pero, también se ha defendido que la actividad laboral del trabajador a distancia se lleva a cabo y manifiesta, simultáneamente, en el lugar en que se sitúa el trabajador y en el que tiene sus sede la empresa (lo que llevaría a la aplicación del artículo 6.2.b) Reglamento 593/2008 y con ella a la de la Ley del país en que se encuentra el establecimiento que haya contratado al trabajador)⁷⁴. Otra opción que se ha barajado ha sido la de interpretar la parte final del artículo 6 del Reglamento UE basada en la existencia de «vínculos más estrechos» para determinar la ley aplicable⁷⁵.

Los problemas se incrementan si el trabajo a distancia transnacional transcurre de las fronteras de la UE y se desarrolla en 3.º Estados⁷⁶. En todos los

transnacional», en VV. AA. (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, X.), *El trabajo a distancia con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Wolters Kluwer, 2021, pp.664 y ss, y MARTÍN-POZUELO, A., «El Real Decreto-Ley 28/2020 y el teletrabajo transnacional: ¿algo nuevo bajo el sol?», VV. AA. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. dirs.), *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 473-491.

⁷¹ Así lo entendió la STSJ de Castilla y León, de 15 de marzo de 2018, rec. 166/2018. Sin embargo esta opción plantea inconvenientes según Sanguinetti Raymond, W., «El Derecho del Trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y *dumping social*», 2008, p. 5/24, disponible en <https://wilfredo.sanguinetti.files.wordpress.com/2008/09/dt-frente-a-transnacionalizacion-del-empleo.pdf>, para quien «el criterio de la *lex loci laboris* puede ser considerado... como una regla de conexión susceptible de ser instrumentalizada con gran facilidad al servicio de estrategias puramente elusivas, encaminadas a obtener ventajas competitivas a partir del aprovechamiento de las diferencias de tutela existentes entre los distintos ordenamientos».

⁷² Atender al lugar en que el trabajador se relaciona con el empresario y en el que se organiza el trabajo coincidiría con el criterio utilizado por el TJUE para el caso de trabajadores que combinan trabajo presencial, transfronterizo y teletrabajo transnacional según Crespí Ferriol, M. M., «Trabajo a distancia transnacional», en VV. AA. (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, X.), *El trabajo a distancia con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Wolters Kluwer, 2021, p. 670. Sobre el tema, MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*. Tirant lo Blanch, 2022, p. 63. CARRILLO POZO, L. F., «La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el reglamento Roma I», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 129-161.

⁷³ Crespí Ferriol, M. M., «Trabajo a distancia transnacional», op. cit, p.670

⁷⁴ Lo que obligaría a su vez a entender que este apartado no solo contempla la hipótesis de trabajos móviles e itinerantes, como advierte, SANGUINETI RAYMOND, W., «El Derecho del Trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y *dumping social*», 2008, cit. P. 13/24.

⁷⁵ Cuestionada también por SANGUINETI RAYMOND, W., «El Derecho del Trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y *dumping social*», 2008, cit. P. 14/24, por su falta de certeza pues remite a una cláusula abierta e indeterminada cuya interpretación depende del criterio judicial.

⁷⁶ Sobre el tema, MARTÍNEZ TORREGROSA, E. y RAMOS HERRANDO, E., «El trabajo a distancia transnacional. Problemas derivados», en VV. AA., *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 960 ss.

casos, la aplicación de la ley del lugar en el que se prestan físicamente los servicios por parte de los trabajadores a domicilio puede constituir un obstáculo evidente a la consecución de esa igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y el resto de trabajadores que prestan el mismo trabajo de forma presencial.

En definitiva, en un contexto tan complejo como el detallado, con una problemática que excede con mucho del objeto de este trabajo, recobra especial protagonismo la intervención de la OIT y su empeño en avanzar en la homogeneización de las legislaciones nacionales con normas como las aquí analizadas sobre el trabajo a distancia, cuya ratificación supondría la asunción generalizada, más allá del ámbito de la UE, de los estándares mínimos sobre el trabajo a domicilio, y el desarrollo por los Estados de esas políticas para promover la igualdad de trato de este colectivo de trabajadores con aquellos que realizan el trabajo de forma presencial.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER PASTOR, I., «Teletrabajo y derechos individuales: el trazado de nuevos equilibrios», *Doc. Labor*, núm.121, año 2020, vol. III, pp.11-27, [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N121/02%20Teletrabajo%20y%20derechos%20individuales.%20El%20trazado%20de%20nuevos%20equilibrios%20\(Ballester%20Pastor\).pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N121/02%20Teletrabajo%20y%20derechos%20individuales.%20El%20trazado%20de%20nuevos%20equilibrios%20(Ballester%20Pastor).pdf).
- CÁMARA BOTÍA, A., «La configuración normativa del trabajo a domicilio y a distancia (1926-1921)» en VV. AA., *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- CARRILLO POZO, L. F., «La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el reglamento Roma I», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 129-161.
- CRESPÍ FERRIOL, M. M., «Trabajo a distancia transnacional», en VV. AA. (Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X.), *El trabajo a distancia con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Wolters Kluwer, 2021.
- ESPÍN CÁNOVAS, M., «Los convenios de la OIT sobre el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 112, 2014, pp. 249-272.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M., «El trabajo y la relación de trabajo», VV. AA. *El Futuro del Derecho del Trabajo: cien años de la OIT*, XXIX Congreso anual de la asociación española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTMSS, 2019.
- GALA DURÁN, C., «La portabilidad de derechos en el marco de la movilidad internacional de trabajadores», *Doc. Labor*, núm. 118, año 2019, vol. III, pp. 79-96.
- GALLARDO MOYA, R. *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, ibídem ediciones, 1998.

- GARCÍA PIÑEIRO, N. P., «El trabajo a distancia en el contexto internacional: OIT y Unión Europea», en VV. AA. (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, X.), *El trabajo a distancia con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Wolters Kluwer, 2021.
- «La normativa internacional y europea sobre trabajo a domicilio», en VV. AA. (ALZAGA RUIZ, I., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., HIERRO HIERRO, F. J.) *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- LOUSADA AROCHENA, F. y RON LATAS, R. P., «Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español», en MELLA MÉNDEZ, L. (dir.) *Trabajo a distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., «El Real Decreto-Ley 28/2020 y el teletrabajo transnacional: ¿algo nuevo bajo el sol?, VV. AA. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. dirs.), *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp.473-491.
- *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*. Tirant lo Blanch, 2022.
- MARTÍNEZ TORREGROSA, E. y RAMOS HERRANDO, E., «El trabajo a distancia transnacional. Problemas derivados», en VV. AA., *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- OIT: «Resolución sobre la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo», Conclusiones, 75.^a reunión de la CIT, Ginebra, 1985.
- «Memoria del Director General: Trabajo decente», 87.^a reunión, Ginebra, junio de 1999, <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>.
- «Un paso decisivo hacia la igualdad de género. En pos de un mejor futuro del trabajo para todos», 2019, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_725969.pdf.
- «Estudio General sobre Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante». Conferencia Internacional del Trabajo 109.a reunión, 2020, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_738283.pdf.
- «El trabajo a domicilio de la invisibilidad al trabajo decente», 2022. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_848363.pdf.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 17-48.
- SANGUINETI RAYMOND, W., «El Derecho del Trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y *dumping* social», 2008, p. 5/24, disponible en <https://wilfredo.sanguinetti, files.wordpress.com/2008/09/dt-frente-a-transnacionalizacion-del-empleo.pfd>.

- SANTOS FERNÁNDEZ, M. D., «El Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo: Negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria», *TRABAJO. Revista Iberoamericana De Relaciones Laborales*, 14, 2004, pp. 45-74.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., «Caracterización formal sobre la Ley de trabajo a distancia», en VV. AA., *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- USHAKOVA, T., «El teletrabajo en el derecho de la OIT», *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2015, pp. 55-75.
- «Convenio sobre el trabajo a domicilio 1996 (núm. 177) *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, número especial de conmemoración de la OIT 2019.
- «Los modelos de la acción normativa de la OIT para regular el trabajo a distancia» disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548606.pdf

TRABAJADORES DOMÉSTICOS

SIRA PÉREZ AGULLA

Prof.^a Contratada Doctora.

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. *Planteamiento y líneas estructurales.*—II. *Convenio núm. 189 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos y Recomendación núm. 201.* 1. *Introducción.* 2. *Aproximación conceptual.* 3. *Condiciones de trabajo de los empleados del hogar:* A. *Protección frente al acoso, abuso y violencia en el trabajo.* B. *Tiempo de trabajo.* C. *Salario.* D. *Seguridad y salud en el trabajo.* E. *Derechos colectivos.* 4. *Derecho a la protección social.* 5. *Grupos especialmente vulnerables.* A. *Menores.* B. *Trabajadores domésticos migrantes.*—III. *Recepción del Convenio núm. 189 en el ordenamiento jurídico español.* 1. *Primeros avances normativos en el ordenamiento jurídico español.* A. *Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.* a) *Introducción.* b) *Integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General.* c) *Exclusión de la protección por desempleo de los empleados de hogar.* B. *RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.* a) *Introducción.* b) *Aproximación conceptual.* c) *Condiciones laborales de los empleados del hogar.* 2. *Impacto de la crisis pandémica en las personas empleadas del hogar.* 3. *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 24 de febrero de 2022.*—IV. *Ratificación del Convenio núm. 189 de la OIT y respuesta normativa por parte del ordenamiento jurídico español.* 1. *Ratificación del Convenio núm. 189 de la OIT.* 2. *Adecuación normativa española al Convenio núm. 189: el RDL 16/2022, de 6 de septiembre de 2022.* A. *Introducción.* B. *Principales modificaciones.* a) *Derecho a la prestación por desempleo y a la indemnización por el FOGASA en el caso de insolvencia del hogar familiar.* b) *Nuevas reglas de cotización en el Régimen especial de los empleados del hogar.* c) *Novedades en el régimen jurídico para la contratación.* d) *Seguridad y salud en el trabajo.*—V. *Reflexiones finales.*

I. PLANTEAMIENTO Y LÍNEAS ESTRUCTURALES

La vulnerabilidad inherente del colectivo de trabajadores domésticos, mayoritariamente, integrado por mujeres¹, migrantes, en situación de irregularidad, ha venido situándolo en un escenario precario e indeseable. Sin contar con una cobertura legal, garante de los mismos derechos laborales que el resto de los trabajadores disfrutaban, no en pocas ocasiones, sus miembros han tenido que soportar lamentables situaciones que atentaban contra sus derechos esenciales.

Además, en los últimos tiempos, en el trabajo doméstico han entrado en colisión dos circunstancias que, de una primera lectura, pudieran parecer irreconciliables. Por un lado, resulta incuestionable que se trata de un colectivo desde antaño infravalorado. La informalidad en el desarrollo de esta actividad, carente de un marco regulador hasta tiempos recientes, ha venido propiciando un escenario idóneo para todo tipo de abusos laborales, así como para la impunidad para aquellos que los acometen. Que sea desarrollado por mujeres, mayoritariamente, extranjeras, carentes de formación, o el hecho de que se realice intramuros del hogar familiar, al margen de cualquier control, desde siempre, han propiciado su vulnerabilidad². Por otro lado, indudablemente, las personas trabajadoras al servicio del hogar ocupan un lugar prevalente en la sociedad actual. El envejecimiento de la población, la incorporación de la mujer al mercado laboral, la falta de políticas estatales adecuadas para facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional hacen que su labor sea contemplada como imprescindible para muchas familias.

Por todo ello, en este contexto, hace más de una década, la preocupación por los miembros de este colectivo se fue acrecentando en el seno de la Organización Internacional del Trabajo; esta inquietud quedaría reflejada en la adopción, en 2011, del Convenio núm. 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. A través de esta norma internacional, teniendo presente su

¹ Si acudimos a la EPA (2022T1), «Ocupados por sexo y rama de actividad. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo» estima que, para la categoría de «actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico», de los 542,6 miles de personas trabajadoras domésticas, 487,1 miles son mujeres y 55,5 son hombres. BENITO BENÍTEZ, M.^a A., «El reconocimiento de la protección por desempleo al servicio doméstico», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 5, Universidad de Cádiz, 2022, p. 13, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i5.02>.

² Las razones de la precariedad del trabajo doméstico han servido de caldo de cultivo para su entendimiento como relación personal o cuasifamiliar entre la familia situada en un estatus superior por el mero hecho de poder contratar servicio doméstico, y la persona sirviente situada en un estatus inferior dadas sus marcas socioculturales —sexo, edad, etnia, raza, color, casta o nacionalidad», LOUSANA AROCHEA, F., «Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: La ONU y la OIT», *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, ISSN 1575-7048, núm. 39, 2018 (ejemplar dedicado a: Centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)/*Lanaren Nazioarteko Erakundearen (LANE) Mendeurrena*), p. 158.

vulnerabilidad, la OIT propuso extrapolar el trabajo decente a este tipo de empleo; en particular, en aras de un trabajo de calidad, fijó unas normas mínimas que debieran ser cumplidas por todos los estados miembros de la organización tripartita, que ratificaran el mismo.

Así, por su relevancia al establecer principios y derechos básicos para un colectivo necesitado de amparo jurídico, entendemos justificado focalizar nuestra atención en esta norma internacional, así como, en la reacción del legislador español ante su adopción; en este sentido, partiendo de un profuso análisis del contenido del Convenio núm. 189, se examinarán tanto las normas nacionales, a él coetáneas, como su ratificación, y, por ella, el Real Decreto Ley 16/2022. Con este acercamiento a la esfera normativa relativa al empleo doméstico, pretendemos entender los progresos realizados hasta el momento, así como los retos pendientes alrededor del mismo.

II. EL CONVENIO NÚM. 189 DE LA OIT SOBRE LAS TRABAJADORAS Y LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS Y LA RECOMENDACIÓN NÚM. 201

1. Introducción

Cuando la 100.^a Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el 16 de junio de 2011 el Convenio número 189, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, la OIT acometía la ardua tarea de llevar el trabajo decente a este tipo de empleo, históricamente menospreciado. A este respecto, no podemos dejar de apuntar que, desde hace más de dos décadas³, la Organización Internacional del Trabajo puso, en su punto de mira, la consecución del trabajo decente⁴, objetivo prioritario a alcanzar por todos los países y comunidad in-

³ Si bien la expresión «trabajo decente» irrumpe hace cinco lustros, la preocupación por el alcance de los logros que aguarda la misma ya se pusieron de manifiesto hace más de un siglo en el preámbulo de la Constitución de la OIT en 1919 cuando se fijaron los objetivos de la Organización.

⁴ El origen de la locución «trabajo decente» se sitúa en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, aprobada en junio de 1998, por la cual gobiernos y organizaciones de empresarios y trabajadores se comprometían a cumplir las obligaciones y compromisos que son inherentes a la pertenencia a la OIT; en particular, se refiere al alcance de logros tales como la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación y un entorno de trabajo seguro y saludable. En cuanto al significado primigenio de trabajo decente se entiende por tal «el trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social». Posteriormente, el entonces Director General de la OIT, Juan Somavía, presentó la Memoria de trabajo decente, en 1999, en la cual se incorporó una nueva

ternacional⁵, encaminado a promover las oportunidades para que las mujeres y los hombres pudieran obtener un empleo productivo, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana.

A este respecto, desde las primeras líneas de su preámbulo, se pone de manifiesto el compromiso de la Organización Internacional del Trabajo de promover el trabajo decente para todos los trabajadores mediante el logro de las metas establecidas en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, así como, de su heredera, la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa. En relación con ello, el legislador del instrumento internacional, de manera reiterada, apunta al trabajo decente como pilar indiscutible sobre el que se sustenta la norma; no solo, como ya hemos apuntado, cuando se refiere a él en el preámbulo, sino, también, al dedicar un precepto específico en el que se incide en la necesaria adopción por parte de los países miembros de medidas tendentes a asegurar el disfrute de condiciones de trabajo decente por parte de los empleados domésticos, de la misma manera que los demás trabajadores, en general –artículo 6–.

Por otro lado, mediante su artículo 3, la norma demanda a estos países la adopción de medidas para asegurar la promoción y la protección efectivas de los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos –artículo 3.1–; en particular –artículo 3.2–, se les requiere respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que, ya quedaron materializados en aquellos Convenios considerados fundamentales: Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182); Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111); Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); así como, el Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29). A este respecto, lo dispuesto en el Convenio núm. 189 no afectara a las disposiciones más favorables que sean aplicable a los trabajadores domésticos en virtud de otros Convenios internacionales de trabajo –artículo 19.

definición, la cual a su vez se fue perfilando a partir de los distintos estudios e informes de la OIT. Finalmente, la culminación del término encontraría cobijo en la Declaración sobre la justicia social para la globalización equitativa en 2008, tercera declaración de principios adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo, heredera de la Declaración de Filadelfia de 1944, y de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento.

⁵ Vid. VV. AA, BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.^a (dir.), PÉREZ DEL PRADO, D. (dir.), *Estrategias para la consecución del trabajo decente y sostenible de la empresa*, Dykinson, 2019.

También debe ser apuntado, que dicho preámbulo subraya que este Convenio debe aplicarse e interpretarse, no de modo independiente, sino interrelacionado con otros instrumentos internacionales que, por su especial pertinencia para los trabajadores domésticos, deberán ser tomados en consideración; así, el enfoque de derechos humanos, queda plasmado en la norma cuando se refiere, de manera expresa, a disposiciones internacionales tales como el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97), el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143), el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), y la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), así como el Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales: Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos (2006).

Habiendo evidenciado la especial importancia que tienen para los trabajadores domésticos anteriores convenios adoptados, justifica la pertinencia del núm. 189 al entender que las condiciones particulares en que se efectúa este tipo de trabajo hacen que resulte conveniente complementar las normas genéricas con una disposición específica dirigida, en particular, a los trabajadores que conforman el colectivo, de manera que puedan ejercer plenamente sus derechos, teniéndose presente las peculiaridades de la relación. No obstante, estas singularidades no quitan para que deba quedar garantizada la igualdad de trato entre los empleados del hogar y los trabajadores en general; duplicidad que marca el contenido de ambos instrumentos, es decir, del Convenio –artículo 4, artículo 6, artículo 10, artículo 14, artículo 16– y de la Recomendación que le acompaña –numerales 16, 20.

Por otro lado, la norma internacional, en su presentación, hace hincapié en la contribución significativa del trabajo domésticos a la economía mundial; en particular, se refiere al lugar prevalente que ocupan las empleadas domésticas en la sociedad actual. No obstante, a pesar de recalcar su importancia, el Convenio, en su preámbulo, no deja de hacer notar que el colectivo, como ha venido ocurriendo históricamente, sigue siendo «infravalorado e invisible». Especialmente, destaca que, siendo las mujeres las que de manera mayoritaria realizan este tipo de tareas, son ellas las que vienen padeciendo esta minusvaloración que las hace particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a sus condiciones de trabajo. Tal preocupación se pone de manifiesto cuando exige a los países miembros la toma de medidas tendente a poner fin a la discriminación salarial que estas trabajadoras vienen padeciendo –artículo 11–⁶. Se trata

⁶ En concordancia con lo dispuesto en el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100).

de una cuestión difícil de atajar si tenemos en cuenta que, este tratamiento desigual en cuanto al salario que reciben por sus labores no deja de ser fruto de la brecha salarial que padece el colectivo femenino, en general. Como consecuencia de los bajos salarios que reciben las trabajadoras, para que compense contratar a una empleada del hogar que se responsabilice de las cargas familiares que la mujer incorporada al mercado laboral no puede atender, su salario, irremediablemente, será bajo; en otras palabras, una discriminación derivada de otra discriminación en la que la mujer es objeto de un tratamiento desigual por razón de género.

Para finalizar esta somera presentación, antes de ahondar en el contenido de ambos instrumentos, es decir, Convenio y Recomendación, debemos manifestar que la eficacia de uno y otro es dispar al igual que su objetivo. En cuanto al primero de ellos, siendo de aplicación obligatoria en virtud del derecho internacional para los países que lo ratifiquen, pretende aportar una protección mínima a los trabajadores domésticos, dejando un amplio margen de actuación a los países miembros por él afectados en cuanto a su aplicación⁷. Si nos referimos al segundo, diremos que se trata de una herramienta no vinculante, meramente orientativa, con la que se pretende facilitar el diseño de medidas en aplicación del Convenio.

2. Aproximación conceptual

El Convenio núm. 189 dedica el primero de sus preceptos a conceptualizar la expresión trabajo doméstico; así, entiende por tal «el trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos». El legislador, siendo consciente de que las tareas por ellos realizadas son heterogéneas –limpieza, cocina, cuidado de niños, personas de edad avanzada o personas con discapacidad, trabajos de jardinería, conducción de vehículos y vigilancia de domicilios...– variando en cada unos de los países miembros, opta por una definición extensiva, en la que el rasgo característico definitorio es el lugar de trabajo, es decir, el hogar. Mediante la inclusión del vocablo «para» se pretendió que tareas realizadas fuera del hogar también fueran consideradas como tal, por ejemplo, llevar a los niños al colegio. De manera consecutiva, en la letra b) del artículo 1, dispone que la expresión «trabajador doméstico» hace referencia a «toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco

⁷ En este sentido, tanto la legislación como el convenio colectivo se presentan como instrumentos idóneos a partir de los cuales materializar las normas incluidas en el Convenio núm. 189 –artículo 18–.

de una relación de trabajo»⁸. Rigiéndonos por la letra de la noción aportada, entendemos que, si bien incluye tanto a los trabajadores domésticos empleados a tiempo parcial como a quienes realizan su actividad para varios empleados, deja fuera a aquellos que trabajan de manera autónoma. Mediante la letra c) se excluye del término trabajador doméstico a la persona que realice trabajo doméstico únicamente de forma ocasional o esporádica, sin que este trabajo sea una ocupación profesional. Cabe resaltar, que la frase con la que finaliza la exclusión no es casual sino fruto de la intención de incluir en la noción de trabajadores domésticos a jornaleros y otros trabajadores que prestan servicio en condiciones precarias⁹.

De igual manera, debemos subrayar, que la norma ignora cualquier definición expresa de «empleador»; este proceder se debe a la falta de consenso entre los países miembros, los cuales, en sus legislaciones nacionales recogían una multiplicidad de conceptos para referirse al empleador doméstico –como así queda constatado en los informes preparatorios del Convenio núm. 189–¹⁰.

En base al artículo 2, se permite a los países miembros, siempre y cuando, así lo hayan decidido por acuerdo los interlocutores sociales, excluir total o parcialmente del ámbito de aplicación el Convenio a las categorías de trabajadores para las cuales esté previsto otro tipo de protección que sea por lo menos equivalente, así como, categorías limitadas de trabajadores respecto de las cuales se planteen problemas especiales de carácter sustantivo^{11, 12}.

⁸ Tomando como base lo dispuesto en el convenio para referirnos a estos empleados, a lo largo del estudio emplearemos el masculino neutro; no obstante, aquellas cuestiones abordadas desde una perspectiva de género, optaremos por el término en femenino.

⁹ Informe IV, Trabajo decente para los trabajadores domésticos, *Conferencia Internacional dl Trabajo*, 11.ª reunión, Ginebra, 2011.

¹⁰ No podemos obviar que estos conceptos fueron revisados en la *Reunión de expertos en el marco de los preparativos de la 20.ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo en 2018. Reunión de expertos en el marco de los preparativos de la 20.ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo*, Ginebra, 5/8 de febrero de 2018, p. 44. DOI: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/stat/documents/meetingdocument/wcms_619087.pdf

¹¹ En virtud de esta capacidad excluyente, los países que se acojan a la misma deberán, en la primera memoria relativa a la aplicación de este Convenio que presente con arreglo al artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, indicar toda categoría particular de trabajadores que se haya excluido en virtud del citado párrafo anterior, así como las razones de tal exclusión, y en las memorias subsiguientes deberá especificar todas las medidas que hayan podido tomarse con el fin de extender la aplicación del presente Convenio a los trabajadores interesados.

¹² Todas las exclusiones previstas por un estado Miembro y los motivos que llevaron a las mismas, deberán señalarse en la primera memoria relativa a la aplicación de este Convenio que presente con arreglo al artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, indicar toda categoría particular de trabajadores que se haya excluido en virtud del citado párrafo anterior, así como las razones de tal exclusión, y en las memorias subsiguientes deberá especificar todas las medidas que hayan podido tomarse con el fin de extender la aplicación del presente Convenio a los trabajadores interesados.

3. Condiciones de trabajo de las empleadas y empleados domésticos

A. PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO, ABUSO Y VIOLENCIA EN EL TRABAJO

Mediante el artículo 5 del Convenio núm. 189, la organización tripartita, consciente de que los empleados domésticos constituyen uno de los grupos más vulnerables a los abusos, violencia y acoso, encara la problemática reclamando a los Estados miembros la toma de medidas orientadas a poner fin a tan indeseables comportamientos.

La parquedad del artículo, en cierto modo, queda paliada por la Recomendación núm. 201, cuando propone diversos mecanismos para proteger a los trabajadores domésticos de estas conductas inaceptables; por un lado, se refiere a la creación de canales de denuncia con el fin de que los trabajadores domésticos puedan informar de casos de abuso, acoso y violencia; por otro lado, aboga por la investigación de tan indeseables sucesos, iniciándose acciones judiciales en caso de resultar pertinente. Por último, apunta hacia la puesta en marcha de programas para la reubicación y la readaptación de los trabajadores domésticos víctimas de abuso, acoso y violencia¹³.

En cuanto a este asunto, no podemos pasar por alto la adopción del Convenio núm. 190 sobre la violencia y el acoso, 2019¹⁴. De su lectura apreciamos las miras extensivas del legislador en el ámbito subjetivo de la norma, apostando por proteger «a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo». En tal locución quedarían incluidos, no solo los trabajadores asalariados, sino también un amplio elenco de sujetos que podrían ser potencialmente víctimas de violencia o acoso; nos referimos a «las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador» –artículo 2.1–. En particular, adquiere especial relevancia para los trabajadores domésticos lo dispuesto en el apartado segundo de este precepto cuando continúa ampliando su espacio al indicar que su contenido será de aplicación «a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como

¹³ Para clarificar el contenido de este mandato, resulta imprescindible profundizar en el Informe de la Relatora Especial de la ONU, Sra. Gulnara Shahinian, sobre formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, entre las cuales entendía por tal la denominada servidumbre doméstica. DOI: <https://www.refworld.org/es/docid/5051cc4f2.html>.

¹⁴ Vid. PONS CARMENA, M. «Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y protección social*. DOI: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/5538/3911>.

informal, en zonas urbanas o rurales». La incorporación de la economía sumergida resulta un avance de gran valor para el colectivo teniendo en cuenta que el porcentaje de empleo informal entre los trabajadores domésticos duplica el de otros trabajadores asalariados¹⁵. Se refiere al mismo el numeral undécimo de la Recomendación núm. 206 cuando instan a los países miembros a «proporcionar recursos y asistencia a los trabajadores y empleadores de la economía informal, y a sus asociaciones, para prevenir y abordar la violencia y el acoso en ésta».

Además, se debe tener en consideración lo dispuesto en los artículo 6 del Convenio núm. 190 cuando encomiendan a todos los países miembros, prevenir y eliminar la violencia y el acoso a través de la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad, lo cuales están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el trabajo. Es evidente que lo dispuesto por este precepto afecta de manera directa a las empleadas del hogar, teniendo en cuenta que esta labor la realizan principalmente mujeres y niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas. Del mismo modo, la Recomendación núm. 206, cuando requiere de los países la toma de medidas apropiadas para los sectores o las ocupaciones y las modalidades de trabajo más expuestos a la violencia y el acoso, se refiere de manera expresa, junto a otras ocupaciones en riesgo —el trabajo nocturno, el trabajo que se realiza de forma aislada, el trabajo en el sector de la salud, la hostelería, los servicios sociales, los servicios de emergencia, el transporte, la educación y el ocio— al trabajo doméstico.

B. TIEMPO DE TRABAJO

Como se ha evidenciado en distintos instrumentos internacionales¹⁶, todos los trabajadores tienen derecho a la protección del tiempo de trabajo. Ya la propia Constitución de la OIT en su preámbulo se refería a dicho derecho

¹⁵ Estudio de la OIT «Hacer del trabajo doméstico un trabajo decente, avances y perspectivas una década después desde la adopción del Convenio sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189). DOI: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_802556.pdf.

¹⁶ Entre otros, Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919, núm. 1; Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930, núm. 30; Convenio sobre las cuarenta horas, 1935, núm. 47; Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921, núm. 14; Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957, núm. 106.

cuando señalaba que «Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, [...]; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo».

A pesar de que, en línea con lo dispuesto por las normas internacionales, resulta inexcusable la necesidad de contar con mecanismos de control del tiempo del trabajo doméstico, no podemos dejar de enfatizar que se trata de una cuestión no exenta de detractores. El hecho de que las tareas por ellos realizadas estén vinculadas a las necesidades de los dueños de la vivienda y que algunas de estas ocupaciones no tengan límites temporales definidos, facilitan esta argumentación en contra.

En cuanto a lo establecido en el Convenio núm. 189, el precepto encargado de abordar dicha materia, de manera escueta, encomienda a los países miembros la toma de medidas encaminadas a controlar las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los períodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas –artículo 10.1–. A tal efecto, si bien el Convenio marca las líneas maestras, deja a los países miembros cierto margen de actuación cuando dispone que la puesta en marcha de tales medidas será «en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, teniendo en cuenta las características especiales del trabajo doméstico».

Seguidamente, se emplean los apartados contiguos para remarcar, por un lado, el irremplazable descanso semanal de al menos de 24 horas consecutivas –artículo 10.2–; por otro, la necesidad de considerar horas de trabajo los períodos durante los cuales los trabajadores domésticos no disponen libremente de su tiempo y permanecen a disposición del hogar –artículo 10.3–. Se trata del denominado «tiempo de presencia», tan propio de este tipo de empleo, como una de las principales causas que dificultan el control del tiempo de trabajo de este colectivo. Precisamente, esta complejidad es la que lleva al legislador internacional a condicionar dicha equiparación «en la medida en que se determine en la legislación nacional o en convenios colectivos o con arreglo a cualquier otro mecanismo acorde con la práctica nacional».

Las previsiones del Convenio fueron desarrolladas y completadas por lo señalado en diversos numerales de la Recomendación núm. 206; en particular, en el 8.º, 9.º, 10.º, 11.º, 12.º y 13.º En cuanto al primero, comienza respaldando la necesidad de establecer un registro en el que quede computado el tiempo de trabajo real de estos trabajadores. Si bien se trata de una mera exhortación –«se deberían»–, la misma se realiza en un tono especialmente exigente al hacer uso de la expresión «con exactitud» al referirse al registro, no solo de las horas de

trabajo ordinarias, sino también de las horas extraordinarias, así como de los períodos de disponibilidad laboral inmediata; por tratarse de un asunto propio del trabajo doméstico, el legislador internacional dedica de manera monográfica el numeral noveno, a este tiempo tan impredecible y de difícil cálculo. Además, se desprende de su letra, la importancia de facilitar al trabajador el acceso a dicha información. Mediante el segundo apartado, se insta a las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, en general, así como a aquellas de manera específica representen este colectivo, a elaborar orientaciones prácticas que facilitan la aplicación de tales medidas.

Como ya hemos señalado, del segundo de los numerales indicados, se desprende la preocupación del legislador por el complejo control de los períodos de disponibilidad laboral inmediata. Entiende que, para alcanzar tan difícil tarea, los estados miembros, en la medida que se determine en la legislación nacional o en convenios colectivos, deberán normalizar cuestiones tales como el número máximo de horas por semana, por mes o por año en que se puede solicitar al trabajador doméstico que permanezca en disponibilidad laboral inmediata, así como, la forma en que se podrían calcular esas horas. Es más, le sugiere, en cuanto a la posible reglamentación de este tiempo de trabajo, que descienda a concretar cuestiones hipotéticas como el período de descanso compensatorio a que tiene derecho el trabajador doméstico si el período normal de descanso es interrumpido por un período de disponibilidad laboral inmediata. Se pone fin al párrafo noveno, con una referencia al trabajo doméstico nocturno¹⁷, para el que, teniendo presente sus dificultades intrínsecas, recomienda a los legisladores nacionales que adopten medidas comparables a las indicadas en cuanto al tiempo de presencia.

Seguidamente, mediante el párrafo 10.º de la Recomendación, se propone a los países miembros la adopción de medidas que aseguren a estos trabajadores períodos de descanso durante la jornada de trabajo; cabe destacar que, en lugar de indicar su concreta duración, se limita a acompañar dichos intervalos del adjetivo indeterminado «adecuados». Más preciso se muestra cuando se refiere al descanso semanal. No solo, como ya hiciera el Convenio, considera que este debiera ser al menos de veinticuatro horas consecutivas, entiende que tendrán que fijarse de común acuerdo entre las partes, «atendiendo a los requerimientos del trabajo y a las necesidades culturales, religiosas y sociales del trabajador doméstico». En esta línea, para el caso en el que la legislación nacional o en convenios colectivos se prevea que el descanso semanal puede acumularse en un período de más de siete días para los trabajadores en general,

¹⁷ Convenio sobre el trabajo nocturno, 1990, núm. 171.

sugiere un límite temporal al establecer que este no debería exceder de catorce días en lo que atañe a los empleados al servicio del hogar.

Poco se dice respecto de las vacaciones, en el párrafo catorce, y nada en cuanto a las fiestas laborales y permisos; será el legislador nacional el que deberá encargarse del tratamiento de estas cuestiones.

C. SALARIO

En el trabajo doméstico predominan los salarios muy bajos, lo cual entendemos fruto de la concatenación situaciones salariales discriminatorias por razón de sexo. Una de las causas que deriva en ello, es que, mayoritariamente, las tareas que vienen desarrollando estos trabajadores, principalmente, trabajadoras, son sustitutorias de las labores de cuidado de las que tradicionalmente se venían ocupando las mujeres. Ahora, el colectivo femenino, incorporado al mercado laboral, en muchos casos, recibe salarios bajos, lo cual, da lugar a que la remuneración de las empleadas domésticas sea reducida para que compense el trabajo de las mujeres fuera del hogar; situación que da lugar a la infravaloración del trabajo doméstico, así como la normalización de prácticas abusivas entorno al pago del salario. Consecuente con esta situación, para acabar con la misma, mediante su artículo 11, solicita a los países miembros la toma de medidas de igualdad por razón de género en cuanto al establecimiento del pago por ellos recibido, ello conforme con lo dispuesto en el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100).

Además, para aminorar este indeseable escenario, insta a los mismos a extender a estos trabajadores los mecanismos generales de cobertura del salario mínimo. Se trata de una cuestión de la que especialmente se desprende la situación de desprotección en la que se encuentran estos trabajadores; en este sentido, como se desprende de estudios recientes, un tercio de los países examinados no gozan de igualdad de derechos con respecto al salario mínimo (93 por ciento) o no gozan en absoluto de la cobertura del salario mínimo y alrededor de 41 millones no se les aplica ningún salario mínimo legal¹⁸.

En cuanto a las formas de pago de la remuneración, el Convenio –artículo 12.1– condiciona el proceder de los países miembros al cumplimiento de tres exigencias: por un lado, que el pago se realice de manera directa a los traba-

¹⁸ Hacer del trabajo doméstico un trabajo decente. Avances y perspectivas una década después de la adopción del Convenio sobre trabajadores y trabajadoras domésticos, 2011, núm. 189. DOI: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/-travail/documents/publication/wcms_802556.pdf.

jadores, en efectivo, a intervalos regulares, al menos una vez al mes. La Recomendación, completa el tratamiento, proponiendo, un nuevo requerimiento: que cada paga se acompañe de una relación escrita de fácil comprensión en la que figuren la remuneración total que ha de pagárseles y la cantidad específica y la finalidad de todo descuento que pueda haberse hecho –párrafo 15.1–.

Para el caso en el que la legislación nacional o en convenio colectivo nada se disponga en cuanto a la modalidad de pago, la norma internacional propone que este pueda realizarse por transferencia bancaria, cheque bancario, cheque postal o giro postal o por otro medio de pago monetario legal, siempre con el consentimiento del trabajador.

En cuanto a esta temática, la Recomendación ahonda en supuestos específicos, proponiendo el pago inmediato de toda suma adeudada en el momento de la terminación de la relación de trabajo –párrafo 15.2–, así como por la protección de los créditos laborales del trabajador en caso de insolvencia o de muerte del empleador –párrafo 16–.

Por otro lado, teniendo presente la frecuencia del salario en especies en el pago de los honorarios de estos trabajadores, desde el Convenio no se olvidan del mismo, si bien el desarrollo de su tratamiento lo deja en manos de la legislación nacional, convenio colectivo o laudos arbitrales. En este sentido, tras haber descartado la fijación de un umbral específico para este tipo de pagos, la norma internacional no renuncia a establecer unas normas mínimas de acuerdo con las que se llevará a cabo su desarrollo: en primer lugar, de vuelta con el principio de igualdad de trato de los trabajadores domésticos y los trabajadores en general, dispone que los pagos en especie para los empleados de hogar no pueden ser menos favorables que los pagos en especie que suelen regir para las demás categorías de trabajadores; por otro, que esta modalidad de pago debe ser aceptada por los trabajadores; por último, que el valor monetario que se le atribuya debe ser justo y razonable –artículo 12.2–. En el apartado 14 de la Recomendación, para cuando el país miembro disponga que el pago de una determinada proporción de la remuneración se hará en especie, se recoge un elenco de medidas tendentes a facilitar la aplicación de dicha forma de pago; a modo de ejemplo, limitar los pagos en especie a los que son claramente apropiados para el uso y beneficio personal de los trabajadores domésticos, como la alimentación y el alojamiento o

D. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

La OIT ha prestado especial atención a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores; no podemos obviar que esta línea de actuación forma

parte del trabajo decente por ella perseguido. Reflejo de esta preocupación es la vasta normativa internacional existente en torno a esta materia, habiendo sido abordada desde distintos enfoques. Desde una perspectiva generalista¹⁹, destaca el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, núm. 155, 1981, el cual, principalmente, fija los principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales y la protección de la seguridad y de la salud²⁰. Debemos subrayar que la norma internacional permite a los países miembros que así lo consideren pertinente, «excluir parcial o totalmente de su aplicación a categorías limitadas de trabajadores respecto de las cuales se presenten problemas particulares de aplicación», siempre y cuando, las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas sean consultadas –artículo 2.1–. En base a ello y tras la ratificación del Convenio por parte de España²¹, entendemos porque el trabajo doméstico quedó excluido de la normativa preventiva nacional^{22, 23}. Por otro lado, desde tiempo atrás, el Órgano tripartito se ocupó de la prevención y control de riesgos específicos, potencialmente lesivos, como, por ejemplo, los causados por la exposición de los trabajadores a radiaciones ionizantes –Convenio sobre la protección contra las radiaciones, 1960 (núm. 115)– o a sustancias y agentes cancerígenos –Convenio sobre el cáncer profesional, 1974 (núm. 139)– en el curso de su trabajo; de igual manera, la OIT atendió, de manera concreta, a ciertas actividades de especial peligrosidad –Convenio sobre seguridad y salud en la construcción, 1988 (núm. 167) o Convenio sobre seguridad y salud en las minas, 1995 (núm. 176)–.

En cuanto al Convenio que hoy analizamos, será su artículo 13 el encargado de acercar a los trabajadores domésticos el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable. No podemos pasar por alto dos cuestiones esenciales: por un lado, que el hogar es el centro de trabajo en el cual estos trabajadores desarrollan actividades diversas; por otro, precisamente, que es esta variedad de tareas la que da lugar a su exposición a riesgos dispares; en este sentido, los más recurrente son los agentes químicos presentes en los productos de limpie-

¹⁹ Continúa con dicha regulación, el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187).

²⁰ Completa el mismo, la Recomendación núm. 164, 2011.

²¹ El Convenio núm. 155 sería ratificado por España el 11 de septiembre de 1985.

²² Artículo 3.4 Ley 31/1995, de 31 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales: 4. La presente Ley tampoco se aplicará a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. No obstante, lo anterior, el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene.

²³ Exclusión que se reafirma en la propia letra de la 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, la cual, expulsa de manera expresa del concepto trabajador, objeto de protección de la norma comunitaria, a los trabajadores al servicio del hogar familiar –artículo 3–.

za, los riesgos ergonómicos que derivan en trastornos musculoesqueléticos a consecuencia de las exigencias físicas a las que están sometido o los riesgos psicosociales tan frecuentes en este colectivo en virtud de su especial vulnerabilidad. Pues bien, el legislador internacional insta a los países miembros a que tengan en cuenta, precisamente, estas singularidades a la hora de adoptar, en conformidad con la legislación y la práctica nacionales, medidas eficaces a fin de asegurar la seguridad y la salud en el trabajo de los miembros de este colectivo. Eso sí, con cierta cautela, al referirse a la posible aplicación progresiva de las misma, siempre y cuando esta decisión se haya tomado «en consulta con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y con organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, cuando tales organizaciones existan. Achacamos este proceder a las dificultades que atañan a la elaboración de las medidas requeridas, principalmente por las particularidades anteriormente comentadas. Reflejo de tal complejidad es la puesta en marcha por parte de la OIT de diversas guías sobre seguridad y salud en el trabajo doméstico, dirigidas tanto a las personas trabajadoras al servicio del hogar como a sus empleadores/as, «a fin de promover una cultura bipartita de la prevención y del cumplimiento»²⁴.

La parquedad mostrada por el Convenio queda contrarrestada por el tratamiento que la Recomendación núm. 201 otorga a la materia. En este sentido, como así queda dispuesto en su párrafo décimo noveno, insta a los países miembros a adoptar medidas tendentes a proteger a los trabajadores domésticos, eliminando o reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonablemente factible, los peligros y riesgos relacionados con el trabajo. Si bien este requerimiento es similar al realizado por el Convenio, la Recomendación completa el mismo refiriéndose a cuestiones de especial interés como, por ejemplo, el establecimiento de un sistema de inspección «suficiente y apropiado» y sanciones adecuadas en caso de infracción de la legislación laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo; a pesar de que el Convenio en su artículo 17, con carácter general, ya se refería a la necesidad de formular y poner en práctica medidas relativas a la inspección del trabajo, la Recomendación, de manera específica, preconiza el establecimiento de un sistema de control ante posibles infracción de la legislación laboral en materia de seguridad y salud en el

²⁴ «Guía de seguridad y salud en el trabajo para trabajadoras en casa particular», Santiago, Organización Internacional del Trabajo, 2016; DOI:

A la luz de la crisis pandémica, «Guía de orientaciones de Seguridad y Salud en el Trabajo frente a la Covid-19 para personas empleadoras y trabajadoras del hogar», Oficina de país de la OIT para México y Cuba, México, 2020; DOI: https://www.ilo.org/mexico/publicaciones/WCMS_755065/lang--en/index.htm.

trabajo y, en consecuencia, las sanciones derivadas de dichos incumplimientos. Tarea controvertida si tenemos en cuenta que las labores de los trabajadores domésticos mayoritariamente se desarrollan en el hogar familiar en donde dicho control queda condicionado a la autorización del empleador de posibles visitas del personal de la Inspección de Trabajo para examinar si los trabajadores domésticos y ellos mismos están protegidos contra los riesgos que genera la actividad desarrollada por estos trabajadores. Además, la falta de quejas, en muchos casos, por parte de estos, dificulta el control.

Asimismo, apela por el establecimiento de procedimientos de recopilación y publicación de estadísticas sobre enfermedades y accidentes profesionales relativos al trabajo doméstico²⁵, así como por el desarrollo de programas de formación, a través de los cuales se difundan orientaciones relativas a los requisitos en materia de seguridad y salud en el trabajo que son específicos del trabajo doméstico. Por otro lado, destaca el interés mostrado por la Recomendación en cuanto a la realización de reconocimientos en el ámbito del trabajo doméstico. En este sentido, se refiere a dichos exámenes en sus numerales tercero y cuarto, en los cuales, entre otras cuestiones, destaca la importancia de que estos se realicen respetando el principio de confidencialidad de los datos personales y privacidad de estos trabajadores, siempre, en consonancia con las normas internacionales existentes en torno a la materia²⁶. Resulta significativo que la norma no vinculante dedique un espacio para atender dos supuestos que pudieran colocar a los empleados domésticos en una situación de vulnerabilidad: el embarazo y el VIH. Con el propósito de otorgar mayor amparo al trabajador doméstico afectado por alguna de estas circunstancias, insta a los países miembros, por un lado, a asegurar que no se exija que estos trabajadores se sometan a pruebas de detección de alguno de estos supuestos; por otro, que revelen su estado serológico respecto del VIH

²⁵ Con el objeto de mejorar el registro y la notificación de lesiones profesionales con el fin de facilitar en particular la prevención, «Registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1996; DOI: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_112630.pdf.

En 2002, se examinó la lista de enfermedades profesionales, lo que llevó a la adopción del Protocolo y de la Recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales, 2002 (núm. 194); DOI: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R194.

²⁶ Protección de los datos personales de los trabajadores. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT, Oficina Internacional del Trabajo, 1997; DOI: https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09_118_span.pdf.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOI: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>.

o su estado de embarazo. Cabe subrayar que otorgar a las empleadas del hogar embarazadas un tratamiento especialmente garantista toma su razón de ser en la necesidad de poner fin a la discriminación histórica que han venido sufriendo estas trabajadoras ante esta contingencia. Es más, debemos disponer que la maternidad es un tema prioritario en la labor de la OIT. Su interés pronto quedó patente en el Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3), mediante el cual se pretendió, principalmente, proteger la salud de la madre y de la criatura en camino. La incorporación de la mujer al mercado laboral trajo consigo su inexcusable revisión. En este sentido, a través del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), de 1952 (núm. 103), se otorga especial amparo a la mujer trabajadora gestante frente a discriminaciones derivadas de su condición²⁷. Se debe poner de relieve que esta norma internacional, permitía exceptuar de su aplicación, precisamente «el trabajo doméstico asalariado efectuado en hogares privados» –artículo 7.1.d–. Como así exige el tiempo pasado y los múltiples cambios acontecidos, este fue actualizado y reforzada la protección otorgada a las mujeres trabajadoras por el Convenio, de igual nombre, de 2000 (núm. 183)²⁸. Dos cuestiones merecen nuestra atención; por un lado, si bien la norma continúa permitiendo la exclusión de diversos colectivos de su esfera aplicativa –artículo 2–, ya no guarda una referencia expresa al trabajo doméstico; por otro, a diferencia de los convenios aludidos anteriormente, este último no fue ratificado por España.

Respecto al otro colectivo, los efectos de la devastadora epidemia harían acto de presencia en el mundo del trabajo, siendo estigmatizados los trabajadores por ella afectados, convirtiéndose en objeto de discriminación social y laboral. Ante tal situación, la OIT, en un intento por hacer frente a la misma, publicó la Recomendación sobre el VIH y el sida en el mundo del trabajo, en 2010 (núm. 200) a partir de la cual se pretendía hacer un llamamiento a los países miembros para que incrementaran sus esfuerzos dirigidos a facilitar el acceso al empleo pleno y productivo y el trabajo decente para las personas que viven con el VIH²⁹.

²⁷ Complementado por la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95).

²⁸ Complementado por la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 191).

²⁹ «Es triste constatar que, a pesar de años de trabajo, el estigma y la discriminación persisten. El último informe mostraba que el tratamiento del sida permite que los trabajadores se mantengan saludables y productivos. Pero el tratamiento por sí solo no es suficiente. Tenemos que intensificar nuestros esfuerzos para reducir el estigma y la discriminación en el lugar de trabajo hacia las personas que viven con el VIH». *El impacto del VIH y el sida en el mundo del trabajo: estimaciones mundiales*, OIT, 2018. Disponible: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_630161.pdf.

E. DERECHOS COLECTIVOS

Entre las cuestiones multidimensionales relacionadas con el trabajo doméstico, el Convenio abarca aquellas referidas a los derechos de representación, libertad de asociación, libertad sindical y negociación colectiva.

A este respecto, no renuncia a recordar, en su artículo 3.2.a), que nos encontramos ante uno de los cinco principios y derechos fundamentales en el trabajo proclamados por la OIT en la Declaración de 1998³⁰, los cuales son universales y configuran un umbral mínimo de decencia.

A este respecto, si nos referimos trabajo doméstico, cabe resaltar que la materialización de tales libertades se enfrenta a dificultades derivadas, principalmente, de sus rasgos caracterizadores; vevigracia, el hecho de que la relación laboral se desarrolle en el domicilio de la parte empleadora determinará el aislamiento e invisibilidad de la parte empleada, lo cual dificultará enormemente la acción sindical³¹. Por esta razón, insta a los países miembros a adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos y sus empleadores disfruten de la libertad sindical y la libertad de asociación y del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva³². Es más, para lograr tal fin, la norma internacional entiende indispensable la protección del derecho de ambos a constituir las organizaciones, federaciones y confederaciones que estimen convenientes –artículo 3.3–³³. Reforzando lo aquí dispuesto, la Recomendación núm. 201 aboga por la identificación y supresión de las restricciones legislativas o administrativas u otros obstáculos al ejercicio de este derecho. Además, contemplar la posibilidad de adoptar o apoyar medidas destinadas a fortalecer la capacidad de estas organizaciones, garantizándose, en todo momento su independencia y autonomía, en conformidad con la legislación.

Tras dichos requerimientos, el Convenio prevé de manera expresa que las disposiciones que lo conforman se han de llevar a la práctica en consulta con

³⁰ Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada en la 86.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1998) y enmendada en la 110.a reunión (2022); DOI: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf

³¹ SANZ SÁEZ, C., «Derechos colectivos y empleadas del hogar: reformas jurídicas inaplazables para un trabajo decente del trabajo doméstico en España», *Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo* / JUDITH CARRERAS (comp.), SABRINA HABOBA (comp.), JULIETA LOBATO (comp.), vol. 1, 2021, p. 13; DOI: <https://www.ccoo.es/99d7ae8ee035fef57c16d423f2cb62eb000001.pdf>.

³² Vid. NIETO ROJAS, P., «Trabajo doméstico y derechos colectivos. Algunas reflexiones al hilo del RD 1620/2011 y el Convenio núm. 189 OIT», *Revista jurídica de los derechos sociales Lex Social*, vol. 9, núm. 2, 2019.

³³ En consecuencia, a lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, núm. 87, de 1948.

las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores –artículo 18–. No obstante, recalca dicha exigencia a la hora de abordar materias concretas, tales como, la identificación de las categorías de trabajadores que pueden ser excluidas del ámbito de aplicación del Convenio –artículo 2.2–; la aplicación progresiva de las medidas en materia de seguridad y salud laborales de los trabajadores domésticos –artículo 13.2–; la aplicación progresiva de medidas en materia de seguridad social –artículo 14.2–; así como, la aplicación de medidas de protección de los trabajadores domésticos contra las prácticas abusivas de las agencias de empleo privadas –artículo 15.2–.

4. Derecho a la Protección Social

La seguridad social fue una cuestión capital para la OIT desde el inicio de su andadura. Tal preocupación queda patente en las Recomendaciones de 1944, sobre la seguridad de los medios de vida, (núm. 67) –«el seguro social debería proteger, cuando estén expuestos a riesgos, a todos los asalariados y trabajadores independientes y a las personas que estén a su cargo» (artículo 17)– y la asistencia médica, (núm. 69) –«el servicio de asistencia médica debería amparar a todos los miembros de la comunidad, desempeñen o no un trabajo lucrativo (artículo 8)–. Ambas sentaron las bases del Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), (núm. 102), de 1952, ratificado por España el 11 de septiembre de 1985. Destaca la mención expresa realizada en el texto al trabajo doméstico, concretamente, en el anexo que recoge la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas (CIIU). También cabe destacar el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), de 1962 (núm. 118), que propugna un trato igualitario de nacionales y extranjeros en cuanto a la protección social, el cual no ha sido ratificado por España. No obstante, a pesar del papel protagónico otorgado a la materia por parte del órgano tripartito, en 2011, en la 100.^a sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, la misma en la que se adoptó el Convenio núm. 189, se denunció que sólo un veinte por ciento de la población mundial en edad de trabajar disponía de un acceso efectivo a regímenes generales de Seguridad Social, lo cual se tradujo en un llamamiento de Gobiernos, entidades empleadoras y personas trabajadoras, a favor de la ampliación de la Seguridad Social³⁴. Fijándonos en

³⁴ CALLAU DALMAU, P., «La Seguridad Social: un elemento fundamental del mandato de la OIT desde su creación en 1919», *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 39, 2018 (ejemplar dedicado a: Centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)/Lanaren Nazioarteko Erakundearen (LANE) Mendeurrena), p. 32.

el colectivo objeto de estudio, no podemos obviar el Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria), de 1927 (núm. 24), el cual incluía en su ámbito de aplicación a los servidores domésticos –artículo 2.1–.

Volviendo a la norma que nos ocupa, su artículo 14 hace depender la acción protectora del índice de cobertura de los riesgos sociales previsto en las legislaciones nacionales. En consecuencia, se garantizarán un conjunto mayor o más reducido de prestaciones en relación con el ámbito de protección social previsto en las legislaciones de los países que lo ratifiquen³⁵. Empero, sí se refiere expresamente a la contingencia de la maternidad, cuestión profusamente abordada por el organismo internacional, como señalábamos en líneas anteriores; nos planteamos si con el uso del vocablo genérico «maternidad» se refería también al total de prestaciones que se generan en esta situación, por ejemplo, riesgo durante el embarazo o lactancia, o si, por el contrario, queda en manos de los dispuesto por la legislación nacional, como el resto de prestaciones. Por el contrario, nada se dice respecto a la controvertida prestación por desempleo, protección de la que se ha venido marginando a los empleados del hogar porque así lo venía aconsejando razones históricas, económicas o de prevención del fraude³⁶. En este sentido, tendríamos que remontarnos a lo dispuesto por el Convenio sobre el desempleo, de 1934 (núm. 44), el cual se refiere expresamente a las personas empleadas al servicio del hogar –artículo 2.2.a); en particular, lo hace para incluir a estos trabajadores entre los colectivos, que, excepcionalmente, si la legislación nacional lo considerara pertinente, pudieran quedar fuera de la esfera aplicativa de la norma internacional.

Por otro lado, el amplio margen de actuación que deja a cada uno de los sistemas de Seguridad Social de los países miembros queda constreñido, no solo por las «características específicas del trabajo doméstico» que deberán ser tenidas en cuenta a la hora de abordar la temática por parte de las legislaciones nacionales, sino que además requiere que estos trabajadores disfruten de «condiciones no menos favorables» que las aplicables a los trabajadores en general. El empleo de esta locución compleja dificulta en cierto modo la interpretación del precepto; mucho más claro resulta, como hace la norma respecto de otras cuestiones, el uso de expresiones tales como «asegurar la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general».

³⁵ QUESADA SEGURA, R., «De nuevo sobre el Sistema Especial de Seguridad Social de personas empleadas de hogar: puntos críticos», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. Laborum, ISSN 2386-7191, núm.. 3, 2015, p. 62.

³⁶ SEMPERE NAVARRO, A., «La protección por desempleo en el sistema especial de empleo doméstico», *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 3, 2022.

Asimismo, consciente de la dificultad que acompaña a este objetivo, es decir, al diseño de las medidas que se consideren apropiadas a fin de asegurar la protección de la seguridad social para estos trabajadores, permite que su establecimiento sea progresivo y siempre «en consulta con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y con organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, cuando tales organizaciones existan».

Con el fin de completar lo dispuesto a este respecto por el Convenio, la Recomendación núm. 201, en su numeral vigésimo, propone, por un lado, establecer medios para facilitar el pago de las cotizaciones a la seguridad social; en particular, atiende al supuesto en el que el trabajador doméstico presta sus servicios para varios empleadores. Por otro lado, tomar en consideración el valor monetario de los pagos en especie a efectos del cálculo de las prestaciones de la seguridad social. Además, en cuanto a esta materia, el texto no vinculante se refiere a los trabajadores domésticos migrantes –párrafos 20.2 y 26.2–, como examinaremos en el apartado pertinente.

5. Grupos especialmente vulnerables

A. MENORES

Desde sus orígenes, la OIT ha considerado meta clave a alcanzar la abolición del trabajo infantil. No podemos obviar que tal fin constituye una de las esferas de interés de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo, de 1998; dos convenios fundamentales son los encargados de su tratamiento: por un lado, el Convenio de la OIT sobre la edad mínima, de 1973 (núm. 138)³⁷, a través del cual se exigía a los países miembros establecer una edad mínima de admisión al empleo, así como, políticas nacionales tendentes a poner fin al trabajo infantil; por otro, el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182)³⁸, que venía a reclamar a los países la adopción de medidas inmediatas y eficaces para poner fin a las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia.

En la actualidad, aunque la mayoría de los países han adoptado una legislación para prohibir trabajo de los niños o establecer severas restricciones al

³⁷ Completado por la Recomendación sobre la edad mínima, 1973 (núm. 146).

³⁸ Completado por la Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 190).

mismo, todavía el trabajo infantil sigue existiendo, principalmente, en los países en vía de desarrollo; así se desprende de las alarmantes cifras extraídas del informe llevado a cabo de manera conjunta por la OIT y UNICEF: a día de hoy, 160 millones de niñas y niños de entre 5 y 17 años trabajan y casi la mitad (79 millones) realizan tareas que ponen en riesgo su salud y sus vidas.

Pues bien, debido a la incidencia del trabajo de menores en el empleo doméstico, el Convenio núm. 189 protege a estos trabajadores especialmente vulnerables, en primer lugar, recordando a los países la obligatoriedad de las disposiciones que conforman los convenios internacionales que se encargan de la materia; en especial incide en la necesidad de establecer una edad mínima de entrada en el empleo para los trabajadores domésticos, que, en ningún caso, podrá ser inferior a la edad mínima estipulada en la legislación nacional para los trabajadores en general –artículo 4.1–. Además, el Convenio exige que los Miembros adopten medidas para asegurar que el trabajo realizado por estos niños no les prive de la educación obligatoria ni comprometa sus oportunidades para acceder a la enseñanza superior –artículo 4.2–.

La Recomendación 201, en su párrafo quinto, da un paso más en cuanto al trabajo doméstico de menores; a pesar de tratarse de una norma no vinculante, aborda el asunto con mayor profundidad, proponiendo a los países, por un lado, limitar «estrictamente» las horas de trabajo de los menores, garantizando, con ello, «el descanso, la educación o la formación profesional, las actividades de esparcimiento y el contacto con sus familiares»; por otro, prohibir que estos lleven a cabo trabajo nocturno; de la misma manera, limita su participación en tipos de trabajo excesivamente agotador; por último, preconiza que se refuercen mecanismos de la vigilancia de sus condiciones de trabajo y de vida.

B. TRABAJADORES DOMÉSTICOS MIGRANTES

La OIT consciente de la vulnerabilidad³⁹ que presentan aquellos que se ven obligados a abandonar su país de origen en busca de un futuro mejor, opta por incorporar al Convenio núm. 189 ciertas reglas encaminadas a poner fin a la explotación laboral y regulación fraudulenta de los trabajadores domésticos migrantes⁴⁰. Para alcanzar dicho objetivo, en primer lugar, requiere a la legis-

³⁹ La situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores domésticos migrantes ya se puso de manifiesto en el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990.

⁴⁰ Con anterioridad, dirigidos a los trabajadores migrantes en general, con el fin de poner terminar con las prácticas abusivas por ellos sufridas, fueron desarrolladas normas de calado como, por ejemplo, el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado) núm. 97, de 1949 (núm. 97); el Convenio sobre

lación nacional que establezca el requisito legal de que los empleados del hogar migrantes reciban una oferta de empleo o contrato por escrito, antes de viajar al país de destino –artículo 8.1–. Al hilo de dicha pauta, remite a la norma general recogida en el artículo 7, referida al derecho de los empleados del hogar a ser informados sobre sus condiciones de empleo de forma adecuada, verificable y fácilmente comprensible, mediante contratos escritos «cuando sea posible»; es evidente que la inclusión de esta locución flexibiliza la obligatoriedad del requerimiento que se pretende imponer. La norma exceptúa de tales exigencias cuando los trabajadores tengan libertad de movimiento con fines de empleo en virtud de determinados acuerdos –artículo 8.2–. Precisamente, en cuanto a llegar a acuerdos se refiere, insta a los países miembros a adoptar medidas para cooperar entre sí con el propósito de asegurar la aplicación efectiva de las disposiciones que conforman la norma internacional a los trabajadores domésticos migrantes –artículo 8.3–.

Por último, el Convenio se refiere al derecho a la repatriación de los trabajadores doméstico tras la finalización del contrato de trabajo en virtud del cual fueron empleado. Siendo consciente de la complejidad del proceso, la norma internacional, haciendo uso de un lenguaje laxo y genérico, opta por dejar en manos de los países miembros tanto las condiciones según las cuales el derecho podrá ser materializado, como el instrumento en el que estas serán recogidas –«mediante la legislación u otras normas» –artículo 8.4–.

Por otra parte, teniendo en cuenta que muchos trabajadores domésticos migrantes son contratados por intermediación de agencias de empleo privadas, el precepto que regula estas organizaciones, con la intención de poner fin a prácticas abusivas que este escenario propicio, se refiere de manera expresa a este colectivo –artículo 15–.

En otro orden de cosas, dada la frecuencia con lo que estos trabajadores, en particular, trabajadoras, residen en el hogar donde trabajan, debemos atender al tratamiento otorgado por el Convenio a esta situación laboral. No debemos obviar datos tales como que en España unas 40.000 mujeres trabajan de internas, siendo un 92 por ciento de ellas extranjeras⁴¹; se trata de unas cifras especialmente significativas, teniendo presente que una cuarta parte del empleo doméstico de toda la Unión Europea lo hallamos en nuestro país. A la vista de lo aquí dispuesto, así como de la alta incidencia de la informalidad

los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), núm. 143, de 1975 y la Recomendación sobre los trabajadores migrantes, núm. 151, del mismo año.

⁴¹ «Esenciales y sin derechos o cómo implementar el Convenio núm. 189 de la OIT para las trabajadoras del hogar», OXFAM-Intermón en 2021. DOI: <https://cdn2.hubspot.net/hubfs/426027/Oxfam-Website/oi-informes/esenciales-sin-derechos-informe-completo.pdf>.

laboral en este tipo de trabajo, entendemos el especial amparo que el Convenio presta a estas trabajadoras que, contemplando el trabajo doméstico interno como una vía directa hacia la regularización de su situación administrativa, aceptan situaciones abusivas en el desarrollo de su labor. Por tal razón, la norma vinculante internacional defiende la libertad de los empleados domésticos al reclamar a los países miembros la toma de medidas dirigidas a asegurar, por un lado, que estos puedan alcanzar de forma voluntaria con su empleador un acuerdo sobre si residirán o no en el hogar para el que trabajan –artículo 9.a)–; por otro, que, en ningún caso, estos trabajadores queden constreñidos a permanecer en el hogar durante sus períodos de descanso –artículo 9. b–; finalmente, que el derecho a conservar sus documentos de viaje y de identidad quede garantizado, requerimiento que pudiera encontrar en el trabajador doméstico migrante al sujeto objeto de su aplicación. En cuanto a lo dispuesto, a este respecto, en la Recomendación núm. 201 destaca lo establecido en su numeral 18, donde se prevé que en caso de terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador por motivos que no sean faltas graves, a los trabajadores domésticos que se alojan en el hogar en que trabajan se les debería conceder un plazo de preaviso razonable y tiempo libre suficiente durante ese período para permitirles buscar un nuevo empleo y alojamiento.

III. RECEPCIÓN DEL CONVENIO NÚM. 189 EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. **Primeros avances normativos en el ordenamiento jurídico español**

El Convenio núm. 189 de la OIT resultaría un revulsivo para poner en auge el trabajo doméstico, tradicionalmente, despojado de la protección debida. A pesar de que su ratificación por parte de España se haría esperar más de una década es indiscutible que su irrupción en la esfera internacional motivó grandes avances en el ordenamiento jurídico español, materializados en dos reformas legislativas: por un lado, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social⁴²; por otro, el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar⁴³.

⁴² Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE. 184, de 2 de agosto de 2011).

⁴³ RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (BOE núm. 277, de 17 de noviembre de 2011).

A. LEY 27/2011, DE 1 DE AGOSTO, SOBRE ACTUALIZACIÓN, ADECUACIÓN Y MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

a) *Introducción*

Aprovechando la reforma crucial que requería el sistema de Seguridad Social, motivada por los cambios económicos y sociológicos que venían alterando el mismo, el legislador encaró modificaciones de calado en materia de protección social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Se trataba de una cuestión abordada, desde tiempo atrás, cuando mediante la Ley de 19 de julio de 1944, se extendió al personal del servicio doméstico los beneficios de los subsidios y seguros sociales que disfrutaban los demás trabajadores⁴⁴. Habría que esperar hasta la creación del llamado Montepío Nacional del Servicio Doméstico, por el Decreto 385/1959, de 17 de marzo de 1959, para que se materializaran los primeros intentos por ofrecer un régimen de protección frente a los riesgos sociales⁴⁵. Años después, viniendo a reformar la configuración del Sistema de la Seguridad Social, la Ley de bases de 1963⁴⁶, no solamente hacía beneficiarios a los empleados domésticos del derecho al disfrute de la protección de la Seguridad Social^{47 48}, sino que preveía la posible conformación de un Régimen especial que atendiera a sus especialidades⁴⁹. En este sentido, reiterando lo aquí previsto, la Ley de la Seguridad Social de 1966 habilitó al Gobierno para que se encargara de la regulación de estos, lo cual, singularmente, se materializó, en cuanto a los trabajadores domésticos, en el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico, ordenación que se mantuvo vigente hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 27/2011, de 1 de agosto. No obstante, debemos tener presente que, si bien esta norma supuso un antes y un después en cuanto a la protección social de los empleados domésticos, normas anteriores ya habrían allanado el camino hacía el disfrute, por su parte, de condiciones no menos favorables que las aplicables a los trabajadores en general en materia de Seguridad Social. En este sentido, debemos referirnos

⁴⁴ ESTRADA ALONSO, O., «Seguros sociales sectoriales», p. 210, en *Legislación histórica de previsión social*, GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), CASTRO ARGÜELLES, M.^ª A., Thomson Reuters Aranzadi, 2009.

⁴⁵ Cit. BENITO BENITEZ, M.^ª A., «Protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género»...

⁴⁶ Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1963).

⁴⁷ Base segunda.

⁴⁸ Destacamos la desacertada terminología empleada al referirse a los miembros de este colectivo; concretamente, «servidores domésticos».

⁴⁹ Base tercera.

a la Ley 39/2010, de 22 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado⁵⁰, por la que se reconocía el acceso de estos trabajadores a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; en concreto, su disposición final tercera, apartado nueve, añadía una nueva disposición adicional –quincuagésima tercera– a la Ley General de la Seguridad Social de 1964^{51 52}, por la se ampliaba la acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, al reconocerse el acceso de estos trabajadores a tales contingencias.

Tras esta puntualización, volviendo a la Ley 27/2011, debemos destacar que esta norma vendría a revolucionar el sistema Seguridad Social introduciendo, en suma, relevantes innovaciones en el régimen jurídico de algunas prestaciones de la Seguridad Social motivados por importantes factores sociológicos y económicos que requerían actuar para garantizar a largo plazo la sostenibilidad del sistema de pensiones español; baste como ejemplo, el aumento progresivo de la edad de jubilación.

b) *Integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General*

Al hilo de tan sonada alteración normativa, también se avanzó en el paulatino proceso de simplificación e integración de regímenes especiales del sistema al que se refiere la Recomendación Sexta del Pacto de Toledo, abordándose al efecto la integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General; en particular, fue su disposición adicional trigésima novena⁵³ la encargada de asumir dicha incorporación, «en los términos y con el alcance indicados en esta disposición y con las demás peculiaridades que se determinen reglamentariamente»; en particular, con efectos de 1 de enero de 2012, se recogía una tabla para el cálculo de las bases de cotización, así como los tipos de cotización aplicables.

⁵⁰ Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (BOE núm. 311, se 23 de diciembre de 2010).

⁵¹ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154 de 29 de junio de 1964).

⁵² El Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, vendría a desarrollar la disposición adicional quincuagésima tercera de la LGSS de 1994

⁵³ El contenido de la disposición adicional trigésima novena se introdujo, con el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la sección primera del capítulo XVIII, del título II, denominada «Sistema especial para empleados de hogar».

Tal inclusión traería consigo quejas por parte de la mayor parte de los sujetos implicados. Por ejemplo, los empleadores consideraron inaceptable que una medida de tal calado y complejidad, que requería de una diligencia cualificada de los cabezas de familia, hubiera sido adoptada sin contar con el parecer de las organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, como así predica el artículo 14 del Convenio núm. 189 de la OIT.

No podemos pasar por alto que lo dispuesto por la norma legal pronto sería objeto de modificación debido a las anomalías que fueron detectadas en su funcionamiento. En particular, sería el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre el encargado de tales cambios, incidiendo, los más significativos, en el contenido de la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto; en este sentido, con el fin de simplificar y equilibrar las bases de cotización en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, el artículo primero de la norma de urgencia estableció una nueva escala de cotización con un número de tramos menor que en la inicialmente fijada. También la norma consideró pertinente prestar atención a un supuesto merecedor de una regulación específica como es el caso en que los trabajadores domésticos prestan sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador; en particular, su artículo 2 añade un nuevo apartado segundo al artículo 43 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social por el cual los trabajadores incluidos en el Sistema especial para empleados del hogar «deberán formular directamente su afiliación, altas, bajas y variaciones de datos cuando así lo acuerden con tales empleadores. No obstante, estos últimos también podrán presentar la solicitud de baja en caso de extinción de la relación laboral»

c) *Exclusión de la protección por desempleo de los empleados de hogar*

En otro orden de cosas, mayor polémica traería la exclusión del colectivo de la prestación por desempleo –apartado tercero de la disposición trigésimo novena⁵⁴–, contraria a lo dispuesto por el precepto referido en líneas anteriores mediante el que se exigía a los países miembros que ratificaran el Convenio núm. 189 la adopción de medidas a fin de garantizar que los trabajadores domésticos «(disfrutaran) de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los

⁵⁴ El precepto abre las puertas a una regulación futura al disponer que tal exclusión, debe entenderse «sin perjuicio de las iniciativas que puedan establecerse con respecto a esta cuestión en el marco de la renovación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar».

trabajadores en general con respecto a la protección de la Seguridad Social»⁵⁵. Es por ello por lo que denegar esta protección en base, sobre todo, a la presunción al fraude que se deriva de la dificultad de controlar este tipo de prestaciones de servicios⁵⁶, se convirtió, junto al desistimiento por parte del empleador, en uno de los principales escollos para la ratificación del Convenio núm. 189.

No obstante, el legislador parece que, desde un principio, fue consciente de la problemática, previendo superar los obstáculos a corto plazo como se desprende de la letra de la disposición adicional segunda del RD 1620/201, bajo la rúbrica «Evaluación de impacto, régimen de extinción del contrato y protección por desempleo». La inmediatez con la que el artífice de la norma pretendió abordar las cuestiones contrarias al espíritu del Convenio núm. 189 de la OIT, queda reflejado en la brevedad de los plazos que fija. A este respecto, instaba al Ministerio de Trabajo e Inmigración a constituir «en el mes siguiente de la entrada en vigor de este Real Decreto», un grupo de expertos, que realizara un informe «con anterioridad al 31 de diciembre de 2012» sobre ambas cuestiones. En particular, en cuanto a la prestación por desempleo, requería de esta futurible comisión que analizara «la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera». El interés y urgencia porque estos asuntos fueran tratados vuelve a reflejarse en el contenido de esta disposición cuando, en su último párrafo, aludiendo de nuevo a «un plazo imposible», determina que «el Gobierno, teniendo presente la evaluación a que se refiere el apartado 1 y el informe del grupo de expertos a que se refiere el apartado 2, adoptará con anterioridad al 31 de diciembre de 2013 y previa consulta y negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, las decisiones que correspondan sobre las cuestiones señaladas en el apartado anterior».

Sabido por todos es que tan loables intenciones nunca fueron plasmadas en la práctica y, por ende, tales plazos nunca fueron cumplidos, manteniéndose más de una década una regulación que chocaba frontalmente con la norma internacional⁵⁷.

⁵⁵ Es cierto que tal exclusión venía siendo amparada, en cierto modo, por otra norma de la OIT, en particular, por el Convenio sobre el desempleo, 1934 (núm. 44), el cual, a partir de su artículo 2.2.a) permitía tal proceder por parte de las legislaciones nacionales de los países que hubiesen ratificado el Convenio, como era el caso de España.

⁵⁶ BENITO BENÍTEZ, M.^a A., «El reconocimiento de la protección por desempleo al servicio doméstico», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 5, Universidad de Cádiz, 2022, p. 14. DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i5.02>.

⁵⁷ Al margen de estas dos cuestiones de mayor calado, no podemos dejar de referirnos al contenido de la disposición adicional décimo séptima de la Ley 27/2011, a partir de la cual, como ya hiciera el Con-

B. RD 1620/2011, DE 14 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE REGULA LA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

a) *Introducción*

De la mano de la Ley 27/2011, de 1 de agosto⁵⁸, el RD 1620/2011, impregnado por el espíritu del Convenio núm. 189, desde un enfoque multidimensional, busca la actualización del vetusto Real Decreto 1424/1985, de 14 de noviembre, de contenido anacrónico, teniendo en cuenta los acelerados cambios sociales, económicos y laborales producidos en los 25 años que los separan. Como apunta su preámbulo, más de dos décadas «(aconsejaban) una revisión en profundidad de esta normativa, para renovar y modernizar diversas instituciones jurídicas que las transformaciones sociales habidas en estos últimos tiempos y la evolución natural de las costumbres han dejado caducas». La norma reglamentaria, asumiendo los aspectos que propician un tratamiento diferenciado, busca que este sea justificado y razonable. En ningún caso, las singularidades inherentes a este tipo de trabajo pueden servir de causa para menguar las condiciones de trabajo de los empleados del hogar en comparación con aquellos otros que realizan una actividad encuadrada en las relaciones laborales comunes^{59, 60}.

Para conocer mejor el régimen especial de estos trabajadores, al tiempo de la aparición del Convenio núm. 189, en los siguientes apartados se abordará de manera singular el tratamiento de aquellas cuestiones que hemos considerado merecedoras de mayor atención bien por aportar mejoras al anterior régimen especial de los empleados del hogar, bien por resultar la nueva regulación planteada insuficiente.

venio núm. 189 –artículo 15–, se manifiesta una especial preocupación por parte del legislador por el supuesto en el que estos trabajadores «no son contratados directamente por los titulares del hogar familiar sino al servicio de empresas, ya sean personas jurídicas, de carácter civil o mercantil».

⁵⁸ Como queda puesto de manifiesto en el apartado quinto de su disposición adicional trigésimo novena: «El Gobierno procederá a modificar la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, con efectos de 1 de enero de 2012».

⁵⁹ En este sentido, GARCIA TESTAL, E., «Funciones y disfunciones de las relaciones laborales especiales: trabajadores domésticos en el ordenamiento interno y su protección internacional», en *Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios*, Cinca, Madrid, 2016.

⁶⁰ En esta línea, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1999 (Rec. 1972/1998) la cual dispuso que «[...] la aplicación de un régimen jurídico especial en el que se limita de forma importante la protección que el ordenamiento otorga a los trabajadores, no puede ser objeto de una interpretación extensiva».

A este respecto, a pesar de que podríamos decir que el contenido del Real Decreto 1620/2011, mayormente superaría los estándares mínimos previstos en el Convenio núm. 189 de la OIT, todavía el régimen jurídico de los empleados del hogar adolecía de carencias sustanciales que, como veremos, se intentaron superar, más de una década después, por el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar⁶¹.

b) *Aproximación conceptual*

Desde una elemental perspectiva de sistemática jurídica, la primera e ineludible tarea que acomete la norma es la definición de su ámbito de imputación normativa, esto es, la delimitación de aquella concreta y singular realidad social que se pretende juridificar; en este caso, la actividad al servicio del hogar familiar. En este sentido, la conceptualización que la nueva norma aporta es similar a la del texto anterior, si bien con ciertos matices, reflejo de la necesaria actualización de este. A este respecto, cuando la nueva disposición se refiere a la persona objeto de cuidado, opta por hacerlo de manera extensiva; a este respecto, si el texto antiguo se refería «(al) cuidado o la atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio», el Real Decreto 1620/2011 alude «al cuidado de las personas que forman parte del entorno doméstico o familiar»⁶².

También apreciamos el interés del legislador por amoldar el texto a las nuevas circunstancias, principalmente, al nuevo concepto de hogar y, por ende, de familia, cuando en su artículo 1.3 conceptualiza la figura del empleador. Si bien la norma reglamentaria de 1985, entendía por titular del hogar familiar « el que lo sea efectivamente como el simple titular del domicilio, o lugar de residencia, en el que se presta el servicio doméstico, el nuevo texto, si bien mantiene lo dicho por esta, regula un supuesto específico acorde con los nuevos tiempos; en particular, se refiere a cuando esta prestación de servicios se realiza para dos o más personas que, sin constituir una familia ni una persona jurídica, convive en la misma vivienda. Para estos casos, la norma

⁶¹ Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar (BOE núm. 216, de 8 de septiembre de 2022).

⁶² PEREZ AGULLA, S., «Tratamiento del tiempo de trabajo en el empleo doméstico» en VV. AA., *El nuevo régimen jurídico de las empleadas del hogar*, CUADROS GARRIDO, E., SELMA PENALVA (dirs.), Colex, 2023.

entiende que deberá asumir la condición de titular del hogar familiar «la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación de tales personas, que podrá recaer de forma sucesiva en cada una de ellas». Al hilo de este asunto, debemos subrayar que la legislación nacional enfrenta con valentía el termino empleador, a diferencia de la norma internacional que omite cualquier referencia a él, ello debido a la falta de consenso entre los países miembros, los cuales, en sus legislaciones nacionales recogían una multiplicidad de conceptos para referirse al empleador doméstico –como así queda constatado en los informes preparatorios del Convenio núm. 189–.

c) *Condiciones laborales de los empleados del hogar*

a. *Obligaciones contractuales*

Respecto de esta cuestión son varias las novedades destacables. En primer lugar, en cuanto al ingreso al trabajo –artículo 4–, se permite, junto a la contratación directa y la utilización del servicio público de empleo, la intervención de agencias de colocación debidamente autorizadas; en todo caso, estas deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo conforme a lo dispuesto por el artículo 22 bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, bajo la rúbrica «Discriminación en el acceso al empleo». Cotejando lo aquí establecido con lo fijado por el Convenio núm. 189 en su artículo 15, señalar que la norma internacional se muestra especialmente exigente con los países miembros al requerir de ellos la toma de medidas encaminadas a proteger contra prácticas abusivas de las agencias de empleo privadas, cosa que no hace la legislación nacional.

En cuanto a la modalidad del contrato –artículo 5.1– si bien mantiene el acuerdo verbal, al igual que hiciera la norma de 1985 –artículo 4.1–, deberá celebrarse por escrito cuando así lo exija una disposición legal, cuando los contratos de duración determinada tengan una duración igual o superior a cuatro semanas o cuando alguna de las partes lo solicite. Al mismo tiempo, en defecto de pacto escrito, incluye la presunción de carácter indefinido y jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios –artículo 5.2–.

Por último, supuso un avance hacer partícipe a los miembros de este colectivo del derecho relativo a ser informados de los elementos esenciales del

contrato de trabajo, conforme al Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio⁶³. A pesar del adelanto, debemos reseñar que el precepto solo garantiza dicha información cuando contrato supere cuatro semanas, proceder contrario a lo dispuesto por el artículo 7 del Convenio núm. 189 que, en ningún caso, establece límites temporales al ejercicio del derecho de los empleados domésticos a ser informados sobre sus condiciones de empleo.

b. Extinción contractual

En cuanto a la extinción del contrato que vincula al trabajador doméstico con su empleador, el artículo 11.2 del RD 1.620/2011 comienza remitiéndose al artículo 49 ET, excepto en aquellas causas previstas en las letras h), i) y l); en particular, el precepto se refiere como supuestos excluidos la fuerza mayor, el despido colectivo y el despido por causas objetivas. En cuanto al primero de ellos, es decir, la fuerza mayor, entendemos desacertado por ser una causa posible en la esfera del trabajo doméstico; es más, debemos recordar que la norma reglamentaria de 1985 sí contemplaba este motivo como causa de extinción –artículo 9.8–. En segundo lugar, si nos referimos el despido colectivo, es cierto que la necesidad de que afecte a un número determinado de trabajadores justifica que el trabajo doméstico quede apartado de esta causa de extinción. Por el contrario, en cuanto al motivo recogido en la letra l, es decir, el despido por causas objetivas legalmente procedentes, si leemos con detenimiento las causas que lo avalan en el artículo 52 ET, llegamos a la conclusión de que la mayor parte ellas encajan con este tipo de trabajo, por ejemplo, la ineptitud del trabajador o las faltas de asistencia al trabajo justificadas e intermitentes; en este sentido, de nuevo, debemos señalar que la norma anterior se mostraba más clara en cuanto a las causas de extinción y, por qué no, más acertada.

No obstante, entendemos que estas carencias detectadas en el RD 1620/2011 quedan superadas al poder ser reconducidas por la controvertida extinción por desistimiento sin causa justificada –artículo 11.3–⁶⁴. Precisamente este motivo de extinción constituye una de las mayores desigualdades existente entre el régimen especial de los empleados del hogar y el régimen común aplicable al resto de trabajadores. Si bien hubiera sido deseable que la norma reglamentaria de 2011 hubiera suprimido esta forma discriminatoria de

⁶³ Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 1998).

⁶⁴ En este sentido, GARRIDO PÉREZ, E., «El trabajo en el hogar: un replanteamiento de su especialidad desde el punto de vista normativo y jurisprudencial», en *Mujer y Trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2003.

extinción, es cierto que, a través de ella, se incorporaron algunas garantías que dotaban de cierta protección al colectivo; por un lado, la exigencia al empleador de comunicar por escrito al trabajador doméstico su decisión, constanding, «de modo claro e inequívoco, (su voluntad) de dar por finalizada la relación laboral por esta causa» –artículo 10.2–; por otro, la ampliación de siete a doce días por año de servicio de la indemnización que el empleador deberá abonar íntegramente en metálico al empleado del hogar que viera como su relación laboral se extingue sin justa causa; de igual manera, en el caso de que la prestación de servicios hubiera superado la duración de un año, el empleador deberá conceder un plazo de preaviso cuya duración, computada desde que se comunique al trabajador la decisión extintiva, habrá de ser, como mínimo, de veinte días; en cuarto lugar, probablemente, inspirado en el contenido de la Recomendación núm. 201, en particular, en su numeral 18, referido a las empleadas domésticas internas, dispone que durante el período de preaviso el empleado que preste servicios a jornada completa tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo; del mismo modo, reflejo de la protección que las normas internacionales otorgan a los empleados internos, establece que la decisión extintiva no podrá llevarse a cabo entre las diecisiete horas y las ocho horas del día siguiente, salvo que la extinción del contrato esté motivada por falta muy grave a los deberes de lealtad y confianza.

En caso de incumplir tales requerimientos se presumirá que el empleador ha optado por el despido del trabajador y no por el desistimiento. En este caso, los efectos serán de mayor gravedad, como queda plasmado el apartado dos del artículo 11, encargado del supuesto referente al despido improcedente; en particular, «las indemnizaciones serán equivalentes al salario correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de doce mensualidades». No cabe pues que el empleador demuestre que su voluntad era desistir y no despedir⁶⁵.

En cuanto al desistimiento debemos destacar, como ya apuntábamos en líneas anteriores, constituye uno de los principales obstáculos, junto a la protección por desempleo, que dificultaron la ratificación del Convenio núm. 189. Acudiendo a la ya aludida disposición adicional segunda del RD 1620/2011, en cuanto a este asunto, se pretendió que el grupo de expertos, que debía constituirse de manera urgente, teniendo en cuenta los plazos a los que la disposición se refería, valorara la posibilidad «de incluir el desistimiento del empleador,

⁶⁵ En este sentido, CORDERO GORDILLO, V., *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar*, Tirant lo Blanch, 2014, Valencia.

entendido como pérdida de confianza en el empleado, en alguna de las causas comunes de extinción del contrato de trabajo establecidas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores». Se trata de una cuestión de difícil valoración teniendo en cuenta que la objetivación de la «pérdida de confianza» es de gran complejidad dada su amplitud conceptual, como analizaremos posteriormente.

En fin, tanta premura por parte del legislador choca con la realidad, ya que los poderes públicos, durante un largo plazo, nada hicieron para la consecución de estos avances requeridos por la OIT a partir de la norma internacional.

Otra cuestión abordada por el RD 1620/2011, de manera similar a la norma de 1985, es la extinción por despido disciplinario; en este sentido, el legislador opta por exigir al empleador que se lleve a cabo por escrito, así como por remitir de manera expresa al Estatuto de los Trabajadores –artículo 54 ET– en cuanto a las causas que motivan la extinción –artículo 11.2–. Debemos destacar, como hemos visto en líneas anteriores, que, si bien el legislador en caso de declaración de despido disciplinario improcedente prevé una indemnización ante tal supuesto, nada dice, como ocurre en el régimen común, de la posibilidad de readmisión de trabajador por elección del empleador. Ante esta divergencia, la jurisprudencia se pronunció, entendiendo la misma en base a las singularidades de la propia relación laboral especial⁶⁶.

c. Salario

De manera próxima a la legislación anterior, el RD 1620/2011 garantiza el cobro del Salario Mínimo Interprofesional a los trabajadores domésticos, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el ordenamiento laboral común –artículo 8.1–. Se trata de una cuestión que preocupaba especialmente al legislador internacional que, como ya hemos señalado, exigía en el artículo 11 del Convenio núm. 189 la adopción por parte de los estados miembros, de medidas para asegurar que los trabajadores domésticos se beneficien de un régimen de salario mínimo.

Además, como hiciera la disposición internacional, así como la legislación nacional anterior, presta especial atención al pago en especie, tan frecuente entre los empleados domésticos internos –artículo 8.2–, si bien lo hace de manera más garantista frente a las normas anteriormente referidas. En este sentido, el legislador del Real Decreto de 2011 se muestra especialmente protector al disponer dos límites en cuanto al pago en especie –normalmente alojamiento o manutención–. A pesar de que el descuento, en principio será el dispuesto por

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, 5 de junio 2002 (R. 2506/01)

las partes, quedaría condicionado, por un lado, a que el pago en metálico fuera, al menos, de la cuantía del salario mínimo interprofesional en cómputo mensual; por otro, a que la retribución es especie no superara, en ningún caso, el 30 por 100 de las percepciones salariales, esto es, el límite establecido con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores⁶⁷. En relación con esto último, el Convenio núm. 189 renuncia a establecer un límite concreto, mientras la norma de 1985 disponía que «la suma de los diversos conceptos pueda resultar un porcentaje de descuento superior al 45 por 100 del salario total».

Otra novedad hace referencia a los incrementos salariales; en este sentido, la norma anterior entendía que los trabajadores domésticos tenían derecho a un incremento del salario en metálico de un 3 por 100 del mismo por cada tres años naturales de vinculación con un empleador, con un máximo de cinco trienios. La norma 2011 abandona por obsoleta esta regla que unía el incremento salarial a la antigüedad del trabajador, reenviando, en defecto de pacto, el incremento aplicable al que conste en la estadística de los convenios colectivos del mes en que deba efectuarse la revisión. Respecto de esta cuestión, el Convenio núm. 189 no se pronuncia al respecto.

Si bien celebrábamos los avances alcanzados, en especial, el relativo al tratamiento otorgado al salario en especie, debemos resaltar que desde el momento que entró en vigor el RD1620/2011 fue cuestionada la exclusión del colectivo de la protección por el Fondo de Garantía Salarial. Así se desprende de su artículo 3, que, tras proclamar el carácter supletorio del Estatuto de los Trabajadores, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación, incorpora una cláusula mediante la cual de manera expresa deja a los empleados domésticos fuera de dicho amparo.

d. Tiempo de trabajo

En cuanto al tiempo de trabajo de estos empleados al servicio del hogar, el legislador afrontó su regulación teniendo presente su objetivo prioritario: acercar al colectivo, en la medida de lo posible, el régimen común del Estatuto de los Trabajadores.

En primer lugar, debemos destacar, como avance significativo, que la fijación del horario se hará por acuerdo entre las partes –artículo 9.1– y no «libremente por el titular del hogar familiar», como decía el artículo 7 del RD de 1985.

⁶⁷ Límite incorporado por la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE núm. 227, de 18 de septiembre de 2010).

También en positivo se amplía el descanso diario entre una jornada y otra a 12 horas.

En cuanto al descanso semanal, con la norma de 2011, pasó a ser de treinta y seis horas consecutivas frente a la disposición de 1985, con la que, si bien los trabajadores podían disfrutar del mismo periodo de descanso, solo se garantizaba la consecutividad de 24 horas. Precisamente, este límite nos recuerda a lo dispuesto por el Convenio de la OIT –artículo 10.2–, el cual exige que este periodo de descanso «(sea) al menos de 24 horas consecutivas». Precisamente, en conexión con la norma internacional, en lo relativo a las vacaciones, debemos destacar que tanto la legislación nacional –artículo 9.b)– como el Convenio núm. 189 –artículo 9.7– inciden en un mismo derecho, si bien lo hacen de manera dispar. En este sentido, a pesar de que ambas normas proclaman que los empleados del hogar, durante sus vacaciones, no están obligados a residir en el domicilio familiar o en el lugar a donde se desplace la familia o alguno de sus miembros, el Convenio extiende el derecho a los períodos de descanso diarios y semanales; en cuanto al alcance subjetivo del mismo, mientras la norma internacional se refiere únicamente a los empleados del hogar internos, en el RD 1620/2011, alcanza al colectivo en general.

Respecto a las horas extraordinarias, fiestas y permisos⁶⁸ la norma reglamentaria de 2011, en aras de acabar con tratamientos singulares, sin causa que los justifique, remite a lo dispuesto en los artículos 35 y 37 ET, respectivamente. No obstante, a pesar de este tratamiento equitativo, debemos poner de manifiesto que, respecto del primero de los preceptos indicados, el RD 1620/2011 aparta a los empleados domésticos de lo dispuesto en su apartado quinto. Se trata de una exclusión coherente, teniendo en cuenta que los empleados del hogar quedaban fuera de la obligación del registro de jornada –artículo 34.9 ET–, cuestión a la que, precisamente se refiere la disposición marginada. A propósito de este mecanismo de control, a partir de la disposición final quinta del RD-ley 16/2013, se produce la adicción de un nuevo apartado, el 3bis, mediante el cual se pone de manifiesto que los empleados domésticos a tiempo parcial también quedan extramuros de dicha exigencia. En este sentido, no podemos olvidar que la Recomendación 201 de la OIT respalda la necesidad de establecer un registro en el que quede computado el tiempo de trabajo real de los trabajadores al servicio del hogar; no obstante, consciente el artífice de la nor-

⁶⁸ El Proyecto de Ley de Familias, publicado en el BOCG de 14 de abril de 2023 introduce cambios significativos en cuanto a la regulación de permisos laborales, contempla una serie de permisos retribuidos por motivos familiares y de cuidado que afectan a los trabajadores en general y, por tanto, también tienen incidencia en el ámbito del trabajo doméstico. PÉREZ CAMPOS, A. I., «La configuración jurídica de los permisos retribuidos en el empleo doméstico» en VV. AA. *conceptualizacio*209.

ma no vinculante de las dificultades que dicho control entraña, incita a los estados miembro a que se planteen la posibilidad de elaborar orientaciones prácticas a este respecto.

En este somero repaso a la regulación de las condiciones de tiempo de trabajo del colectivo, debemos destacar, de manera negativa, que el RD 1620/2011 no aclara lo que se considera «tiempo de presencia», esencial en la actividad desarrollada por estos trabajadores; esta oscuridad conceptual contrasta con el Convenio núm. 189 que sí aporta un concepto definitorio del mismo: «los períodos durante los cuales los trabajadores domésticos no disponen libremente de su tiempo y permanecen a disposición del hogar para responder a posibles requerimientos de sus servicios». Si bien debiera ser revisada esta carencia, no podemos pasar por alto que el legislador de la norma reglamentaria de 2011, frente al artífice de la disposición anterior, sabedor de que estos periodos de tiempo resultan indisponibles para los empleados, reclama su compensación. Si bien traslada tan importante cuestión a lo que acuerden las partes, este amplio margen de actuación queda constreñido por lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 9, cuando se refiere a que «salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, las horas de presencia no podrán exceder de veinte horas semanales de promedio en un periodo de referencia de un mes y se retribuirán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias».

e. Derecho a la seguridad y salud en el trabajo

Tradicionalmente, los trabajadores domésticos han quedado extramuros de la normativa preventiva; no solo el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, núm. 155, 1981 permitía «excluir parcial o totalmente de su aplicación a categorías limitadas de trabajadores respecto de las cuales se presenten problemas particulares de aplicación –artículo 2.1–, sino que, de igual manera, les dejaba fuera de la esfera aplicativa la Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo⁶⁹ –artículo 3.a)–. Ante estos antecedentes, no es de extrañar que la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales⁷⁰ procediera del mismo modo al

⁶⁹ Vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1991) «La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español», *Relaciones Laborales*, núm. 8, 1991.

⁷⁰ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (BOE núm. 269, 10 de noviembre de 2011).

señalar que «la presente Ley tampoco se aplicará a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar». A pesar de ello, el titular del hogar familiar queda obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene –artículo 3.4–.

Así las cosas, el RD 1620/2011 tomaría esta última cláusula para reproducirla en su artículo 7.2, en el cual se incide en la obligación del empleador de «cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico»⁷¹. No podemos pasar por alto que, poniendo en conexión lo aquí dispuesto con el apartado primero del mismo precepto, la obligación del empleador, por ende, el derecho de los trabajadores domésticos, ya se habían tenido presente cuando el artículo 7.1 remite a lo dispuesto por los artículos 4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores; en particular, al apartado segundo, letra de d) del artículo 4 cuando se refiere al derecho de los trabajadores «a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales».

Por otro lado, debemos destacar que el RD 1424/1985 también recogía dicha obligación del titular del hogar familiar –artículo 13–. Es más, tanto la disposición de 2011 como la de 1985 coincidían a la hora de prever el posible incumplimiento de dicha obligación, si bien lo hacían de un modo desacertado, ya que, en ningún caso, se establecían las posibles consecuencias sancionadoras de la inobservancia del empleado, limitándose, ambas normas, a establecer que «el incumplimiento grave de estas obligaciones será justa causa de dimisión del empleado».

Así pues, a pesar de que el RD 1620/2011, en principio, proclamaba el derecho a la seguridad y salud de estos trabajadores, el hecho de que los empleados del hogar quedaran situados extramuros de la Ley 31/1995, implicaba que no se beneficiaran del conjunto de elementos de garantía de la prevención de riesgos laborales; véase, la evaluación de riesgos, la planificación preventiva o la vigilancia de la salud de estos trabajadores respecto a los riesgos inherentes al trabajo doméstico⁷².

⁷¹ Véase la STSJ del País Vasco de 4 de noviembre de 2003, recurso 1857/03, en la que se resuelve declarando que no hay responsabilidad del empresario ya que «no incurrió en ningún ilícito laboral puesto que no se acredita la existencia de norma alguna que le obligara [...] a facilitar a la demandante algún tipo de calzado especial o a construir en el jardín de su casa un camino o sendero de piedra. Así, pese existir un daño para la trabajadora, faltan los requisitos del incumplimiento empresarial y, por tanto, de la relación de causalidad entre éste y el daño producido».

⁷² SANZ SAEZ, C., «La exclusión de la prevención de riesgos laborales de la relación laboral especial el trabajo doméstico: análisis crítico de las posibles razones», en *Lan Harremanak*, núm. 44, 2020, p. 99.

Por otra parte, recordando lo dispuesto por el Convenio núm. 189, el legislador internacional insta a los países miembros a que tengan en cuenta, precisamente, las singularidades del colectivo, a la hora de adoptar, en conformidad con la legislación y la práctica nacionales, medidas eficaces a fin de garantizar la seguridad y la salud en el trabajo de los integrantes de este colectivo. Como ya pusieramos de manifiesto en anteriores líneas, la dificultad de su regulación precisamente motivada por los peculiaridades de este tipo de trabajo, hacen que el legislador de la norma internacional actúe con cierta prudencia cuando se refiere a la aplicación progresiva de dichas medidas, la cuales deberán ser adoptadas «en consulta con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y con organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, cuando tales organizaciones existan».

Por todo ello, la materia preventiva será una de las cuestiones que, tras la ratificación del Convenio núm. 189, como veremos, debía de ser objeto de revisión, ya que, las particularidades del colectivo no son criterios objetivos que justifiquen tal desigualdad en el tratamiento del derecho a la seguridad y salud laboral de estos trabajadores.

f. Otras cuestiones

En primer lugar, debemos destacar que, a diferencia de lo establecido por el Convenio núm. 189, el RD 1620/2011, al igual que la norma anterior, ignora por completo el tratamiento de los derechos colectivos de los empleados del hogar, ya de por sí de ejercicio complejo teniendo en cuenta las singularidades de esta prestación de servicios; no obstante, ante este vacío legal, será de aplicación con carácter supletorio lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores –artículo 3.b)–.

Por el contrario, sí tiene presente el legislador de la norma reglamentaria de 2011 el control del cumplimiento de lo fijado en esta disposición por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en su artículo 12. Se trata de un precepto parco, el cual se limita a remitir al organismo inspector el control de la regulación de esta relación laboral, así como a la norma que, en ese momento, se encargaba de su tratamiento –Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁷³–. Con este pro-

⁷³ Actualmente, la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015).

ceder aséptico pareciera que el artífice del RD 1620/2011, consciente de la complejidad de dicho control debido a las particularidades propias del trabajo doméstico, prefiriera pasar de puntillas sobre este asunto; al menos, la norma anterior profundizaba en la cuestión al apuntar que la vigilancia por parte de la Inspección «solo podrá realizarse salvaguardándose los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al debido respeto a la intimidad personal y familiar». Por otra parte, hay que destacar que el Convenio núm. 189, en su artículo 17, se muestra, indudablemente, más ambicioso; no solo exige a los países miembros el establecimiento de mecanismos de queja, garantes del cumplimiento de la legislación nacional, sino también la toma de medidas dirigidas a «especificar las condiciones con arreglo a las cuales se podrá autorizar el acceso al domicilio del hogar, en el debido respeto a la privacidad»⁷⁴.

2. Impacto de la crisis pandémica en las personas empleadas del hogar

Sería la crisis pandémica y sus efectos la que haría despertar al legislador de su largo letargo en cuanto a la protección requerida por este colectivo tradicionalmente vilipendiado. Habiendo quedado patente hasta qué punto son precarias las condiciones de empleo y protección social de sus miembros, mayoritariamente, mujeres, inmigrantes, los poderes públicos se vieron obligados a otorgar amparo a estas trabajadoras que, a consecuencia de la COVID 19, se vieron despojadas, de un día para otro, no solo de su empleo, sino incluso de su vivienda, en el caso de las trabajadoras domésticas internas⁷⁵. Además, no solamente quedó revelada su situación de precariedad laboral, sino también su imprescindible papel no solo para el mercado de trabajo español, sino también para un número ingente de familias que tomaron conciencia de la importancia de estas trabajadoras en el desarrollo de sus vidas.

Ante esta situación, el legislador, ante la rápida propagación de la pandemia, se vio obligado a adoptar medidas urgentes «con el objetivo de amortiguar el impacto de esta crisis sin precedentes» como quedó reflejado en el RDL 11/2020, 31 marzo⁷⁶. En particular, consciente de la especial vulnera-

⁷⁴ Se tratan éstas de relaciones que se desarrollan en el seno del ámbito privado, donde la inspección de trabajo tiene un papel regulador sumamente limitado. De ahí que resulte muy complicado denunciar las ilegalidades debido a la inviolabilidad del hogar (centro de trabajo). LÓPEZ INSUA, B., «Migraciones y trabajo invisible tienen nombre de mujer», Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 205, 2018.

⁷⁵ PARELLA RUBIO, S., «El sector del trabajo del hogar y de cuidados en España en tiempos de COVID-19», *Anuario CIDOB de la Inmigración 2020*, enero de 2021.

⁷⁶ RDL 11/2020, 31 marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE núm. 91, de 1 de abril de 2020).

bilidad en la que se encontraban las empleadas del hogar, al no disponer de derecho a la prestación por desempleo, se crea un subsidio extraordinario temporal⁷⁷ del que se podrán beneficiarse ante la falta de actividad, la reducción de las horas trabajadas o la extinción del contrato como consecuencia del COVID-19 –artículo 30–. La cuantía del subsidio se hacía depender de la retribución recibida con anterioridad a la pandemia, así como de la reducción de actividad sufrida, exigiéndose una prueba acreditativa de la misma –artículo 31–. Este subsidio era compatible con el mantenimiento de otras actividades y la cuantía máxima a recibir era el SMI sin pagas extraordinarias –artículo 32–.

3. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 24 de febrero de 2022⁷⁸

Aunque la situación pandémica sacó a la luz la ya conocida por todos, aunque ignorada, precariedad laboral de estas trabajadoras, sería un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que pondría a los poderes públicos en una encrucijada, viéndose obligados a dar respuesta a una situación obviada durante años sobre la base de justificaciones carentes de peso; concretamente, la exclusión de las empleadas domésticas del derecho a la prestación por desempleo.

Se trata de un nuevo revés del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) al sistema español de Seguridad Social, el cual volvió⁷⁹ a ser considerado por el órgano judicial disconforme con el imperativo comunitario de no discriminación indirecta por razón de género^{80, 81}.

⁷⁷ Vid. SANZ SÁEZ, C., «Sobre el subsidio extraordinario para las empleadas de hogar en la crisis del COVID-19», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 67-68, 2020; ÁLVAREZ CORTES, J. C., «El subsidio extraordinario para personas empleadas del hogar familiar: una protección «asistencializada» e imperfecta. A propósito del Real Decreto-Ley 11/2020 y la Resolución de 30 de abril de 2020 del Servicio Público de Empleo Estatal». *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*, 233, 2020.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 24 de febrero de 2022, Asunto CJ contra Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), (C-389/20).

⁷⁹ Valga como muestra la Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2017, C-98/15, asunto María Begoña Espada Recio.

⁸⁰ MIÑARRO YANINI, M., «Lucha por el derecho y prestación por desempleo de las empleadas de hogar: ¿fin de trayecto? A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 24 de febrero de 2022», *CEF Laboral Social*, 2022. DOI: <https://www.laboral-social.com/prestacion-desempleo-empleadas-hogar-miradas-juridico-laborales-cef-udima-dia-internacional-mujer-2022.html>

⁸¹ Causa cierta vergüenza que a estas alturas el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenga que censurar al legislador español por una discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras tan flagrante como la exclusión de la protección por desempleo en el Sistema especial de la Seguridad Social del servicio del hogar familiar. GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, I., «La STJUE de 14 de febrero de 2022 (Asun-

A pesar de encontrarnos ante un hito jurídico, de relevancia incontestable, teniendo en cuenta la extensión del estudio, ahondaremos de manera sucinta en el pronunciamiento, esbozando las principales conclusiones a las que llegó el TJUE, en respuesta a una cuestión prejudicial, elevada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo; concretamente, en esta se planteaba, como veremos en las siguientes líneas, la posible discriminación indirecta presente en la regulación del sistema especial de las empleadas del hogar.

En cuanto a los hechos que rodean al supuesto en cuestión, debemos señalar, de manera resumida, que una trabajadora doméstica presentó ante la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) una solicitud de cotización a la protección por desempleo con el fin de adquirir el derecho a la correspondiente prestación. Su empleador estaba dispuesto a abonar la cotización solicitada. Ante la negativa por parte de la Entidad, la empleada optó por recurrir ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo, alegando, en esencia, que la legislación nacional dejaba a los empleados de hogar en una situación de desamparo cuando su relación laboral se extinguía por causas que no les eran imputables. Además, ponía de relieve que esta situación se traducía no solo en la imposibilidad de acceder a la prestación por desempleo, sino también a cualquier otra ayuda social que exigiera el agotamiento de esta.

Una vez analizada la demanda, el órgano judicial consideró razonable plantear la cuestión prejudicial, a fin de que el TJUE interpretara la Directiva 79/7/CEE del Consejo, sobre igualdad en materia de seguridad social, para determinar si, en este asunto, existía o no, una discriminación indirecta por razón de sexo, prohibida por dicha norma comunitaria⁸².

Tras haber comprobado el trato desigual que venían sufriendo las empleadas del hogar, así como la inexistencia de justificación razonable, el Tribunal concluyó que el artículo 251.d) de la Ley General de la Seguridad Social resultaba indirectamente discriminatorio y, contrario, al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, precepto el cual «se opone a una disposición nacional que excluye la prestación por desempleo a las empleadas del hogar, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con

to C-389/20) y el derecho de las empleadas del hogar a la protección por desempleo», Asociación española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. DOI: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/Brief-STJUE-24-02-2022-desempleo-empleadas-hogar-IGRR-AEDTSS-1.pdf>.

⁸² Resulta inexcusable la lectura de las conclusiones del Abogado General *Maciej Szpunar* en torno a esta cuestión prejudicial, presentadas el 30 de septiembre de 2021. DOI: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=246805&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2615759>.

respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo⁸³.

Tras dicha sentencia, aplicando la doctrina del TJUE, se pronunció el órgano remitente con fecha 17 de marzo de 2022.

IV. RATIFICACIÓN DEL CONVENIO NÚM. 189 DE LA OIT Y RESPUESTA NORMATIVA POR PARTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. Ratificación del Convenio núm. 189 de la OIT

Tras el pronunciamiento del TJUE era evidente que los poderes públicos no podían mantenerse desconectados de una realidad social que, a pesar de conocer, habían optado por ignorar en base a fundamentos carentes de respaldo jurídico; después de esta resolución era el momento de tomar decisiones tendentes a poner fin a esta exclusión discriminatoria injustificada e inaceptable⁸⁴. Además, la no ratificación por España del Convenio núm. 189, en vigor desde el 5 de septiembre 2013, situaba a nuestro país fuera del marco protector internacional que desde la OIT se había fijado para este colectivo tradicionalmente infravalorado, excluido, mayoritariamente, del alcance de las legislaciones laborales; a partir de esta sentencia, resultaba inexcusable activar su ratificación, que, a su vez traería consigo la necesaria regulación de los asuntos, tantas veces abordados en el estudio, que quedaron pendientes en la legislación nacional de 2011.

Por todo ello, como no podía ser de otro modo, se tomaron decisiones tan esperadas como pertinentes. En primer lugar, con el voto a favor de todos los Grupos Parlamentarios, el 9 de junio de 2022, se aprobó por el Congreso de los Diputados la ratificación por España del Convenio núm. 189. Nueve meses después, prosiguiendo con la tramitación, el día 28 de febrero de 2023, se produjo el depósito de los instrumentos de ratificación de la norma internacional ante Gilbert F. Hounghbo, director general de la OIT, como así reclaman los artículos 20 y 21.1 de la norma internacional⁸⁵. Teniendo ello presente, de

⁸³ Vid. LÓPEZ INSUA, B., MONEREO PÉREZ, J. L., «Discriminación indirecta y reconocimiento de las prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar: un punto de partida para la consecución de una plena igualdad», *La Ley Unión Europea*, núm. 101, marzo 2022.

⁸⁴ Como dijo la Prof.^a MIÑARRO YANINI, «ha terminado el tiempo de conjeturas y toca pasar a la acción. Así, en palabras del abogado que defendió el caso «no se le puede dar más vueltas a este tema, el Gobierno tendrá que regularlo». Cit. MIÑARRO YANINI, M., «Lucha por el derecho y prestación por desempleo...».

⁸⁵ Instrumento de adhesión al Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, hecho en Ginebra el 16 de junio de 2011 (BOE núm. 79, de 3 de abril de 2023).

conformidad con el artículo 21.3 del Convenio, entrará en vigor para España el 29 de febrero de 2024. A pesar de que, como apuntamos en anteriores líneas, hasta el próximo año el ordenamiento jurídico español no queda obligado, este se adelantó a la ratificación mediante la adaptación del contenido del Convenio núm. 189 a la normativa interna española aprobando el RD-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar⁸⁶.

2. La adecuación normativa española al Convenio núm. 189: el Real Decreto- ley 16/2022, de 6 de septiembre de 2022

A. INTRODUCCIÓN

Como viene siendo frecuente en el elenco de normas que en los últimos años se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, el RD-ley 16/2022 cuenta con un preámbulo extenso, en el que el legislador se recrea de manera minuciosa en el largo camino recorrido por los empleados domésticos hasta alcanzar la equiparación de sus condiciones de trabajo y de Seguridad Social a las del resto de los trabajadores asalariados. Precisamente, este es el objetivo prioritario de la norma de urgencia que, conocedora de la vulneración del principio de igualdad de trato por parte de la legislación nacional, establece un conjunto de medidas dirigidas a poner fin tratamientos diferenciados carentes de justificación; especialmente, pone de relieve la necesidad de corregir la desvalorización del trabajo doméstico «que se ha mantenido en las conciencias y también en las normas, y que es necesario corregir porque infravalora un trabajo desempeñado histórica y mayoritariamente por mujeres, contribuyendo a la perpetuación de estereotipos y al agravamiento de la brecha de género».

De igual manera, como ya hicieran normas anteriores, aprovecha su contenido para introducir disposiciones en las que se abordan cuestiones que nada tienen que ver con la temática principal a tratar; valga como muestra, aquellas en materia de transportes como la disposición transitoria quinta que se ocupa del régimen de devolución de importes aplicable a los títulos multiviaje de los servicios AVANT entre Ourense y A Coruña y Madrid-Salamanca. También, como viene siendo habitual, justifica el uso del real decreto-ley apelando a la necesaria inmediatez de la entrada en vigor de la norma. En este sentido, el motivo principal al que aduce es la traslación al ordenamiento jurídico español

⁸⁶ RDL 16/2022, de 6 de septiembre de 2022, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar (BOE núm. 216, d 8 de septiembre de 2022).

de lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 24 de febrero de 2022⁸⁷.

En otro orden de cosas, en este apartado introductorio, debemos advertir que la norma introdujo modificaciones y nuevas obligaciones, las cuales tendrían efecto a partir de distintas fechas. Con referencia a la terminología empleada, parece no del todo acertada la locución «al servicio del hogar» de la que pudiera inferirse el tradicional trato peyorativo hacía el colectivo, con el que, precisamente, se pretende acabar, tanto a nivel internacional como desde nuestro ordenamiento jurídico. Además, a pesar de utilizar, mayoritariamente, desde una perspectiva de género, bien conceptos neutros o directamente feminizados, todavía, el legislador se deja llevar por la inercia y continúa abusando del masculino como genérico, por ejemplo, cuando se refiere al «empleador». Es evidente que, tal proceder, afianza estereotipos, los cuales, precisamente, han pretendido ser eliminados por las copiosas normas laborales dictadas en los últimos años.

En cuanto al contenido del RD-ley, que será examinado en los siguientes apartados, una parte importante de sus disposiciones abordan cuestiones referentes a la protección social de las trabajadoras domésticas; destaca, como no podía ser de otro modo, la modificación que atañe al derecho a la prestación por desempleo. No obstante, otras cuestiones relevantes relativas a las condiciones de trabajo en las que desarrollan su labor también se verán afectadas por sustanciales mejoras, entre ellas, la esperada eliminación del desistimiento injustificado por parte del empleador. Además, en aras a la igualdad de trato entre los empleados domésticos y el resto de los trabajadores, la nueva norma proclama el carácter supletorio del Estatuto de los Trabajadores, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación⁸⁸.

B. PRINCIPALES MODIFICACIONES

a) *Derecho a la prestación por desempleo y a la indemnización por el FOGASA en el caso de insolvencia del hogar familiar*

En cuanto al primero de los derechos enunciados, a partir del artículo 3 RD-ley 16/2022, que vino a modificar el texto refundido de la Ley General de

⁸⁷ Llama la atención que también justifique su pertinencia cuando se refiere a otras cuestiones que nada tienen que ver con el trabajo doméstico; por ejemplo, cuando dispone que «el marco temporal establecido por el Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, para estas reducciones transitorias obliga a la aprobación de esta modificación por la vía de la extraordinaria y urgente necesidad».

⁸⁸ A partir del artículo quinto del RD Ley 16/2022 se modifica la letra b) del precepto número tres del RD 1620/2011.

Seguridad Social, se suprime el precepto concreto que establecía la exclusión de las empleadas de hogar de la protección por desempleo –artículo 251.d) LGSS–, incorporando en su artículo 267.1.a) el derecho a paro, tantas veces reclamado. De este modo la prestación por desempleo pasa a formar parte de la acción protectora del sistema especial de las personas trabajadoras al servicio del hogar y, por ende, obligatoria su cotización, como posteriormente veremos.

De la mano de la protección por desempleo, y, del mismo modo, con la intención de alcanzar el tan ansiado trato igualitario reclamado por el Convenio núm. 189, la norma de urgencia, a partir de su precepto número 2, modifica el artículo 33.2 ET con el fin de que las personas trabajadoras del hogar familiar gocen de la cobertura del Fondo de Garantía Salarial. En concreto, el FOGASA abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores en el caso de extinción del contrato por las causas previstas en el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011 al cual volveremos en el apartado oportuno. Si bien se trata de un avance indiscutible, la garantía será de menor cuantía al establecer que el límite será de «seis mensualidades sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias».

Como no podía ser de otro modo, a partir del precepto 4.2 del RD-ley de 2022, se introduce un nuevo apartado, en concreto, el número 6 al artículo 19 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

En definitiva, se trata de una modificación inexcusable, ya que, al igual que decíamos en cuanto a la prestación por desempleo, conectando con el trato igualitario que impregna el Convenio núm. 189, mantener dicho tratamiento exclusorio sería del todo contraria a la norma internacional; además, se trata de un asunto directamente abordado por la Recomendación 201 de la OIT, que si bien no vinculante, entiende que los Estados deben comprometerse «a asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones que no sean menos favorables que las que se apliquen a los demás trabajadores en general en lo relativo a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia o de fallecimiento del empleador».

En cuanto a la forma de realizar la cotización para acceder a tales prestaciones, se fijan criterios específicos para el cálculo de bases y tipos en la nueva redacción de la disposición transitoria 16.^a LGSS. A la par, la norma de urgencia, en su disposición transitoria segunda, referente a la cotización por desempleo y al FOGASA, establece reglas especiales aplicables hasta el 31 de diciembre de 2022. Así, en base a lo en ella dispuesto, se ha de entender que, a

partir del 1 de octubre de 2022, las personas incluidas en el sistema especial de personas trabajadoras al servicio del hogar familiar, con contratos vigentes en el momento de la entrada en vigor de la norma, han de comenzar a acumular cotizaciones, a efecto de ir generando progresivamente derecho a prestación conforme a la normativa general. Sin haberse previsto reglas transitorias, podríamos decir que se perpetuaba temporalmente la tradicional discriminación⁸⁹.

A este respecto, no podemos obviar que órganos judiciales, con anterioridad a la entrada en vigor del RD-ley, de acuerdo con lo establecido en la sentencia comunitaria, ya reclamaban la eliminación de estas dos singulares exclusiones de protección social. En este sentido, merece ser resaltada la Sentencia 91/2022, de 14 de marzo de 2022 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona, la cual considera que, teniendo presente la feminización acusada del colectivo, la previsión legal que recogía la exclusión de la protección por parte del FOGASA implica una discriminación indirecta por razón de sexo. Toman relevancia las palabras con las que concluye el pronunciamiento al disponer que «el hecho de que no se haya cotizado por dicha contingencia no impide su derecho a la misma porque, precisamente, no había cotizado al haber sido excluido por la norma». A este respecto, recuerda que la falta de cotización no ha impedido reconocer el derecho a la incapacidad a trabajadores extranjeros que estaban trabajando sin autorización.

Por otra parte, se incorpora una bonificación del 80 por ciento en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial, como así prevé la disposición adicional primera del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, tras su modificación por el artículo 6 del RD-ley 16/2022.

b) *Nuevas reglas de cotización en el Régimen especial de los empleados del hogar*

A este respecto, el artículo 3 de la norma de urgencia de 2022 actualiza la ya mencionada disposición transitoria decimosexta de la LGSS, incluyendo la nueva escala de retribuciones y bases aplicable durante el año 2023; si bien hasta el momento esta escala tenía 10 tramos, con la modificación pasó a 8 al eliminarse los dos más altos. La disposición advertía que los intervalos de retribucio-

⁸⁹ BENITO BENÍTEZ, M.ª A., «El reconocimiento de la protección por desempleo al servicio doméstico», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 5, 2022.

nes, así como las bases de cotización serían actualizados en la misma proporción que lo hiciera el salario mínimo interprofesional para el año 2023. En este sentido, debemos tener presente lo establecido en el artículo 15 de la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023^{90,91}.

Acompañando a lo aquí dispuesto, debemos destacar, como así establece la disposición final segunda del RD-ley, que a partir del día 1 de enero de 2023 las personas empleadoras asumirán las obligaciones en materia de cotización con relación a las personas trabajadoras al servicio del hogar que presten sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por persona empleadora y que hubieran acordado con esta última, con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, la asunción de las obligaciones en materia de encuadramiento y cotización⁹².

No podemos pasar por alto los beneficios en la cotización aplicables a este sistema especial⁹³. En este sentido, cobra especial protagonismo la disposición adicional primera de la norma de urgencia, en cuyo primer apartado se da cuenta, por un lado, del ya existente derecho de las personas que tengan contratada o contraten a una persona trabajadora al servicio del hogar a una reducción del 20 por ciento en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes; por otro, del derecho a una bonificación del 80 por ciento en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial, a la que anteriormente nos hemos referido. El apartado segundo de la disposición referenciada, «como

⁹⁰ Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023 (BOR núm. 26 de 31 de enero de 2023).

⁹¹ Actualizado por la Orden PCM/313/2023, de 30 de marzo, por la que se modifica la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023 (BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2023).

⁹² Ya no será posible, por tanto, que las personas trabajadoras asuman tales obligaciones, detectadas en la práctica situaciones en las que, ante la precariedad laboral característica de estas relaciones laborales especiales, las trabajadoras decidían no ingresar las cotizaciones empresariales pese a haberlas recibido por parte de sus empleadores/as. GRAU PINEDA, C., QUINTERO LIMA, M.^a G. «Hacia la desprecariación del trabajo al servicio del hogar familiar en el marco del trabajo decente», *post Foro de Labor*, 2022. DOI: <https://www.elforodelabos.es/2022/10/hacia-la-desprecariacion-del-trabajo-al-servicio-del-hogar-familiar-en-el-marco-del-trabajo-decente/>.

⁹³ Disposición adicional quinta RDL 16/2022. Evaluación de las nuevas bonificaciones en la cotización en el Sistema Especial para Empleados de Hogar.

El Gobierno desarrollará un análisis de las nuevas bonificaciones en la cotización en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, establecidas en la disposición adicional primera, a los dos años de la entrada en vigor de este real decreto-ley. Dicho análisis evaluará su eficacia y valorará la conveniencia de mantener los citados incentivos a la contratación.

alternativa a la reducción prevista en el párrafo primero del apartado anterior» recoge la bonificación del 45 por ciento o al 30 por ciento en la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes por la contratación de cuidadores en familias numerosas, siempre y cuando «cumplan los requisitos de patrimonio y/o renta de la unidad familiar o de convivencia de la persona empleadora en los términos y condiciones que se fijen reglamentariamente».

Esta última bonificación debemos ponerla en consonancia con lo establecido por disposición transitoria tercera del RD-ley, recientemente modificada de modo sorpresivo. Hasta la entrada en vigor de la norma de urgencia, en los términos previstos en el artículo 9 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre⁹⁴ daba derecho a una bonificación del 45 por ciento de las cuotas a la Seguridad Social a cargo del empleador, independientemente de la renta. A partir de la norma de urgencia de 2022, esta bonificación es suprimida, no obstante, en base a su disposición transitoria tercera, aquellas que se estuvieran aplicando el 1 de abril de 2023, mantenían su vigencia hasta la fecha de efectos de la baja de los cuidadores que den derecho a las mismas.

Pues bien, recientemente, «escondida» entre las diversas disposiciones finales de una norma cuyo contenido nada tiene que ver con el sistema especial para los empleados del hogar, hallamos la modificación del régimen transitorio de mantenimiento de los beneficios por la contratación de cuidadores en familias numerosas y la reducción en la cotización según la renta. En particular, este cambio queda reflejado en la disposición final undécima de la Ley 11/2023, de 8 de mayo⁹⁵ a partir de la cual, por un lado, se retrasa la entrada en vigor —«hasta un futuro desarrollo reglamentario o, en todo caso, el 1 de abril de 2024»— de la bonificación del 45 por ciento o del 30 por ciento en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes a la que nos hemos referido en líneas anteriores; por otro, se altera la redacción de la disposición transitoria tercera del RD-ley 16/2022, referente a las bonificaciones por la contratación de cuidadores en familias numerosas que se estuvieran aplicando el 1 de abril de 2023, quedando limitado el mantenimiento de su aplicación «desde el 1 de abril de 2023 hasta la entrada en vigor de la Ley 11/2023, de 8 de mayo», es decir, hasta el 10 de mayo de 2023. Entendemos que retrasar la entrada en vigor de estos beneficios y más de este modo

⁹⁴ Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003).

⁹⁵ Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos (BOE núm. 110, de 9 de mayo de 2023).

oscurantista, resulta del todo inoportuno teniendo en cuenta las acuciantes dificultades económicas a las que, actualmente, tienen que hacer frente las familias.

c) *Novedades en el régimen jurídico para la contratación*

En cuanto a la forma del contrato, a partir del artículo quinto de la norma de urgencia de 2022, se modifica el precepto número 5 del RD 1620/2011, en concreto, sus apartados 1, 2 y 4; la transformación de la letra de este artículo trae consigo cambios esenciales de cara a cumplir con las exigencias derivadas del Convenio núm. 189 en materia contractual.

En primer lugar, teniendo el legislador en mente la aproximación del colectivo al régimen jurídico común, da comienzo al precepto indicando que «la forma del contrato de trabajo se ajustará a lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores» –artículo 5.1–; en particular, entendemos que, con esta proclama, de manera implícita, se acercar al espíritu del RD 32/2021, de 28 de diciembre⁹⁶, que, persiguiendo la reducción de la temporalidad, entiende necesario simplificar los tipos de contratos, generalizar la contratación indefinida y devolver al contrato temporal la causalidad que se corresponde con la duración limitada.

En segundo lugar, conectando con lo dicho en líneas anteriores, el apartado segundo, tras la modificación, pasa a señalar que «salvo prueba en contrario, en defecto de pacto escrito, el contrato de trabajo se presumirá concertado por tiempo indefinido y a jornada completa». A este respecto, enfrentando ambas redacciones, es decir, la previa a la norma de urgencia con la por ella aportada, debemos destacar dos cuestiones. Por un lado, se opta por hacer desaparecer cualquier alusión expresa al contrato verbal –como sí hacían las normas precedentes–; en cuanto a esta cuestión, conviene recordar que la norma internacional, como ya vimos en el apartado pertinente, cuando se refiere a la forma del contrato en su artículo 7, si bien considera la escrita la modalidad idónea, la inclusión de la locución «cuando sea posible» flexibilizaba la obligatoriedad del requerimiento que el legislador del Convenio núm. 189 pretendía imponer. Por otro, la nueva redacción dispone que la presunción del carácter indefinido de la relación laboral se producirá cuando el contrato no se realice por escrito, cualquiera que sea la duración del mismo, esto es, se suprime el condicionante de que «la duración del contrato fuera superior a cuatro semanas».

⁹⁶ Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021).

En tercer lugar, en cuanto a la modificación sufrida por el apartado cuarto, el legislador de nuevo elimina la exigencia relativa a la duración del contrato cuando se refiere al derecho de los empleados del hogar a recibir información sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral. Cabe destacar el proceder acertado del artífice de la norma, puesto que, manteniendo la redacción anterior, actuaría de manera contraria a lo dispuesto por el artículo 7 del Convenio núm. 189, el cual, en ningún caso, exige una duración determinada del contrato para el ejercicio del derecho de los empleados domésticos a ser informados sobre sus condiciones de empleo.

d) *Novedades en el régimen jurídico para la extinción contractual*

Continuando con la modificación del Real Decreto 1620/2011, a partir del artículo quinto de la norma de urgencia, adquiere especial relevancia aquella que afecta a su artículo 11, precepto encargado de regular las peculiaridades extintivas de esta relación laboral especial. Mediante esta modificación se pretendía poner fin a las diferencias injustificadas, todavía existentes, entre los empleados domésticos y el resto de trabajadores por cuenta ajena, en particular, aquella referida al desistimiento unilateral y acausal por parte del empleador; como ya se ha puesto de manifiesto, si bien se trata de un asunto debatido desde hace más de una década, esta posibilidad continuaba arraigada en este régimen jurídico especial bajo el amparo de las singularidades del mismo.

Así el legislador, consciente de la necesidad imperiosa de la modificación del precepto que recogía las causas de extinción contractual, mediante el artículo 5, apartado tercero, del RD-ley 16/2022, procede a reformular el contenido del artículo 11 de la norma reglamentaria de 2011.

En este sentido, en la nueva redacción, si bien, al igual que en la anterior, se remite a la normativa común recogida en el Estatuto de los Trabajadores, el legislador, de manera acertada, opta por hacer desaparecer los supuestos específicos a los que aludía la legislación precedente; en particular, elimina, no solo la referencia expresa al artículo 49 ET, si no también, como no podía ser de otro modo, las causas previstas en las letras h), i) y l) del artículo 49 ET, es decir, fuerza mayor, el despido colectivo y el despido por causas objetivas.

Seguidamente, con el propósito de que, en ningún caso, las singularidades que caracterizan el empleo doméstico puedan servir de causa para menagrar las condiciones de laborales de los trabajadores domésticos en comparación con aquellos otros que realizan una actividad encuadrada en la relación laboral común –como así exige el Convenio núm. 189–, se habilita la decisión

extintiva por parte del empleador en base a unas circunstancias valorables objetivamente –artículo 11.2–. En particular, se refiere a:

La disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida –artículo 11.2.a)–.

La modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescinda de la persona trabajadora del hogar –11.2. b)–.

El comportamiento de la persona trabajadora que fundamenta de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora –artículo 11.2.c)–.

En cuanto a los dos primeros supuestos, es evidente que nos encontramos ante eventualidades objetivamente valorables. No es extraño, en la práctica, que se produzcan pormenores tales como la pérdida de trabajo de la persona empleadora –artículo 11.2. a)– o el fallecimiento del miembro de la unidad familiar del que se hacía cargo el empleado doméstico contratado –artículo 11.2. b)–. Por el contrario, el derivado del comportamiento de la persona trabajadora resulta altamente cuestionable. A este respecto, nos vemos obligados a señalar que el empleo por parte del legislador de un elemento jurídico subjetivo e indeterminado como es «la falta de confianza» podrá dar lugar a que la circunstancia recogida en la letra c) del apartado segundo del artículo 11 se convierta en un cajón de sastre en el que quepan múltiples supuestos de gravedad diversa, teniendo en cuenta la compleja e inexistente graduación de esta pérdida. O, lo que es peor, que bajo este apartado puede ocultarse el desistimiento indemnizado por parte del empleador, ya que, no podemos obviar que, como ya hemos apuntado, la falta de confianza, en principio, al tratarse de un elemento subjetivo, será el empleador quien, bajo su criterio, considere si la ha perdido o no, por lo que, podría parecer que bastaría la declaración del empresario para extinguir la relación de forma procedente. Además, no podemos olvidar que «la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo» es una de las causas que avalan el despido disciplinario en base a los artículos 49.1. k), y 54.2.d), como así quedó reflejado en la Sentencia del Tribunal Supremo 692/2022, de 22 de julio de 2022⁹⁷. En fin, sin miedo a equivocarnos, pronosticamos que esta previsión recogida en el apartado segundo letra c) del artículo 11 del RD 1620/2011 motivará una segura conflictividad judicial.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de julio de 2022 (núm. Rec. 701/2021).

Por otro lado, la nueva redacción otorgada al precepto indicado, fija, en caso de producirse la extinción por parte del empleador en base a alguna de las tres circunstancias anteriormente comentadas, diversas obligaciones para el empresario, si bien algunas de ellas son similares a las recogidas en la anterior normativa para el supuesto de desistimiento por su parte; esto es, por un lado, la obligación del empleador de comunicar por escrito a la persona empleada del hogar, de modo claro e inequívoco, su voluntad de dar por finalizada la relación laboral y la causa por la que se adopta dicha decisión; por otro, poner a disposición del trabajador doméstico una indemnización, en cuantía equivalente al salario correspondiente a doce días por año de servicio con el límite de seis mensualidades; finalmente, las exigencias relativas al pre-aviso así como la licencia de 6 horas semanales con el fin de buscar un nuevo empleo.

e) *Seguridad y salud en el trabajo*

Otra de las cuestiones que debía ser modificada para garantizar la consonancia del ordenamiento jurídico español con el Convenio núm. 189 de la OIT, era la concerniente a la seguridad y salud de estos trabajadores domésticos. Se trataba, como ya hemos apuntado, de un cambio inexcusable en aras de garantizar el trato igualitario de los empleados del hogar. Teniendo esto presente, el artículo primero de la norma de urgencia fue el encargado de suprimir el apartado 4 del artículo 3 de la Ley 31/1995, que dejaba al margen de la esfera aplicativa de la norma preventiva la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Con dicho cambio, al menos podemos celebrar que, teóricamente, estos trabajadores podrán beneficiarse del conjunto de elementos de garantía de la prevención de riesgos laborales, valga de muestra, la valiosa evaluación de riesgos o la vigilancia de la salud de estos trabajadores respecto a los riesgos inherentes de la actividad que desarrollan.

Además, cobra especial interés lo establecido por la disposición adicional decimoctava añadida a la norma preventiva, que, completando la supresión anteriormente aludida, proclama el derecho de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, en los términos y con las garantías que se prevean reglamentariamente. Resulta incuestionable que, en aras de dar cumplimiento al tratamiento igualitario perseguido por la norma internacional, el nivel de protección esperado deberá ser equivalente al de cualquier otro trabajador asalariado; no obstante, en este sentido, no podemos dejar de apuntar que los empleados del hogar siguen excluidos del recargo de prestaciones al no haber

sido modificado el RD 1596/2011⁹⁸, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales –artículo 3.2–. Asimismo, el legislador no olvida la feminización del colectivo por lo que opta por incluir la perspectiva de género en el contenido de la disposición adicional decimoctava –«en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres».

De igual manera, teniendo en cuenta el protagonismo de la mujer en el empleo doméstico, la disposición adicional cuarta del RD-ley 16/2022 propone la creación de una comisión para la integración de la perspectiva de género en el listado de enfermedades profesionales, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la norma de urgencia. En particular, a esta futura comisión se le encomienda la función de elaborar una propuesta de reforma del Real Decreto 1299/2006⁹⁹. En este sentido, en cuanto a las enfermedades profesionales propias del colectivo, debemos recordar que la Recomendación 201 de la OIT se encargaba del asunto cuando apelaba por el establecimiento de procedimientos de recopilación y publicación de estadísticas sobre enfermedades y accidentes profesionales relativos al trabajo doméstico.

Sin menospreciar la medida que esta disposición propone, debemos señalar que, como bien siendo habitual, el plazo otorgado ha sido incumplido, no sabiéndose nada a día de hoy de la creación de este órgano, el cual debiera quedar integrado por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, el Ministerio de Igualdad, a través del Instituto de las Mujeres, y el Ministerio de Sanidad, así como por las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

Es evidente que se trata de una cuestión que debe ser revisada a corto plazo, más teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de reconocer y calificar como enfermedades profesionales distintas dolencias padecidas a consecuencia de las tareas propias de las empleadas del hogar, véase, síndrome del túnel carpiano o bronquitis crónica, dos afecciones de alta prevalencia entre estas trabajadoras. Es más, debemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo 747/2022, de 20 de septiembre de 2022¹⁰⁰ que, abordando el

⁹⁸ Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar (BOE núm. 290 de 2 de diciembre de 2011).

⁹⁹ Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (BOE núm. 32 de 19 de diciembre de 2006).

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, 747/2022, de 20 de septiembre de 2022 (rec. 3353/2019).

asunto desde una perspectiva de género, pone de relieve que «En el cuadro de enfermedades profesionales (recogidas) en el apartado 2, letra d del RD 1299/2006– enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo; enfermedades por fatiga e inflamación de las vainas tendinosas, de tejidos peritendinosos e inserciones musculares y tendinosas –aparecen profesiones masculinizadas como pintores, escayolistas, montadores de estructuras [...], pero no aparecen contempladas profesiones muy feminizadas como las ligadas al sector sanitario y sociosanitario, limpieza y tareas administrativas. Teniendo ello presente, la Sala entiende que «la no inclusión en el citado RD de la profesión de limpiadora en el cuadro de profesiones que pueden resultar afectadas por una enfermedad profesional supone una discriminación indirecta».

V. REFLEXIONES FINALES

La no ratificación por parte de España del Convenio núm. 189, no significó la inobservancia de la mayor parte de los principios y derechos básicos por él establecidos; es más, el contenido del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, pronto superaría buena parte de los estándares mínimos previstos por la norma internacional. Ahora bien, por lo que toca a cuestiones tales como la exclusión de la prestación por desempleo o la legal aceptación del desistimiento acausal del empleador, no se entiende como, durante más de una década, se toleró el mantenimiento de una regulación que de manera flagrante vulneraba el principio de igualdad de trato entre los empleados domésticos y el resto de los trabajadores asalariados, es decir, el leitmotiv de la norma internacional de 2011. Ahora, tras la ratificación del Convenio y la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2022, no solamente se ha dado una mayor visibilidad al colectivo, sino que también, por fin, se han abordado los asuntos que, por su complejo tratamiento, durante más de dos lustros, propiciaron la parálisis legislativa a la que anteriormente nos referíamos. Como decimos, no podemos negar que la situación de las empleadas del hogar haya mejorado sustancialmente; no obstante, se debe poner de relieve que todavía quedan logros por alcanzar y cuestiones susceptibles de mejora al no haber sido abordadas con la claridad suficiente que su complejidad demandaba. A este respecto podemos referirnos al mantenimiento de desigualdades carentes de justificación como la detectada respecto de la cuantía de la indemnización garantizada por el FOGASA o al tratamiento razonablemente mejorable relativo al desistimiento por parte del empleador, el cual, probablemente, motivará conflictividad judicial

■ LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES...

En fin, aunque se trata de un punto de partida interesante respecto a cuestiones hasta el momento no abordadas legalmente, dejar su tratamiento sujeto a plazos cortos, en muchos casos ya incumplidos, o a un futuro desarrollo reglamentario, podría hacer que dicha regulación se dilata en el tiempo; valga como muestra, el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores domésticos. Además, no podemos negar la presencia de un escollo difícil de superar como es el sustrato cultural por el que las empleadas domésticas tradicionalmente han quedado relegadas a una situación de inferioridad.

VIOLENCIA Y ACOSO EN EL MUNDO DEL TRABAJO

MACARENA ÁNGEL QUIROGA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. *Perspectiva general.*—II. *Tratamiento jurídico actual del acoso moral en el trabajo en España.*—III. *El Convenio núm. 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.* 1. *Cuestiones sustantivas.* 2. *Obligaciones de los Estados miembros.* 3. *Mecanismos de control y reparación.*—IV. *La Recomendación núm. 206 de la OIT.*—V. *Reflexión final: implicaciones del Convenio núm. 190 de la OIT para España.*

I. PERSPECTIVA GENERAL

Tanto la violencia, en general, como el acoso moral laboral o *mobbing* en particular, son fenómeno que han acompañado a la realización y el desarrollo del trabajo a lo largo de toda la Historia, si bien con mayor incidencia en el pasado que en la actualidad, y con mayor propensión en unas profesiones que en otras. Según el Diccionario de la Real Academia ¹, es violento quien *actúa con ímpetu y fuerza y se deja llevar por la ira*. Asimismo, según su cuarta acepción, *implica el uso de la fuerza, física o moral*. La violencia, por tanto, supone un actuar impetuoso, llevado por la ira y el uso de la fuerza, de manera física o moral. La violencia física resulta sencilla de identificar ya que provoca lesiones o daños materiales. La violencia psicológica es, sin embargo, más compleja y

¹ Diccionario de la Real Academia, versión 2023.

acepta matices, y pueden diferenciarse distintos tipos, como el maltrato psicológico o el acoso que, a su vez, puede ser sexual, discriminatorio o moral.

El acoso moral en el trabajo consiste, por tanto, en un tipo de violencia en el trabajo, que manifiesta una serie de características especiales que lo diferencian de la violencia física, en primer lugar, y de otros tipos de violencia psicológica en segundo, como otras modalidades de acoso (sexual, discriminatorio), además de otros riesgos psicosociales como el estrés o el burnout. Esta concreta especialidad que caracteriza la conducta provoca que, muchas veces, sea difícil la rápida identificación del acoso moral en el trabajo. Es por ello que, actualmente, se configura como un concepto jurídico indeterminado.

La primera definición de este comportamiento se efectuó en el área de la psicología y la psiquiatría, de la mano de distintos expertos (Heinz Leymann, Marie France-Hirigoyen) que observaron las consecuencias en la salud de sus pacientes derivadas del padecimiento de conductas y prácticas hostiles en sus lugares de trabajo. Esta patología condujo a los profesionales de estas áreas a describir el acoso en el trabajo como *«fenómeno o situación en que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente, durante un tiempo prolongado, sobre una persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo»*². También, como *«cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo, o degradar el clima de trabajo»*³.

Son, por tanto, varios los elementos que confluyen en esta conducta. En primer lugar, un comportamiento hostil, abusivo, constitutivo de violencia psicológica, que se produce de manera reiterada y que atenten contra la dignidad de la persona. En segundo lugar, esta conducta sería intencionada, orientada hacia un fin: lograr que el trabajador abandone el puesto de trabajo. En tercer lugar, esta conducta procede del resto de trabajadores de la empresa y, en cuarto, y causa a su víctima un daño. Como es lógico, el abordaje del acoso moral en el trabajo desde la perspectiva de la psiquiatría, de la psicología o de la sociología, no incide en cuestiones que pueden resultar imprescindibles para el

² LEYMAN, H., *Mobbing, la persécution au travail*, Seuil, Paris, 1996.

³ HIRIGOYEN, M. F., *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Paidós contextos, 1999.

tratamiento jurídico de este fenómeno, y los elementos que exige que se manifiesten en el comportamiento pueden ser irrelevantes desde el punto de vista del Derecho.

Por ello, las definiciones expuestas pueden servir de base para entender en qué consiste la conducta de *mobbing*, pero no para delimitar las consecuencias jurídicas que derivan del mismo. En el campo del Derecho, son muy pocos los países que, por ahora, recogen una definición de acoso moral en el trabajo en su legislación laboral, y España no se encuentra entre ellos. Francia, con los artículos L1151 a L1155 de su Código de Trabajo, Suecia con su Ley contra la Victimización en el trabajo de 1994 o Bélgica con la Ley de 4 de agosto de 1996 relativa al bienestar de los trabajadores durante el desempeño de su trabajo en lo que respecta a la prevención de riesgos psicosociales en el trabajo, son buenos ejemplos de ordenamientos jurídicos que han decidido desarrollar una normativa laboral al respecto y no trasladar a los tribunales la responsabilidad de delimitar la figura del acoso.

II. TRATAMIENTO JURÍDICO ACTUAL DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO EN ESPAÑA

En nuestro país se han elaborado algunos instrumentos en materia de acoso en el ámbito laboral, aunque no de carácter normativo. Tal es el caso de la Nota Técnica de Prevención (NTP) 476 sobre hostigamiento psicológico en el trabajo⁴ del año 1998, o el Criterio Técnico 104/2021 sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en riesgos psicosociales (que mantiene en vigor el Criterio Técnico 69/2009, sobre Acoso y Violencia en el Trabajo, en lo que respecta al acoso y no se oponga a sus postulados). Así, ante el problema de *mobbing* planteado por sus víctimas ante los juzgados y tribunales de lo social, los jueces y magistrados no gozan de una norma en la que ampararse, por lo que, con frecuencia, han recurrido a las definiciones elaboradas por los autores antes mencionados en la psicología y psiquiatría, y han ido elaborando diferentes corrientes de doctrina judicial en la que desarrollan los elementos que caracterizan este fenómeno.

En España, los principales encargados de definir el comportamiento de acoso moral en el trabajo a través de sus sentencias han sido los Tribunales

⁴ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. NTP 476: *El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, 1998. Puede consultarse en https://www.insst.es/documents/94886/326962/ntp_476.pdf/de8bdee0-e8f5-46c7-b4c0-1d0f62e9db69.

Superiores de Justicia (TSJ). A lo largo de las últimas dos décadas, cuando comenzaron a denunciarse con mayor asiduidad este tipo de conductas, las Salas de lo Social de los TSJ empezaron a desarrollar líneas de doctrina judicial sobre la base de las definiciones de estas conductas existentes en otras disciplinas ya mencionadas, y al amparo de la regulación y el tratamiento legal y jurisprudencial en otras materias conexas, como la defensa de la dignidad y la integridad moral en el trabajo, la prevención de riesgos laborales y la protección de la seguridad y salud. En este orden de cosas, pueden apreciarse varias líneas bien delimitadas de las cuales podemos destacar, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes: en primer lugar, en las sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, se define el *mobbing* como un conjunto de comportamientos realizados de forma persistente en el tiempo por una o varias personas, con el objetivo de intimidar, amilantar o consumir intelectual y emocionalmente a un trabajador y, así, lograr su salida de la organización o satisfacer una necesidad patológica del hostigador de agredir y controlar como medio de reafirmación personal⁵. El TSJ de Andalucía, por su parte, destaca que el acoso puede proceder tanto de su empresario como de sus compañeros de trabajo con el consentimiento o tolerancia de aquél, a través de diferentes acciones repetidas y duraderas en el tiempo, pudiendo, así, llegar a dañar su estado de salud⁶. Por otra parte, tribunales como el TSJ de País Vasco o TSJ de Galicia, recogen en sus sentencias los distintos elementos que configuran el acoso moral en el trabajo, como: a) la dignidad como bien jurídico protegido; b) la forma en que se produce la lesión de la dignidad: de manera reiterada y sistemática, mediante una actitud de acoso u hostigamiento, y con la finalidad de minar la moral del sujeto y causarle daños psicológicos irreversibles con el fin de que abandone su puesto de trabajo; c) la intención de dañar por parte del acosador; d) la efectiva producción de un daño en el trabajador víctima⁷.

⁵ Entre otras, SSTSJ Madrid (Sala de lo Social): núm. 233/2006 de 21 marzo. AS 2006\1676; núm. 287/2006 de 31 marzo. AS 2006\1694; núm. 336/2006 de 24 abril. AS 2006\2280; núm. 382/2006 de 16 mayo. AS 2006\2028; núm. 587/2006 de 24 julio. AS 2006\3407; núm. 787/2006 de 6 noviembre. AS 2007\723; núm. 841/2006 de 7 noviembre. AS 2007\35; núm. 839/2006 de 7 noviembre. AS 2007\169; núm. 886/2006 de 21 noviembre. JUR 2007\67934; núm. 948/2006 de 5 diciembre. AS 2007\708.

⁶ Entre otras, SSTSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1.ª): núm. 1577/2007 de 8 mayo. AS 2007\3634; núm. 1130/2008 de 1 abril. AS 2009\1024; núm. 2143/2008 de 16 junio. JUR 2009\14866; núm. 3077/2008 de 30 septiembre. AS 2009\755; núm. 455/2009 de 3 febrero. JUR 2009\211007; núm. 2498/2010 de 21 septiembre. AS 2010\2938; núm. 1970/2011 de 5 julio. JUR 2011\374325; núm. 1970/2011 de 5 julio. JUR 2011\374325; núm. 3290/2012 de 15 noviembre. JUR 2013\125643.

⁷ Entre otras, STSJ de Galicia (Sala de lo Social): de 1 julio 2004. JUR 2004\257646. SSTSJ de País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 28 noviembre 2003. AS 2004\669; de 21 marzo 2006. JUR 2006\179805; núm. 2782/2006 de 28 noviembre. AS 2007\934; núm. 1727/2008 de 30 junio. AS 2008\2869.

Existen más líneas doctrinales elaboradas en esta materia si bien, como puede observarse, la mayoría proporcionan definiciones semejantes del acoso moral en el trabajo, especialmente en lo que se refiere a la necesaria reiteración de una conducta hostil en el tiempo que lesiona la dignidad de la persona y que puede proceder de un compañero, de un subordinado o de un superior jerárquico. Respecto de otros de sus elementos constitutivos, no obstante, no existe un consenso tan claro. Así, en relación con la imperativa intención de dañar a la víctima y a la causación efectiva de un daño en ella, las sentencias de estos tribunales han ido mostrando un lento cambio de orientación para mostrarse más flexibles con los mismos. Por último, no debe olvidarse de que en caso de que el acoso moral se produzca en el ámbito de la Administración Pública, son los juzgados y tribunales del orden social los competentes de conocer las cuestiones que se susciten en materia de prevención de riesgos laborales.

A pesar de la voluminosa doctrina judicial existente en esta materia procedente de los TSJ, cabe destacar que esta cuestión no ha conseguido llegar todavía a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por lo que, actualmente, se carece de jurisprudencia social sobre el acoso moral en el trabajo. No es así en el caso de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el delito de acoso laboral. En este sentido, es necesario comenzar recordando que el *mobbing* sí cuenta con regulación legislativa penal en España, ya que, gracias a la reforma a la que se sometió el Código Penal en el año 2010 (con motivo de la Ley Orgánica 5/2010), se añadió un segundo párrafo al artículo 173.1 (actual tercer párrafo de dicho precepto, tras las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre), conforme al cual «*con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima*». Sobre la interpretación del delito de acoso moral por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, podemos destacar algunas notas esenciales. En primer lugar, en varias de sus sentencias, el Alto Tribunal ha expresado que «*como elementos del delito de acoso laboral podemos señalar, los siguientes: a) realizar contra otro actos hostiles o humillantes, sin llegar a constituir trato degradante; b) que tales actos sean realizados de forma reiterada; c) que se ejecuten en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional; d) que el sujeto activo se prevalga de su relación de superioridad; e) que tales actos tengan la caracterización de graves*»⁸.

⁸ SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª): núm. 694/2018 de 21 diciembre. RJ 2018\5683; núm. 409/2020 de 20 julio. RJ 2020\2670; núm. 45/2021 de 21 enero. RJ 2021\162; núm. 426/2021 de 19 mayo. RJ 2021\2392.

El primer elemento clave, por tanto, consiste en que el acoso no suponga un trato degradante; no obstante, no es clara esta cuestión por haber afirmado la Sala Segunda en otras de sus sentencias que «... *requiere este tipo penal que la conducta constituya un trato degradante, pues se constituye como una modalidad específica de atentado contra la integridad moral [...]*»⁹. A continuación, es necesario que la conducta se produzca de forma continuada en el tiempo y que se ejecute en el seno de una relación laboral o funcionarial. Estos dos elementos no requieren mayor explicación, puesto que, como hemos tenido ocasión de comentar en relación con la doctrina judicial social desarrollada en la materia, se conciben como componentes indispensables de la esencia misma del acoso. Los siguientes elementos, sin embargo, manifiestan mayores dificultades en su aplicación. De un lado, respecto de la relación de superioridad que debe existir entre las partes y a la que hace referencia el artículo 173.1 CP, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha considerado en sus sentencias que la misma debe ser jerárquica, por lo que solo el acoso procedente de superiores hacia sus subordinados puede ser constitutivo de delito. Esta cuestión resulta, sin duda, controvertida, puesto que el acoso producido entre compañeros de trabajo del mismo nivel jerárquico o de un subordinado hacia un superior no puede ser, sobre la base de esta interpretación, sancionado por la jurisdicción penal como conducta delictiva. Por último, es imprescindible que los hechos enjuiciados sean graves; esta referida gravedad, sin embargo, no se encuentra definida, por lo que será el tribunal quien valore en cada caso.

Esta panorámica de la situación legislativa y jurisprudencial del acoso moral en el trabajo en España puede cerrarse con el tratamiento que el Tribunal Constitucional (TC) ha realizado sobre la materia. Sobre esta cuestión, destaca, sin lugar a duda, su sentencia 56/2019, de 6 de mayo¹⁰, relativa a un supuesto de acoso moral en el seno de la Administración Pública. De esta sentencia pueden extraerse varias ideas clave en relación con la materia. En primer lugar, respecto de la necesaria intencionalidad del sujeto activo del acoso de dañar a la víctima, el juzgado que conoció del asunto en primera instancia desestimó la existencia de acoso precisamente por considerar que no existía dicha voluntad, al no responder la conducta de los sujetos enjuiciados a fines «oscuros, irregulares o torticeros». El TC, a pesar de asegurar que no le corresponde a él elaborar un concepto de acoso laboral, considera que las situaciones de acoso tienen por finalidad o como resultado atentar o poner en peligro la

⁹ SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª): núm. 694/2018 de 21 diciembre. RJ 2018\5683; núm. 45/2021 de 21 enero. RJ 2021\162; núm. 426/2021 de 19 mayo. RJ 2021\2392.

¹⁰ STC (Sala Primera) núm. 56/2019 de 6 mayo. RTC 2019\56.

integridad del empleado. De ello se deduce que la intención no es un requisito indispensable, sino que basta con que se produzca o el resultado de poner en peligro la integridad del trabajador. Además, en relación con esta cuestión, el tribunal afirma que, sobre la vulneración de la integridad moral recogida en el artículo 15 de la Constitución Española, tal y como ha defendido en otras de sus sentencias¹¹, «*la protección constitucional de los derechos fundamentales no puede quedar supeditada a «la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control», pudiendo bastar «la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma»».*

Otro punto indispensable que recoge esta sentencia del TC, es el relativo a los sujetos implicados en el *mobbing*. En primer lugar, no encuentra óbice a la posibilidad de que el acoso sea realizado por compañeros de trabajo, y no deba proceder necesariamente de un superior jerárquico. En segundo lugar, respecto de la identificación de las personas activas en esta conducta hostil, el TC considera suficiente atribuir a la Administración la vulneración de la integridad del trabajador víctima de acoso moral, como centro unificado de imputación de las acciones de los sujetos que la integran. Por tanto, en caso de haber padecido acoso en el trabajo, no es necesario que se identifique concretamente a los agresores, tarea que en muchas ocasiones resulta difícil conseguir, dado que el acoso moral se caracteriza por la generación de un entorno hostil en el lugar o ambiente de trabajo gracias a la colaboración de múltiples sujetos. Así, basta con que se haya confirmado por un juzgado o tribunal la existencia de un supuesto de acoso laboral, para imputar a la Administración Pública la situación, como centro al que pueden (y deben) imputarse las acciones de los sujetos que la integran y/o se encuentran subordinados a la misma. Entendemos que esta consideración de «centro unificado de imputación» también debe predicarse de la empresa privada, y ello no sólo por analogía al considerar que se imputan estos actos a la Administración Pública por haber actuado como empresario, sino, también, por el papel que juega la empresa como responsable en materia de prevención de riesgos laborales.

De la situación legislativa y jurisprudencial en España respecto del *mobbing* puede extraerse, por tanto, que los elementos considerados esenciales para que un comportamiento hostil pueda ser calificado como acoso moral en el orden social, administrativo y penal, y además cumplan con los postulados

¹¹ SSTC 11/1998, de 13 de enero. RTC 1998\11, FJ 6; 124/1998, de 15 de junio. RTC 1889\124, FJ 2; 126/1998, de 15 de junio. RTC 1998\126, FJ 2; 225/2001, de 26 de noviembre. RTC 2001\225, FJ 4; 66/2002, de 21 de marzo. RTC 2002\66, FJ 3; 80/2005, de 4 de abril. RTC 2005\80, FJ 5; y 12/2009, de 28 de enero. RTC 2019\12, FJ 5.

desarrollados por el Tribunal Constitucional, no se encuentran perfectamente delimitados y definidos, bien por inexistencia de regulación legislativa en el caso del orden social o bien por una interpretación excesivamente estricta en el caso del orden penal, frente a una definición normativa, quizás, demasiado amplia.

III. EL CONVENIO NÚM. 190 DE LA OIT SOBRE LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL MUNDO DEL TRABAJO

En el año 2019 se produce un hito en el derecho internacional al publicarse el Convenio número 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y su correlativa Recomendación número 206, como primera norma internacional contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Tras años de negociaciones y diversos cambios en el contenido de la norma desde el inicial proyecto, se alcanza un Convenio que regula esta materia de forma específica, y que contiene la previsión de que, los Estados miembros que lo ratifiquen, aprueben la respectiva norma nacional contra la violencia y el acoso en el trabajo.

La importancia de este Convenio es doble. En primer lugar, constituye la primera norma de la OIT con este rango que se aprueba tras un largo periodo de tiempo desde la publicación del Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos en el año 2011. En este sentido, la OIT retoma su labor legislativa y promueve, de nuevo, el importante papel de los convenios en el contexto del derecho internacional, como instrumento vinculante para los Estados que los ratifiquen. En segundo lugar, el Convenio ofrece la primera regulación íntegra del acoso y la violencia en el mundo laboral en el panorama internacional, por lo que la OIT aborda una cuestión de problemático tratamiento como pionera. Sobre esta materia, ya se había intentado por diversos organismos la tarea de elaboración de una normativa vinculante que regulase el acoso laboral (así lo solicitaba expresamente el Parlamento Europeo en sus Resoluciones de 2001 sobre el acoso en el lugar de trabajo y de 2018, sobre prevención del acoso sexual y psicológico en el trabajo, a la Comisión Europea), de la misma manera que se habían desarrollado numerosas normas sobre el acoso sexual o el acoso discriminatorio pero, la dificultad en la definición de la materia y las múltiples concepciones que sobre la misma existen en los diferentes países del mundo, habían impedido que esta cuestión llegase a término.

A pesar del logro de alcanzar un convenio para todos los países de la OIT, el Convenio núm. 190 no consiguió formar parte de los convenios considera-

dos fundamentales en la Organización, esto es, aquellos que abarcan temas considerados principios y derechos fundamentales en el trabajo: la libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Quizás puede contemplarse la perspectiva de que, en un futuro, este Convenio llegue a formar parte de dicha lista ya que, en la 110.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en junio de 2022, la CIT adoptó la «Resolución sobre la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el trabajo», cuya consecuencia directa ha sido la modificación en este sentido de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, y la consideración como convenios fundamentales del Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981 (núm. 155) y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y la salud en el trabajo, de 2006 (núm. 187). Se trata, sin duda, de convenios relativos a materias íntimamente relacionadas con la violencia y el acoso en el trabajo (como riesgos psicosociales que afecta a la salud de las personas en el mundo del trabajo). El Convenio núm. 190 de la OIT entró en vigor el 25 de junio de 2021 gracias a la ratificación de Uruguay (el 12 de junio de 2020) y Fiyi (el 25 de junio de 2020).

El Convenio núm. 190 de la OIT se encuentra dividido en ocho secciones: definiciones; ámbito de aplicación; principios fundamentales; protección y prevención; control de la aplicación y vías de recurso y reparación; orientación, formación y sensibilización; métodos de aplicación y, por último, recoge una serie de disposiciones finales. En este orden de cosas, las cuestiones de fondo más destacables del Convenio se encuentran integradas en las dos primeras secciones, y versan sobre la elaboración de una definición de violencia y acoso propia y sobre la delimitación del ámbito subjetivo, temporal y locativo de la norma. Las siguientes secciones disponen obligaciones a los Estados miembros que lo ratifiquen, así como recomendaciones en materia de prevención, control y reparación.

1. Cuestiones sustantivas

La primera novedad introducida por el Convenio núm. 190 se refiere a la elaboración de una definición *sui generis* de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Se trata de una novedad debido a que, hasta el momento, ninguna norma de carácter internacional había desarrollado un concepto sobre esta

cuestión y pocas normas nacionales se habían atrevido a ello hasta la fecha. Al margen de este carácter novedoso, sobre esta definición de violencia y acoso caben destacar otras notas reseñables. En primer lugar, se trata de una definición conjunta de dos comportamientos distintos: violencia y acoso. Esta decisión por parte del legislador internacional favorece que la norma sea ratificada por un mayor número de Estados, dada la mayor amplitud del concepto, y que las legislaciones nacionales que se elaboren pertinentemente protejan un mayor número de conductas lesivas de derechos. No obstante, la ausencia de una distinción clara entre el comportamiento violento y el comportamiento de acoso puede dar lugar a error en la calificación de los hechos y a una difuminación de los límites entre una conducta y otra. Por esta razón, el Convenio permite en su texto que los Estados decidan la elaboración de una norma conjunta o separada (artículo 1.2 del Convenio).

Por otra parte, resulta sin duda destacable la amplitud con que se configura la definición. Así, constituyen violencia y acoso un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables o amenazas de ello, pero no se otorga ninguna explicación, siquiera somera, de qué se entiende por ellos, por lo que, parece, quedará a merced del buen juicio del legislador o, en su caso, del juez nacional, la definición de comportamiento «inaceptable». Por su parte, la reiteración en el tiempo de la conducta, como elemento que tradicionalmente ha definido el acoso laboral, desaparece en esta norma, ya que las mencionadas prácticas o comportamientos pueden manifestarse una sola vez. Esta posibilidad deriva, probablemente, de la decisión de definir violencia y acoso de manera conjunta. Así, es de toda lógica que baste con un único comportamiento violento para que el mismo sea condenado, pero sería necesaria una repetición de conductas para que una práctica pudiera ser considerada acoso. Esta opción de mantener o no la reiteración de la conducta como elemento esencial del acoso queda supeditada a la definición separada de la violencia y del acoso como conceptos diferentes.

Otro elemento muy arraigado en la concepción tradicional del acoso moral en el trabajo¹² que, sin embargo, muestra cada vez más detractores¹³, es la intencionalidad de la conducta. Sobre esta cuestión, el texto del Convenio parece mostrarse partidario de eliminar esta obligación, al establecer que los

¹² GIMENO LAHOZ, R., *La presión laboral tendenciosa*, LEX NOVA, España, 2005, ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «Acoso Moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2002, p. 16, entre otros.

¹³ ROMERO RÓDENAS, M. J., «La violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo su necesaria conceptualización atendiendo a las directrices de la organización internacional del trabajo (una) propuesta», en VV. AA. (NAHAS, T. FITA ORTEGA, F. Coords.) *OIT 100 años: una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XXI*, Aranzadi, 2018, p. 129.

comportamientos o prácticas inaceptables constituirán violencia o acoso siempre que tengan por objeto, causen o sean susceptibles de causar un daño determinado. De esta forma, son tres las posibilidades que se ofrecen: la primera de ellas, que efectivamente exista la intención o la voluntad de causar un daño y que éste sea el objeto de la conducta; la segunda, que dicho comportamiento cause de manera real y efectiva dicho daño; y, por último, la tercera opción, que la conducta sea susceptible de causar tal daño, sin que resulte necesario que existiera la voluntad o la causación efectiva del mismo.

Respecto de los daños que causa o, como se ha visto, puede causar la conducta de violencia o acoso, el Convenio se refiere a daños de carácter físico, psicológico, sexual o económico. En este orden de cosas, parece que la norma no solo pretende amparar aquellos daños físicos, causados habitualmente por conductas violentas, pero también por conductas de acoso (véase, por ejemplo, aquellas dolencias derivadas del sometimiento a largos periodos de estrés, como problemas dermatológicos, digestivos, etc.), y psicológicos (consecuencia usual del *mobbing*), sino que se refiere específicamente también a los daños de índole sexual y económica. Con la indicación específica de los daños sexuales, el Convenio protege directamente a las personas del mundo del trabajo frente a aquellos comportamientos violentos u hostiles de carácter sexual (como el acoso sexual), mientras que, al hacer mención de los daños económicos, la norma ampara múltiples posibilidades de perjuicio dinerario como, por ejemplo, los perjuicios derivados de la falta de promoción laboral habituales en el acoso por razón de género, comportamiento éste que, además, también se recoge en el Convenio núm. 190.

En este orden de cosas, el artículo 1.1 letra b) del texto normativo establece que violencia y acoso por razón de género se refiere a las conductas violentas o de acoso dirigidas contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual. Sobre esta cuestión, cabe destacar que en el artículo 1.1 letra a) del Convenio, se establece que, dentro de la definición de violencia y acoso en el mundo del trabajo, queda incluida la violencia y el acoso por razón de género. A pesar de ello, algunos autores consideran que el mero hecho de encontrarse separados ambos conceptos en apartados distintos del mismo precepto, supone que no pueda considerarse uno como subclase del otro. Ello es así debido a que el bien jurídico principal que defiende cada tipo de violencia o acoso es distinto; así, la violencia y el acoso por razón de género se refiere a un sistema cultural de dominación del sexo masculino sobre el femenino, por lo que el bien jurídico esencial que se trata de proteger frente a estos comportamientos es la igualdad y la prohibición de la discriminación por

razón de sexo. Por su parte, la violencia y el acoso en términos generales tratan de proteger la dignidad de las personas y, en relación con el mundo del trabajo, la defensa de un trabajo decente. A pesar de ello, también puede entenderse que, dentro de una categoría general y amplia de violencia, se encuentran incluidos diversos comportamientos, como el propio acoso laboral, el acoso sexual y discriminatorio, la violencia doméstica, o el acoso y la violencia por razón de género,

El artículo 2 del Convenio núm. 190 de la OIT recoge el ámbito de aplicación subjetivo de la norma. En este sentido, el mencionado precepto establece que el Convenio protege a «*los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, con inclusión de los trabajadores asalariados según se definen en la legislación y la práctica nacionales, así como a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador*». En primer lugar, la norma diferencia entre trabajadores y otras personas del mundo del trabajo. Con ello, queda claro que no solo el concepto clásico de trabajador asalariado va a ser protegido contra la violencia y el acoso que se produzca en relación con el trabajo, sino que otras personas que no gozan de dicha condición también quedan amparadas, al contrario de lo que suele suceder en las legislaciones nacionales y de lo que habitualmente recoge la jurisprudencia sobre esta cuestión.

En este sentido se manifiesta la norma al afirmar, a continuación, que se incluyen los trabajadores asalariados (tal y como se conciben en las legislaciones nacionales) y también las personas que trabajan, con independencia de su situación contractual. Por tanto, quedan amparadas todas aquellas personas trabajadoras, sean empresarios, tengan una relación laboral especial, presten sus servicios como aprendices o pasantes en formación o, incluso, se encuentren en una situación contractual irregular. Podría decirse, por tanto, que la regla general se basa en la protección como consecuencia de la realización de un trabajo remunerado; no obstante, caben una serie de excepciones. Así, el precepto se refiere a los trabajadores despedidos, voluntarios y postulantes de empleo. Respecto de los primeros, cabe destacar que ya no realizan ningún trabajo, por lo que, considero, que la protección respecto de la violencia o el acoso se refiere a aquel comportamiento inaceptable sufrido mientras sí se trabajaba o, respecto de aquella violencia o acoso que se sufra en situación de desempleo relacionada con el trabajo desempeñado con anterioridad. Es decir, se trataría de denunciar el acoso o la violencia sufrida en un pasado (y, quizás,

protegida ahora gracias al Convenio, pero que sin contar con amparo legislativo mientras se producía) o bien, denunciar la violencia o el acoso sufrida en situación de desempleo por parte de personas cuya única relación radica en el trabajo anteriormente desempeñado. Así, se trataría de un acoso o violencia producido por antiguos compañeros de trabajo, clientes, etc.

En relación con los voluntarios, la principal característica de este tipo de trabajo es que no se obtiene remuneración por su prestación, por tanto, no existe una relación de laboralidad clásica entre trabajador y empresario, ni se aspira a ella. En este orden de cosas, no existiría un empresario sometido a las disposiciones propias del ámbito de prevención de riesgos laborales que resultase responsable de prevenir este tipo de conductas y, en caso de producirse éstas, sancionarlas. Por tanto, la aplicación de la normativa laboral en este caso resulta difícil, ya que se trata de una cuestión propia de las relaciones entre particulares en derecho civil, así, parece que debieran aplicarse las normas penales contra la violencia o el acoso genérico, pero no laboral, y ello continuaría cumpliendo con la vocación del Convenio núm. 190 de la OIT de aplicarse al conjunto de personas que desempeñan un trabajo. Los postulantes de empleo, por su parte, no mantienen un vínculo laboral con la empresa a la que se postulan, pero aspiran a alcanzar el mismo. En este sentido, la relación laboral existe, tan sólo, de manera potencial y, de no ser por ese vínculo que surge tras el contacto durante el proceso de selección, no se produciría el acoso o el comportamiento violento. Así, en estos casos, el empresario debe velar porque durante los procesos de reclutamiento en su empresa no sucedan situaciones de esta índole hostil y, en caso de que se produzcan, adoptar las medidas sancionadoras oportunas frente a los trabajadores que las hayan cometido.

Los últimos sujetos a los que se refiere el Convenio en su marco de protección son aquellos que detentan una posición de autoridad, esto es, los empresarios y aquellas personas que tengan las responsabilidades de éstos. Este amparo previsto por la norma supone el reconocimiento expreso del acoso vertical ascendente en el trabajo. Como se sabe, el acoso laboral puede ser horizontal (esto es, entre compañeros de trabajo), vertical descendente (ejercido por un superior jerárquico hacia su subordinado) o vertical ascendente (el acoso procede de un subordinado y la víctima es su superior). Actualmente, en España, los juzgados y tribunales del orden social reconocen todas estas modalidades de acoso; sin embargo, la jurisprudencia penal ha negado la posibilidad de que el acoso moral en el trabajo pueda ser horizontal o vertical ascendente, sino que siempre debe proceder de un superior jerárquico hacia un subordinado. Sobre esta cuestión, cabe plantearse si, los tribunales del orden penal podrán seguir manteniendo dicho criterio sobre la base de que, para que

la conducta constitutiva de acoso adquiriera la especial gravedad que justifique su calificación como delito es preciso una agravante que, en este caso, sería la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentra un subordinado, en contraposición a una situación más igualitaria en los casos de acoso horizontal o vertical ascendente, o si, por el contrario, deberán modificar su postura y ajustarse a lo establecido en el Convenio núm. 190 de la OIT. Considero que esta segunda opción es la más correcta, puesto que la relación de «superioridad» a la que hace referencia el Código Penal en su artículo 173.1 tercer párrafo, no tiene por qué ser exclusivamente jerárquica, sino que puede responder a otro tipo de situaciones.

La última cuestión que podría considerarse sustancial se recoge en el artículo tercero de la norma, y es la relativa al ámbito de aplicación temporal y espacial del Convenio núm. 190 de la OIT, que se regulan de manera conjunta. Respecto del primer ámbito, la norma establece en el primer párrafo del precepto que el Convenio resulta de aplicación a aquellas conductas de violencia y acoso que ocurran durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo. La proyección, por tanto, del Convenio, es muy amplia. La primera de las afirmaciones que recoge, esto es, la protección frente a la conducta hostil que ocurra durante el trabajo, responde a la versión clásica de la violencia y del acoso, así, aquél que se produce en tiempo y lugar de trabajo. Las siguientes opciones que baraja hacen referencia a la posibilidad de que el comportamiento inaceptable, si bien no se produce en tiempo y lugar de trabajo, tiene una relación con el mismo o surge como resultado de éste. La diferencia entre ambas resulta difícil de matizar, ya que, el hecho de que una conducta violenta o de acoso se produzca como resultado del trabajo implica obligatoriamente que tenga una relación con éste. En cualquier caso, ambos permiten la protección frente a la violencia o el acoso fuera del horario de trabajo, mientras se produzca en uno de los lugares marcados por la norma y mantengan un vínculo con el trabajo.

Respecto de los lugares protegidos por el Convenio, la norma establece un listado. El primero, conforme a la fórmula clásica del acoso laboral, el lugar de trabajo, sea un espacio público o privado; los lugares donde se paga al trabajador, de descanso, donde come, las instalaciones sanitarias del trabajo, de aseo y los vestuarios; por regla general, estos lugares se encuentran en el centro de trabajo pero el Convenio pretende cubrirlos para el caso en que no sea así, y porque pueden ser lugares en los que se produzca con una mayor facilidad una situación de acoso o violencia por encontrarse menos vigilados o apartados. Quedan protegidos también los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo, los desplazamientos, viajes, eventos, actividades sociales o de

formación en relación con el trabajo, de nuevo, por tratarse de emplazamientos que pueden mostrarse más propicios a este tipo de comportamientos y la víctima sentirse más desprotegida ante la falta del control ordinario del lugar de trabajo. En cuarto lugar, la norma reconoce la posibilidad de que exista cibercoso, al contemplar que el comportamiento hostil pueda producirse «en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación». Por último, el Convenio prevé la protección frente al acoso o la violencia que pudiera producirse en el alojamiento del trabajador si éste ha sido proporcionado por el empresario; en este caso, a pesar de la evidente situación de vulnerabilidad que presenta un trabajador que vive en un domicilio propiedad de su empleador, resultaría idóneo que también se protegiera a los trabajadores que puedan sufrir acoso en su domicilio, aunque éste no sea del empresario. En cualquier caso, como puede observarse, el ámbito de aplicación del Convenio núm. 190 en cuanto a los momentos en los que puede producirse el acoso es mucho más amplio que el ámbito espacial. Así, parece lógico que el listado de emplazamiento sea considerado como base, y que puedan ser protegidos más casos de violencia o acoso que se produzcan en otros lugares, siempre que sucedan durante el trabajo, en relación o como resultado del mismo.

2. Obligaciones de los Estados miembros

Los mandatos que el Convenio núm. 190 prevé para los Estados miembros son múltiples y de diversa índole, y se traducen en la obligación de adoptar medidas nacionales que respeten, promuevan y aseguren el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso. Para alcanzar este objetivo, en primer lugar, resulta indispensable que los Estados miembros prohíban la violencia y el acoso por medio de ley. Se trata de la obligación esencial prevista por el Convenio, ya que no sólo implica la elaboración de una definición de estos dos conceptos (conjunta o separada, tal y como permite la propia norma en su artículo primero), sino también el desarrollo de una legislación que recoja toda la regulación posible frente a estas conductas, desde disposiciones preventivas, mecanismos de control de aplicación de la normativa y, en caso de que finalmente se produzca una de las situaciones hostiles previstas en la norma, las correspondientes sanciones frente a estos comportamientos. Para ello, el Convenio también prevé que los Estados adopten políticas que aborden el acoso y la violencia y una estrategia integral para

aplicar medidas de prevención frente a estas situaciones y mecanismos de control propios o reforzar los ya existentes.

Además, la norma debe velar por la existencia de vías de recurso y reparación para las víctimas, así como medidas de apoyo. Resulta de mucho interés que el Convenio haga expresa mención de este tipo de medidas de asistencia a las víctimas, ya que, en muchas ocasiones, las personas que han sufrido violencia o acoso en el trabajo, precisan de ayuda psicológica (psiquiátrica también) y, en determinados supuestos, este tipo de ayuda en estadios tempranos permite que la situación se solvente de una manera más rápida y con menores repercusiones para la salud de la víctima. Por otra parte, resulta preciso que la norma prevea las sanciones oportunas para estos comportamientos, así como garantizar la existencia y el buen funcionamiento de medios de inspección e investigación (como la Inspección de Trabajo u otros organismos semejantes). Por último, no puede perderse de vista la previsión del Convenio de que los Estados desarrollen herramientas, orientaciones y actividades de educación y de formación, así como actividades de sensibilización que resulten, en cualquier caso, accesibles. Al igual que sucede con cualquier tipo de violencia, la educación y la sensibilización social resultan indispensables para su erradicación y toma de conciencia.

En todas estas tareas, los Estados deben reconocer las funciones que corresponden, de un lado a los gobiernos y, de otro, a los empleadores y a los trabajadores, así como de sus organizaciones respectivas, teniendo en cuenta la naturaleza y el alcance variables de sus responsabilidades respectivas. Estas medidas deben ser tomadas por los Estados de conformidad con la legislación y la situación nacional y en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, y deben adoptar un enfoque inclusivo que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Puede observarse en este precepto (al igual que a lo largo de todo el Convenio) el carácter tripartito que pretende otorgarse a la norma, y el importante papel que juega la cuestión de género en la misma. Resulta, por último, especialmente innovadora la previsión que efectúa el Convenio relativa a que se tenga en cuenta la violencia y el acoso que impliquen a terceros, cuando proceda. En este sentido, se abre la posibilidad de que el comportamiento hostil no proceda de un integrante de la empresa, sino de un tercero ajeno a la misma, siempre que dicha conducta suceda dentro del ámbito temporal, espacial y relacionado con el trabajo que establece el Convenio. Esta previsión de que sean personas externas a la empresa las que lleven a cabo el acoso o la violencia contra un trabajador permite que numerosas personas que prestan servicios en ocupaciones especialmente vulnerables

a la violencia externa (profesiones en las que existe un amplio trabajo de cara al público, educación, sanidad, etc.) puedan verse al fin protegidas frente a dichas conductas y que, tanto los Estados como las organizaciones de empresarios y trabajadores, elaboren las medidas de prevención pertinentes para dicho tipo de profesiones. Sobre esta cuestión, matiza la Recomendación núm. 206 de la OIT que los Miembros adopten medidas apropiadas para estos sectores más expuestos a la violencia y el acoso, y recoge un listado de los que considera este tipo de sectores, así: el trabajo nocturno, el trabajo que se realiza de forma aislada, el trabajo en el sector de la salud, la hostelería, los servicios sociales, los servicios de emergencia, el trabajo doméstico, el transporte, la educación y el ocio. Asimismo, resulta preciso adoptar medidas específicas para los trabajadores migrantes, especialmente para las mujeres.

La eliminación efectiva de la violencia y el acoso en el trabajo pasa por el respeto y la promoción previa por parte de los Miembros de los principios y derechos fundamentales del trabajo defendidos por la OIT desde sus orígenes, esto es, la libertad de asociación, el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, además de fomentar el trabajo decente y seguro. Como resulta lógico, se trata de derechos sociales cuya defensa es primordial, y sin cuyo reconocimiento no cabe la protección de los trabajadores frente a la violencia y el acoso puesto que, de un lado, no gozarán de representación en la empresa que defiendan sus derechos, ni podrán, por tanto, negociar. De otro lado, la protección frente al trabajo forzoso constituye un estadio previo a la protección frente a la violencia y el trabajo, al igual que sucede en el caso del trabajo infantil o la discriminación en el trabajo; si existen estas conductas y no se combaten, difícilmente va a existir un espacio de trabajo seguro y libre de violencia y de acoso.

Asimismo, los Estados deben desarrollar una legislación y adoptar políticas para garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Se trata de derechos muy relacionados con el acoso y la violencia, especialmente con el acoso por razón de género y el acoso discriminatorio. Sobre estas cuestiones la legislación, tanto nacional como comunitaria o internacional, ha sido muy abundante en comparación con el acoso o la violencia genéricas en el mundo del trabajo, por lo que resultará más probable que los Estados ya cuenten con

este tipo de normativa. Cabe destacar que, respecto de la diferenciación entre grupos vulnerables o grupos en situación de vulnerabilidad, la Recomendación núm. 206 de la OIT establece que deberá interpretarse de conformidad a las normas internacionales del trabajo y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables.

Por otra parte, el Convenio núm. 190 de la OIT contempla una serie de disposiciones específicas en materia de protección y prevención en su sección IV. En primer lugar, recoge de nuevo la obligación de los Estados miembros de definir y prohibir legalmente la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (con especial inclusión de la violencia y el acoso por razón de género). Para prevenir dichas situaciones, la norma prevé que los Estados miembros adopten las medidas que resulten oportunas y, en cualquier caso, reconozcan la función de las autoridades públicas en el caso de los trabajadores de la economía informal; identifiquen los empleos o sectores y las modalidades de trabajo en los que, tanto trabajadores como otras personas que guarden relación estén más expuestos a la violencia y el acoso, además de adoptar las medidas necesarias para proteger a dichas personas eficazmente. Esta cuestión se halla en íntima conexión con la posibilidad de proteger a determinados profesionales del acoso procedente de terceros en aquellas ocupaciones especialmente vulnerables a estas situaciones.

Por otra parte, la legislación que adopten los Estados miembros debe exigir a los empresarios la adopción de medidas de prevención del acoso y la violencia en el mundo del trabajo (también por razón de género), siempre acordes a su grado de control y en la medida en que sea razonable y factible. Este tipo de medidas a que se refiere el Convenio consisten en la elaboración y aplicación de una política en el trabajo relativa a la violencia y el acoso, en consulta con los trabajadores y sus representantes. Conforme a la Recomendación núm. 206, esta política de trabajo debe recoger los siguientes extremos: afirmar que la violencia y el acoso no son tolerados; establecer programas de prevención de la violencia y el acoso con objetivos medibles; definir los derechos y las obligaciones de los trabajadores y del empleador; proporcionar información sobre los procedimientos de presentación de quejas e investigación; prever que todas las comunicaciones internas y externas relacionadas con incidentes de violencia y acoso se tengan debidamente en consideración y se adopten las medidas que correspondan; mantener la confidencialidad y privacidad de las personas en equilibrio con el derecho de los trabajadores a estar informados de todos los riesgos, así como incluir medidas de protección de los denunciantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias.

Resulta imprescindible que, en la política de gestión de seguridad y salud en el trabajo, los empresarios tomen en consideración la posibilidad de que se produzca violencia y acoso, así como el resto de los riesgos psicosociales, para ello deberán identificar y evaluar, junto con los representantes de los trabajadores, estos riesgos para adoptar medidas de prevención. En este sentido, la Recomendación núm. 206 considera que para llevar a cabo tales tareas debe prestarse especial atención a los peligros y riesgos que deriven de las condiciones y modalidades de trabajo, la organización del trabajo y de la gestión de los recursos humanos, los que impliquen a terceros como clientes, proveedores de servicios, usuarios, pacientes y el público, y aquellos que se deriven de la discriminación, el abuso de las relaciones de poder y las normas de género, culturales y sociales que fomentan la violencia y el acoso. Por último, los empresarios deben proporcionar a trabajadores y a las personas relacionadas con el trabajo, información de manera accesible, así como capacitación sobre los riesgos de violencia y acoso que se hayan identificado, las medidas de prevención y protección, así como sus derechos y responsabilidades al respecto.

3. Mecanismos de control y reparación

Con el fin de alcanzar la mayor efectividad posible de las medidas impuestas por el Convenio núm. 190 a los Estados que lo ratifiquen, es preciso que se lleven a cabo tareas de control del cumplimiento obligaciones antes comentadas. Así, resulta preciso que se efectúe un seguimiento de la aplicación de la legislación nacional que los Miembros deben elaborar contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, gracias, por ejemplo, al trabajo de órganos de inspección e investigación como la Inspección de Trabajo. Por otra parte, también es necesario garantizar la facilidad de acceso a las vías de recurso y reparación establecidas para estas situaciones de violencia y acoso, que pueden ser: procedimientos internos para la presentación de quejas y procesos de investigación, mecanismos de resolución de conflictos dentro de la empresa, o medios de solución de conflictos externos a ella (se entiende que de carácter extrajudicial) y, finalmente, el acceso a los juzgados y tribunales. Se trata, por tanto, de establecer una escala de canales que puedan utilizar las víctimas con carácter previo, con el fin de evitar tener que acudir a la jurisdicción social o penal, en su caso. Este tipo de situaciones violentas pueden crear a largo plazo serios daños en la salud física y mental de las víctimas, por lo que su abordaje en los primeros indicios de existencia de una situación de estas características es fundamental.

En todos estos casos, ya sean vías internas o externas, deben garantizarse medidas de protección de los querellantes, las víctimas, los testigos y los informantes, evitando la victimización y las represalias, así como medidas de asistencia jurídica, social, médica y administrativa para los querellantes y las víctimas. Resulta esencial el apoyo o asesoramiento tanto psicológico como médico o jurídico a las víctimas de estos comportamientos, que en muchos casos se encuentran tan minadas moralmente que no disponen de recursos propios para denunciar la situación. Además, todas estas posibles vías de recurso y reparación pueden comprender el derecho del trabajador a dimitir y a percibir una indemnización, su readmisión en el puesto de trabajo, una indemnización por daños y perjuicios (sean de naturaleza psicosocial o física), además de la imposición de órdenes para poner fin a determinados comportamientos hostiles y el pago de los honorarios de asistencia letrada y costas.

El Convenio prevé, asimismo, que, en los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo, se proteja la privacidad de todas las personas que se encuentren implicadas (la persona es investigada, la víctima, los testigos, etc.) la confidencialidad del proceso y velar porque todos estos recursos no sean utilizados de forma indebida. Con esta previsión se intenta prevenir los posibles casos de denuncias falsas de violencia o, más comúnmente, de acoso en el trabajo. Concluye la norma en la necesidad de prever sanciones contra la violencia y el acoso. Resultaría apropiado que también se previeran sanciones para los supuestos antes mencionados, en los que, tras la realización de una correcta investigación tras una denuncia, se concluye que la misma se ha interpuesto de manera fraudulenta, muchas veces con el fin de causar un daño al acusado. Los perjuicios que pueden derivarse para una persona acusada falsamente de una conducta violenta u hostigadora son muy elevados, no solo a nivel profesional sino también a nivel personal. Asimismo, resulta muy innovadora la previsión recogida en la Recomendación núm. 206, conforme a la cual los autores de actos de violencia y acoso en el mundo del trabajo deberían rendir cuentas de sus actos y contar con servicios de asesoramiento u otras medidas, según proceda, para evitar la reincidencia y, si procede, facilitar su reincorporación al trabajo. Se trata de uno de los pocos ejemplos en los que se prevé que quien abandone el puesto de trabajo no sea la víctima, sino el acosador.

Por otra parte, tomando en importante consideración la cuestión de género, el Convenio establece que las víctimas de este tipo de violencia o acoso tengan acceso a mecanismos de presentación de quejas, solución de conflictos y asistencia especializados en esta situación. Asimismo, es necesario destacar la previsión que contempla la norma de reconocer los posibles efectos que puede manifestar la violencia doméstica en el mundo del trabajo, con el fin de

mitigar todo lo posible el impacto de la misma. En este sentido, merece la pena recordar que la violencia doméstica es un concepto que ha encontrado definición en diferentes instrumentos, tanto nacionales como internacionales. Así, el Convenio de Estambul (aprobado por el Consejo de Europa en 2011), considera que se incluyen en este tipo de violencia *«todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima»*.

Por su parte, dentro de nuestra legislación interna, el artículo 173.2 del Código Penal establece pena de prisión para aquellas personas que ejerzan *«violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados»*. No puede perderse de vista, por tanto, que, a diferencia de lo que sucede en los casos de violencia de género, la violencia doméstica (como aquella que se produce en el hogar, *domus*) puede tener como víctima y como victimario a cualquier integrante del hogar, ya sea hombre, mujer, ascendiente, descendiente, hermano, etc., siempre que convivan juntos. Es especialmente revelador que el Convenio pretenda, al igual que hace con la violencia y el acoso por razón de género, contemplar las posibles implicaciones que este tipo de violencia surgida en el hogar pueda tener en el desarrollo de la actividad profesional, con el fin de proteger a las víctimas de la misma, y que no se vean perjudicadas en su trabajo. Para ello, la Recomendación núm. 206 establece una serie de ejemplos de medidas que pueden mitigar dicho impacto, como una licencia especial para estas víctimas, modalidades de trabajo flexible, protección temporal contra el despido, etcétera.

Conforme a los principios de la OIT, el Convenio núm. 190 recoge, como ya hicieran otros convenios con anterioridad, el derecho de los trabajadores de alejarse sin sufrir represalias o consecuencias indebidas de una situación de trabajo que, razonablemente, presente un peligro grave e inminente para su vida, su salud o su seguridad, en este caso, por violencia y/o acoso, con el co-

relativo deber de informar de tal situación a la dirección de la empresa. Asimismo, la norma destaca la importancia de que la Inspección de Trabajo y otras autoridades pertinentes, estén facultadas y capacitadas para actuar en los supuestos que puedan plantearse de violencia y acoso en el mundo del trabajo, además de dictar órdenes que impliquen la adopción de medidas de aplicación inmediata por parte de las empresas en las que se estén produciendo este tipo de situaciones, o que impongan la interrupción de la actividad laboral en caso de peligro inminente para la vida, la salud o la seguridad de los trabajadores (de manera semejante al derecho comentado sobre estas líneas), a reserva de cualquier recurso judicial o administrativo que pueda prescribir la legislación.

Por último, como ya ha sido comentado, tanto el Convenio núm. 190 de la OIT como la Recomendación núm. 206 de la OIT ponen especial énfasis en la importancia de la formación y sensibilización contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. En este sentido, el Convenio prevé una serie de obligaciones para los Miembros y la Recomendación medidas ejemplificativas sobre ello. Así, se establece que los Estados, con la participación de las organizaciones de trabajadores y empresarios, traten de garantizar el abordaje de estas situaciones a través de las políticas nacionales que se elaboren en materias de seguridad y salud en el trabajo, igualdad y no discriminación o migración, y elaboren programas que aborden estas materias (junto con el abuso de las relaciones de poder, cuestiones culturales) como factores que aumentan la probabilidad de violencia y acoso en el mundo del trabajo. Asimismo, es pertinente proporcionar cursos de orientación, recursos, formación, entre otras herramientas para sensibilizar en materia de acoso y violencia en el trabajo y por razón de género, a diversos grupos: trabajadores, empresarios, sus respectivas representaciones, y autoridades como jueces, magistrados, inspectores del trabajo, agentes de policía, fiscales y otros agentes públicos.

Resulta preciso, también, la elaboración de modelos de repertorios de recomendaciones prácticas y herramientas de evaluación de riesgos sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, de alcance general o sectorial, que tengan en cuenta la situación particular de los trabajadores y de otras personas pertenecientes a grupos vulnerables. Establecen el Convenio y la Recomendación la necesidad de los Estados miembros de emprender iniciativas sobre esta materia, como campañas públicas de sensibilización en los diferentes idiomas del país (también los idiomas de los trabajadores migrantes que residan en ese país), elaboración de planes de estudios y materiales didácticos sobre violencia y acoso en todos los niveles de la educación y la formación profesional, y material destinado a periodistas y otros profesionales de la comunicación sobre la violencia y el acoso por razón de género, sus

causas subyacentes y factores de riesgo, con el debido respeto a la libertad de expresión y a su independencia, así como campañas públicas destinadas a fomentar lugares de trabajo seguros, salubres, armoniosos y libres de violencia y acoso.

IV. LA RECOMENDACIÓN NÚM. 206 DE LA OIT

La Recomendación núm. 206 de la OIT acompaña y complementa al Convenio núm. 190. Se divide en cuatro apartados: principios fundamentales; protección y prevención; control de la aplicación, vías de recurso y reparación y asistencia; y orientación, formación y sensibilización.

Respecto del primero, la Recomendación alude a diferentes derechos que deben tomarse en consideración por parte de los Estados ratificantes a la hora de abordar la violencia y el acoso en sus respectivas legislaciones. Así, al adoptar un enfoque integrado, tal y como exige el Convenio núm. 190, deben verse modificadas o influidas las normas relativas a trabajo y el empleo, la seguridad y salud en el trabajo, la igualdad y la no discriminación y el derecho penal. Asimismo, todos los trabajadores y todos los empleadores, incluidos aquellos en los sectores, ocupaciones y modalidades de trabajo que están más expuestos a la violencia y el acoso, deben disfrutar plenamente de la libertad sindical y del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. Para ello, los Estados deben adoptar medidas apropiadas para fomentar el reconocimiento de estos derechos y apoyar a la negociación colectiva mediante la divulgación de información de buenas prácticas de negociación. Por último, también deben tener en cuenta los Estados los instrumentos de la OIT sobre igualdad y no discriminación, como el Convenio (núm. 100) y la Recomendación (núm. 90) sobre igualdad de remuneración, 1951, y el Convenio (núm. 111) y la Recomendación (núm. 111) sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, así como otros instrumentos pertinentes.

En materia de protección y prevención, la Recomendación prevé que, las disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo relacionadas con la violencia y el acoso de los Estados tengan en cuenta los instrumentos de la OIT sobre esta materia. Además, en la política del lugar de trabajo sobre seguridad deben participar los trabajadores y sus representantes y en ella se debe afirmar que la violencia y el acoso no serán tolerados, establecer programas de prevención contra ellos, definir derechos y obligaciones de las partes, contener información sobre procedimientos de quejas e investigación y prever que las comunicaciones sobre incidentes de violencia y acoso se tengan debidamente en con-

sideración y se adopten medidas al respecto. Además, debe mantenerse un equilibrio entre la confidencialidad y el derecho de los trabajadores a estar informados de los riesgos, así como incluir medidas de protección de los denunciantes víctimas y testigos frente a posibles represalias.

Complementa también la Recomendación al Convenio al especificar que en la evaluación de riesgos en el lugar de trabajo se deben tener en cuenta los factores que aumentan las probabilidades de violencia y acoso incluyendo peligros y riesgos psicosociales, prestando especial atención a aquellos que se deriven de las condiciones y modalidades de trabajo, organización y gestión de recursos humanos; aquellos en los que participen o impliquen a terceros (clientes, proveedores de servicios, usuarios, pacientes y público en general), y los que se deriven de la discriminación, abuso de las relaciones de poder en normas de género, o sean culturales y sociales.

La Recomendación destaca la importancia de adoptar medidas apropiadas o adaptadas a los sectores u ocupaciones y modalidades de trabajo más expuestos a la violencia y el acoso, y pone de ejemplo el trabajo nocturno, el trabajo que se realiza de forma aislada, trabajo en el sector de la salud, hostelería, servicios sociales, servicios de emergencia, transporte, educación y ocio. Es importante, asimismo, proteger a los trabajadores migrantes, especialmente a las mujeres, como colectivo especialmente vulnerable, y tomar en consideración la economía informal tratando de facilitar su transición a la economía formal mediante la proporción de recursos y asistencia a los trabajadores y empleadores y a sus asociaciones.

Respecto al tercer punto, la Recomendación prevé una serie de ejemplos de vías de recurso que pueden comprender: el derecho a dimitir y percibir una indemnización la readmisión del trabajador; indemnización por daños; órdenes de aplicación inmediata para poner fin a determinados comportamientos, así como el pago de los honorarios por la asistencia letrada y costas de la víctima. Ofrece también ejemplos de medidas para los mecanismos de presentación de quejas y solución de conflictos, como tribunales con personal especializado en violencia y acoso, tramitación diligente, asistencia jurídica para denunciante y víctimas, guías y medios de información disponibles en diferentes idiomas, e inversión de la carga de la prueba. Por último, los ejemplos previstos para las vías de recurso y reparación se refieren a medidas de reincorporación de la víctima al mercado de trabajo, servicios accesibles de asesoramiento e información, atención telefónica disponible las 24 horas, servicios de emergencia, tratamiento médico y apoyo psicológico, centros de crisis y de acogida, así como unidades especializadas de la policía con formación específica para ayudar a las víctimas.

Se refiere también la Recomendación a medidas apropiadas para mitigar el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo, como la previsión de licencias para estas víctimas, modalidades de trabajo flexible, protección temporal, inclusión de la violencia doméstica en la evaluación de riesgos en el lugar de trabajo, y mecanismos públicos de mitigación de esta violencia, así como de sensibilización.

Destaca especialmente la previsión de la Recomendación conforme a la cual los autores de los actos de violencia y acoso deban rendir cuentas de sus actos, contar con servicios de asesoramiento para evitar su reincidencia y facilitar su reincorporación al trabajo. Se trata de una previsión de que sea el acosador quien abandone el lugar de trabajo y no al contrario, como suelen prever la mayoría de las normas que facilitan a la víctima su marcha.

Se prevé, por último, que todas las autoridades competentes en esta materia reciban una formación específica al respecto.

Respecto del último de los puntos, relativo a la orientación, formación y sensibilización, la Recomendación prevé una serie de obligaciones para los Estados miembros, como la elaboración de programas que aborden los factores que aumentan la probabilidad de violencia y acoso en el trabajo; programas de formación para jueces, inspectores de trabajo, agentes de policía, fiscales, y otros agentes públicos; modelos de repertorios de recomendaciones prácticas y herramientas de evaluación de riesgos sobre la violencia y el acoso de alcance general y sectorial; campañas públicas de sensibilización en diferentes idiomas; planes de estudio sobre violencia y acoso con inclusión de la violencia de género y campañas públicas para fomentar lugares de trabajo seguros y libres de violencia y acoso.

V. REFLEXIÓN FINAL: IMPLICACIONES DEL CONVENIO NÚM. 190 DE LA OIT PARA ESPAÑA

El 25 de mayo de 2022 se produjo la adhesión de España al Convenio núm. 190 de la OIT, por lo que su entrada en vigor se produjo el pasado 25 de mayo de 2023 y, con ello, España se comprometió a cumplir con los mandatos y obligaciones previstos en esta norma que han sido comentadas a lo largo de esta exposición. Con carácter general, las implicaciones que la aceptación de este Convenio puede suponer para España son de diversa índole, y afectan tanto al poder legislativo, dada la obligación principal recogida en el texto internacional, de que los Estados se comprometan a elaborar una legislación en materia de acoso y violencia en el trabajo; al poder judicial, como consecuen-

cia, no solo de lo establecido en el Convenio que, como veremos, modifica en parte los postulados de los tribunales sentados en sus sentencias y, por último, al poder ejecutivo, dada la importante tarea de sensibilización y concienciación a través de múltiples medidas, como campañas o formaciones a numerosos colectivos, que el Convenio prevé que lleven a cabo los Gobiernos de los Estados ratificantes.

En primer lugar, respecto de las modificaciones o novedades que deben introducirse en materia legislativa (conforme a lo establecido en los artículos 4.2 y 7 del Convenio), debe recordarse que, en España, no existe una legislación propia en materia de acoso moral en el trabajo en el ordenamiento jurídico social, si bien, en el orden penal, este fenómeno sí se encuentra tipificado en el artículo 173.1 tercer párrafo del Código Penal. Ante esta situación, en el orden social, caben tres posibilidades de actuación: la primera de ellas consiste en la elaboración de una norma específica en materia de violencia, acoso laboral y otros riesgos psicosociales, que defina y regule las previsiones necesarias en esta materia. La segunda, supone la introducción de artículos específicos en normas ya existentes, sin elaboración de una norma propia y, la tercera, implica la conjunción de las dos posibilidades anteriores. De todas estas opciones, la tercera parece la más indicada, puesto que, actualmente, la situación social, las nuevas formas de prestación del trabajo y el nacimiento de nuevas formas de empleo, han provocado la aparición de nuevos riesgos, la mayoría de ellos de carácter psicosocial (como el acoso moral en el trabajo o la violencia), que muestra la imperiosa necesidad de contar con una legislación que los recoja y regule.

Puede afirmarse que, la principal cuestión sobre la que debe referirse la legislación social, consiste en el desarrollo de una definición de los conceptos de violencia y acoso en el trabajo, siguiendo lo dispuesto por el Convenio. Tal y como se he comentado, resulta idóneo que el legislador nacional haga uso de la facultad que prevé el artículo 1.2 de la norma, de definir de manera separada ambos comportamientos. Como se ha expuesto, las conductas de violencia y de acoso tienen un denominador común, pero no constituyen el mismo comportamiento, por lo que los elementos que caracterizan a ambos no son idénticos. A modo de ejemplo, mientras que resulta apropiado que el elemento de reiteración en el tiempo no se considere esencial en la definición de violencia, no es así en el caso de acoso laboral, cuya principal característica reside, precisamente, en dicha repetición de actos hostiles. Una vez definidos los conceptos, resultaría del todo idóneo que la norma no solo se refiriese a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo y a estos comportamientos por razón de género, sino, también, al resto de riesgos psicosociales que todavía no encuen-

tran regulación dentro de nuestra normativa laboral y que, tal y como prevé el Convenio en su artículo noveno, también deben tenerse en cuenta en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo.

Sin perjuicio de la elaboración de una norma específica sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo, la legislación (laboral y penal) existente actualmente también puede sufrir una serie de modificaciones o verse ampliada. A modo de ejemplo, preceptos básicos como el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, que recoge el derecho de los trabajadores a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales [apartado 2.d)] y el derecho a su intimidad ya la consideración debida de su dignidad y a no sufrir un trato discriminatorio [apartado 2.e)], podría verse ampliado en un apartado 2.f) relativo al derecho de los trabajadores de no sufrir violencia y acoso en el mundo del trabajo. Asimismo, los preceptos relacionados con la suspensión del contrato de trabajo o con las formas de extinción del mismo, ya sea por incumplimiento del empresario o por voluntad del propio trabajador, deben contemplar la posibilidad de la violencia (tanto en el trabajo como de género o doméstica) y el acoso moral como causas igualmente válidas.

Por otra parte, normas de prevención de riesgos laborales o sancionadoras, como la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) o la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), debería contemplar en su articulado tanto medidas de prevención específica de la violencia y el acoso en el primero de los casos, como sanciones concretas a estas situaciones (como sucede en el caso del acoso discriminatorio y el acoso sexual) en el segundo. Respecto de la materia de prevención, resultaría adecuado que la LPRL recoja ya el conjunto de riesgos psicosociales como una modalidad propia de riesgos que tienen completa cabida en el mundo del trabajo y que, son apreciados con mayor frecuencia cada vez. Por su parte, tal y como se ha comentado anteriormente, debe contemplarse que no solo la legislación laboral se vea modificada, sino también la penal ya que, como se ha comentado el artículo 173.1 tercer párrafo, regula el acoso moral en el trabajo, que deberá ajustarse a las disposiciones previstas en el Convenio núm. 190 de la OIT, especialmente, considero, especificando si resulta necesario o no una intencionalidad del trabajador para que el acoso pueda considerarse delito, qué actos se consideran graves y, por último, si la relación de superioridad a la que se refiere el precepto solo puede ser jerárquica.

Una vez adecuada la legislación a los mandatos del Convenio, tanto los jueces como los tribunales deberán atender a dichos cambios. En este sentido, es probable que las características definitorias del acoso moral en el trabajo se vean modificados y estudiados bajo la lupa del Convenio núm. 190, así como el

elemento temporal, espacial o subjetivo, o las sanciones que deban aplicarse. Sobre esta cuestión, resulta necesario volver a plantearse si, la jurisprudencia desarrollada en el orden penal debe también ajustarse a estos criterios. La pregunta no es baladí ya que, actualmente en España, la jurisprudencia penal basa el concepto del delito de acoso moral en el trabajo en dos elementos que contradicen lo dispuesto en el Convenio núm. 190: así, en primer lugar, el hecho de que el acoso deba proceder necesariamente de un superior jerárquico va en contra del reconocimiento explícito de la norma internacional del acoso moral horizontal y vertical ascendente y, en segundo lugar, el requisito de la intencionalidad o voluntad del sujeto activo del acoso de causar un daño en la víctima del mismo, también se ve eliminado en el Convenio, por lo que, en principio parece que ambos criterios no pueden continuar manteniéndose para la calificación delictiva del acoso. No obstante, cabe plantearse si, tras tomar en consideración que, para que una conducta pase de considerarse infracción administrativa a delito, es preciso que revista una mayor gravedad, tales elementos de intencionalidad y superioridad meramente jerárquica, pueden contemplarse como agravantes de una conducta imprescindibles para la posibilidad de calificación delictiva y, en caso de no producirse, el comportamiento continúe considerándose una infracción administrativa. Es preciso que se resuelva si esta teoría de la intencionalidad y la superioridad jerárquica como elementos agravantes de la conducta y, por tanto, esenciales en el plano penal, es compatible o no con lo establecido en el Convenio núm. 190 de la OIT o si, por el contrario, su concurrencia puede ser considerada como agravante, pero no imprescindible para la calificación del acoso moral como delito merecedor de una sanción penal.

Por otra parte, no pueden olvidarse las obligaciones previstas en el Convenio (tanto para los Gobiernos como para los empresarios, en sus respectivos ámbitos de actuación) en materia de elaboración de políticas destinadas específicamente al control de la aplicación de las normas que se desarrollen sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo, a la formación y sensibilización al respecto de trabajadores y empresarios, y la capacitación profesional de diferentes autoridades que puedan tratar estos temas, como la Inspección de Trabajo, los jueces y magistrados, etcétera. Además de la garantía del acceso a las vías de recurso y la especialización de éstas en la materia, así como en relación con la violencia y el acoso por razón de género. Por último, cabe recordar que el artículo 12 del Convenio núm. 190 de la OIT prevé que sus disposiciones no sólo se apliquen por medio de la legislación nacional, sino también a través de los convenios colectivos, por lo que resulta imprescindible que las asociaciones de representación de empresarios y trabajadores participen activamente en la actualización de sus convenios sobre esta materia.

SALARIOS MÍNIMOS

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. *El marco normativo de la OIT en materia de salarios mínimos.*–2. *Salario mínimo en la ordenación normativa española: dialógica con la normativa internacional.*–3. *Bibliografía*

1. EL MARCO NORMATIVO DE LA OIT EN MATERIA DE SALARIOS MÍNIMOS

1.1 **Introducción: los salarios mínimos en las normas «constituyentes» y declaraciones solemnes de la OIT**

Los salarios son, junto con el tiempo de trabajo, una de las condiciones de trabajo que más repercusión directa y tangible tiene en las propias condiciones de vida de las personas trabajadoras. Para una buena parte de la población, los salarios son necesarios para mantener a las personas trabajadoras y a sus familias, de ahí que jurídicamente –y siendo causalmente la contraprestación por el trabajo realizado por cuenta ajena– se haya hablado del carácter «cuasi-alimentario» de la obligación salarial. Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en muchas partes del mundo el acceso regular a un salario que permita cubrir estas necesidades no está garantizado (OIT, 2019, p. 67).

Ya el propio Tratado de Versalles de 1917 (bajo el considerando de que «*existen condiciones de trabajo que implican para gran número de personas la injusticia, la miseria y las privaciones, lo cual engendra tal descontento que la*

paz y la armonía universales peligran») estableció un principio general que debería orientar la política de la OIT en el futuro –por su «importancia y urgencia»– consistente en el «pago a los trabajadores de un salario que les asegure un nivel de vida conveniente, tal como se comprende en su tiempo y en su país» (artículo 427, apartado 3.º). Téngase presente que, en el momento de la fundación de la OIT no se habían fijado salarios mínimos más que en algunos países como Australia, Francia, Noruega, Nueva Zelandia o Reino Unido, y que éstos no cubrían más que a determinadas categorías de trabajadores (Marinakis, 2008, p. 3).

El establecimiento de un salario «suficiente» que asegure un nivel de vida adecuado, como integrante de la propia noción de trabajo decente, es uno de los problemas centrales del salario, de ahí la importancia del establecimiento de mecanismos de fijación de salarios mínimos. Junto a este asunto, afloran también –en algunos países– otras problemáticas como la acumulación de impagos salariales y, en ocasiones, la circunstancia de que trabajadores que no han recibido sus salarios nunca llegan a percibirlos debido a la quiebra de la empresa que los empleaba, de ahí la relevancia que adquieren –en clave de política sociolaboral– las instituciones de garantía salarial. También son conocidas las dificultades cuando una parte del salario, que a veces es considerable, se paga en especie, situación que podría propiciar el empobrecimiento de los trabajadores afectados. En algunos casos más extremos, estas prácticas pueden incluso exponer a las personas trabajadoras al riesgo de servidumbre por deudas o de trabajo forzoso (Bales, 2000).

En la «*Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT y de los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros*» (Declaración de Filadelfia de 1944), anexa a la constitución de la OIT, la Conferencia General de la OIT reafirmó los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes: «(a) *el trabajo no es una mercancía; ... (c) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; ... (d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común*».

La Conferencia General de la OIT, convencida de que la experiencia ha demostrado plenamente cuán verídica es la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, según la cual la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social afirma, en la Declaración, que: «(a) *todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir*

su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades; (b) el logro de las condiciones que permitan llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional; (c) cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, deben juzgarse desde este punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental; (d) incumbe a la Organización Internacional del Trabajo examinar y considerar, teniendo en cuenta este objetivo fundamental, cualquier programa o medida internacional de carácter económico y financiero; y (e) al cumplir las tareas que se le confíen, la Organización Internacional del Trabajo, después de tener en cuenta todos los factores económicos y financieros pertinentes, puede incluir, en sus decisiones y recomendaciones, cualquier disposición que considere apropiada».

La Conferencia General reconoce la obligación solemne de la OIT de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan: «(a) lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida; ... (d) adoptar, en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección».

A raíz de la erosión del poder adquisitivo vinculada a la crisis económica de 2008, a la OIT le pareció importante destacar el vínculo entre el establecimiento de un salario mínimo y la lucha contra la pobreza. Por ejemplo, el *Pacto Mundial para el Empleo*, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2009, hace numerosas referencias a los salarios mínimos como una de las respuestas a la crisis económica internacional. El ajuste periódico del salario mínimo, previa consulta con los interlocutores sociales, se presenta en el Pacto como una forma de reducir las desigualdades, aumentar la demanda y contribuir a la estabilidad económica.

A parte de las normas «constitucionales» y declaraciones solemnes de la OIT, las normas salariales desarrolladas por sus instituciones han contemplado la fijación de salarios mínimos como uno de sus objetos más señalados.

1.2 El Convenio OIT núm. 26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (1928)

La primera de estas normas «derivadas» fue el *Convenio OIT núm. 26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (1928)* [ratificado por Es-

paña el 8 de abril de 1930], de aplicación exclusiva a las «*industrias de transformación y comercio*» (artículo 1.2), por el que se obligaba a los Estados signatarios a «...establecer o mantener métodos que permitan la fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores empleados en industrias o partes de industria (especialmente en las industrias a domicilio) en las que no exista un régimen eficaz para la fijación de salarios, por medio de contratos colectivos u otro sistema, y en las que los salarios sean excepcionalmente bajos» (artículo 1.1). Por lo tanto, la norma reclamaba una actuación de los poderes públicos –diríase que de «suplencia»– para garantizar la existencia de unos mínimos salariales en aquellos ámbitos en los que no exista un «régimen eficaz» de fijación de los salarios o los mismos –ya en clave sustantiva– fuesen «excepcionalmente bajos».

Este Convenio presenta una técnica regulatoria extremadamente flexible, reviste un carácter de intervencionismo de mínimos sobre la autonomía privada (individual o colectiva). Ello se refleja en las siguientes reglas generales:

a) En primer lugar, artículo 2 del Convenio núm. 26 OIT dejaba libertad a los Miembros para decidir, previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan en la industria o partes de la industria en cuestión, a qué industrias o partes de industria, y especialmente a qué industrias a domicilio o partes de estas industrias, se aplicarán los métodos de fijación de los salarios mínimos.

b) Por otra parte, también los Miembros signatarios, con carácter general, tenían libertad de determinar los métodos para la fijación de salarios mínimos y la forma de su aplicación (artículo 3.1 Convenio núm. 26 OIT). Esta libertad tan solo quedaba condicionada por las exigencias de tipo «procedimental» previstas en su artículo 3.2, así como de garantías de respeto de las tasas mínimas que se fijen:

(1) Antes de aplicar los métodos a una industria, o parte de una industria determinada, se consultará a los representantes de los empleadores y de los trabajadores interesados, incluidos los representantes de sus organizaciones respectivas, cuando dichas organizaciones existan, y a cualquier persona, especialmente calificada a estos efectos por su profesión o sus funciones, a la que la autoridad competente crea oportuno dirigirse.

(2) Los empleadores y trabajadores interesados deberán participar en la aplicación de los métodos en la forma y en la medida que determine la legislación nacional, pero siempre en número igual y en el mismo plano de igualdad.

Por lo que respecta a las tasas mínimas de salarios que hayan sido fijadas, se establecía que serán obligatorias para los empleadores y trabajadores interesados, quienes «*no podrán rebajarlas por medio de un contrato individual*

ni, excepto cuando la autoridad competente dé una autorización general o especial, por un contrato colectivo» [artículo 3.2.(3) Convenio núm. 26 OIT]. Se garantizaba así la inderogabilidad *in peius* de las tasas mínimas salariales frente a la autonomía individual y colectiva (con la excepción de que la autoridad competente pueda autorizarlo –de manera general o especial– a la negociación colectiva, abriéndose así espacio a una regla de flexibilidad aplicativa en la relación entre la norma heterónoma de fijación salarial y la negociación colectiva).

En clave garantista, el artículo 4.1 del Convenio núm. 26 OIT, obliga a los Miembros a *«adoptar las medidas necesarias para aplicar un sistema de control y de sanciones, a fin de asegurar que los empleadores y trabajadores interesados conozcan las tasas mínimas de los salarios vigentes, y que los salarios pagados no sean inferiores a las tasas mínimas aplicables»*; además, se prevé que *«...todo trabajador al que le sean aplicadas las tasas mínimas y haya recibido salarios inferiores a esas tasas tendrá derecho a recuperar la suma que se le adeude, por vía judicial o por cualquier otra vía legal, dentro del plazo que fije la legislación nacional»* (artículo 4.2 Convenio núm. 26 OIT).

1.3 El Convenio OIT núm. 95, sobre la protección del salario (1949)

También es de importancia en esta materia el *Convenio OIT núm. 95, sobre la protección del salario (1949)*¹, que tuvo entrada en vigor el 24 de septiembre de 1954 y ha sido ratificado por un total de 99 países –denunciado por el Reino Unido el 16 septiembre 1983–; se ratificó por España el 24 de julio de 1958, con exclusión del artículo 11 en virtud de la ratificación del Convenio núm. 173 (y aceptación de la Parte II). El Convenio OIT núm. 95 establece una noción estipulativa internacional del término «salario», para el que significa: la *«remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar»*. Además, este Convenio ya contemplaba algunas reglas afectantes –más o menos directamente– a los salarios mínimos, como por ejemplo, en materia de inembargabilidad y cesión de este crédito, establecía que el salario

¹ Complementado por la Recomendación OIT núm. 85 sobre la protección del salario (1949), adoptada en la 32.ª reunión de la CIT (1 de julio de 1949).

«deberá estar protegido contra su embargo o cesión en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia»; (artículo 10.2 Convenio OIT núm. 95); así como cuando el mismo atribuye a las legislaciones nacionales la determinación de la suma a garantizar mediante la preferencia en el crédito por salarios adeudados en caso de quiebra o de liquidación judicial de una empresa (artículo 11.1 Convenio OIT núm. 95)². Previsiones que tienen un claro vínculo con la idea de garantizar la percepción de un mínimo salarial de subsistencia.

1.4 El Convenio OIT núm. 99 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura) (1951)

Hubo de esperarse más de dos décadas para que se adoptase un instrumento normativo, similar al de las industrias de transformación y comercio, para el sector de la agricultura, a través de la aprobación del *Convenio OIT núm. 99 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura) (1951)*» (con entrada en vigor el 23 de agosto de 1953; ratificado por España el 4 de junio de 1970), mediante el que se obliga a los Miembros signatarios: «... a establecer o a conservar métodos adecuados que permitan fijar tasas mínimas de salarios para los trabajadores empleados en las empresas agrícolas y en ocupaciones afines» (artículo 1.1 Convenio núm. 99 OIT). Del mismo modo que su antecedente para la industria y servicios, este Convenio tiene una flexibilidad aplicativa muy amplia, pues deja libertad a los Miembros, previa

² Esta regla debe ponerse también en conexión sistemática con las previstas en el Convenio OIT núm. 173 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador (1992), ratificado por España el 16 de mayo de 1995, cuyo artículo 7.1 establece que la legislación nacional «podrá limitar el alcance del privilegio de los créditos laborales a un monto prescrito, que no deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable»; así como cuando el privilegio de los créditos laborales esté limitado de esa forma, «aquel monto se deberá reajustar cuando proceda, para mantener su valor» (artículo 7.2); del mismo modo, si los créditos laborales están protegidos por una institución de garantía, el artículo 13.1 de este Convenio contempla que «podrán ser limitados a un monto prescrito, que no deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable», e igualmente, cuando los créditos protegidos estén limitados de esa forma, «aquel monto se deberá reajustar cuando proceda, para mantener su valor». Asimismo, este Convenio se complementa por la Recomendación núm. 180 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador (1992), adoptada en la 79.^a reunión de la CIT (23 de junio de 1992), cuyo artículo 4 establece que, cuando el monto del crédito protegido por medio de un privilegio esté limitado por la legislación nacional, «para que no sea inferior a un mínimo socialmente aceptable, dicho monto debería tener en cuenta variables como el salario mínimo, la fracción inembargable del salario, el salario que sirva de base para calcular las cotizaciones a la seguridad social o el salario medio en la industria»; así como su artículo 10 establece que, cuando el monto del crédito protegido por una institución de garantía esté limitado, para que no sea inferior a un mínimo socialmente aceptable: «debería tener en cuenta variables como el salario mínimo, la fracción inembargable del salario, el salario que sirva de base para calcular las cotizaciones de la seguridad social o el salario medio en la industria».

consulta a las organizaciones interesadas más representativas de empleadores y de trabajadores, si dichas organizaciones existen, *«para determinar las empresas, ocupaciones o categorías de personas a las cuales serán aplicables los métodos de fijación de salarios mínimos previstos»* en la norma (artículo 1.2 Convenio núm. 99 OIT); pudiendo las autoridades competentes de cada Miembro: *«...excluir de la aplicación de todas o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a las categorías de personas cuyas condiciones de trabajo hagan inaplicables estas disposiciones, tales como los miembros de la familia del empleador ocupados por este último»* (artículo 1.3 Convenio núm. 99 OIT).

Este Convenio permite que las legislaciones nacionales, los contratos colectivos o los laudos arbitrales puedan permitir *«el pago parcial del salario mínimo en especie, en los casos en que esta forma de pago sea deseable o de uso corriente»* (artículo 2.1 Convenio núm. 99 OIT), aunque en los casos en que esto se autorice, deberán adoptarse las medidas adecuadas –establecidas en su artículo 2.2– para que:

- (a) las prestaciones en especie sean apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia, y redunden en beneficio de los mismos;
- (b) el valor atribuido a dichas prestaciones sea justo y razonable.

Los Estados Miembro que ratifiquen el Convenio núm. 99 OIT disponen de libertad para determinar, a reserva de las condiciones previstas en los párrafos siguientes, los métodos de fijación de salarios mínimos y sus modalidades de aplicación en la agricultura (artículo 3.1), aunque deberán respetar las condiciones –de orden procedimental y sustantivo– siguientes:

— Antes de adoptar una decisión deberá procederse a una detenida consulta preliminar con las organizaciones interesadas más representativas de empleadores y de trabajadores, si dichas organizaciones existen, y con cualesquiera otras personas especialmente calificadas a este respecto, por razón de su profesión o de sus funciones, a las cuales la autoridad competente juzgue conveniente dirigirse (artículo 3.2).

— Los empleadores y los trabajadores interesados deberán participar en la aplicación de los métodos de fijación de salarios mínimos, ser consultados o tener derecho a ser oídos, en la forma y en la medida que determine la legislación nacional, pero siempre sobre la base de una absoluta igualdad (artículo 3.3).

— Las tasas mínimas de salarios que hayan sido fijadas serán obligatorias para los empleadores y los trabajadores interesados, y no podrán ser reducidas (artículo 3.4).

— La autoridad competente podrá admitir, cuando ello fuere necesario, excepciones individuales a las tasas mínimas de salario, a fin de evitar la disminución de las posibilidades de empleo de los trabajadores de capacidad física o mental reducida (artículo 3.5).

Como normas secundarias o de garantía se obliga a los Estados signatarios a adoptar las disposiciones necesarias para asegurar que, por una parte, los empleadores y los trabajadores interesados tengan conocimiento de las tasas mínimas de salarios vigentes, y que, por otra, los salarios efectivamente pagados no sean inferiores a las tasas mínimas aplicables; dichas disposiciones deberán prever el control, la inspección y las sanciones que sean necesarios y que mejor se adapten a las condiciones de la agricultura del país interesado (artículo 4.1 Convenio núm. 99 OIT); además, se establece que todo trabajador al que sean aplicables las tasas mínimas y reciba salarios inferiores a esas tasas: *«deberá tener derecho, por vía judicial o por otra vía apropiada, a cobrar el importe de las cantidades que se le adeuden, dentro del plazo que prescriba la legislación nacional»* (artículo 4.2 Convenio núm. 99 OIT).

1.5 El Convenio OIT núm. 100 sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (1951)

En clave de igualdad entre las personas trabajadoras por razón de sexo, el *Convenio OIT núm. 100 sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (1951)* (ratificado por España el 6 de noviembre de 1967), considerado además «fundamental» en el sistema de convenios de la OIT, establece que, todo Estado miembro signatario, debe emplear *«medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor»* (artículo 1.2). Tratándose de un principio que debe de aplicarse por medio de: la legislación nacional; cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; así como por los contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o la acción conjunta de estos diversos medios (artículo 1.2).

Por lo tanto, a los efectos que aquí interesan, cualesquiera que sean los instrumentos empleados por el sistema de determinación de los salarios en

cada Estado, incluidos los salarios mínimos legales o convencionales (profesionales), deberán respetar siempre la regla «transversal» de igualdad de remuneración –igual salario a «trabajo de igual valor»– entre la mano de obra masculina y femenina.

1.6 El Convenio OIT núm. 131 sobre la fijación de salarios mínimos (1970) y su Recomendación núm. 135 (1970)

La norma jurídica internacional central en la materia que nos ocupa es el *Convenio OIT núm. 131 sobre la fijación de salarios mínimos (1970)* [texto adoptado en la 54.ª reunión de la CIT (Ginebra, 22 junio 1970); con entrada en vigor en el 29 de abril de 1972; actualmente con 54 ratificaciones; siendo ratificado por España el 30 de noviembre de 1971³]. Este Convenio se adopta teniendo como antecedentes el Convenio núm. 26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (1928), el Convenio núm. 100 sobre igualdad de remuneración (1951), que habían sido ampliamente ratificados, así como el precedente que supone el Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura) (1951) y en la consideración de que tales Convenios habían «desempeñado un importante papel en la protección de los grupos asalariados que se hallan en situación desventajosa», pero que también había llegado el momento de «adoptar otro instrumento que complemente los convenios mencionados y asegure protección a los trabajadores contra remuneraciones indebidamente bajas, el cual, siendo de aplicación general, preste especial atención a las necesidades de los países en vías de desarrollo». En base a ello, la CIT decidió adoptar diversas proposiciones relativas a los mecanismos para la fijación de salarios mínimos y problemas conexos, con especial referencia a los países en vías de desarrollo. Por lo tanto, esta norma –de mayor amplitud– tiene como antecedentes otros convenios vigentes que presentan especial relevancia, sin que la misma haya supuesto una refundición de los mismos, que cabe entender vigentes en sus propios términos.

El Convenio se complementa mediante la *Recomendación núm. 135, sobre la fijación de salarios mínimos (1970)*, adoptada también en la 54.ª reunión

³ La primera norma por la que se fijó un salario mínimo en nuestro país para todos los sectores de actividad fue el Decreto 55/1963, de 17 de enero, sobre establecimiento de salarios mínimos y su conexión con los establecidos por convenios colectivos sindicales o mejoras voluntarias (BOE núm. 17, de 19 de enero de 1963), en un modelo en el que los salarios mínimos se fijaban mediante el instrumento heterónomo de las reglamentaciones nacionales de trabajo (a niveles sectoriales); así como por las limitadas posibilidades de mejora abiertas por la Ley de Convenios Colectivos Sindicales de 4 de abril de 1958 y la posibilidad de mejoras voluntarias por parte de las empresas.

de la CIT (22 junio 1970), en la que se establece que: «*La fijación de salarios mínimos debería constituir un elemento de toda política establecida para eliminar la pobreza y para asegurar la satisfacción de las necesidades de todos los trabajadores y de sus familias*» (Recomendación I.1); así como que: «*El objetivo fundamental de la fijación de salarios mínimos debería ser proporcionar a los asalariados la necesaria protección social respecto de los niveles mínimos permisibles de salarios*» (Recomendación I.2).

Los Estados Miembros que ratifiquen el Convenio núm. 131 OIT se obligan internacionalmente a establecer «*un sistema de salarios mínimos que se aplique a todos los grupos de asalariados cuyas condiciones de empleo hagan apropiada la aplicación del sistema*» (artículo 1.1); permitiendo –como técnica regulativa flexible– que la autoridad competente de cada país pueda determinar «*los grupos de asalariados a los que se deba aplicar el sistema, de acuerdo con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas o después de haberlas consultado exhaustivamente, siempre que dichas organizaciones existan*» (artículo 1.2). Esta posibilidad de excluir grupos de asalariados de sistema de salarios mínimos exige una motivación reforzada que deberá reflejarse por los Miembros signatarios en la primera memoria anual sobre la aplicación del Convenio –que sometan en virtud del artículo 22 de la Constitución de la OIT–, donde deberán enumerarse los grupos de asalariados que no hubieran sido incluidos y se «*explicará los motivos de dicha exclusión*»; asimismo, en las subsiguientes memorias, dicho Miembro indicará el estado de su legislación y práctica respecto de los grupos excluidos y la medida en que aplica o se propone aplicar el Convenio a dichos grupos (artículo 1.3).

La Recomendación núm. 135 OIT establece algunos criterios complementarios en cuanto al alcance subjetivo («campo de aplicación») de los sistemas de salarios mínimos y que refuerzan el carácter excepcional de las exclusiones. En primer lugar, establece que deberían mantenerse en un mínimo el número y los grupos de asalariados no comprendidos en virtud del artículo 1 del Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (Recomendación III.4). Por otra parte, en clara técnica flexible que permita la mayor extensión subjetiva posible de la tutela, la Recomendación prevé que el sistema de salarios mínimos pueda aplicarse a los trabajadores comprendidos en virtud del artículo 1 del Convenio, «*sea fijando un solo salario mínimo de aplicación general o estableciendo una serie de salarios mínimos aplicables a grupos particulares de trabajadores*» [Recomendación III.5 (1)]. En caso de que instaure un sistema basado en un solo salario mínimo, la Recomendación aclara que ello «*no es necesariamente incompatible con la fijación de diferentes tari-*

fas de salarios mínimos en distintas regiones o zonas que permita tomar en cuenta las diferencias en el costo de la vida»; así como que tal sistema «no debería menoscabar el efecto de las decisiones, pasadas o futuras, que fijen salarios mínimos superiores al nivel mínimo general para determinados grupos de trabajadores» [Recomendación III.5 (2)].

En cuanto a su eficacia jurídica, y con respeto pleno de la negociación colectiva⁴, el Convenio núm. 131 OIT establece que los «salarios mínimos tendrán fuerza de ley, no podrán reducirse y la persona o personas que no los apliquen estarán sujetas a sanciones apropiadas de carácter penal o de otra naturaleza» (artículo 2.1). Así pues, quedan prohibidas las excepciones individuales y las que se puedan introducir a través de negociación colectiva. Por consiguiente, puede convenirse que «salario mínimo» es la cuantía mínima de la remuneración que un empleador deberá abonar a sus asalariados, por las prestaciones que estos hayan efectuado durante un determinado período, sin que dicha cuantía pueda ser rebajada mediante convenio colectivo ni acuerdo individual.

En una dimensión sustantiva, también esta norma internacional (artículo 3) prevé unos criterios genéricos –con carácter no exhaustivo– que «*deben tenerse en cuenta para determinar el nivel de los salarios mínimos*». En tal sentido, deberían incluirse, «*en la medida en que sea posible y apropiado, de acuerdo con la práctica y las condiciones nacionales*», los siguientes elementos o criterios de determinación de los niveles de salarios mínimos y que reflejan una dialógica social y económica:

- (a) las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales;
- (b) los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo.

El deterioro de la capacidad adquisitiva de los salarios mínimos a lo largo del tiempo otorga sentido a la regla prevista en el artículo 4.1 del Convenio núm. 131 OIT, según la cual, los Miembros signatarios, deberán establecer y mantener «*mecanismos adaptados a sus condiciones y necesidades nacionales, que hagan posible fijar y ajustar de tiempo en tiempo los salarios mínimos de los grupos de asalariados comprendidos en el sistema*».

⁴ En esta misma dirección, la Recomendación núm. 135 OIT parte del considerando de que la fijación de salarios mínimos «*en modo alguno debería entrañar perjuicio para el ejercicio y desarrollo de la libre negociación colectiva como medio para fijar sueldos y salarios más altos que los mínimos*».

Por lo que respecta a la concreción de los mecanismos para la fijación de salarios mínimos, la normativa internacional no condiciona en absoluto los métodos elegidos –instrumentos o prácticas– por cada Miembro signatario, que los determinará según su legislación o práctica nacional. La Recomendación núm. 135 OIT contempla que puedan revestir formas variadas, como la fijación de salarios mínimos mediante:

- (a) legislación;
- (b) decisiones de la autoridad competente, ya contengan o no una disposición formal para que se tomen en cuenta las recomendaciones de otros organismos;
- (c) decisiones de consejos o juntas de salarios;
- (d) decisiones de tribunales de trabajo u otros análogos; o
- (e) medidas que confieran fuerza de ley a las disposiciones de los contratos colectivos.

Esta flexibilidad en cuanto a los mecanismos para la fijación de salarios mínimos se ha corroborado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), cuando considera que el Convenio núm. 131: «...no exige ni promueve un mecanismo determinado para el establecimiento de salarios mínimos ni para la consulta a los interlocutores sociales, pero define en términos generales los principios por los que debería regirse este procedimiento sea cual fuera la técnica o el método específico que se aplique en el país» (OIT, 2014a, p. 212).

La necesidad de reajuste de los salarios mínimos se desarrolla mediante la Recomendación núm. 135 OIT, según la cual, las tarifas de los mismos «*deberían ajustarse de tiempo en tiempo para tomar en cuenta los cambios en el costo de la vida y otras condiciones económicas*» (Recomendación V.11)⁵; y con ese objeto se propone la medida de efectuar un examen de las tarifas de salarios mínimos en relación con el costo de la vida y otras condiciones económicas, sea a intervalos regulares o siempre que se considere apropiado en vista de las variaciones de un índice del costo de la vida (Recomendación V.12).

Ni el Convenio núm. 131, ni su Recomendación complementaria, han establecido una concreta periodicidad concreta para ajustar los salarios mínimos, aunque debería hacerse con la suficiente regularidad a fin de mantener el

⁵ Para facilitar la aplicación del párrafo 11 de la Recomendación núm. 135 OIT, la misma contempla: que se deberían realizar, en la medida en que lo permitan los recursos nacionales, encuestas periódicas sobre las condiciones económicas nacionales, incluyendo las tendencias en los ingresos por habitante, en la productividad y en el empleo, desempleo y subempleo; así como que la frecuencia de dichas encuestas debería determinarse en relación con las condiciones nacionales (Recomendación V.13).

nivel de los salarios mínimos en consonancia con las realidades socioeconómicas de un país determinado (Estrada Ballesteros, 2019, pp. 1045-1046), evitando así el deterioro de los niveles salariales mínimos como consecuencia de las dinámicas inflacionistas.

También el diálogo social, en forma de consultas, deberá disponerse para que, en el establecimiento, aplicación y modificación de los salarios mínimos se consulte exhaustivamente con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, o, cuando dichas organizaciones no existan, con los representantes de los empleadores y de los trabajadores interesados (artículo 4.2 Convenio núm. 131 OIT)⁶.

Incluso –conforme al artículo 4.3 Convenio núm. 131 OIT– se prevé que, «*si fuere apropiado a la naturaleza de los mecanismos para la fijación de salarios mínimos*», se dispondrá también que participen directamente en su aplicación:

(a) en pie de igualdad, los representantes de las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, o, si no existiesen dichas organizaciones, los representantes de los empleadores y de los trabajadores interesados;

(b) las personas de reconocida competencia para representar los intereses generales del país y que hayan sido nombradas previa consulta exhaustiva con las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores interesadas, cuando tales organizaciones existan y cuando tales consultas estén de acuerdo con la legislación o la práctica nacionales.

Por su parte, la Recomendación núm. 135 OIT establece que, en los países en que se hayan creado organismos para asesorar a la autoridad competente sobre cuestiones de salarios mínimos o en que el gobierno les haya delegado la responsabilidad de adoptar decisiones sobre salarios mínimos, la participación a que se refiere el artículo 4.3 del Convenio, en la aplicación de los mecanismos de fijación de salarios mínimos, debería comprender también la «*calidad de miembro de dichos organismos*» (Recomendación IV.8). Del mismo modo, se recomienda que las personas que representan los intereses generales

⁶ Según la Recomendación núm. 135 OIT, la consulta prevista en el artículo 4.2 del Convenio debería versar, en especial, sobre las siguientes cuestiones (Recomendación IV.7):

- (a) la selección y aplicación de los criterios para la determinación del nivel de salarios mínimos;
- (b) la tarifa o tarifas de los salarios mínimos que deben fijarse;
- (c) los ajustes que de tiempo en tiempo se introduzcan en la tarifa o tarifas de los salarios mínimos;
- (d) los problemas que plantee la aplicación de la legislación sobre salarios mínimos;
- (e) la compilación de datos y la realización de estudios destinados a la información de las autoridades encargadas de la fijación de salarios mínimos.

del país y cuya participación en la aplicación de los métodos para la fijación de salarios mínimos se prevé en el apartado b) del artículo 4.3 del Convenio deberían ser personas independientes con calificaciones adecuadas; estas personas podrían ser eventualmente funcionarios públicos con responsabilidades en la esfera de las relaciones de trabajo o en la planificación o determinación de la política económica y social (Recomendación IV.9).

En la medida que lo permitan las circunstancias nacionales, la Recomendación núm. 135 OIT prevé que se deberían destinar suficientes recursos para la compilación de los datos estadísticos y de otra naturaleza que sean necesarios para el estudio analítico de los factores económicos pertinentes –en especial de aquellos factores mencionados en el párrafo 3 de la Recomendación– y de su probable evolución (Recomendación IV.10).

El artículo 5 del Convenio núm. 131 OIT establece, mediante una previsión muy genérica, la obligación para los Estados Miembros signatarios de adoptar las *«medidas apropiadas, tales como inspección adecuada, complementada por otras medidas necesarias, para asegurar la aplicación efectiva de todas las disposiciones relativas a salarios mínimos»*. Esta regla se complementa y se detalla mejor en la Recomendación núm. 135 OIT, donde se establecen una serie de medidas que, de conformidad con el artículo 5 del Convenio, deberían tomarse para asegurar la aplicación efectiva de todas las disposiciones relativas a los salarios mínimos (Recomendación VI.14):

(a) dar publicidad a las disposiciones sobre salarios mínimos, adaptadas, cuando así se requiera, a las necesidades de personas analfabetas, o a los idiomas o dialectos de los trabajadores que necesiten protección;

(b) utilización de un número suficiente de inspectores adecuadamente preparados y dotados de los poderes y facilidades necesarios para cumplir con sus funciones;

(c) sanciones adecuadas por infracción de las disposiciones sobre salarios mínimos;

(d) simplificación de las disposiciones y procedimientos legales y otros medios adecuados para capacitar a los trabajadores para el ejercicio efectivo de sus derechos en virtud de las disposiciones sobre salarios mínimos, incluido el derecho a devengar las sumas que se les deban cuando se les hayan pagado salarios inferiores a los que les correspondían;

(e) participación de las organizaciones de trabajadores y de empleadores en las medidas que se tomen para proteger a los trabajadores contra los abusos;

(f) protección adecuada de los trabajadores contra las represalias.

Como debilidad de la normativa internacional sobre salarios mínimos debe resaltarse que, mientras el Convenio impone la necesidad de asegurar la «aplicación práctica» de las disposiciones que adopten los Estados en la materia, la Recomendación sí que prevé un importante elenco de medidas para garantizar la misma, pero no debe obviarse que la Recomendación no deja de ser sino una norma jurídica no obligatoria, esto es, una pauta para orientar la práctica de los Estados que no goza de carácter vinculante. Por lo tanto, se hace pertinente un planteamiento y reflexión centrados en medidas procesales, de inspección y actuación de garantía y ejecución de los derechos laborales que Estados y organizaciones tienen impuestos y han venido ratificando con el paso del tiempo a través del diálogo y reivindicación a través de la negociación colectiva. Puede que el seno de este debate deba replantearse un nuevo Convenio que marque este camino hacia una mayor efectividad de los derechos laborales y, en concreto, de garantía de los salarios mínimos (Estrada Ballesteros, 2019, p. 1047).

1.7 Otras declaraciones e informes de la OIT afectantes a los mínimos salariales

Además de los textos normativos, la OIT ha prestado especial atención a la evolución de los niveles salariales, especialmente en el contexto de las crisis económicas o de otro tipo, entre los que ha afrontado el asunto de los mecanismos de establecimiento de los salarios mínimos. Así, en el documento de la OIT: *Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo* (adoptado por la CIT en 2009 y enmendado en 2022), en el apartado relativo a la aceleración de la creación de puestos de trabajo y la recuperación del empleo y el respaldo a las empresas, se establece el consenso de que el objetivo del empleo pleno y productivo y el trabajo decente debe ponerse en el centro de las respuestas a la crisis y, entre estas respuestas, se sostiene que puede figurar el impulso de «la demanda efectiva y contribuir al mantenimiento de los niveles salariales inclusive por medio de paquetes de estímulo macroeconómico» (OIT, 2009 y 2022b, p. 8); así como específicamente se indica que todos los países deberían ayudar a los grupos vulnerables más afectados por la crisis, por medio de una combinación de medidas de apoyo a los ingresos, desarrollo de competencias laborales y respeto del derecho a la igualdad y del derecho a la no discriminación. Además, con el objeto de evitar las espirales salariales deflacionistas, se deberían tomar como orientación las siguientes opciones: el diálogo social; la negociación colectiva; los salarios mínimos reglamentarios o negociados. En concreto, por lo que respecta a los salarios mínimos, se consi-

dera que «deberían ser objeto de revisiones y adaptaciones regulares»; así como que los Gobiernos, en su calidad de empleadores y de compradores, «deberían respetar y promover el respeto de los niveles de salarios negociados»; además, se considera que, la «reducción de la diferencia de salarios entre hombres y mujeres debe formar parte integrante de estos esfuerzos» (pp. 8-9).

Por lo que respecta al camino que debiera seguirse para dar forma a una globalización justa y sostenible, la CIT sostiene que: «Los Gobiernos deberían considerar opciones, como el salario mínimo, que permitan reducir la pobreza y la desigualdad, incrementar la demanda y contribuir a la estabilidad económica. El Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 131), puede proporcionar orientación a este respecto». En cuanto a las acciones de la OIT, el documento señala que: «La OIT disfruta de una autoridad reconocida en ámbitos de importancia capital para responder a la crisis y para promover el desarrollo económico y social. La capacidad de la OIT en materia de investigación y análisis de los datos económicos y sociales es importante en este contexto. Su experiencia y conocimientos deberían ser centrales en sus actividades conjuntas con los Gobiernos, los interlocutores sociales y el sistema multilateral». Entre dichos ámbitos se señala específicamente, entre otros, a los «mecanismos de fijación del salario mínimo» (OIT, 2009 y 2003, p. 23).

Por último, también debe tenerse en cuenta que la OIT ha formulado el *Llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19 que sea inclusiva, sostenible y resiliente* (adoptado por la CIT de 17 de junio de 2021), donde expresamente se señala la necesidad de: «proporcionar a todos los trabajadores una protección adecuada, reforzando el respeto de las normas internacionales del trabajo y promoviendo su ratificación, su aplicación y el control de su cumplimiento, con especial atención a los ámbitos en los que se han detectado profundas brechas a raíz de la crisis»; y ello incluye el derecho a «un salario mínimo adecuado, establecido por ley o negociado» (OIT, 2021, p. 8).

El informe global de la OIT sobre salarios más reciente constata que la evidencia disponible para 2022 sugiere que el aumento la inflación está provocando que el crecimiento de los salarios reales caiga a cifras negativas en muchos países, reduciendo el poder adquisitivo de la clase media así como golpeando grupos de bajos ingresos particularmente difícil. La crisis se suma a importantes pérdidas en la masa salarial total de los trabajadores y sus familias durante la crisis del COVID-19, que en muchos países habría tenido el mayor impacto en los grupos de bajos ingresos. En la ausencia de respuestas políticas adecuadas, en el futuro podría ver una fuerte erosión de los ingresos reales de los trabajadores y sus familias y un aumento de desigualdad, amenazando la recu-

peración económica y posiblemente alimentando más disturbios sociales (OIT, 2022c, p. 13). De hecho, según este informe, en 2022 la brecha entre el crecimiento de la productividad y el crecimiento de los salarios su punto más ancho desde principios del siglo XXI, con un crecimiento de la productividad del 12,6% puntos por encima del crecimiento de los salarios (OIT, 2022c, p. 12). Según la OIT, un adecuado ajuste del salario mínimo podía por sí mismo ayudar significativamente a mejorar el nivel de vida de los hogares de bajos ingresos en el costo de vida actual crisis, subrayando la «importancia de los salarios mínimos como una herramienta para la justicia social se destaca por el hecho de que el 90 por ciento de los Estados Miembros de la OIT disponen de sistemas de salarios mínimos vigentes. Estos salarios mínimos pueden proteger a los trabajadores peor pagados contra pérdidas considerables del poder adquisitivo en épocas de alta inflación». Sin embargo, la OIT advierte de que para que este mecanismo sea efectivo, «es necesario que se ajusten los salarios mínimos periódicamente para tener en cuenta las necesidades de los trabajadores y sus familias, junto con factores económicos», recordando que «ese proceso de ajuste debe llevarse a cabo con la plena participación de los interlocutores sociales e implicar diálogo social basado en evidencias», en consonancia con el Convenio núm. 131 sobre la fijación de salarios mínimos (OIT, 2022c, p. 15).

El informe global sobre salarios concluye recordando que los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible persiguen un mundo sin pobreza extrema y con igualdad de oportunidades para todos, para realizar su pleno potencial. En el Informe *Nuestra Agenda Común* de Naciones Unidas, se incluye el fortalecimiento del trabajo decente como una de las acciones clave de la misma (Naciones Unidas, 2021, p. 24). La creación empleo asalariado decente, junto con políticas para garantizar salarios adecuados, que son relevantes para varios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, puede hacer una contribución vital a la búsqueda de la justicia social (OIT, 2022c, p. 16).

2. SALARIO MÍNIMO EN LA ORDENACIÓN NORMATIVA ESPAÑOLA: DIALÓGICA CON LA NORMATIVA INTERNACIONAL

2.1 **Bloque de constitucionalidad: principio de suficiencia salarial y su protección multinivel**

En el ordenamiento jurídico-laboral español, el establecimiento de un sistema de salarios mínimos tiene como base normativa el artículo 35.1 de

la Constitución Española, donde se reconoce de «*todos los españoles*» a «*una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*». Precepto que encuentra indudables conexiones sistemáticas y teleológicas con la cláusula de estado social (artículo 1.1 CE), con a la integración social de la ciudadanía (artículo 9.2 CE) o con la política de rentas redistributiva (art. 40.1 CE); y, por consiguiente con el principio de justicia distributiva al que responde el Estado social de Derecho y que actúa como un elemento modulador o corrector de la conmutatividad que está en el seno de las relaciones contractuales laborales y que dota a la contraprestación salarial de una «dimensión social» (Fernández Avilés, 2001; Monereo Pérez y Molina Navarrete, 2002, pp. 350-351).

Dentro del «bloque de constitucionalidad» (en el que deben integrarse los convenios internacionales que sobre la materia haya ratificado nuestro Estado), y como parámetro interpretativo y aplicativo (*ex* artículo 10.2 CE), han de englobarse los textos del Derecho internacional general afectante a la materia salarial. Por ello, ha de tenerse en cuenta la Declaración Universal de Derechos Humanos que, en su artículo 23, párrafo 3, proclama el derecho de toda persona que trabaja a «*una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social*». La norma alude, más que a un criterio de mera «suficiencia» entendida en términos de mínimos de «subsistencia», a parámetros de «equidad» –en el marco de una relación contractual bilateral– y del aseguramiento de una existencia conforme a la «dignidad social», aludiendo también a su complemento mediante otros instrumentos de política social. Por lo tanto, aunque necesarios, sería una visión reduccionista entender a los salarios mínimos como el único desarrollo o manifestación posible del principio constitucional de suficiencia salarial.

En esta dirección, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proclama, por su parte, el derecho de toda persona «*al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie [...]; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto*».

Sobre la base del grupo normativo internacional y en el contexto específico de la crisis económica internacional, el propio Comité de Derechos Eco-

nómicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (CDESC), expresó su inquietud por el hecho de que, en España, el salario mínimo interprofesional hubiera sido congelado en la década pasada a «un valor que no permite un nivel de vida digno» (E/C.12/ESP/CO/5, párr. 18). El CDESC es consciente de que el salario mínimo se suele congelar durante períodos de crisis económica y financiera, aunque para que se considere que los Estados partes cumplen con lo dispuesto en el artículo 7 del PDESC, esa «medida debe adoptarse como último recurso y con carácter temporal, teniendo en cuenta las necesidades de los trabajadores que se encuentran en situaciones vulnerables, y que se deberá volver al procedimiento habitual de revisión periódica y aumento del salario mínimo lo más pronto posible» (CDESC, 2016, p.7).

En el ámbito europeo, la Carta Social Europea, establece, el apartado 4 de la Primera Parte, lo siguiente: «*Todos los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso*», principio que se contempla también en el artículo 4 de la Segunda Parte («Derecho a una remuneración equitativa») que en su apartado 1 se pronuncia del siguiente tenor: «*A reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso*». El Comité Europeo de Derechos Sociales (ECSR) ha considerado que «un nivel de vida decente» significa asegurar un salario mínimo al trabajador, así como, en su cuantificación, y desde 1998, lo calcula como el 60 por ciento del salario medio del país (tras la deducción de las cotizaciones e impuestos).

Por lo tanto, resulta en línea con estos pronunciamientos relativos a la «dignidad social», la actual política de salario mínimo adoptada por el Gobierno en la línea de establecer subidas salariales que permitan la recuperación de poder adquisitivo, así como hacer frente a los efectos indeseados sobre las rentas salariales de la reciente dinámica inflacionista acontecida en nuestro país.

Importa destacar que el asunto de los salarios no puede desligarse del modelo de relaciones laborales diseñado por la CE y, en especial, del derecho a la libertad sindical (artículos 7 y 28) y a la negociación colectiva (artículo 37.1). Puede perfectamente entenderse que el marco legislativo estatal no agota el mandato constitucional de «suficiencia», pues más coherentes con el *test de suficiencia* deben considerarse, en nuestro sistema de relaciones laborales, los mínimos salariales «profesionales» establecidos mediante la negociación colectiva. En coherencia, promover los procesos de negociación colectiva –así como su mayor cobertura posible de las relaciones de trabajo asalariadas–, es también un coadyuvante cierto e idóneo para la efectividad del propio principio constitucional de suficiencia salarial. En esta dirección, la Co-

misión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha precisado que la negociación colectiva es una de las formas para la fijación de salarios mínimos prevista en el artículo 2, apartado 2), del Convenio núm. 131 y en el párrafo 6, apartado e), de la Recomendación núm. 135, siempre y cuando se confiera fuerza de ley a las disposiciones sobre fijación de salarios mínimos del convenio colectivo. La CEACR considera que las eventuales dificultades que surjan se derivan más bien del grado de cobertura de estos convenios colectivos en relación con las disposiciones del Convenio núm. 131 relativas al campo de aplicación de los salarios mínimos (OIT, 2014a, p. 212). Además, la OIT estuvo atenta a la evolución de las tasas de cobertura de la negociación colectiva en el período de crisis económica, detectándose en España una evolución negativa de la misma entre los años 2008 y 2012/2013 (OIT, 2016, p. 8).

En todo caso, la existencia de un salario mínimo legal, que actúa como un mínimo indisponible para la negociación colectiva salarial (pues es un «suelo mínimo de contratación»), así como sus incrementos periódicos, generan una garantía mínima para los trabajadores con menores niveles salariales convencionales, incidiendo sus subidas sobre el conjunto de trabajadores afectados por el convenio colectivo, pues esta circunstancia promoverá –en las sucesivas renovaciones convencionales– el incremento de los niveles salariales de las personas trabajadoras con grupos profesionales o niveles salariales más elevados (una suerte de «efecto dominó» cuya incidencia tiende a ser menor en los niveles salariales más elevados). Por lo tanto, las subidas del SMI ejercen una cierta presión en las negociaciones colectivas salariales para mantener unos diferenciales retributivos que respondan a la valoración concreta del trabajo desempeñado por cada grupo profesional. Así pues, aunque el SMI solo afecta los trabajadores sin convenio colectivo aplicable, un aumento del mismo puede conducir a reivindicaciones laborales más generalizadas de incrementos salariales por la vía de la negociación colectiva y a ejercer una presión salarial al alza en muchos grupos de trabajadores cubiertos por convenio colectivo. Por lo tanto, juega un notable papel como factor coadyuvante a la función redistributiva de la política de rentas.

2.2 Desarrollo legislativo y reglamentario (caracterización técnica de nuestro modelo)

A nivel legislativo, el modelo español de fijación de salarios mínimos se regula por el artículo 27 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre,

por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET), intitulado «Salario mínimo interprofesional» (SMI), correspondiendo a un modelo unitario y estatalizado de fijación de un salario mínimo común a todos los sectores de actividad.

Por lo que respecta a la clasificación de los Estados Miembros de la OIT, según el «ámbito de aplicación de sus sistemas de salarios mínimos», en nuestro modelo es competente la autoridad pública gubernamental para fijar el salario mínimo nacional (SMI), previa celebración de consultas con los interlocutores sociales.

En nuestro sistema no se fijan salarios mínimos legales por región geográfica, tomando en cuenta el grado de desarrollo económico y el costo de la vida (las Comunidades Autónomas –ex artículo 149.1.7.^a CE– carecen de competencia para «regionalizar» el SMI y establecer cuantías diferentes por territorios); como tampoco por sectores de actividad; si bien es perfectamente posible –al constituir derecho necesario relativo en su variante de «mínimo de derecho necesario»– que los interlocutores sociales –mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva– puedan fijar mínimos salariales profesionales en diversos niveles territoriales y sectores que determinan las unidades de negociación. Así pues, en España el SMI se aplica a *«cualquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores»* (cfr. artículo 1.1 RD 99/2023).

La publicidad del SMI –que es uno de los elementos anudados por el marco normativo internacional a su propia efectividad práctica– queda garantizada por la publicación del mismo en el BOE, dado que se fija mediante una norma reglamentaria sujeta al principio de publicidad⁷. Dicha publicidad posibilita el conocimiento, efectos y aplicación del SMI.

La Ley –artículo 27.1 LET– atribuye al Gobierno la potestad de fijación anual del SMI, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, *«teniendo en cuenta»* los siguientes parámetros:

- (a) El índice de precios de consumo.
- (b) La productividad media nacional alcanzada⁸.

⁷ Para este año, el SMI se establece mediante Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023, cuyas cuantías representan un incremento del 8 por ciento respecto de las previstas en el Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022.

⁸ Este parámetro de «productividad» es utilizado por muchos países para el reajuste de los salarios mínimos mediante indicadores de productividad, que tratan de garantizar que los trabajadores que perciben salarios mínimos lo hagan en su justa proporción respecto a los frutos del crecimiento económico. En la práctica,

- (c) El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional.
- (d) La coyuntura económica general.

Igualmente, la LET prevé que se fijará una «revisión semestral» para «*el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios de consumo*».

El índice de precios al consumo (IPC) representa el precio de una canasta de bienes y servicios que consume un hogar medio, expresado bajo la forma de un indicador, de modo que la tasa de inflación corresponde a la evolución del IPC a lo largo de un período determinado de tiempo, expresado en un porcentaje. Según la OIT, cuando se reajustan los salarios mínimos, debe recordarse que el IPC general refleja los precios a los que hace frente un tipo de «consumidor promedio», pero debido a que el modelo de consumo de los hogares más pobres incluye un porcentaje más elevado de alimentos que el promedio, el IPC general «tiende a subestimar el aumento real de los precios en los bienes y servicios que consumen los trabajadores que perciben el salario mínimo». Ello significa que, «en algunas circunstancias, la tasa de inflación que padecen quienes perciben salarios mínimos puede ser significativamente más elevada que el IPC». De este modo, según la OIT, en un «contexto de inflación elevada», el reajuste de los salarios mínimos a la inflación de los precios puede conducir a lo que se denomina «la espiral de los salarios y los precios», definida como una situación en la que los salarios y los precios compiten al alza unos con otros. Para la OIT, en «una época de crecimiento económico estable, reajustar los salarios mínimos únicamente a la tasa de inflación de los precios no provocará un aumento de su valor real de conformidad con el incremento de la productividad» (OIT, 2014a, p. 139). En un informe más reciente, la OIT es más taxativa al señalar que la evidencia empírica demuestra que, incluso si los salarios se ajustaran a compensar el aumento en el costo promedio de vida medida por el IPC, hogares de bajos ingresos todavía sufrirían en muchos países de una erosión del poder adquisitivo de los salarios de los trabajadores (OIT, 2022c, p. 13).

Interesa destacar la discrecionalidad de que goza el Gobierno en la fijación del SMI, dado que la variación del mismo no es imperativamente la consecuencia o resultado necesario de una operación reglada. En esta dirección, nuestro Tribunal Supremo ha señalado que no es el resultado de un cálculo

los indicadores de productividad van desde «la productividad» o «la productividad del trabajo» al «PIB per cápita» o sencillamente al «aumento del PIB». Un examen de las prácticas en este punto, realizado por la OIT, muestra que los países cuyo sistema de salarios mínimos utiliza tasas por regiones o por sectores y profesiones tienden a aplicar los indicadores de productividad con algo más de frecuencia que aquellos otros que aplican simplemente los salarios mínimos nacionales, así como que un número reducido de países utilizan los indicadores de productividad en el marco de fórmulas matemáticas de reajuste (OIT, 2014a, p. 147).

matemático exacto del que se obtenga una cifra vinculante que traduzca numéricamente los criterios del artículo 27.1 LET, en especial respecto de los tres primeros. Tal idea se refuerza por el criterio contemplado en el apartado d) del 27.1 LET referido a la «coyuntura económica», que es un criterio abierto a una valoración de oportunidad. Por lo tanto, según el TS, el «teniendo en cuenta» referido a los criterios del artículo 27.1 LET «como pautas del juicio de pertinencia en la fijación del SMI lleva a una decisión prudencial por su alcance, pero de signo político en cuanto a la pertinencia y su acierto o desacierto, lo que tenga de criticable por exceso o defecto, será valorable política y no jurídicamente»; *a fortiori*, sostiene que también cabe que conocidos los datos objetivos u objetivables o presumibles que arrojen los criterios del artículo 27.1 LET, el Gobierno, «ejerciendo su función de dirección política, opte por priorizar los mandatos y objetivos de política social deducibles del artículo 35.1 CE o los pactos internacionales» [STS –Sala de lo Contencioso–, núm. 1268/2020, de 7 de octubre de 2020]. Lo cierto es que en los parámetros a tener en cuenta aparece un concepto tan ambivalente como el de «*la coyuntura económica general*» y no queda más remedio que rendirse a la evidencia de que el Gobierno cuenta con una amplísima discrecionalidad a la hora de responder al encargo de la Ley (Sempere Navarro, 2000); y ello al menos mientras no se lleve a cabo la reforma del artículo 27 LET para asentar sobre nuevas bases –se entiende más regladas– la determinación anual del SMI por parte del Gobierno y para «evitar que se produzcan pérdidas de poder adquisitivo» (medida contemplada en el Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2004 y que todavía sigue pendiente de desarrollo).

Nuestra legislación establece que la revisión del salario mínimo interprofesional «no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel» (artículo 27.1 *in fine* LET). Por lo tanto, los incrementos del SMI no se trasladan automáticamente a todas relaciones de trabajo, sino a aquellas que no alcancen el mínimo establecido, sin que tenga incidencia sobre aquellas personas trabajadoras con niveles salariales superiores⁹. Se trata de la técnica de la compensación y absorción de los niveles salariales con los incrementos establecidos por una norma heterónoma, lo que evita una acumulación no deseada de beneficios por parte de la persona trabajadora (cfr. artículo 3 RD 99/2023).

⁹ Ahora bien, para aquellas relaciones de trabajo cubiertas por un convenio colectivo, al SMI se le añadirán, sirviendo el mismo como módulo, en su caso, y según lo establecido en los convenios colectivos y contratos de trabajo, los complementos salariales a que se refiere el artículo 26.3 LET, así como el importe correspondiente al incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción (artículo 2 RD 99/2023).

En garantía de su función socioeconómica, que debe permitir la subsistencia de la persona trabajadora y de su familia, se contempla también la regla de inembargabilidad del SMI, en su cuantía, tanto anual como mensual (artículo 27.2 LET). Regla a la que la disposición final 8.1 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, añadió, a efectos de determinar lo anterior, que *«se tendrán en cuenta tanto el periodo de devengo como la forma de cómputo, se incluya o no el prorrateo de las pagas extraordinarias, garantizándose la inembargabilidad de la cuantía que resulte en cada caso»*; en particular, *«si junto con el salario mensual se percibiese una gratificación o paga extraordinaria, el límite de inembargabilidad estará constituido por el doble del importe del salario mínimo interprofesional mensual y en el caso de que en el salario mensual percibido estuviera incluida la parte proporcional de las pagas o gratificaciones extraordinarias, el límite de inembargabilidad estará constituido por el importe del salario mínimo interprofesional en cómputo anual prorrateado entre doce meses»*.

2.3 **Ámbito subjetivo de aplicación del SMI**

En nuestro país, el empleo público está excluido parcialmente del ámbito de aplicación de la legislación general del trabajo y, por consiguiente, de las disposiciones relativas a la fijación de los salarios mínimos. Las categorías excluidas se contemplan en el artículo 1.3 LET, en lo que aquí afecta, se excluyen: *«a) La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regirá por las correspondientes normas legales y reglamentarias, así como la del personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias»*. No obstante, el hecho de que estos trabajadores (funcionarios públicos) no estén cubiertos por la legislación del trabajo no significa que estén excluidos de todos los regímenes de salarios mínimos, pues hay disposiciones de Derecho administrativo que reglamentan la remuneración de los empleados de las administraciones públicas, incluida la fijación de los niveles retributivos.

En cuanto al ámbito subjetivo, la normativa internacional prevé la posibilidad de excluir grupos particulares de asalariados o de establecer una diferenciación en las cuantías para algunos de ellos. En el caso de España, mantuvimos una fijación diferenciada para la relación laboral especial de los trabajadores domésticos, aunque en el año 2011 se aprobó el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, donde se prevé el derecho de estas personas trabajadoras a percibir el SMI. En esta dirección, el artículo 8.1

del RD 1620/2011 estableció que el SMI, fijado anualmente por el Gobierno, *«es aplicable en el ámbito de esta relación laboral especial, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el ordenamiento laboral común»*. No obstante, teniendo presente que dicho salario se expresa en una cifra mensual y diaria, se contempla una cifra específica de salario mínimo a los trabajadores domésticos contratados por horas¹⁰.

En línea con lo acontecido en bastantes países, en nuestro país dejaron de establecerse disposiciones relativas a la fijación de salarios mínimos reducidos para trabajadores menores de edad. Esta evolución se basaba expresamente en algunos casos motivados por la lucha contra la discriminación que, afortunadamente, en el caso de España, desde 1998 (ya con la entrada en vigor del RD 2817/1998) los trabajadores menores de edad perciben un SMI igual al de los demás trabajadores. Hasta aquel momento, las normas anuales de fijación del SMI establecían una doble escala salarial en función de si la persona trabajadora alcanzaba o no la mayoría de edad. Conviene señalar que, con carácter previo, esta diferenciación –a la luz del principio de igualdad y no discriminación– fue objeto de recurso de inconstitucionalidad y el Tribunal Constitucional, en sentencia núm. 31/1984, de 7 de marzo de 1984, admitió la conformidad constitucional de los Reales Decretos de SMI que establecían este doble mínimo salarial, pero *«en la inteligencia de que las reducciones salariales no se aplican cuando los trabajadores jóvenes realizan un trabajo que comporta una experiencia y un esfuerzo y, en definitiva, un trabajo de igual valor, al que realizan trabajadores de más edad»*.

La CEACR ha considerado que, en *«el contexto de un altísimo desempleo juvenil en muchas partes del mundo, exacerbado a menudo por la recesión económica... disminuir el salario mínimo legal de aquellas personas que ingresan al mercado de trabajo puede ser una de las medidas de respuesta a la crisis»*; sin embargo, también señala que sería más difícil de comprender que políticas análogas estuvieran basadas en el supuesto de que todos los jóvenes trabajadores *«sin distinción e independientemente del empleo que ocupan, son menos productivos debido a la falta de experiencia y, en consecuencia, deben recibir una remuneración reducida»*, señalando que existe una tendencia cada vez mayor a eliminar esos salarios por considerarse contrarios a los principios fundamentales de igualdad y de no discriminación en el empleo y la ocupación (OIT, 2014a, p. 213).

¹⁰ Tal como prevé el artículo 8.5 del RD 1620/2011, donde se establece que: *«Para la retribución de los empleados de hogar que trabajen por horas, en régimen externo, el salario mínimo de referencia será el que se fije en el real decreto por el que se fija anualmente el salario mínimo interprofesional para los trabajadores eventuales y temporeros y empleados de hogar, que incluye todos los conceptos retributivos; este salario mínimo se abonará íntegramente en metálico, en proporción a las horas efectivamente trabajadas»*.

El «salario de ingreso» para trabajadores con modalidades formativas sigue canalizándose en España a través de las fórmulas contractuales laborales formativas, garantizándose en las mismas la percepción del salario mínimo. En este sentido, la retribución de la persona trabajadora «en formación» será la establecida para estos contratos en el convenio colectivo de aplicación. Por lo tanto, se remite a la negociación colectiva su determinación, aunque, como norma supletoria y en defecto de previsión convencional, *«la retribución no podrá ser inferior al sesenta por ciento el primer año ni al setenta y cinco por ciento el segundo, respecto de la fijada en convenio para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, en proporción al tiempo de trabajo efectivo»* [artículo 11.2 m) LET]. Como regla de salvaguarda salarial, se mantiene la previsión legal –mínimo indisponible– de que, en ningún caso, la retribución podrá ser inferior al SMI, eso sí, en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Por su parte, en el contrato de formación «para la obtención de la práctica profesional», la retribución se corresponde *«por el tiempo de trabajo efectivo»* (luego entiéndase que no tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo el tiempo destinado a la formación), que será fijada en el convenio colectivo aplicable en la empresa para estos contratos o, en su defecto, la del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas; aunque, en ningún caso, la retribución podrá ser inferior a la retribución mínima establecida para el contrato para la formación en alternancia ni al salario mínimo interprofesional *«en proporción al tiempo de trabajo efectivo»* [artículo 11.3 i) LET].

En España, es posible celebrar un contrato de los que podrían denominarse «a bajo rendimiento» con una persona discapacitada por parte de un Centro Especial de Empleo, para que preste sus servicios durante una jornada de trabajo normal, pero con un rendimiento inferior al normal en un 25 por 100, sin que la disminución correspondiente de su salario pueda exceder del porcentaje mencionado [artículo 12 c) Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo]. Al respecto, debe tenerse presente que la CEACR ha llamado la atención –en su Estudio General de 2014– sobre la idea de que el Convenio núm. 131 no prevé ninguna excepción al principio de carácter obligatorio de los salarios mínimos, pues, si bien alude al caso de trabajadores con discapacidad y a la exención de abonar salarios mínimos a este colectivo, aconseja que siempre que sea posible, las autoridades han de buscar alternativas, tal y como desgravaciones en las cotizaciones o concesión de facilidades similares para ayudar a las empresas (en el caso español, los centros especiales de empleo) a superar «tales dificultades» sin vulnerar lo dispuesto en el propio Convenio.

2.4 Exclusión del «salario en especie» del SMI

Una de las cuestiones que presenta discrepancia –en la legislación y la práctica de los Estados Miembros de la OIT– viene referida a la cuestión de incluir o no las prestaciones en especie en la base de cálculo del salario mínimo. Ello en la consideración de que se trata de una modalidad vista con cierto recelo desde la perspectiva del Derecho internacional del trabajo, por los posibles abusos a los que puede prestarse la misma [v. gr. la normativa internacional establece que sólo debiera admitirse «*en las industrias u ocupaciones en que esta forma de pago sea de uso corriente o conveniente*» (artículo 4.1 Convenio núm. 95 OIT); que las prestaciones en especie han de resultar apropiadas y útiles para el trabajador y/o sus familiares (artículo 4.2 a) Convenio núm. 95 OIT); así como que valor de las mismas ha de ser «*justo y razonable*» (art. 4.2 b) Convenio núm. 95 OIT)].

En España, desde el año 2010, tras la modificación del artículo 26.1 ET (mediante la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de 2010, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo), se clarifica esta cuestión, al establecerse que, en ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 LET (en alusión que cabe especialmente referida a la relación laboral especial del servicio del hogar familiar), el salario en especie podrá superar el treinta por ciento de las percepciones salariales del trabajador, «*ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional*» (en proporción a la jornada de trabajo) (cfr. artículo 1, párr. 3.º RD 99/2023).

En nuestro ordenamiento ha quedado así garantizada la integridad del SMI en dinero para todas las personas trabajadoras, debiendo considerarse las percepciones salariales en especie un complemento adicional a esta suma. De esta manera se evita tener que acudir a mecanismos de valoración del salario en especie para determinar si, añadidos al salario en metálico, alcanzan conjuntamente a respetar el valor del SMI. Por consiguiente, el importe correspondiente al alojamiento o la manutención pueden descontarse del salario únicamente a partir del límite del salario mínimo (cfr. artículo 4.3 RD 99/2023).

De otro lado, en el caso de existir los conocidos «salarios a la parte», la jurisprudencia, para garantizar la ajenidad propia de la relación de trabajo, ha reconocido el derecho a percibir, al margen de los resultados, una cantidad económica equivalente al SMI [vid. STSJ Galicia de 24 de abril de 1996 (AS 1996\1279); derecho que no sería renunciable para la persona trabajadora; cfr. STSJ Andalucía de 15 de marzo de 1994 (AS 1994\1338), en relación al salario mínimo garantizado por convenio colectivo].

2.5 Modelo de participación débil (consulta previa a los interlocutores sociales)

Desde el punto de vista procedimental y del papel de los interlocutores sociales en la fijación de los salarios mínimos, nuestro país, en el cuadro de los modelos comparados, se caracteriza por constituir un modelo participativo poco incisivo, dado que las consultas llevadas a cabo con las organizaciones de empleadores y de trabajadores no se hacen en el seno de un órgano permanente, sino que las consultas se realizan fuera de un mecanismo «institucionalizado» de participación en la determinación del SMI (*ex* artículo 27 LET).

En España, han sido reiteradas las quejas de las organizaciones sindicales en el sentido de que, aunque el Gobierno consulta a las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, tal como establece la legislación del país, no se entablan «verdaderas negociaciones», considerándose que las consultas que se hacen no consisten a menudo más que una «mera formalidad», sin que las opiniones formuladas por las organizaciones sindicales tengan realmente peso alguno sobre la decisión política. Es constatable que, en nuestro modelo legal de determinación del salario mínimo, las consultas no están concebidas para que los interlocutores sociales y el Gobierno puedan concertar un acuerdo en la materia.

La Ley prevé que «*con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas*» debe realizarse la «*previa consulta*», lo que impide que –al menos en estrictos términos jurídicos– quepa el cuestionamiento de las decisiones por el hecho de que no hayan sido realmente negociadas o acordadas. Ahora bien, de forma significativa, el propio Convenio núm. 131 OIT establece que «se consulte exhaustivamente», lo que apunta al *desideratum* que sería la fijación consensuada del SMI (Sempere Navarro, 2000). Los sucesivos Reales Decretos de fijación del SMI vienen manifestando, en su propio preámbulo, que se han efectuado las consultas previas preceptivas.

En la fijación del SMI en España no es preceptivo el acuerdo del gobierno con los interlocutores sociales, la falta de acuerdo con los interlocutores sociales no enerva la validez de los Reales Decretos de fijación del SMI. Ahora bien, desde organismos internacionales aconsejan su carácter pactado; ese es, precisamente, el camino que España estuvo intentando seguir en tiempos recientes, sin que por el momento se haya conseguido ningún acuerdo anual en el seno del «diálogo social» tripartito (tal como estaba previsto en el artículo 100 de Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre).

En todo caso, la CEACR sigue insistiendo en que la participación de los interlocutores sociales en la fijación del salario mínimo sea «real y no se limi-

te a un mero trámite, con el fin de atender a todos los intereses» [Solicitud directa (CEACR) – Adopción: 2017, Publicación: 107.^a reunión CIT (2018)].

2.6 Evolución del SMI en España en el contexto de las políticas salariales (aspectos críticos en dialógica con los planteamientos de la OIT)

Tradicionalmente, los salarios mínimos legales han sido utilizados como instrumento de política económica, pues se emplearon para la contención de la dinámica inflacionista y sirvieron de instrumento de una política de competitividad «defensiva» basado en la devaluación salarial, en momentos en los que ya no se podía intervenir sobre la moneda, una vez integrados en la unión económica y monetaria (UEM) de la actual Unión Europea.

En el caso español es algo muy obvio en la serie histórica hasta los hitos de gobiernos que comenzaron a adoptar una política más decidida de elevación del SMI, lo que marcó una dinámica en la que los salarios mínimos en España dejaron de ser los más bajos de Europa. Como apunte histórico que refrenda esa apreciación, con la entrada de España en la Comunidad Económica Europea (CEE), el salario mínimo español sufrió un estancamiento que duró aproximadamente hasta 1992, y, entre 1993 y 1997, debido a las crisis económicas, se congeló casi por completo, hasta situarse cuatro veces por debajo del salario medio nacional. En los seis años que van desde 1998 hasta 2004, tan solo se incrementó un 12,62 por ciento, llegando a la cifra de los 460,5 euros/mes.

Un tema polémico en relación con la situación española, y sobre el que se pronunció la CEACR en diversas ocasiones, fue el de la congelación y escasa cuantía del SMI durante los peores años de la crisis económica, pues, tras años de incrementos incluso superiores al crecimiento del IPC, el Gobierno –en el marco de la política de «devaluación salarial» como instrumento de recuperación de la competitividad– justificó en el año 2012 la necesidad de congelarlo en el hecho de que, si bien el número de trabajadores afectados directamente por su cuantía era reducido, el aumento de cada punto porcentual del SMI suponía un impacto general muy elevado en los salarios y cotizaciones sociales (en posicionamiento que fue apoyado tanto por la CEOE como por la OIE). El objetivo gubernamental era favorecer la recuperación económica y la creación de empleo. Por su parte, la CEACR consideró, en aquel momento, que la crisis económica no podía servir de excusa para renunciar al objetivo de un salario mínimo que correspondiera al 60 por ciento del salario medio, pues ese es el porcentaje considerado equitativo por la Carta Social Europea. Además,

la CEACR esperaba que el Gobierno se esforzase en tener en cuenta las necesidades de los trabajadores y de sus familias (y no solo los objetivos de política económica) en los siguientes reajustes anuales del salario mínimo y que negociase, en igualdad, con los interlocutores sociales sobre este asunto [Observación (CEACR) – Adopción: 2012, Publicación: 102.^a reunión CIT (2013)].

Una vez que fueron pasando los años más difíciles de la crisis económica, en España se retomaron los incrementos del SMI, primero «muy ligeramente» (OIT, 2014a, p. 152), en un 0,6 por ciento en 2013, seguida de una congelación de nuevo en 2014, para luego subir un 0,5 por ciento en 2015 y en un 1 por ciento en 2016.

La situación de degradación salarial en nuestro país fue objeto de atención por parte de la OIT, entre otros organismos internacionales. Así, en el informe de la Oficina Internacional del Trabajo elaborado al respecto (OIT, 2014b) se confirmaba que la incipiente recuperación económica de nuestro país había venido sustentada gracias al fuerte crecimiento de las exportaciones y al crecimiento de competitividad basado en la moderación salarial. No obstante, la OIT advertía de que esta recuperación económica estaba siendo «incompleta y frágil», pues las repercusiones económicas, laborales y sociales de la crisis económica seguían siendo muy significativas. En coherencia con anteriores propuestas de la OIT (OIT, 2013), se abogaba por tomar acciones para «reequilibrar» esta situación a nivel nacional, evitando la visión simplista de que los países pueden salir de la recesión por la vía de los «recortes» salariales y haciendo un mayor énfasis en políticas que promuevan una conexión mayor entre el crecimiento de la productividad laboral y el crecimiento de las remuneraciones de los trabajadores. Para la OIT, existía espacio para estimular la demanda doméstica, principalmente mediante una mejor vinculación de los aumentos de la productividad y de los salarios, en el entendimiento de que la búsqueda de una ventaja competitiva sin límite mediante el abaratamiento del costo laboral probablemente resulte un desincentivo para la innovación y la actualización económicas, elementos clave de la dinámica de la economía de mercado. Como señaló la OIT, las medidas de austeridad impuestas desde afuera y que soslayan a los interlocutores sociales resultan perjudiciales para las relaciones laborales eficaces. Por lo tanto, según este organismo, se hacía necesaria la re-construcción de un entorno favorable al «reequilibrio interno» que favorezca la deteriorada distribución funcional y personal de la renta. Este proceso que debería comenzar mediante el fortalecimiento de las instituciones que intervienen en la determinación salarial dentro de los sistemas de relaciones laborales y que permiten un cierto poder de influencia a las representaciones que defienden la posición de los trabajadores (reequilibrio del «poder de negociación»). Otras instituciones

internacionales ya habían puesto también de relieve que se han sobrestimado (en estrictos términos de análisis económico) los potenciales impactos negativos de la negociación colectiva –acción sindical– y de las disposiciones del salario mínimo sobre el empleo y otros resultados del mercado laboral (Banco Mundial, 2012), por lo que se hacía necesario un mejor cuidado en su diseño, para mejorar su eficacia y garantizar sus efectos redistributivos de la renta.

Fruto de todos estos factores, la política salarial en España desarrollada frente a la crisis adoptó un nuevo «patrón evolutivo» que se caracteriza de forma global por un ostensible debilitamiento de los salarios (reales), que iba asociado con fases plurianuales de pérdida de valor. Conforme a la evaluación la OIT, en promedio, los salarios en términos nominales habían disminuido en España desde 2012, lo que indica una caída incluso mayor en términos reales. Del mismo modo, los salarios mínimos – los cuales aumentaron ligeramente durante los primeros años de la recesión– habían permanecido estables desde entonces, lo que había supuesto pérdidas en el poder adquisitivo de la población. Además, los trabajadores con un salario mínimo o incluso menor pasaron del 8,9 por ciento en 2008 al 11,3 por ciento en 2011. Esta tendencia afectaba especialmente a las mujeres, cuya participación en esta categoría en 2011 era del 16,4 por ciento. La OIT constató que se había producido un descenso de los salarios reales en el conjunto del periodo 2010 a 2013, que se acentuó notablemente entre 2012 y 2013; en total, casi 7 puntos de pérdida en esos cuatro años (teniendo además en cuenta que la debilidad de precios supera a la debilidad de salarios); mientras que las rentas del capital habían conseguido mantener cifras positivas de crecimiento y han ido ganando peso en la renta total, la remuneración de asalariados proseguían en cifras negativas y perdiendo peso en la renta. Resultaba poco probable que, en el futuro, la devaluación salarial contribuyese a la mejora de la demanda agregada, sin la que no será posible fortalecer el crecimiento ni lograr una reducción significativa del desempleo. Además, continuar con el ajuste de los salarios aumentaría el riesgo de deflación que ya se había detectado incipientemente en algunos países europeos. Sobre esta base, el Estudio de la OIT (2014b) formuló posibles opciones alternativas en esta materia entre las que se incluían aumentar los salarios tanto como permita la productividad; y ello en la consideración de que «una gobernanza efectiva del mercado de trabajo, el monitoreo tripartito de los salarios y de la evolución de los precios podría ayudar a conectar los salarios con la curva de productividad de la empresa a largo plazo y permitir una coordinación sectorial de los salarios».

De todos modos, hubo de esperarse a 2017 y 2018 para tener unos incrementos ya más significativos del 8 y del 4 por ciento, respectivamente. En 2017, el Gobierno español informó a la CEACR de que, para determinar la nueva

cuantía, se tomaba en cuenta la mejora de las condiciones generales de la economía, lo que favorecía, también, su competitividad, acompañando así la evolución de los salarios con el proceso de recuperación del empleo. Posicionamiento que, tanto para la CEOE como para la OIE presentaba el peligro puede tener efectos negativos en cuanto al acceso al mercado laboral. Por su parte, los sindicatos más representativos en España seguían considerando que el SMI seguía estando por debajo de los niveles requeridos por la justicia social. En 2019 se produjo la subida más significativa del SMI en nuestro país, de un 22,3 por ciento¹¹. En el año 2020 la subida fue de un 5,6 por ciento y situaba el SMI en la cifra de 950 euros/mes, subida que no era tan drástica como la del año anterior, pero que seguía siendo una mejora y un acercamiento a lo que la Unión Europea demandaba para que se asemejase al salario mínimo medio europeo. La subida en 2021 fue muy modesta, del 1,6 por ciento; en 2022 se incrementó en un 3,6 por ciento y ya en 2023 se ha elevado en un 8 por ciento (téngase presente que los efectos de las elevadas tasas de inflación han generado un grave efecto deterioro del poder de compra de las personas trabajadoras).

En este sentido, el propio Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, considera que culmina el objetivo de que el salario mínimo interprofesional alcance el 60 por ciento del salario medio de nuestro país en 2023, dando así cumplimiento a lo dispuesto por el Comité Europeo de Derechos Sociales en aplicación de la Carta Social Europea, la intención del mismo es la de «compensar la pérdida de poder adquisitivo» provocada por la creciente inflación, que está provocando el encarecimiento de muchos productos básicos. El Preámbulo de la norma considera que la medida se sitúa en línea con otros países europeos que han adoptado decisiones similares para proteger a los trabajadores con salarios más bajos. Téngase en cuenta que España es uno de los países desarrollados donde los salarios reales han tenido una caída más pronunciada por la inflación, en concreto, el retroceso fue del 5,3 por ciento en 2022, el noveno más alto entre los 38 miembros de la OCDE (OCDE, 2023). Este repunte de la inflación ha provocado en varios países la activación de mecanismos fiscales de ajuste automáticos (como las subidas en las deducciones, correcciones en los tipos o tramos del IRPF) en el sistema impositivo para compensar la pérdida de poder adquisitivo de los trabajadores. Esta sería una senda también a

¹¹ Lo inédito de la medida generó bastante polémica sobre sus posibles efectos negativos en las tasas de afiliación a la Seguridad Social y en el empleo, especialmente a raíz del informe de la AIREF (AIREF, 2020, p. 11) y del Banco de España (2021); algunos expertos en economía laboral llamaron a ser prudentes en este terreno, dado que la evidencia empírica internacional y la española, en particular, no avalaba la existencia de resultados negativos claros y significativos sobre el nivel agregado de empleo, o de la actividad económica en general, derivados de un aumento del SMI (RUESGA BENITO y BAQUERO PÉREZ, 2019, p. 33).

recorrer por nuestro sistema impositivo de las rentas del trabajo. Disgregando los resultados por territorios, Andalucía, Extremadura y Canarias presentan los porcentajes más elevados de personas que perciben el SMI. Por lo tanto, en clave territorial, podrían aplicarse políticas fiscales que garanticen un nivel de vida adecuado para las personas trabajadoras en estos territorios.

En clave de género y de equidad social, debe tenerse en cuenta que más de la mitad de las personas receptoras del salario mínimo son mujeres y que cerca de la mitad son personas de entre 35 y 54 años, así como que tres de cada cuatro personas receptoras del SMI trabajan en el sector servicios (EPA, 2018). Por lo tanto, los efectos de las subidas del SMI inciden más directamente en la mejora de las condiciones retributivas de las mujeres trabajadoras y de personas que – por razón de la edad– suelen tener otras a su cargo; así como de un sector de actividad en el que se hace necesaria una mejora de las condiciones que siga siendo atractivo y evite fenómenos como la «gran renuncia». Las personas cuyos salarios se establecen en base al SMI son aquella parte de la población más vulnerable existente en nuestro país. Vulnerabilidad en la que se aprecia una brecha de género significativa, estas situaciones se han visto agravadas por la crisis económico-social generada por la pandemia de la COVID-19.

De todos modos, la fijación del SMI refleja la compleja contraposición de las razones de equidad social con las de eficiencia económica, en el sentido de que incrementar el salario mínimo protege a las personas que más lo necesitan en el mercado de trabajo, al carecer de la cobertura de la negociación colectiva, así como permite reducir el riesgo de pobreza laboral (contribuye también al alza de los salarios convencionales más bajos). Debería afianzarse un cambio de enfoque, que debe promoverse también en clave productivista, pues la garantía de unos salarios mínimos suficientes y equitativos puede tener un efecto positivo en cuanto a la eficiencia de nuestro sistema productivo y a la promoción de modelos ofensivos de competitividad no basados en el reajuste salarial, sino en la tecnología y la innovación. Se trata de evitar que la economía española se decante hacia un modelo de competitividad defensivo basado en los salarios bajos (*low wage economy*), sin incentivos hacia una mayor inversión de recursos destinados a la transición digital y ecológica y abocando a la precariedad salarial, dado que los bajos salarios desincentivan la innovación.

No resulta claro que el incremento del SMI tenga una relación directa con la creación o mantenimiento del empleo en España, pues no es posible, sin atender a otros factores, establecer una relación de causa-efecto. De hecho, análisis recientes corroboran que las subidas no han tenido efectos negativos sobre el mercado de trabajo (Luekber y Shulten, 2022, p. 16). Sin embargo, el incremento del SMI en España contribuye a incrementar las cotizaciones so-

ciales, las prestaciones sociales y, por tanto, a disminuir la pobreza, así como, fundamentalmente, disminuir las graves desigualdades existentes, reduciendo la tasa de trabajadores pobres (Burriel Rodríguez-Diosdado, 2022, p. 527). Las valoraciones realizadas en términos de impacto sobre los salarios de los trabajadores avalan la consideración de que las subidas del SMI –especialmente la de 2019– se han traducido en un aumento notable de los niveles salariales en la parte inferior de la distribución salarial y en una reducción significativa de la desigualdad salarial (Eurofound, 2022, p. 50).

Por último, retomando el análisis estrictamente jurídico, no podemos concluir sino señalando la posible incidencia que deba tener la transposición de la Directiva (UE) 2022/2041, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. Aquí referiremos tan sólo que debería obligar a revisar algunos aspectos de nuestro Derecho interno, especialmente en lo relativo a la reformulación y ampliación de los criterios de fijación del SMI, así como a la mayor atención que deberá prestarse al asunto de las tasas de cobertura de la negociación colectiva, y que podrían conllevar la obligatoriedad de implantar un plan acción de fomento de la misma. Esta nueva norma europea va a mantener plenamente vigente, incluso más vivo, el debate jurídico-social sobre la institución del salario mínimo en España y su configuración jurídica, tanto en sus vertientes procedimentales como en sus parámetros de determinación, así como en sus vínculos con la dinámica de la negociación colectiva.

3. BIBLIOGRAFÍA

- AIREF: *Impacto sobre el empleo de la subida del Salario Mínimo Interprofesional a 900 € mensuales*, Airef, julio 2020.
- BALES, K.: *La nueva esclavitud en la economía global*, siglo XXI, Madrid, 2000.
- BANCO DE ESPAÑA: *Los efectos del salario mínimo interprofesional en el empleo: nueva evidencia para España*, Banco de España, Madrid, 2021.
- BANCO MUNDIAL: *Informe sobre el desarrollo mundial 2013: Empleo*, Banco Mundial, 2012.
- BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: «El salario mínimo interprofesional en España y la Carta Social Europea: el desacuerdo permanente», *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 12 (1), 2022, pp. 498-529.
- CDSEC: *Observación general núm. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/23, Consejo Económico y Social (ONU), 2016.

- ESTRADA BALLESTEROS, D.: «Convenio sobre la fijación de salarios mínimos 1970 (núm. 131)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, v. 7, 2019, pp. 1033-1048.
- EUROFOUD: *Minimum wages in 2022: Annual review*, Unión Europea, Luxemburgo, 2022.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Negociación colectiva y salarios en España: el necesario retorno al diálogo social (A propósito de un reciente Estudio de la OIT)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 380, 2014, pp. 5-12.
- *Configuración jurídica del salario*, Comares, Granada, 2001.
- LUEBKER, M., SCHULTEN, T.: *WSI Minimum Wage Report 2022. Towards a new Minimum Wage Policy in Germany and Europe*, WSI, 2002.
- MARGINSON, P., WELZ, C.: *Changes to wage-setting mechanisms in the context of the crisis and the EU's new economic governance regime*, Eurofound, 2014.
- MARINAKIS, A.: *The role of the ILO in the development of minimum wages*, Ginebra, OIT, 2008.
- MELLA MÉNDEZ, L.: «El impacto de los convenios de la OIT sobre retribución, tiempo de trabajo, seguridad y salud y terminación del contrato en el derecho español: puntos críticos», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 434, 2019, pp. 57-95.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C.: «El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo», en AA. VV., *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, 2002, pp. 287-355.
- OECD *Taxing wages 2023. Indexation of Labour Taxation and Benefits in OECD Countries*, OECD, París, 2023.
- OIT *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2022a.
- *Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo*, versión enmendada, Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2022b.
- *Global Wage Report 2022–23. The impact of inflation and COVID-19 on wages and purchasing power*, OIT, Ginebra, 2022c. OIT: *Llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19 que sea inclusiva, sostenible y resiliente*, Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2021. OIT: *Las reglas del juego: Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019.
- *Tendencias de la cobertura de la negociación colectiva: ¿estabilidad, erosión o declive?*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016.
- *Sistemas de salarios mínimos. Estudio General de las memorias relativas al Convenio (núm. 131) y a la Recomendación (núm. 135) sobre la fijación de salarios mínimos, 1970*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2014a.

■ LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES...

- OIT: *España. Crecimiento con empleo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2014b.
- *Informe mundial sobre salarios 2012-2013. Los salarios y el crecimiento equitativo*, OIT, Ginebra, 2013.
- ONU: *Nuestra Agenda Común. Informe del Secretario General*, Naciones Unidas, Nueva York, 2021.
- RUESGA BENITO, S. M., BAQUERO PÉREZ, J.: «Análisis de los efectos del aumento del salario mínimo en España en 2019», *Temas Laborales*, núm. 148, 2019, pp. 13-40.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Control judicial a la subida del Salario Mínimo Interprofesional para 2019», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2000.
- TEIXEIRA ALVES, L.: «Los artículos 2 y 4 de la Carta Social Europea ante el Derecho Español», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 137, 2018, pp. 215-246.

LA PROTECCIÓN DEL SALARIO

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

Profesora Titular de Universidad del área de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *El Convenio núm. 95 sobre protección del salario.*
2.1 *Origen y finalidad.* 2.2 *Contenido del Convenio: más allá del abono puntual del salario.*—3. *El Convenio núm. 173 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador.* 3.1 *Origen y finalidad.* 3.2 *Contenido y alcance.* 3.2.1 *Protección de los créditos laborales por medio de un privilegio.* 3.2.2 *Protección de los créditos laborales por medio de una institución de garantía.*—4. *La protección del salario en el ordenamiento jurídico español: una mirada a la luz del Convenio núm. 95 OIT.*—5. *La protección del crédito salarial en el ordenamiento jurídico español: una mirada a la luz del Convenio núm. 173 OIT.*—6. *El papel de la Comisión de expertos de la OIT respecto del cumplimiento de los Convenio núm. 95 y núm. 173 por parte de España: un «ligero» control que induce al cambio.*—7. *Reflexión final.*—8. *Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN

Hace veintiún años, en 2002, el director de la Oficina de Actividades para los Trabajadores de la OIT ponía de manifiesto que desde hacía algunos años se estaba entendiendo que las cuestiones relacionadas con el abono de salarios, en particular las vías diseñadas para que el salario se abonase en tiempo y forma no generaban grandes problemas, lo que permitía afirmar que, salvo algunas excepciones que afectaban a empresas con problemas de liquidez o a paí-

ses en los que se estaban sufriendo ciertas crisis coyunturales, la situación respecto de esta materia parecía relativamente estable y «los trabajadores y trabajadoras que tenían la suerte de tener un empleo, tenían también todas las posibilidades de recibir regularmente su salario, aunque a veces pudiera cuestionarse su cuantía»¹. Tan afianzada estaba esta idea que un manual de educación obrera sobre el salario publicado por la OIT en 1964, reeditado veinte años más tarde, apenas dedica unas líneas a esta cuestión, lo que llevó a pensar que tal vez el Convenio núm. 95 de la OIT, sobre la protección del salario, si bien no en su totalidad sí en relación con algunas de sus disposiciones había caído en desuso. Esta idea asentada en mayor o menor medida es la que precisamente cuestiona el director de la Oficina de Actividades para los Trabajadores en la OIT en 2002, pues a su juicio la situación no era tan halagüeña y una prueba de ello es que uno de los aspectos más importantes en relación con el salario como es su abono regular, obligación que se establece con claridad en el Convenio núm. 95 de la OIT, sobre protección del salario, y que en dicho año contaba con la ratificación de noventa y cinco países, no estaba siendo respetada. Decenas de millones de trabajadores y trabajadoras en diferentes partes del mundo se estaban viendo privados de su justa remuneración durante meses e incluso durante años. En consecuencia y ante dicho panorama la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT preparó en 2003 el primer estudio general sobre los términos en los que las previsiones recogidas en el Convenio núm. 95 estaban siendo respetadas por los Estados que lo habían ratificado².

Veinte años después de la publicación de dicho estudio, el informe de la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, publicado en 2023 en la Conferencia Internacional de Trabajo en su 111.^a reunión, puso de manifiesto que en algunos países seguía habiendo ciertos problemas con el cumplimiento de algunas de las reglas que se establecen en los Convenios que la OIT había aprobado en materia de salarios, principalmente respecto del Convenio núm. 26 y del núm. 31, sobre fijación de salarios y respecto del Convenio núm. 95, relativo a la protección del salario³. Por lo que aquí interesa, en materia de protección del salario y en relación con el Convenio núm. 95, se indicaba que los problemas que existen en ciertos países tienen

¹ Así se pone de manifiesto en SIMÓN VELASCO, M., «La protección de los salarios», *Revista Educación Obrera*, núm. 128, 2002/3.

² Vid. SIMÓN VELASCO, M., *La protección de los salarios*, editorial. *Revista Educación Obrera*, núm. 128, 2002/3.

³ Se puede acceder al Informe en el siguiente enlace: https://ilo.primo.exlibrisgroup.com/discovery/delivery/41ILO_INST:41ILO_V2/12103196010002676 (consultado el 6-2-2023).

que ver principalmente con el incumplimiento del artículo 12, relativo al pago regular del salario⁴, del artículo 8, relativo a los descuentos salariales⁵ y del artículo 4, relativo al pago en especie⁶.

El salario es una de las condiciones de trabajo que tiene mayor trascendencia para quien trabaja y resulta obvia la necesidad de contar con mecanismos que garanticen no solo una cuantía suficiente para vivir con dignidad, sino también su recepción de manera puntual, adecuada y periódica, pues de poco serviría la fijación de cuantías de acuerdo con criterios aceptables si posteriormente no se puede garantizar su recepción. La OIT ha mostrado preocupación por el salario como condición de trabajo desde sus orígenes, de hecho en el preámbulo de su Constitución, adoptada en 1919, entre los objetivos a lograr se menciona la necesidad de garantizar un salario vital adecuado. En la misma línea, en la Declaración de Filadelfia de 1944, relativa a los fines y objetivos de la OIT, se pone de manifiesto que «la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos» por lo que es preciso fomentar programas que permitan «adoptar, en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección» (apartado III, d) en todas las naciones del mundo.

Como se ha podido comprobar en el capítulo anterior de esta obra, la OIT se ha centrado en diferentes aspectos del salario. Así, de acuerdo con la reciente sistematización realizada por la doctrina la protección de los salarios en la historia de la OIT gira en torno a un primer bloque de convenios dedicados a la fijación de salarios mínimos en el que se incluyen el Convenio núm. 26 y la Recomendación núm. 30, sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (1928), el Convenio núm. 99 y la Recomendación núm. 89, sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos en la agricultura (1951) y el Convenio núm. 131 y la Recomendación núm. 135 sobre la fijación de salarios mínimos (1970). En un segundo bloque de convenios quedaría incluido el Convenio núm. 100 y la Recomendación núm. 90, sobre igualdad de remune-

⁴ Países como Burundi, Comoras, Kirguistán, Camerún, Madagascar, Tayikistán, Uganda o la República Bolivariana de Venezuela muestran ciertos incumplimientos que han llevado al Comité de Expertos a instar a los Gobiernos para que adopten las medidas pertinentes a efectos de cumplir el contenido del Convenio.

⁵ Entre los países en los que se incumple el artículo 8 o no se proporciona información al respecto, el Informe menciona a Comoras, Djibouti, Camerún, Madagascar, República Centroafricana, República Democrática del Congo y Uganda.

⁶ En relación al pago en especie el Informe menciona el caso de la República Bolivariana de Venezuela y el pago a través de la «cesta ticket socialista» o de café en Costa Rica.

ración (1951). Y un tercer bloque sería en el que encajan los convenios que se refieren a la protección del salario, esto es, el Convenio núm. 95 y la Recomendación núm. 85, sobre la protección del salario (1949) y el Convenio núm. 173 y la Recomendación núm. 180, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador (1992).

Un total de cinco convenios y otras tantas recomendaciones específicamente centrados en la materia de salario: tres dedicados a su fijación, uno sobre igualdad de remuneración y dos sobre medidas de protección del salario, tal y como reza en su título⁷. Precisamente dedicaremos este capítulo a estos dos últimos convenios, el núm. 95, que fue adoptado en la trigésima segunda reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT, en adelante) en 1949 y en la que ya hace más de setenta años los consejeros técnicos de diferentes gobiernos recalcan la importancia del salario, afirmando que se trata de «una de las materias más serias que ha de permitir a los trabajadores asegurar de manera adecuada el sustento familiar»⁸; y el núm. 173, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, que se adoptó en 1992 cuando se observó que las disposiciones del Convenio núm. 95 no eran suficientes. Se trata de un capítulo en el que bajo el título «de la protección del salario», en clara coincidencia con el de los propios convenios, se pretende analizar cuál es su contenido y en qué términos dicho contenido ha sido recibido en el ordenamiento jurídico laboral de nuestro país. Su objeto de estudio viene delimitado de un lado por el enfoque doméstico que se le quiere dar, esto es, no se va a dar cuenta de cuál es el nivel de cumplimiento de los convenios de la OIT en materia de protección del salario en los diferentes países que los han ratificado; y de otro, por los aspectos concretos que los convenios que serán objeto de análisis pretenden proteger, pues no se trata tampoco de hacer aquí un análisis respecto de todos los Convenios de la OIT en los que de una u otra manera, desde un enfoque u otro, se abordan cuestiones relacionadas con el salario.

⁷ Un análisis sistemático del contenido de dichos convenio en CAMPS RUIZ, L. M., «La protección de los salarios en la historia de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, pp. 249 ss.

⁸ De hecho, algunos consejeros técnicos entendían que era tal la importancia de las previsiones que se recogen en este Convenio con el fin de proteger el salario que no deberían ser admisibles excepciones a su aplicación, como, en cambio, sí recoge el propio convenio. Así por ejemplo, el consejero técnico gubernamental de Argentina se expresaba en esos términos pues a su juicio «... tratándose de la protección del salario, es inadmisibile hacer ninguna excepción. El salario es el elemento vital para el trabajador en el contrato de trabajo. De manera pues que es inadmisibile que se puedan hacer excepciones». Seguía afirmando este consejero que «o el trabajador percibe el salario íntegramente protegido o será explotado».

2. EL CONVENIO NÚM. 95 SOBRE PROTECCIÓN DEL SALARIO

2.1 Origen y finalidad

Ciertamente y pese a que el salario, como se acaba de ver, es una de las condiciones de trabajo en las que la OIT tenía el propósito de trabajar desde su inicio no será hasta 1928 cuando se adopta el primer Convenio sobre la materia. En efecto, en ese año se aprobó el Convenio núm. 26, sobre los métodos para la fijación del salario, materia en la que la OIT centro su interés inicialmente dejando para un momento posterior el tratamiento de los medios de pago u otros aspectos tales como los descuentos salariales, el embargo de los salarios o las garantías salariales en caso de quiebra. Estas cuestiones fueron abordadas treinta años después, cuando en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1947 se entendió necesario adoptar un convenio que las regularse. Hasta ese momento dichas cuestiones se habían ido incluyendo en ciertos convenios que regulaban otras materias. Así por ejemplo en su vigesimoquinta reunión, celebrada en 1939, la Conferencia Internacional del Trabajo había incluido en el Convenio núm. 64, relativo a los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), algunas disposiciones relacionadas con la protección de los salarios. En particular, se exigía que en los contratos de trabajo figurasen la información relativa a las tasas de los salarios y el modo de calcularlas, así como la forma, la época del pago y los criterios a seguir para reconocer el derecho a los anticipos salariales. Otro convenio en el que también se habían abordado tangencialmente medidas dirigidas a la protección del salario es el núm. 82 sobre política social (territorios no metropolitanos), adoptado en 1947 en la trigésima reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en el que se establece la obligación de abonar los salarios en moneda de curso legal y a intervalos regulares, así como todo un conjunto de reglas relativas a los descuentos y las declaraciones salariales, los pagos en especie, el lugar del pago de los salarios y los anticipos salariales; aspectos, que también se habían incluido en el Convenio núm. 70 y en la Recomendación núm. 74, sobre la política social en los territorios dependientes (disposiciones complementarias), adoptados en 1945.

Centrándonos en el Convenio núm. 95, pero antes de adentrarnos en su contenido, merece la pena dar a conocer que la idea relativa a la posible adopción de un instrumento internacional que abordase de manera específica las cuestiones relativas a la protección del salario se recogió en el informe titulado «Política, Programa y Posición futuras de la Organización Internacional del Trabajo», que había elaborado la Oficina para la vigesimosexta reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 1944. Se afirmaba en

dicho informe que «la política de salarios se encuentra en el centro de las preocupaciones de la OIT» y que «un convenio o una recomendación sobre los métodos de pago de los salarios relacionados con la periodicidad de los pagos de salarios, deducciones de ellos, anticipos de salarios, la prohibición del truck system, lo adecuado de la remuneración en especie, la protección de los salarios en los procedimientos legales y temas similares, también serán de gran valor con relación a muchas partes del mundo, especialmente en cuanto a los trabajadores rurales»⁹.

Unos años más tarde en la trigésima primera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo se elaboró un informe preparatorio sobre la materia en el que se indicaba cuál era el propósito de las medidas que se pretendían incluir en un futuro convenio dedicado a la protección del salario. Se perseguía proteger a las personas trabajadoras de prácticas que pudieran tender a hacerlas demasiado dependientes de quien las emplea. Se pretendía garantizar que las personas trabajadoras recibieran a tiempo y en su totalidad el salario que habían ganado y que lo recibieran en efectivo para poder gastarlo según sus deseos. Además, se debía exigir que dicho abono fuera regular y a intervalos lo suficientemente cortos para que las personas que trabajan y reciben a cambio un salario pudiesen vivir de sus ingresos y que se les protegiese contra todo descuento injusto o arbitrario de sus ganancias¹⁰. Finalmente, tras ciertos debates calificados como «animados» en las actas correspondientes se adoptaron el Convenio núm. 95 y la Recomendación núm. 85, sobre protección del salario¹¹.

2.2 Contenido del Convenio: más allá del abono puntual del salario

El Convenio núm. 95 consta de veintisiete artículos que se pueden agrupar en torno a los siguientes bloques de materias. El artículo 2 del Convenio se dedica a su ámbito de aplicación y los artículos siguientes se centran en el pago en especie, el pago en efectivo, la periodicidad y el lugar de pago, los

⁹ Así se recoge en el Informe III (parte 1 B) de la Conferencia Internacional del Trabajo, 91.ª reunión, 2003, p. 11. Archivo disponible en <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/rep-iii-1b.htm> (consultado el 1-2-2023).

¹⁰ Así se recoge en el Informe III (parte 1 B) de la Conferencia Internacional del Trabajo, 91.ª reunión, 2003, p. 11. Archivo disponible en <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/rep-iii-1b.htm> (consultado el 1-2-2023).

¹¹ Los «animados debates» a los que se hace referencia se centraron en la prohibición del pago de salarios con bebidas alcohólicas y las condiciones de funcionamiento de los economatos. Así se recoge en el Informe III (parte 1 B) de la Conferencia Internacional del Trabajo, 91.ª reunión, 2003, p. 12. Archivo disponible en <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/rep-iii-1b.htm> (consultado el 1-2-2023).

descuentos en el pago, la información sobre el pago del salario, la liquidación al término del contrato, las garantías del salario en caso de embargo y quiebra del empresario y por último el control y las sanciones. Todo ello sin perder de vista que su primer artículo proporciona una definición de salario lo suficientemente amplia como para dar cabida a diferentes prácticas. Se entiende por salario a efectos del Convenio: «la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar» (art. 1).

Este instrumento normativo es de aplicación a todas las personas a quienes se pague o deba pagarse un salario. Se trata de una previsión amplia que incluye a toda persona que obtenga una remuneración por la prestación de un servicio. No obstante, se permiten excepciones, pues el propio Convenio admite que la autoridad competente, previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan y estén directamente interesadas, excluya la aplicación de todas o de cualquiera de las disposiciones del Convenio a «aquellas categorías de personas que trabajen en circunstancias y condiciones de empleo tales que la aplicación de todas o de algunas de dichas disposiciones sea inapropiada y que no estén empleadas en trabajos manuales o lo estén en el servicio doméstico o en trabajos análogos»¹².

Asimismo, uno de los apartados nucleares de este Convenio está conectado con las previsiones relativas al pago en especie. A este respecto el artículo 4.1 del Convenio establece que la legislación nacional, los contratos colectivos o los laudos arbitrales podrán permitir el pago parcial del salario con prestaciones en especie –excluido en todo caso el pago con bebidas espirituosas o con drogas nocivas– en las industrias u ocupaciones en que esta forma de pago sea de uso corriente o conveniente a causa de la naturaleza de

¹² Tales exclusiones deberán indicarse en la primera memoria anual sobre la aplicación del presente Convenio, que debe ser presentada en cumplimiento del artículo 22 de la Constitución de la OIT sin posibilidad de hacer exclusiones posteriores, salvo en relación con las mencionadas categorías de personas (art. 2.3). En las posteriores memorias anuales todo Miembro deberá indicar las categorías de personas respecto de las cuales renuncie al mencionado derecho de excluirlas, así como cualquier progreso que pueda haberse efectuado con objeto de aplicarles el Convenio (art. 2.4). Además, cuando el territorio de un Miembro comprenda vastas regiones, la autoridad competente, previa consulta a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, cuando estas organizaciones existan, podrá exceptuar de la aplicación del Convenio –de una manera general o con las excepciones que juzgue apropiadas respecto a ciertas empresas o determinados trabajos– a aquellas de sus regiones en las que, a causa de la diseminación de la población o del estado de su desarrollo económico, dicha autoridad estime impracticable aplicar las disposiciones del presente Convenio (art. 17.1).

la industria u ocupación de que se trate. Ahora bien, cuando este tipo de pago esté permitido por las normas nacionales han de adoptarse las medidas pertinentes para garantizar que las prestaciones en especie sean apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia, que redunden en su beneficio y que, en fin, el valor que se le haya atribuido sea justo y razonable. Por lo que se refiere a la parte del salario que deba pagarse en efectivo se impone exclusivamente el uso de la moneda de curso legal, debiendo prohibirse el abono del salario a través de pagarés, vales, cupones o en cualquier otra forma que se considere representativa de la moneda de curso legal (art. 3.1), si bien la autoridad competente podrá permitir o prescribir su pago por cheque contra un banco o por giro postal cuando concurren determinadas condiciones (art. 3.2).

En cuanto al momento del pago del salario en efectivo, el Convenio núm. 95 impone la obligación de efectuarlo únicamente los días laborables y en el lugar de trabajo o en un lugar próximo, a menos que la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral disponga otra forma de hacerlo o que otros acuerdos conocidos por los trabajadores interesados se consideren más adecuados (art. 13.1). Eso sí, en algunos casos esta regla se exceptuará. En particular, se deberá prohibir el pago del salario en el lugar de trabajo cuando éste sea una taberna o un establecimiento similar, así como cuando resulte necesario para prevenir abusos si el lugar de trabajo es una tienda de venta al por menor o un centro de distracción, salvo en el caso de las personas empleadas en ellos. Asimismo, el salario se deberá pagar a intervalos regulares, a menos que existan otros arreglos satisfactorios que lo garanticen y en todo caso dichos intervalos regulares han de ser establecidos por la legislación nacional o por un contrato colectivo o un laudo arbitral. No se refiere el Convenio a lo que se entiende por regularidad por lo que en este punto resulta útil acudir a la Recomendación núm. 85, sobre protección del salario, en la que se establece que los intervalos máximos para pagar los salarios deberían ser tales que el salario se abonase por lo menos dos veces al mes en los casos de trabajadores cuya remuneración se calcule por hora, día o semana; y una vez al mes, cuando se trate de personas empleadas cuya remuneración se calcule por mes o por año.

También se recomienda que cuando se trate de trabajadores cuya remuneración se calcule a destajo o a base del rendimiento, los intervalos máximos para el pago de los salarios deberían fijarse, siempre que fuere posible, de tal manera que el salario se pague, por lo menos, dos veces al mes a intervalos no mayores de dieciséis días. Si se tratara de trabajadores que estén ocupados en una tarea cuya terminación exija más de una quincena y cuyos salarios se paguen a intervalos que no estén fijados de otro modo, por un contrato colectivo o un laudo arbitral, deberían tomarse medidas apropiadas para que se les entre-

que un anticipo de su salario por lo menos dos veces al mes y a intervalos no mayores de dieciséis días. Se trataría en todo caso de un anticipo proporcional a la cantidad de trabajo realizado y se efectuaría la liquidación final del salario dentro de los quince días siguientes a la terminación de la tarea.

El Convenio núm. 95 también se ocupa de establecer que el abono del salario se realice directamente a la persona que trabaja, a menos que la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral establezcan otra forma de pago o que el trabajador interesado acepte un procedimiento diferente (art. 5), quedando prohibido que los empleadores limiten en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario (art. 6). En los casos en los que una empresa haya creado un economato para vender mercancías a los trabajadores o haya impulsado servicios para ofrecerles determinadas prestaciones queda prohibido ejercer coacción alguna sobre los trabajadores para que los utilicen; y cuando no sea posible el acceso a otros almacenes o servicios la autoridad competente ha de tomar las medidas apropiadas para lograr que las mercancías se vendan a precios justos y razonables, que los servicios se presten en las mismas condiciones y que los economatos o servicios ofrecidos por el empleador no se exploten con el fin de obtener utilidades, sino para que ello redunde en beneficio de los trabajadores interesados (art. 7). Por último, los descuentos salariales solo estarán permitidos si respetan las condiciones y los límites fijados por la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral, quedando prohibido el abono de cantidad alguna con el fin de obtener un empleo o de conservarlo (art. 9).

Otra de las preocupaciones del Convenio núm. 95 es la fijación de garantías para asegurar el cobro de cierta cantidad de salario tanto cuando quien trabaja ha contraído deudas y se va a producir un embargo salarial como en los casos en los que las deudas han sido contraídas por quien emplea. Así, respecto de un posible embargo salarial el artículo 10 del Convenio establece de manera tajante que el salario no podrá embargarse o cederse sino en la forma y dentro de los límites fijados por la legislación nacional y en todo caso ha de estar protegido contra su embargo o cesión en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia. En el caso de quiebra o de liquidación judicial de una empresa, los trabajadores empleados tienen la consideración de acreedores preferentes respecto de los salarios que se les deban por los servicios prestados durante un período anterior a la quiebra o a la liquidación judicial. La legislación nacional tendrá que determinar la duración de dicho período, así como la suma a la que ascenderá la cantidad que deba garantizarse y que constituirá un crédito preferente que se ha de pagar íntegramente antes de que los acreedores ordinarios puedan recla-

mar la parte del activo que les corresponda. Por último, también será la legislación nacional la que determinará la relación de prioridad entre el salario que constituya un crédito preferente y los demás créditos preferentes (art. 11).

Por último, otro de los aspectos clave de este Convenio tiene que ver con la información que ha de proporcionarse a quien trabaja en relación con el pago del salario con el objetivo de dar a conocer la información relativa a las condiciones del salario de manera apropiada y fácilmente comprensible con anterioridad a la ocupación del empleo o una vez ocupado cuando se haya producido algún cambio. Dicha información ha de versar en el primer supuesto sobre las condiciones salariales que se van a aplicar, así como respecto de los posibles cambios y en el segundo sobre los elementos que constituyan el salario en el período de pago considerado siempre que estos elementos puedan sufrir variaciones (art. 14).

3. EL CONVENIO NÚM. 173 SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES EN CASO DE INSOLVENCIA DEL EMPLEADOR

3.1 Origen y finalidad

El otro Convenio que incluimos en el bloque dedicado a la protección del salario es el núm. 173 de la OIT, cuya aprobación se llevó a cabo porque desde que se había adoptado el Convenio núm. 95 se había ido atribuyendo una creciente importancia a la rehabilitación de empresas insolventes. Se entendía necesario realizar un esfuerzo con el fin de salvaguardar el empleo, pero también era necesario evitar o reducir los perniciosos efectos económicos que producían las situaciones de insolvencia¹³. Desde 1949, año en el que se había aprobado el Convenio núm. 95, hasta 1992, año en el que se aprobó el Convenio núm. 173, en muchos estados miembros se había experimentado una importante evolución en la materia que se había traducido en una mayor protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. Por esta razón, la Conferencia General de la OIT consideró oportuno adoptar nuevas normas relativas a los créditos laborales y en particular a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. Como ya hemos visto, el artículo 11 del Convenio núm. 95 establecía la preferencia del crédito salarial en caso de quiebra o liquidación judicial de una empresa, pero se entendió

¹³ Así se recoge en el preámbulo del propio Convenio.

que esa previsión no era suficiente, de ahí que mediante la aprobación del Convenio núm. 173 se pretendió elevar el nivel de protección y proporcionar soluciones más adecuadas que las que se habían ofrecido cuarenta años atrás.

Para la Comisión de expertos de la OIT que en 2003 había elaborado un informe sobre los Convenios núm. 95 y núm. 173, este último constituye una respuesta sólida y ambiciosa a los problemas de protección social en caso de insolvencia, cada vez más comunes en el contexto de la economía globalizada y en los períodos de recesión. En particular, dicha Comisión destaca el papel del Convenio núm. 173 al aportar nuevos elementos al sistema de privilegios, introducir nuevos métodos de protección por medio de los fondos de garantía salariales y dejar un amplio margen a la discreción de los estados miembros en cuanto a la aplicación de las normas. Se trata de un Convenio que, como suele ser habitual, se complementa con una Recomendación, la núm. 180 de 1992, que se centra en los principios fundamentales de funcionamiento, administración y financiación de las instituciones de garantía. Asimismo, se afirma en dicha Recomendación que las instituciones de garantía deberían contar con autonomía administrativa, financiera y jurídica con respecto al empleador y se recomienda que los empleadores contribuyan a su financiación, a menos que ésta esté asegurada íntegramente por los poderes públicos, haciendo hincapié en la idea de que los fondos que se obtengan para su financiación se utilicen exclusivamente con para satisfacer los créditos.

3.2 Contenido y alcance

El Convenio núm. 173 sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, de 23 de junio de 1992, entró en vigor el 8 de junio de 1995 y en particular para España el 18 de mayo de 1996, uno año después de su ratificación. Sin perjuicio de un análisis más detallado de su contenido se puede avanzar que el Convenio núm. 173 supuso una mejora respecto de algunas reglas establecidas en el núm. 95. Así, respecto de las reglas relativas al privilegio merece la pena destacar que se define la cobertura mínima del privilegio, se exige que la legislación nacional atribuya a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la seguridad social por retraso en el pago de impuestos y cotizaciones y se especifica que cuando la legislación nacional limite el alcance del privilegio de los créditos laborales a una determinada cantidad, ésta no deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable, cantidad que ha de ser actualizada cuando proceda. Y por lo que

se refiere a las instituciones de garantía el Convenio establece criterios para fijar la cantidad mínima que debería ser garantizada por dichas instituciones y aunque permite limitar la garantía a cierta cantidad, también se exige, en la línea de lo que prevé respecto del sistema de privilegios, que dicha cantidad no sea inferior a un mínimo socialmente aceptable y se actualice cuando proceda para mantener su valor.

El Convenio núm. 173 consta de tres partes. En la primera se ofrece, bajo la rúbrica «disposiciones generales», una definición del término insolvencia y se incluyen una serie de cláusulas sobre las reglas a seguir para aceptar parcialmente su contenido, destacando su artículo 3 en el que se ofrece la posibilidad de su no ratificación en bloque. De hecho, son varias las posibilidades combinatorias de ratificación que este Instrumento normativo ofrece, de ahí que haya sido calificado como un convenio flexible¹⁴. Así, todo Estado miembro que ratifique el Convenio puede aceptar las obligaciones de su parte II, relativa a la protección de los créditos laborales por medio de un privilegio¹⁵ y/o las obligaciones de la parte III, relativa a la protección de los créditos laborales por una institución de garantía¹⁶. En todo caso la opción elegida ha de ser consignada en una declaración que ha de acompañar al instrumento de ratificación del Convenio. Ahora bien, el hecho de haber aceptado una sola de las partes del Convenio no impide que posteriormente se extienda su aceptación a la parte que no se haya ratificado inicialmente, lo que se realizará mediante una declaración comunicada al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. Asimismo, aquellos Estados que haya aceptado las obligaciones de las dos partes de manera conjunta, como ha hecho España¹⁷, tienen la posibilidad de limitar la aplicación de cualquiera de las dos a ciertas categorías de trabajadores (art. 4.2 del Convenio) (en el caso de España se excluye la aplicación de las obligaciones de la parte II a los empleados públicos y la de las obligaciones derivadas de la parte III al personal de trabajo doméstico).

¹⁴ Así se afirma en VV. AA., JAVILLIER, J. C. (dir.) y ODERO, A. (coord.), *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global*, OIT, 2001, p. 259.

¹⁵ En la segunda parte del Convenio se hace referencia a un sistema de créditos preferenciales en el que cada empleador es responsable individualmente de su propia insolvencia y, por consiguiente, es responsable sólo con sus propios activos. Así se describe en AA. VV., JAVILLIER, J. C. (dir.) y ODERO, A. (coord.), *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global*, OIT, 2001, p. 268.

¹⁶ En cambio, en el modelo al que se hace referencia en la parte III del Convenio la existencia de una institución de garantía del salario «supone el establecimiento de un principio de responsabilidad colectiva, según el cual la comunidad de empresarios asume colectivamente el riesgo comercial de sus miembros». Así se describe en VV. AA., JAVILLIER, J. C. (dir.) y ODERO, A. (coord.), *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global*, OIT, 2001, p. 268.

¹⁷ España ha ratificado expresamente las dos partes del Convenio, por lo que de acuerdo con su artículo 3.6 se ponen fin a las obligaciones dimanantes del artículo 11 del Convenio núm. 95 de 1949, sobre protección del salario.

3.2.1 PROTECCIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES POR MEDIO DE UN PRIVILEGIO

En la segunda parte del Convenio se regula la protección de los créditos laborales por medio de privilegio, lo que conlleva determinar cuál es la extensión, el rango y las limitaciones de dichos privilegios¹⁸. Esta segunda parte se compone de tres artículos (del quinto al octavo) y aunque cierto es que el Convenio núm. 95 OIT ya atendía a esta cuestión, ha de quedar claro que el Convenio núm. 173 OIT supone una mejora importante respecto de la norma anterior, pues se especifica la cobertura mínima del privilegio, que se extiende por lo que a los salarios debidos se refiere a una cuantía que no puede ser inferior a tres meses de salario (art. 6.a) del Convenio), así como a las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de la relación de trabajo, así como las correspondientes al año anterior (art. 6.b del Convenio); a las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas¹⁹, correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo (art. 6.c del Convenio), y, por último, a las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo (art. 6.d del Convenio).

El artículo 7 del Convenio establece la posibilidad de limitar el alcance del privilegio de los créditos laborales a una cantidad prescrita, que no ha de ser inferior a un mínimo socialmente aceptable y cuando así se haga «la cantidad fijada ha de reajustarse convenientemente para mantener su valor». La referencia a cierto «reajuste conveniente para mantener su valor» es una expresión que destila cierta indeterminación, pero que de acuerdo con una interpretación auténtica del Convenio y atendiendo a lo establecido en las Actas de la 79.ª Con-

¹⁸ Precisamente, con carácter previo a la aprobación del Convenio núm. 173 se elaboró un informe por parte de la OIT, bajo el título «Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empleador», Ginebra 5-8 de marzo de 1985 (https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1985/85B09_2_span.pdf) en el que se estudiaron los diferentes mecanismos que con dicho objetivo se habían puesto en marcha en algunos países, así como el contenido de la Directiva del Consejo de 20 de octubre de 1980 sobre la armonización de las leyes de los diferentes estados miembros relativa a la protección de los trabajadores en los casos de insolvencia de su empleador (Official Journal of the European Communities, N.º L 283/23, 28 de octubre de 1980).

¹⁹ De acuerdo con lo recogido en las Actas de la Conferencia Internacional del Trabajo, 79.ª reunión de 1992, párrafo 111, p. 25/11 en relación con la expresión «otras ausencias retribuidas», los miembros empleadores solicitaron al Secretariado una aclaración sobre su significado. En concreto, un miembro del Secretariado recordó que esta expresión había sido introducida el año anterior al objeto de cubrir ausencias tales como las licencias por enfermedad o la licencia por maternidad, a las cuales los trabajadores podrían tener derecho según la legislación y la práctica nacionales.

ferencia de la OIT en la que se discutió y aprobó su contenido «no ha de ser interpretada como una obligación de indexar de manera automática los créditos protegidos por un privilegio ni tampoco como una prohibición para hacerlo».

El último precepto de la parte II del Convenio hace referencia al rango del privilegio, diferenciando dos criterios a tener en cuenta en función de si los créditos laborales están protegidos por una institución de garantía. En primer lugar, se despacha el supuesto en el que no existe una institución de garantía en cuyo caso la legislación nacional ha de atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular un rango de privilegio superior a los créditos que pudiera tener el Estado o la Seguridad Social. Y en segundo lugar, se hace referencia a los supuestos en los que los créditos laborales sí están protegidos por una institución de garantía, de acuerdo con las reglas que veremos a continuación y que componen la parte III del Convenio, en cuyo caso se podrá atribuir a los créditos así protegidos un rango de privilegio menos elevado que el de los créditos del Estado y de la Seguridad Social.

3.2.2 PROTECCIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES POR MEDIO DE UNA INSTITUCIÓN DE GARANTÍA

Cinco son los artículos que la parte III del Convenio dedica a la protección de los créditos laborales mediante una institución de garantía. De acuerdo con lo establecido en esta parte del Convenio si se opta por un sistema de protección de los créditos salariales a través de una institución de garantía las modalidades de organización, gestión, funcionamiento y financiación de las instituciones de garantía que en su caso se pongan en funcionamiento en cada Estado serán determinadas por vía legislativa o por cualquier otro medio conforme a la práctica nacional, lo que no impide que un estado miembro, de acuerdo con sus características y necesidades, permita que las compañías de seguros proporcionen la protección que dispensa una institución de garantía siempre y cuando dichas garantías sean suficientes.

El Convenio también fija un contenido mínimo que ha de ser garantizado por la institución de garantía. En particular, los créditos laborales protegidos deben cubrir, al menos, los salarios correspondientes a un período determinado no inferior a ocho semanas, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo. En cuanto a las cantidades que se adeuden en concepto de vacaciones pagadas han de referenciarse a un período determinado que no puede ser «inferior a seis meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de

la relación de trabajo». Por otra parte, respecto a las cantidades adeudadas en relación con otras ausencias se establece la referencia a un periodo determinado que no puede ser inferior a ocho semanas, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo. Y por último, también han de estar cubiertas por la institución de garantía las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo, sin que en este punto se fije limitación temporal o cuantitativa alguna.

No hay que perder de vista que en la parte III del Convenio se incluye un precepto, el 13, cuyo contenido es similar al del artículo 7, lo que permite afirmar que el alcance de la protección que dispensa una institución de garantía también puede estar limitado por un criterio temporal y por un criterio cuantitativo, y que, como ya vimos respecto del artículo 7, no ha de ser inferior a una cantidad «socialmente aceptable» y ha de ser convenientemente actualizado para mantener su valor.

Mención aparte exige el presupuesto que ha de concurrir para que se apliquen las garantías establecidas en los diferentes preceptos del Convenio núm. 173 OIT a las que nos hemos referido, y que no es otro que la situación de insolvencia. Precisamente, el primer artículo del Convenio se dedica a definir el término insolvencia a los efectos de su aplicación y en concreto se «designa como insolvencia aquellas situaciones en que, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, se ha abierto un procedimiento respecto de los activos de un empleador, con objeto de pagar colectivamente a sus acreedores». Ahora bien, para evitar una interpretación estricta que provoque una reducción del ámbito de aplicación del Convenio fracasando, por tanto, en su propósito de salvaguardar los créditos pendientes de los trabajadores en caso de insolvencia del empleador, en el apartado segundo de dicho artículo se ofrece la posibilidad de que todo Estado miembro extienda el término «insolvencia» a otras situaciones en las que no se puedan pagar los créditos laborales a causa de la situación financiera del empleador. Incluyéndose en el precepto un ejemplo adicional, como es el caso en el que «el monto del activo del empleador sea reconocido como insuficiente para justificar la apertura de un procedimiento de insolvencia». Adicionalmente, la Recomendación núm. 180 OIT hace referencia a otros tres supuestos de insolvencia: los casos en los que se haya cerrado la empresa o hayan cesado sus actividades, o sea objeto de una liquidación voluntaria; los casos en los que las sumas que se adeudan al trabajador, en razón de su empleo, estén en vías de cobro y se constate que el empleador carece de activos o que éstos no resulten suficientes para pagar la deuda en cuestión y, en fin, aquellos supuestos en los que ha fallecido el em-

pleador, su patrimonio se ha puesto en manos de un administrador y no pueden saldarse las sumas adeudadas con el activo de la sucesión.

Por último, resulta necesario hacer referencia a los preceptos del Convenio núm. 173 que se ocupan de su articulación con el precedente Convenio núm. 95 OIT, sobre protección del salario. A este respecto el artículo 3.6 del Convenio núm. 173 OIT establece que la aceptación por un estado miembro de las obligaciones de la parte II, esto es, la relativa a los créditos salariales protegidos mediante privilegio pondrá término de pleno derecho a las obligaciones que para dicho Estado dimanen del artículo 11 del Convenio núm. 95, sobre la protección del salario y en el caso de que el Estado solo haya aceptado las obligaciones de la parte III se requerirá una declaración comunicada al Director General de la OIT en la que se muestre la voluntad de poner término a las obligaciones dimanantes del artículo 11 del Convenio núm. 95, sobre la protección del salario, en lo relativo a los créditos protegidos en virtud de la parte III.

4. LA PROTECCIÓN DEL SALARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: UNA MIRADA A LA LUZ DEL CONVENIO NÚM. 95 OIT

El Convenio núm. 95 OIT establece una serie de reglas de carácter mínimo dirigidas a concretar, entre otros aspectos, cómo, dónde o cuándo ha de pagarse el salario. Asimismo, se establecen reglas para garantizar el cobro de una cantidad mínima que permita garantizar «el mantenimiento del trabajador y su familia» incluso en los casos en los que quien trabaja deba hacer frente a sus acreedores. Asimismo, en otros casos cubiertos por el Convenio es preciso proteger el cobro del salario frente a otros acreedores del empleador.

En nuestro ordenamiento jurídico varios son los preceptos que responden a estas cuestiones y principalmente lo hacen los artículos 4 y 29 ET. Ciertamente, que no estamos ante una materia ausente de regulación con carácter previo a la aprobación del Convenio núm. 95, tal y como se puede concluir tras un recorrido por la normativa histórica que nos permite observar una evolución en el concepto de salario, así como el establecimiento de limitaciones respecto del salario en especie o los modos de pago del salario²⁰. El artículo 4 ET reconoce entre el conjunto de derechos en la relación de trabajo, el derecho a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida. Por su parte la sección cuarta del

²⁰ Al respecto *Vid.* MARTÍN SERRANO, A. L., «Lugar, forma y tiempo de pago de salarios», en VV. AA., DE LA VILLA GIL, L. E. (coord.), *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid, 1993, pp. 751 ss.; MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El salario en especie*, Aranzadi, 2002, pp. 37 ss.

Estatuto de los Trabajadores dedica varios artículos (del 26 al 33) a regular el concepto de salario, así como todo un conjunto de garantías salariales. En ese sentido encontramos un claro parecido entre la noción de salario que se maneja en el Convenio núm. 95 y el que recoge el artículo 26 ET. En cuanto al momento, lugar y modo de pago el artículo 29 ET hace referencia al abono puntual, término que se utiliza también en el artículo 4 ET y que implica pagar el salario en la fecha convenida, regla a la que hemos de unir la consecuencia del retraso en el pago a la que hace referencia el artículo 29.3 ET y que supone el deber de incrementar lo adeudado en un 10 % por mora. Como se puede observar tanto para el Convenio núm. 95 de la OIT como para el Estatuto de los Trabajadores garantizar un pago periódico se convierte en razón última de la protección del salario y permite al trabajador organizar su vida con cierto grado de seguridad y certeza²¹.

El artículo 29.1 ET impone la obligación de liquidar y pagar el salario de manera puntual, documentada y en la fecha y lugar que se hayan convenido o según lo establecido de acuerdo con los usos y costumbres. Asimismo, y tal y como se indica también en el artículo 12 del Convenio núm. 95, el abono de las retribuciones ha de ser periódico y regular, eso sí, en nuestro ordenamiento jurídico se limita el período de tiempo al que se refiere su abono al módulo temporal de un mes. Se aplica por tanto la regla de abonar trabajo ya realizado, regla que es compatible con la posibilidad de solicitar anticipos, que de acuerdo con el artículo 29 ET el trabajador tiene derecho a percibir sin que llegue el día señalado para el pago y que en todo caso serán «a cuenta del trabajo ya realizado». La regularidad en el pago a la que hemos hecho referencia no se exige en los supuestos de salario a comisión en cuyo caso el derecho al salario nace en el momento en que se paga el negocio, la colocación o venta en que hubiera intervenido el trabajador, pero se liquida y se paga al finalizar el año, salvo que se hubiese pactado otra cosa. El abono del salario se podrá efectuar en moneda de curso legal o mediante cheque u otra modalidad de pago, previo informe al comité de empresa o a los delegados de personal, lo que no impide el abono de salario en especie, que como se indica en el artículo 26 ET estará limitado en todo caso al 30 % de las percepciones salariales del trabajador, ni puede suponer la reducción de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional (SMI, en adelante). Ciertamente es que el Convenio núm. 95 OIT incorpora una regulación más detallada sobre esta cuestión lo que llevó en su momento a

²¹ Así se afirma en la Conferencia Internacional del trabajo 91.^a (2003), citado en ARGÜELLO SERRANO, N., «La periodicidad del pago del salario y sus incumplimientos. Su estudio desde la relación de trabajo», en VV. AA., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT, XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, p. 395.

que la Comisión de expertos de la OIT pidiera explicaciones al gobierno de España, por ejemplo, en relación con la existencia de previsiones en nuestro ordenamiento jurídico que prohibieran emplear alcohol o drogas para abonar el salario en especie, que hubiera sido acordado²², pues el artículo 4 del Convenio prohíbe el pago del salario con bebidas espirituosas o con drogas nocivas.

En cuanto al lugar en el que se va a recibir el salario el artículo 29 ET se limita a mantener que será «el convenido» o el que se haya establecido de acuerdo con «los usos y costumbres». En cambio, el Convenio núm. 95 OIT incluye referencias más concretas en esta materia, sin perjuicio de incluir también alguna más general. El Convenio establece que el lugar del pago ha de ser el lugar de trabajo y subsidiariamente un lugar próximo a él. También se abre la posibilidad a «otro tipo de arreglos conocidos por los trabajadores interesados» que puedan resultar más adecuados. Asimismo, el Convenio establece que ha de prohibirse «el pago del salario en tabernas u otros establecimientos similares y, cuando ello fuere necesario para prevenir abusos, en las tiendas de venta al por menor y en los centros de distracción, excepto en el caso de personas empleadas en dichos establecimientos» (art. 13.2 del Convenio núm. 95). Nuestro ordenamiento jurídico no hace referencia a este tipo de previsiones y por ello también la Comisión de expertos de la OIT, como tendremos ocasión de ver más adelante, pidió explicaciones al gobierno de España. Asimismo, en la línea de transparencia e información que establece el Convenio núm. 95 OIT en sus artículos 14 y 15, el pago del salario ha de documentarse mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo de tal abono.

En el Convenio núm. 95 OIT también se incluyen un conjunto de reglas con las que se trata de amparar al trabajador frente a sus posibles acreedores con el fin de garantizar un mínimo salarial disponible. Así, si el Convenio núm. 95 OIT establece en su artículo 10.2 que «el salario deberá estar protegido contra su embargo o cesión en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia», el artículo 27.1 ET establece que «el salario mínimo interprofesional, en su cuantía, es inembargable», en tanto que mínimo vital indispensable, y además los artículos 607 y 608 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen reglas para que un posible embargo respete en todo caso la cuantía del SMI con la única excepción de que la deuda tenga su origen en el impago de una pensión de alimentos.

²² Así se refleja en MELLA MÉNDEZ, L., «El impacto de los convenios de la OIT sobre retribución, tiempo de trabajo, seguridad y salud y terminación del contrato en el derecho español: puntos críticos», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 434, 2019, p. 61.

Por último, hay que mencionar las reglas que buscan proteger a quien trabaja frente a otros acreedores del empleador (art. 11 del Convenio núm. 95 OIT) y que, como ya se ha dicho, fueron mejoradas en el Convenio núm. 173, por lo que el modo en que han sido implementadas en nuestro ordenamiento jurídico será objeto de estudio en relación con este último convenio.

5. LA PROTECCIÓN DEL CRÉDITO SALARIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: UNA MIRADA A LA LUZ DEL CONVENIO NÚM. 173 OIT

El principio de post-remuneración que rige la regulación de la percepción del salario en nuestro ordenamiento jurídico convierte al salario en un derecho de crédito²³. De entre todas las características que se pueden atribuir a los privilegios que se otorgan al crédito salarial merece la pena destacar la relativa al hecho incontestable de que el objetivo que se persigue con ellos es otorgar una ventaja particular a quien trabaja en tanto que acreedor, frente a otros posibles acreedores del deudor que en el caso que nos ocupa es la persona empleadora.

Nuestro ordenamiento jurídico establece dos vías diferentes para proteger el crédito salarial frente a los acreedores del empleador. No perdamos de vista que quien trabaja tiene derecho a recibir el salario por el trabajo realizado convirtiéndose por tanto cuando no lo recibe en tiempo y forma en un acreedor de quien le emplea. Precisamente en esta materia los artículos 32 y 33 ET establecen una serie de reglas tendentes a proteger el salario de los trabajadores que encajan en los dos tipos de mecanismos de protección que se establecen en los correspondientes Convenios de la OIT (el núm. 95 y el núm. 173). Por una parte, la consideración de los créditos salariales como créditos preferentes frente a los de otros acreedores que pudiera tener el empleador, en definitiva, la consideración de aquellos créditos como privilegiados; y de otra, el establecimiento de instituciones de garantía, que en nuestro caso se traducen en la existencia del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA, en adelante).

5.1 Protección de los créditos salariales por medio de un privilegio en ejecuciones singulares

Por lo que se refiere a la primera modalidad de protección y tal y como ya indicara el Convenio 95 de la OIT y posteriormente el Convenio 173 de la OIT

²³ Así lo califica COSTA REYES, A., *El crédito salarial*, CES de Andalucía, 2005, p. 332.

«en caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda». A esta situación es a la que responde en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 32 ET que diferencia en primer lugar aquellos casos en los que la concurrencia de acreedores se produce en el marco de un procedimiento concursal, en cuyo caso y de acuerdo con lo establecido en el artículo 32.5 ET «serán de aplicación las disposiciones de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios». Y en segundo lugar, aquellos supuestos en los que no se ha abierto procedimiento concursal, pero en los que quien trabaja concurre con otros acreedores precisándose también la existencia de reglas que permitan fijar el orden en el que se sitúa el crédito laboral respecto de otros con los que pudiera concurrir.

Comenzando por este último supuesto, esto es, el del empleador no declarado en concurso, el artículo 32 ET establece tres reglas a las que se asocian tres tipos de privilegio. En primer lugar, el denominado «superprivilegio», en segundo lugar, los llamados «privilegios refaccionarios» y por último los créditos «singularmente privilegiados»²⁴. Son créditos superprivilegiados los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no puede superar el doble del SMI. Tienen esa consideración de superprivilegio porque suponen una preferencia sobre cualquier otro crédito, incluso aunque esté garantizado por prenda o hipoteca. En otras palabras, la preferencia resulta aplicable sobre todos los bienes del deudor y tales créditos han de ser satisfechos en primer lugar.

Ahora bien, si con la aplicación de esta regla no se satisface todo el crédito salarial se acudiría entonces al denominado privilegio refaccionario. De acuerdo con el artículo 32.2 ET el crédito salarial gozará de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empleador. Respecto de esta regla no hay limitación ni temporal ni cuantitativa aplicable a los salarios que se benefician de dicha protección lo que permite concluir que la protección en este supuesto es más intensa, aunque tal vez dicha afirmación deba ser matizada en función del caso concreto, pues no se puede perder de vista que en realidad concurre cierta limitación que tiene su origen en el tipo de objeto que se puede realizar para el cobro del crédito salarial y que, en particular, se trata de los bienes que han sido elaborados por los trabajadores, lo que impide, por

²⁴ Al respecto *Vid.* MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 31.ª edic., Madrid, pp. 710 ss.

ejemplo, que se ejecute el crédito ante otro tipo de bienes que puedan corresponder al empleador, por ejemplo, los inmuebles de su propiedad. El motivo que justifica la preferencia de los trabajadores respecto de dichos bienes es que en ellos se ha incorporado su trabajo, de manera que quedan excluidos del término «objeto», a estos efectos, las materias primas o las máquinas o herramientas con las que se realiza el trabajo. Del mismo modo y como ya ha indicado la doctrina tampoco se puede acudir a este tipo de privilegio cuando nos referimos a empresas de servicios en las que no se elaboran objetos²⁵. El presupuesto por tanto para aplicar esta regla es la existencia de objetos elaborados por los trabajadores sin que resulte preciso una prueba individualizada y concreta de la participación de cada trabajador en su elaboración, de manera que el privilegio favorece a todos los trabajadores de la empresa respecto de objetos que hayan sido creados, fabricados, producidos o extraídos por los trabajadores de la empresa considerados en su conjunto.

Los créditos salariales que no hayan podido satisfacerse mediante la aplicación de las dos reglas anteriores tienen la consideración de «singularmente privilegiados» en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI por el número de días de salario pendiente de pago. En este caso se limita la cuantía, pero no el número de días susceptibles de ser abonados. Ciertamente, dicha cuantía tiene preferencia sobre cualquier otro crédito, pero no se trata de un superprivilegio porque dicha preferencia no rige respecto de los créditos garantizados con derecho real en los supuestos en los que estos tengan preferencia. Por último, este tipo de privilegio también rige, de acuerdo con el artículo 32.3 ET, respecto de las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del SMI. En este punto merece la pena destacar que pese a la literalidad de la norma, algunos autores, no sin manifestar ciertas dudas, parecen decantarse por una interpretación amplia que se extiende también a los supuestos de extinción del contrato basado en justa causa, a las indemnizaciones que corresponden en los supuestos de rescisión del contrato por traslados y modificaciones sustanciales de determinadas condiciones de trabajo, así como respecto de las indemnizaciones adicionales previstas para los supuestos de no readmisión o readmisión irregular²⁶. Dicha interpretación no se extiende, en cambio, a las indemnizaciones que tie-

²⁵ En este sentido *Vid.* BLASCO PELLICER, A., «Garantías del salario», en VV. AA., GOERLICH PESET, J. M.^a (coord.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 607.

²⁶ En este sentido *Vid.* GONZÁLEZ DEL REY-RODRÍGUEZ, I., «Privilegios o preferencias de los créditos laborales», en VV. AA., MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.) y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, vol. II, p. 1833.

nen su origen en otras causas de extinción que llevan aparejada indemnización legal, como es el caso de la extinción de los contratos temporales o la extinción de los contratos por muerte, jubilación o incapacidad del empresario²⁷. Otros, en cambio, limitan la extensión del privilegio a las indemnizaciones que se derivan de despido porque así «lo explicita el artículo 32.3 ET», en particular a las que se derivan de la aplicación de los artículos 51, 52 y 54 ET, así como «implícitamente» de las que se derivan de la aplicación del artículo 50 ET²⁸.

Es esta una cuestión respecto de la cual surgen dudas y la unanimidad interpretativa no existe, pues también hay voces que sostienen la necesidad de que este privilegio se extienda a todas las indemnizaciones que se deriven de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que sea su causa. Precisamente, para apoyar esta posición interpretativa que compartimos quienes la sostienen acuden a la literalidad del artículo 6. d) del Convenio núm. 173, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, según el cual «el privilegio deberá cubrir al menos los créditos laborales correspondientes, entre otros, a las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo»²⁹. En todo caso, somos conscientes de que el mantenimiento de dicha interpretación supone alejarse de la que ha mantenido el Tribunal Supremo en varias sentencias en las que entendió la expresión «terminación de la relación laboral» tal y como la define el Convenio núm. 158 OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, aprobado en 1982 y ratificado por España en 1985. Así, para el TS dicha expresión se refiere a la «terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador»³⁰, cierto es que en el caso que dio lugar a la primera sentencia de toda una serie de pronunciamientos en esa misma línea de interpretación se discutía la protección del salario vía institución de garantía y no mediante la calificación de créditos privilegiados, pero a los efectos de interpretar la expresión «terminación de la relación laboral», que se emplea en el Convenio

²⁷ En este sentido *Vid.* GONZÁLEZ DEL REY-RODRÍGUEZ, I., «Privilegios o preferencias de los créditos laborales», en VV. AA., MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.) y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, vol. II, p. 1833; BLASCO PELLICER, A., «Garantías del salario», en VV. AA., GOERLICH PESET, J. M.^a (coord.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 609.

²⁸ En este sentido SORIANO CORTÉS, D., «Protección del cobro del crédito salarial», en VV. AA., *Política de rentas salariales: salario mínimo y negociación colectiva*, CRUZ VILLALÓN, J. (coord.), Bo-marzo, 2022, p. 427.

²⁹ Esta posición es atribuida a (Cruz) por BLASCO PELLICER, A., en «Garantías del salario», en VV. AA., GOERLICH PESET, J. M.^a (coord.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 609.

³⁰ STS de 31 de octubre de 2001 (núm. rec. 102/2001), de 26 de diciembre de 2001 (núm. rec. 4042/2000), STS de 11 de marzo de 2002 (núm. rec. 2492/2001) y STS de 16 de octubre de 2013 (núm. rec. 203/2013).

núm. 173 OIT tanto en el artículo 6, relativo a la protección de créditos salariales mediante privilegio, como en el artículo 12, relativo a la protección de los créditos laborales por una institución de garantía, sí resulta de clara utilidad. Por otra parte, no hay que perder de vista que dichos pronunciamientos seguían el parecer expuesto de manera informal por la OIT, que hasta en tres ocasiones había sugerido que la expresión «indemnizaciones por fin de servicios se entendiera en un sentido restrictivo para abarcar únicamente esa forma de indemnización debida a los trabajadores con motivo de la terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador, debiendo leerse de manera conjunta con los artículos 3 y 12 del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), redactados en el mismo sentido»³¹.

5.2 Protección de los créditos salariales en las empresas declaradas en concurso

Reglas diferentes se aplican cuando el empleador ha sido declarado en concurso. En este caso la jurisdicción mercantil es la competente para declarar el concurso y establecer la prioridad entre los distintos tipos de créditos que puedan concurrir. El Convenio núm. 173 OIT no hace distinciones entre ejecuciones de créditos singulares y universales por lo que la garantía de los salarios a través de un privilegio ha de garantizarse tanto en un caso como en otro. No perdamos de vista que a lo que obliga el artículo 8.1 del Convenio es a que la legislación nacional de los Estados a los que les resulte aplicable atribuyan a «los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la seguridad social». Por otra parte, y con carácter previo hemos de tener presente que en nuestro ordenamiento jurídico la situación de concurso ha de ser declarada formalmente por un juez y, como se indica expresamente en el artículo 32 ET, resultarán de aplicación las reglas establecidas en la Ley Concursal.

Como se sabe, la declaración de una empresa en concurso supone una modulación importante de las reglas laborales aplicables con carácter general respecto de ciertas situaciones, tales como la transmisión de empresa, la modificación sustancial de condiciones de trabajo, la movilidad geográfica o la suspensión y la extinción de contratos de trabajo. En el caso concreto de los cré-

³¹ Dichas declaraciones se pueden consultar en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:2236974,102847 (consultado el 1-3-2023).

ditos laborales, y a diferencia del supuesto analizado anteriormente en el que la insolvencia empresarial se produce al margen de un procedimiento concursal, serán reclamados en el conjunto de las actuaciones llevadas a cabo en el marco del concurso y por ello precisamente es necesario analizar en qué medida y con qué alcance los créditos laborales gozan de privilegio a la hora de ser cobrados.

De acuerdo con el artículo 32. 5 ET en caso de concurso serán de aplicación las disposiciones relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios que se recogen en la Ley Concursal (LC, en adelante), recientemente modificada³², en la que se diferencian dos categorías de créditos: de un lado, los créditos contra la masa activa; y de otro, los créditos concursales, que componen la masa pasiva del concurso. Esta distinción resulta especialmente importante porque los créditos contra la masa no son créditos concursales sino créditos que genera la propia declaración del concurso. En consecuencia, dichos créditos no forman parte de la masa pasiva del concurso y de acuerdo con el artículo 245.2 LC se abonarán a sus respectivos vencimientos. Sin embargo, a esta regla se opone una importante excepción que precisamente está vinculada a una parte del crédito salarial, en concreto a «los créditos por salarios que tengan la consideración de créditos contra la masa» y que se pagarán de forma inmediata (art. 245.2 LC).

Por otra parte, el artículo 242 LC hace referencia a los créditos contra la masa activa y entre ellos menciona «los créditos por salarios correspondientes a los últimos treinta días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional» (art. 242.1.2 LC) y «los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado tras la declaración del concurso hasta la aprobación judicial del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso». Asimismo, entre los créditos aquí incluidos hay que mencionar los devengados después de la declaración de concurso, las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso.

³² El texto refundido de la Ley Concursal ha sido recientemente modificado por medio de la ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, por medio de la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades.

Como se puede comprobar, de entre todos los créditos laborales mencionados los hay salariales y de otro tipo, pero en todo caso vinculados con el desarrollo de una actividad laboral, destacando el hecho de que específicamente los salariales generados tras la declaración del concurso y hasta sus conclusión o, en su caso, hasta la aprobación del convenio, tienen la calificación de créditos contra la masa³³, lo que resulta especialmente importante porque, como ya se ha dicho, «los créditos por salarios que tienen la consideración de créditos contra la masa se pagarán de forma inmediata» (art. 245.1 LC), a diferencia de lo que ocurre con los restantes créditos contra la masa, que con independencia de cuál sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos (art. 245.2 LC). Así pues, puede afirmarse que gozan de una «garantía especial», en tanto se abonarán de forma inmediata, los salarios correspondientes a los últimos treinta días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional y los créditos salariales que se sigan generando una vez declarado el concurso por el mantenimiento de la actividad y en este caso sin límite temporal, ni cuantitativo, hemos de entender. Ahora bien, resulta pertinente plantearse qué ocurre con los créditos salariales anteriores a los «últimos treinta días de trabajo efectivo», que teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora tendrán la consideración de créditos concursales. El artículo 269 LC clasifica dichos créditos a efectos del concurso en privilegiados, ordinarios y subordinados. Los primeros pueden ser créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos de la masa activa, o créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad de esa masa. Y los créditos ordinarios son aquellos que de acuerdo con la Ley Concursal no tienen la consideración de créditos privilegiados o de créditos subordinados.

Precisamente entre los créditos con privilegio general se incluyen en el artículo 280 LC en primer lugar «los créditos anteriores a la declaración de concurso por salarios que no tengan la consideración de créditos contra la masa ni reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago; por indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base

³³ Esta relevante novedad fue incorporada por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, cuya entrada en vigor supuso que el deber de pago inmediato no se limita a los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores al concurso sino a todos los créditos contra la masa salariales, tal y como destaca ALAMEDA CASTILLO, M. T., «Y también en medio de la tempestad...reforma concursal de 2020 (proyecciones laborales)», *Temas Laborales*, núm. 153, 2020, p. 93.

que no supere el triple del salario mínimo interprofesional; y por los capitales coste de seguridad social de los que sea legalmente responsable el concursado y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración de concurso». Y entre los créditos con privilegio especial quedan incluidos los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado (art. 270 LC).

5.3 Protección de los créditos salariales por una institución de garantía

La aparición en nuestro ordenamiento jurídico de un organismo de naturaleza administrativa dirigido a garantizar a los trabajadores el abono de salarios e indemnizaciones en caso de insolvencia empresarial se anticipó a la aprobación del Convenio núm. 173 de la OIT. También se adelantó a la aprobación de la Directiva 80/987/CE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en estos momentos sustituida por la Directiva 2008/94/CE, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, pues el artículo 31 de la Ley 16/1976 de Relaciones Laborales, de 8 de abril, hizo referencia por primera vez a una institución de garantía que asegurase el cobro de los créditos de los trabajadores en los casos de insolvencia empresarial³⁴.

Dicha organismo es el FOGASA que responde en los supuestos de insolvencia empresarial tanto si se ha entrado en concurso de acreedores como si no ha sido así. De acuerdo con el artículo 33 ET, el FOGASA responde únicamente en casos de insolvencia empresarial y lo hace tanto del abono de salarios como de indemnizaciones, ahora bien, ni garantiza la totalidad de los créditos laborales que por dichos conceptos se puedan derivar de la relación laboral, ni la garantía es íntegra en cuanto a la cantidad que protege, pues la norma impone ciertos límites.

³⁴ Posteriormente, el RD 317/1977, de 4 de marzo, fijó su estructura y estableció sus reglas de funcionamiento. En 1980 el Estatuto de los Trabajadores dedicó el artículo 33 a la regulación del FOGASA al igual que ocurre en el mismo artículo del Estatuto de los Trabajadores vigente en este momento y aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. El desarrollo reglamentario sobre el funcionamiento del FOGASA se encuentra en el RD 505/1985, de 6 de marzo, que todavía está vigente si bien ha sufrido diversas modificaciones. De hecho, algunos de sus preceptos han sido derogados por las diferentes modificaciones que ha experimentado el artículo 33 ET. Respecto de la evolución normativa de la regulación del FOGASA *Vid.* TALÉNS VISCONTI, E. E., *El fondo de garantía salarial a la luz de la jurisprudencia reciente*, Aranzadi, 2018, pp. 13 ss.

Por lo que se refiere al salario, el FOGASA abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario. En este punto el artículo 33 ET remite al artículo 26 ET, considerándose salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1 ET, así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, sin que pueda el Fondo abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días³⁵. Así pues, como resume la doctrina la garantía que ofrece el FOGASA comprenderá todas las percepciones económicas del trabajador, con la exclusión de los conceptos no salariales contemplados en el artículo 26.2 ET y también se extenderá al salario en especie³⁶.

Especial relevancia presenta, por lo que aquí nos ocupa, la incidencia del Convenio núm. 173 de la OIT en la aplicación de ciertas reglas en materia de protección del salario y el modo en que han sido interpretadas. En particular, resulta destacable comprobar la evolución que ha experimentado la interpretación del TS respecto de la expresión «terminación de la relación laboral» cuando se trata de concretar en que se traduce la protección del FOGASA respecto de las indemnizaciones que se puedan derivar de la terminación de la relación laboral. Cierto es que no se trata en este caso de protección de salario sino de protección de indemnizaciones, pero su análisis resulta del todo pertinente si queremos observar el impacto que el Convenio núm. 173 OIT ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico laboral, pues con origen en cierta jurisprudencia hemos podido comprobar cómo el legislador ha ido modificando la norma de referencia, lo que constituye una prueba clara y evidente del diálogo que sobre todo en ciertas materias existe entre la normativa internacional y la jurisprudencia, dialogo que finalmente es escuchado por nuestro legislador y plasmado en la normativa interna³⁷.

³⁵ Como ha indicado la doctrina, el TS ha puesto de manifiesto que a la hora de efectuar el cálculo de la garantía que dispensa el FOGASA se tendrá en cuenta la cuantía salarial bruta y no neta, esto es, sin descontar retenciones ni deducciones correspondientes al IRPF y a la oportuna cotización de Seguridad Social. En este sentido STS de 25 de enero de 2018 (núm. rec. 2622/2016) mencionada en TALÉNS VISCONTI, E. E., *El fondo de garantía salarial a la luz de la jurisprudencia reciente*, Aranzadi, 2018, p. 23.

³⁶ Al respecto, entre otros, *Vid.* RAMOS TORRES, M., *El fondo de Garantía Salarial: configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo*, Comares, 2000, p. 250.

³⁷ *Vid.* FALGUERA BARÓ, M. A., «La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la sala de lo social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral», *Lex Social*, vol. 6, núm. 1, 2016, p. 48.

En estos momentos y tras varias reformas el artículo 33 ET establece que «el FOGASA abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51, 52, 40.1 y 41.3, y de extinción de contratos conforme a los artículos 181 y 182 del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, y al artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. En todos los casos, con el límite máximo de una anualidad, excepto en el supuesto del artículo 41.3 de esta norma, en que el límite máximo será de 9 mensualidades y en el del artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, en que el límite será de 6 mensualidades, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el FOGASA para los casos de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50 ET y 56 ET, se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio con el límite fijado en el párrafo anterior».

Como se puede comprobar, en la línea del Convenio núm. 173 de la OIT, el alcance de la protección de los créditos laborales, en particular de las indemnizaciones, es amplia. De hecho, el texto transcrito, que corresponde al contenido del artículo 33 ET, es fruto de un proceso de ampliación ante el que nos preguntamos si el Convenio núm. 173 OIT ha jugado algún papel en dicha ampliación y aunque ya es posible afirmar que su papel no ha sido muy intenso, pues han sido otras normas internacionales las que de una manera más directa o inmediata están detrás de las modificaciones que analizaremos a continuación, no se puede perder de vista que dichas normas están claramente alineadas con el Convenio núm. 173 OIT, a diferencia de lo que ocurría con nuestro ordenamiento jurídico y con el modo en que las normas aplicables en la materia habían sido interpretadas hasta entonces por el TS.

El artículo 33 ET ha sido modificado en varias ocasiones, modificaciones que en la mayor parte de los casos han traído consigo una mejora del nivel de protección de los trabajadores frente a las deudas por créditos laborales ya se trate de salarios o de indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo. Así, inicialmente no se contemplaba la responsabilidad del FOGASA para abonar salarios o indemnizaciones por extinción de contratos llevadas a cabo en el marco de un procedimiento concursal y tampoco se incluía la in-

demnización por la extinción de contratos temporales o de duración determinada, que se incorporó en 2006³⁸. Junto a otras reformas que se llevaron a cabo en 2012 o en 2013, cabe destacar en estos momentos las que se llevaron a cabo en los últimos años y encuentran su razón de ser en la influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante). En primer lugar, cabe mencionar la reforma llevada a cabo en el 2020, que supuso extender la responsabilidad del FOGASA a los casos de extinción del contrato de trabajo derivada de una decisión adoptada por el empleador consistente en una modificación de condiciones sustanciales de trabajo o en un traslado; y en segundo lugar, la reforma llevada a cabo en 2022 en virtud de la cual se incluyó entre los supuestos de responsabilidad del FOGASA los de insolvencia del titular del hogar familiar en el marco de la relación laboral de carácter especial al servicio del hogar³⁹.

Por lo que aquí interesa y en relación con la primera modificación merece la pena traer a colación la existencia de un intenso debate entre algunos Tribunales Superiores de Justicia, precisamente respecto del alcance de la protección del FOGASA cuando la indemnización trae causa en una extinción del contrato de trabajo como respuesta legítima ante un traslado decidido unilateralmente por el empresario, así como respecto de la indemnización que se deriva en términos similares al anteriormente mencionado cuando la decisión extintiva tiene su origen en una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Precisamente en el marco de dicho debate uno de los instrumentos normativos sobre los que se apoyaban los argumentos de una de las partes en algunas de las sentencias dictadas en suplicación era el Convenio núm. 173 OIT y, en particular, se apoyaban en su artículo 12.d), que, como se sabe, establece que la institución de garantía debe cubrir «las indemnizaciones por fin de servicios, las indemnizaciones por despido injustificado y otras sumas adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo». En concreto, se invocaba a la «amplitud de miras» con la que está redactado el Convenio núm. 173 OIT para concluir que la indemnización derivada de la extinción producida en aplicación del artículo 41.3 ET quedaba incluida en el ámbito de protección del artículo 33. 2 ET⁴⁰. Por el contrario, en otras sentencias dictadas igualmente por Tribunales Superiores de Justicia se ponía de manifiesto que no era posible

³⁸ Un análisis exhaustivo de las modificaciones experimentadas por el artículo 33 ET en TALÉNS VISCONTI, E. E., *El fondo de garantía salarial a la luz de la jurisprudencia reciente*, Aranzadi, 2018, pp. 14 ss.

³⁹ La primera modificación fue introducida por la disposición final 36.3 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 y la segunda a través del artículo 2 del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

⁴⁰ Dicha sentencia es la STSJ de La Rioja de 23 de febrero de 2017 (núm. rec. 47/2017).

realizar interpretaciones analógicas o extensivas respecto de lo establecido en el artículo 33.2 ET⁴¹, aunque no se puede perder de vista que algunos de ellos apoyándose en pronunciamientos del TJUE cambiasen de opinión posteriormente⁴². Así, el TSJ de Murcia dio una respuesta negativa a esta cuestión en 2014, pero tres años más tarde modificó su opinión apoyándose en los mismos criterios que había empleado tres años atrás, pero, eso sí, interpretándolos y aplicándolos en esta ocasión a la luz de «la nueva interpretación del concepto de despido que se contiene en la doctrina del TJUE»⁴³.

El giro del TSJ de Murcia hacia esta nueva interpretación se apoya en 2017 en el entendimiento de que «la jurisprudencia del TS estima que la garantía que se establece en el artículo 33 ET en cuanto al pago de indemnizaciones ha de extenderse a los despidos, considerados estos con la amplitud que entiende la jurisprudencia», jurisprudencia que comprende la STJUE de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16 «Ciupa» en la que se interpreta el artículo 1.1 de la Directiva 98/58, relativa a la aproximación de las legislaciones en relación a los despidos colectivos y en la que se afirma que «una modificación unilateral en perjuicio de los trabajadores, por iniciativa del empresario, de las condiciones de retribución que, en caso de negativa del trabajador a aceptarla, determina la extinción del contrato de trabajo, puede ser calificada como despido, a efectos de este precepto».

Otra muestra del intenso debate y del interés que suscita esta materia es el hecho de que el TSJ de la Comunidad Valenciana plantease una cuestión prejudicial ante el TJUE en la que se preguntaba de manera clara y directa a

⁴¹ Así, el TSJ de Madrid o el de Murcia (sentencias de 2 de febrero de 2018, núm. rec. 1084/2017 y 2 de junio de 2014, núm. rec. 939/2013, respectivamente) sostenían que cualquier otra indemnización debida por la extinción del contrato de trabajo que no estuviera contemplada expresamente en el artículo 33.2 ET no debería ser cubierta por el FOGASA.

⁴² Así, el TSJ de Murcia en 2017 dicta una sentencia el 15 de noviembre (núm. rec. 245/2017) en la que se aplica la doctrina del TJUE recogida en su sentencia 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16 «Ciupa», que interpreta el artículo 1.1 de la Directiva 98/58, relativa a la aproximación de las legislaciones en relación a los despidos colectivos y en la que se afirma que «una modificación unilateral en perjuicio de los trabajadores, por iniciativa del empresario, de las condiciones de retribución que, en caso de negativa del trabajador a aceptarla, determina la extinción del contrato de trabajo, puede ser calificada como despido». En el caso que el TSJ de Murcia tenía que analizar se había producido una modificación de las condiciones de trabajo acordada unilateralmente por el empresario. En particular, la reducción había sido de un 70 %, pasando a ser de 12 horas semanales con la correspondiente reducción del salario. Esta modificación no había sido aceptada por el trabajador y en consecuencia había hecho uso de las facultades que le atribuye el artículo 41.3. 2.º ET para solicitar y conseguir la extinción indemnizada de su contrato de trabajo. Teniendo en cuenta estas circunstancias y que la indemnización que nuestro ordenamiento contempla para tal tipo de extinción es la misma que la que corresponde al despido objetivo procedente, el TSJ de Murcia consideró que dicha extinción debía ser calificada como despido a los efectos contemplados por el artículo 33.2 ET, condenando en consecuencia al FOGASA a hacer frente al abono de la correspondiente indemnización.

⁴³ STSJ de Murcia de 15 de noviembre de 2017 (núm. rec. 245/2017).

qué indemnizaciones se refiere el artículo 3 de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario cuando se afirma que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que las instituciones de garantía aseguren el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales, incluidas las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral». (Repárese en la coincidencia existente entre el Convenio núm. 173 de la OIT –artículo 12.d– y el artículo 2 de la Directiva al emplear la expresión «indemnizaciones debidas al término de la relación laboral»). En concreto, se preguntaba en esta ocasión si entre dichas indemnizaciones había de incluirse la debida legalmente por una empresa al trabajador que extingue su relación laboral como consecuencia de un cambio de centro de trabajo que le obliga a cambiar de residencia⁴⁴.

La respuesta del TJUE fue positiva y en su sentencia de 28 de junio de 2018, asunto C-57/17 (Checa Honrado) afirmó que: «el artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2008/94 debe interpretarse en el sentido de que cuando, según la normativa nacional de que se trate, determinadas indemnizaciones legales debidas por la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y las debidas en caso de despido por causas objetivas, como las contempladas por el órgano jurisdiccional remitente, estén comprendidas en el concepto de indemnizaciones debidas al término de la relación laboral en el sentido de la referida disposición, las indemnizaciones legales debidas como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador a causa del traslado del lugar de trabajo por decisión del empresario, traslado que obliga al trabajador a cambiar su lugar de residencia, también deben incluirse en dicho concepto».

Esta sentencia fue objeto de crítica por algunos autores para quienes debería haber sido el legislador quien incluyese la referencia a las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador ante un traslado en el artículo 33 ET y hasta que ello no ocurriera no cabía la interpretación amplia que el TJUE había impuesto⁴⁵. En todo caso no se puede obviar que tanto en este pronunciamiento del TJUE como el que posteriormente emitió el TS en su sentencia de 8 de enero de 2019 (núm.

⁴⁴ Da cuenta de dicha cuestión y transcribe el contenido del Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19 de enero de 2017 (núm. rec. 170/2016) TALÉNS VISCONTI, E. E., *El fondo de garantía salarial a la luz de la jurisprudencia reciente*, Aranzadi, 2018, p. 27.

⁴⁵ En este sentido TALÉNS VISCONTI, E. E., *El fondo de garantía salarial a la luz de la jurisprudencia reciente*, Aranzadi, 2018, pp. 32 ss.

rec.1649/2017) (apoyándose, entre otros, en uno de los argumentos esgrimidos en la sentencia recurrida⁴⁶) se afirmaba que «el trabajador tiene derecho a que el FOGASA le abone la indemnización correspondiente como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.3 ET, a causa de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con posterior concurso de acreedores de la empresa» y estos pronunciamientos judiciales constituyen un claro detonante de la posterior modificación del artículo 33 ET. Precisamente por este motivo resulta oportuno recordar que la sentencia recurrida había revocado la de instancia y estimado la demanda, entre otros motivos, porque a su juicio «el artículo 12. D (parte III) del Convenio 173 de la OIT, al determinar los créditos laborales, dispone que al menos deben quedar protegidos por una institución de garantía, incluyendo las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo». Atrás, por tanto, queda la idea de vincular la interpretación de la expresión «terminación de su relación de trabajo», que se emplea en el Convenio núm. 173 OIT, con la interpretación que se hace de esa misma expresión en el Convenio 158 OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, vinculación que el TS había acogido en varios de sus pronunciamientos, si bien no lo había hecho de manera unánime⁴⁷.

Este debate judicial cristalizó finalmente en una modificación normativa, quedando así reflejada la posición interpretativa del TJUE, que se había apoyado en unos casos en la Directiva 2008/94 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario; y en otros, en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, en especial a la hora de interpretar los conceptos de «despido» y de «extinciones de contrato asimiladas al despido»⁴⁸. Finalmente, y en línea de ampliación de la protección, la disposición final trigésima sexta de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, proporciona una nueva redacción al artículo 33.2 ET, de modo que a partir de su entrada en vigor el FOGASA responderá de las indemnizaciones impagadas y derivadas de los casos de extinción de contrato de trabajo decidida por quien trabaja y cuyo origen se vincula a una decisión unilateral del empleador ya sea al amparo del artículo 40.1 ET o del 41.3 ET.

⁴⁶ La sentencia recurrida era la del TSJ de La Rioja de 16 de marzo de 2017 (núm. rec. 76/2017).

⁴⁷ Por todas cabe mencionar la STS de 15 de junio de 2015 (núm. rec. 1519/2013).

⁴⁸ Se manejan dichos argumentos, entre otras, en la STJUE 11-11-2015 (C-422/14) Pujante Rivera vs. Gestora Clubs Dir, S. L. y FGS) en la que se citan sentencias anteriores.

Por último, destaca otra de las modificaciones que ha experimentado el artículo 33 ET, sin bien en este caso no podemos hallar influencia ni directa ni indirecta del Convenio núm. 173 OIT en dicho cambio, de hecho este Convenio legitima tanto la situación que el ordenamiento jurídico de nuestro país amparaba con anterioridad como la que se ha producido tras su modificación. Hacemos referencia aquí a la obligación consistente en que el FOGASA abone las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme, entre otros ya mencionados, al artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. A este respecto y por lo que se refiere a las previsiones del Convenio núm. 173 OIT no ha de perderse de vista que su artículo 3.3 establece la posibilidad de que todo miembro que acepte las obligaciones de las dos partes del Convenio (la II relativa a la protección de los créditos laborales por medio de un privilegio y la III relativa a la protección de los créditos laborales por una institución de garantía) podrá limitar, después de consultar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, la aplicación de la parte III a ciertas categorías de trabajadores y a ciertos sectores de actividad económica, limitación que ha de ser especificada en la declaración de aceptación, tal y como hizo España en 1995, que al ratificar el Convenio y aceptar las obligaciones de la parte III del Convenio excluyó «al personal de trabajo doméstico»⁴⁹. En todo caso, resulta obvio que dicha reserva manifestada hace más de veinte años respecto del Convenio núm. 173 OIT pierde ahora su sentido en la medida en que el legislador interno ha dado los pasos oportunos para ampliar la protección que dispensa el FOGASA en los casos en los que «el titular del servicio del hogar» pone de manifiesto su insolvencia, tal y como se establece en estos momentos en el artículo 33.2 ET. Actuación que, por otra parte, parece alinearse con el contenido del Convenio núm. 189 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, que dicha Organización aprobó en 2011 y España ratificó el 28 de febrero de 2023 y cuya entrada en vigor está prevista para el 29 de febrero de 2024. En efecto, se trata de un convenio que tiende a la equiparación de condiciones entre los trabajadores domésticos y «los demás trabajadores en general» y aunque no incluye una particular mención a la protección del salario a través de una institución de garantía, la referencia a dicho principio de equiparación de condiciones, nos obliga a cuestionar si sigue teniendo sentido la posibilidad de reserva que se establece en el Convenio núm. 173 OIT.

⁴⁹ Dicha reserva se puede consultar en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0:NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312318.

6. EL PAPEL DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS DE LA OIT RESPECTO DEL CUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIO NÚM. 95 Y NÚM. 173 POR PARTE DE ESPAÑA: UN «LIGERO» CONTROL QUE INDUCE AL CAMBIO.

La OIT cuenta con un sistema de control del cumplimiento de los Convenios que no se caracteriza por su intensidad, pero que no puede ser desdeñado cuando nos referimos a cambios globales y en el marco de un contexto internacional como es el de la OIT. Los Convenios que hemos analizado en este capítulo no tienen contenido sindical y por tanto, a diferencia de lo que ocurre con los convenios sobre esta temática, no cuentan con el control reforzado que se realiza a través del Comité de Libertad Sindical. Sin embargo, no por ello hemos de obviar la importancia de los comentarios de la Comisión de Expertos de la OIT (CEACR, en adelante), que a través de la recepción de las memorias regulares sobre el cumplimiento de los Convenios, que han de remitir los Estados, a través de las observaciones y del procedimiento de petición directa de información nos permiten conocer hasta qué punto las normas de un Estado, en este caso España, así como sus prácticas judiciales o las de las administraciones correspondientes, por ejemplo las de los órganos de la Inspección de Trabajo, coadyuvan a alcanzar o superar el nivel de protección que en la materia concreta de que se trate establece cada convenio.

Por este motivo y por la importancia que le damos a estos mecanismos, llamémosles de «supervisión» o «control», merece la pena traer a colación, siquiera a modo informativo, algunos de los comentarios o indicaciones realizadas por la CEACR respecto de los Convenios núm. 95 y núm. 173 a cuyo análisis dedicamos este capítulo. Por lo que se refiere al primero, cabe mencionar en primer lugar que en 2007 haciendo uso de la posibilidad de solicitar información aclaratoria o adicional, se plantearon al Gobierno español ciertas objeciones en relación con seis artículos del Convenio. En concreto, en relación con los artículos 2, 4, 7, 8, 12 y 13, relativos al ámbito de aplicación del Convenio, al abono parcial del salario en especie, a los economatos de empresa, a las deducciones que pueden sufrir los salarios, al plazo de abono de los salarios y al momento y lugar del pago, respectivamente.

Por lo que se refiere al primer artículo mencionado, la preocupación de la CEACR se centraba en los trabajadores que tienen una relación laboral de carácter especial, pues pese a que el artículo 2 ET establece que la normativa específica que regula cada una de las relaciones laborales especiales que contempla nuestro ordenamiento jurídico laboral respetarán los derechos fundamentales de la Constitución, la CEACR quería conocer las disposiciones lega-

les concretas que reglamentan la protección del salario para esas «categorías específicas de trabajadores». Otra de las preocupaciones de la CEACR en aquel momento tenía que ver con el pago parcial del salario en especie y ello porque, como se sabe, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre de 2006, relativa al impuesto sobre las personas físicas, en sus artículos 42 y 43 fija las reglas de evaluación de las prestaciones en especie a los fines del cálculo del impuesto sobre las personas físicas, pero a la CEACR no le resultaba suficiente esa referencia a la normativa fiscal. El interés de la CEACR se centraba en las medidas concretas que se habían adoptado para garantizar que cuando el salario se pagase parcialmente en especie, dichas prestaciones en especie sirviesen para el uso personal del trabajador y de su familia y resultasen conformes con su interés. Asimismo, la CEACR quería conocer cuáles habían sido las vías empleadas para que el valor que se les hubiera atribuido pudiera calificarse como justo y razonable. También se pidió al Gobierno español que indicase si las disposiciones legales prohibían el abono del salario mediante bebidas alcohólicas o drogas nocivas y además pidió que se le proporcionase una copia de los convenios colectivos vigentes que permitían el pago parcial del salario en especie.

Teniendo en cuenta los términos en los que la CEACR solicita cierta información se puede concluir que el Gobierno español en su memoria no había hecho referencia a los economatos de empresa ni tampoco a las deducciones de salarios y por ello en relación con los primeros, la CEACR quería saber si se habían adoptado medidas para garantizar que en el caso de que existiesen economatos de empresa las mercancías vendidas y los servicios suministrados tuvieran precios justos y razonables y que los economatos establecidos por el empleador no se explotasen con el único objetivo de obtener un beneficio, sino en interés de los trabajadores. En cuanto a las posibles deducciones de salarios la CEACR pedía que se le indicase cuáles eran las condiciones y los límites en los que se autorizaban deducciones salariales y qué medidas se habían adoptado para informar al trabajador sobre ellas.

Por último, por lo que se refiere al plazo, al momento y al lugar del pago del salario, varias son las cuestiones en nuestra normativa que suscitaban dudas a la CEACR. Se sabe lo que establece el artículo 29.1 ET, según el cual el intervalo de pago de los salarios no puede ser superior a un mes, pero, en cambio, no se sabe, y por ello la CEACR solicitó más información, cuáles son las disposiciones legales o de otro tipo que permiten en el caso español el ajuste de los salarios debidos dentro de un plazo razonable cuando el contrato de trabajo termina. En otras palabras, se pedía información de cuáles eran las medidas adoptadas para cumplir el contenido del artículo 12.2 del Convenio

núm. 95 OIT. Por otra parte, la remisión del artículo 29.1 ET a lo convenido por las partes o lo establecido por los usos y costumbres a la hora de concretar el momento y lugar de pago del salario no parece conformar a la CEACR pues solicita más explicaciones acerca de las medidas adoptadas para cumplir lo establecido en el artículo 13 del Convenio núm. 95 OIT⁵⁰.

Frente a todas estas indicaciones y solicitudes de ampliación de información formuladas en 2007 por la CEACR resulta interesante conocer cuáles fueron las respuestas del Gobierno español, a las que no se ha podido acceder de manera directa, pero sí a través de las referencias a las memorias gubernativas que la propia CEACR incluye en sus observaciones. Así pues, aunque a través de una fuente indirecta, sabemos que por lo que se refiere al pago del salario en especie, por ejemplo, la CEACR apunta que el Gobierno español en su memoria de 2012 y por lo que se refiere a la información que se había solicitado en 2007 había respondido que en el ordenamiento jurídico español la prestación en especie que puede recibir el trabajador ha de ser cuantificable en términos monetarios, aunque ciertamente la legislación laboral no contiene disposiciones relativas a su valoración monetaria. Eso sí, el Gobierno echó mano en su respuesta de la jurisprudencia y la práctica empresarial para indicar que tanto una como otra acudían a la hora de valorar el abono del salario en especie a la legislación relativa al impuesto de la renta de las personas físicas, en la que se tiene en cuenta el criterio del valor de la prestación en el mercado. El Gobierno español refuerza su argumentario indicando que el valor asignado o convenido entre empresario y trabajador debía ser razonable y útil para satisfacer las necesidades de la persona y de su familia, incrementando su patrimonio personal, pues de lo contrario se trataría de retribuciones de carácter extra salarial. Por último, ante la solicitud de información acerca del pago del salario en especie mediante bebidas alcohólicas o drogas nocivas, el Gobierno español reconoce que no existe ninguna previsión que lo prohíba, pero entiende que resulta sencillo concluir que el abono mediante esos productos no cumpliría las características necesarias para ser consideradas salario en especie.

En esta suerte de «conversaciones» entre la OIT y los gobiernos de los Estados mediante las cuales la organización internacional desarrolla cierta labor de control o supervisión respecto del nivel de cumplimiento de sus convenios por parte de los Estados que los han ratificado, no son éstos los únicos

⁵⁰ En este punto la CEACR se hace eco de la existencia de normativa histórica que garantizaba el pago del salario durante la jornada de trabajo o inmediatamente después y en el lugar de trabajo. En esta línea, por ejemplo, la Ley de Relaciones de Trabajo de 1976 establecía en su artículo 30 que el salario debía abonarse «en el lugar de trabajo, o, previo consentimiento escrito del trabajador, mediante talón bancario u otra modalidad similar de Entidad bancaria o Caja de Ahorros».

interlocutores que intervienen, pues en algunas ocasiones también se oye la voz de los interlocutores sociales. Así, mediante una comunicación de 13 de agosto de 2012, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras ponía de manifiesto en relación con el abono del salario en especie que la reforma llevada a cabo en 2010 únicamente había establecido un límite del 30 % al pago del salario. Teniendo en cuenta la respuesta del Gobierno español ante dicha comunicación puede inferirse que a la entidad sindical dicha medida no le había parecido suficiente para cumplir con lo establecido al respecto en el artículo 4 del Convenio núm. 95 OIT, en cambio para el Gobierno la imposición de dicho límite junto a la obligación de abonar el SMI en efectivo conformaba un marco normativo más protector que el previsto en el Convenio. Ante este panorama la CEACR solicita recibir información más detallada y, en concreto solicita recibir copias de decisiones judiciales sobre cuestiones relativas a la aplicación del Convenio en ese punto.

Respecto de la aplicación del Convenio núm. 95 OIT también resulta muy interesante la información que Gobierno español traslada a la CEACR respecto de los controles efectuados por los servicios de la Inspección del Trabajo en materia de abono del salario desde 2007 a 2011. En particular, el Gobierno pone de manifiesto que en la mayor parte de los casos las infracciones propuestas por la Inspección de Trabajo están vinculadas a situaciones de impago, de retrasos en el pago del salario y al abono incompleto o en cuantía inferior a la debida y que el motivo de dicha situación está vinculado mayoritariamente a la falta de liquidez de las empresas como consecuencia de la crisis financiera y económica que afectó a España en dicho período temporal. La CEACR solicita al Gobierno que se siga luchando contra las prácticas de impago o de retraso de los salarios que, precisamente, son más perjudiciales para los trabajadores en tiempos de crisis económica. Por último, insta al Gobierno a que siga proporcionando información sobre el modo en que se aplica el Convenio en la práctica y de manera expresa le pide que se incluya información sobre el resultado de las actividades de la Inspección de Trabajo. Asimismo, solicita que se le remita una copia de «toda decisión pronunciada por los tribunales españoles y referidas a cuestiones de principio relativas a la aplicación del Convenio».

Casi setenta años después de su entrada en vigor para España, el modo en que se aplica el Convenio núm. 95 en este país sigue preocupando a la CEACR, si bien no respecto de tantas cuestiones como en el pasado. Así, en 2018 para la CEACR seguía siendo un motivo de preocupación el número de impagos salariales en España y por ello centró su interés en las actuaciones que estaba llevando a cabo la Inspección de Trabajo para hacer frente a dicha situación. En particular, mediante la solicitud de información directa la CEACR pidió al

Gobierno español que indicase el número de denuncias recibidas por la Inspección de Trabajo respecto del pago regular de los salarios y de sus resultados, así como respecto de los mecanismos establecidos a partir de 2012 para resolver las reclamaciones salariales de los tribunales laborales⁵¹.

En relación con el otro convenio que nos ocupa, esto es, el núm. 173, varias son las cuestiones que respecto de su aplicación en España han venido preocupando a la CEACR a lo largo de los años. Así, en 1998, tres años después de su ratificación y después de que el gobierno español enviase la primera memoria correspondiente a la aplicación de este Convenio, la CEACR pidió aclaraciones al Gobierno para que explicase en qué medida la legislación o la práctica fijaban los términos de la responsabilidad del empleador en el procedimiento de insolvencia. Asimismo, y respecto de una cuestión que como ya se ha visto ha generado un intenso debate judicial, la Comisión después de anotar que en el ordenamiento jurídico español las indemnizaciones por despido se protegen mediante privilegio y mediante institución de garantía también, toma nota de la declaración del Gobierno español, según la cual: «otros tipos de indemnizaciones por fin de servicios se consideran previstos en la obligación de garantía e integrados en la reglamentación interna con la ratificación del Convenio». Hubiera sido necesario tener acceso a la memoria del Gobierno para valorar con más precisión dicha declaración y a qué garantías se estaba refiriendo, pues, de hecho, parece que la Comisión tiene ciertas dudas ante dicha respuesta al recordar al Gobierno que el artículo 2 del Convenio establece que sus disposiciones han de aplicarse por vía legislativa o por cualquier otro medio y pide al Gobierno que indique qué medidas concretas se han adoptado para proteger dichas indemnizaciones.

En 2004 la Comisión se da por informada del criterio fijado en la STS de 26 de diciembre de 2001 según el cual la expresión «indemnizaciones por fin de servicios», que se emplea en los artículos 6. d) y 12. d) del Convenio incluye la indemnización que ha pagarse en el caso de terminación del empleo por decisión unilateral del empleador. Asimismo, en este mismo año y ejerciendo esa labor de «seguimiento» la Comisión agradece la información estadística que el Gobierno español le ha remitido en relación con el número de

⁵¹ En 2018 la Confederación Sindical de Comisiones Obreras comunicó a la CEACR la existencia de ciertos problemas respecto del abono del salario en especie y el cumplimiento del artículo 4.2.b) del Convenio núm. 95 OIT. En concreto, la entidad sindical puso de manifiesto que la percepción del salario en especie generaba importantes problemas porque en numerosos supuestos existían dificultades para determinar el valor de lo percibido y que estas dificultades acarrearaban un incremento de la judicialización, principalmente en demandas por despido y principalmente a la hora de calcular la indemnización que corresponde por la extinción del contrato (<file:///D:/salario%20OIT/Informaci%C3%B3n%20de%20espa%C3%B1a%202018%20sobre%20el%20convenio%2095%20y%20el%20173.html>) (consultado el 1-3-2023).

beneficiarios del FOGASA y la cantidad de dinero que esta institución de garantía ha abonado y recuerda al Gobierno que siga proporcionando información detallada sobre la aplicación práctica del Convenio, incluyendo, por ejemplo, estadísticas sobre el número de quiebras, la cuantía de salarios impagados y recuperados judicialmente, así como información detallada sobre el funcionamiento, financiación y administración de las instituciones de garantía de salarios, en particular, en relación con el número de solicitudes recibidas, el porcentaje de reclamaciones abonadas y la cantidad que se abona anualmente como deudas salariales.

Como ya se ha dicho, la entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003 supuso una modificación del artículo 32 ET y la distinción entre créditos que constituyen la masa pasiva y créditos contra la masa. De otro lado, la Ley 43/2006 para la mejora del crecimiento del empleo, supuso la modificación del artículo 33 ET y una clara ampliación del nivel de protección de los trabajadores a través del FOGASA. En tanto que la Ley Concursal había afectado de forma sustancial a la protección de los créditos laborales por medio de privilegio en caso de insolvencia de su empleador, la CEACR consideró necesario contar con más información porque aunque se había acordado que los créditos laborales generados después de la declaración del concurso iban a gozar del estatuto de créditos contra la masa, no se habían configurado como prioritarios sobre los otros créditos contra la masa. Además, se había establecido que el pago de los créditos contra la masa se realizase sobre los bienes y derechos no afectos al pago de créditos que disfrutaban de un privilegio especial (como los créditos hipotecarios) y que los salarios debidos para el período anterior a la declaración del concurso (más allá del primer mes, para el cual existe asimismo un crédito contra la masa) se cubriesen a través de un privilegio general, pero sólo se iban a pagar después de haber abonado todos los créditos contra la masa, incluidos los gastos judiciales, de ahí que se requiriesen más explicaciones acerca del verdadero calado de dicha modificación.

Por lo que se refiere a la aprobación de la Ley 43/2006, la CEACR parece congratularse de la ampliación de la protección de los créditos laborales que había supuesto su aprobación. Sin embargo, se muestra reticente respecto del contenido de su disposición adicional cuarta, según la cual «las modificaciones futuras de las cotizaciones y prestaciones del Fondo de Garantía Salarial se determinarán, en relación al estado de excedente financiero de este Fondo». En particular, la Comisión manifiesta sus dudas acerca del alcance que pueda tener esta previsión y solicita al Gobierno español que transmita más información sobre los efectos que la aplicación de esta disposición podría producir sobre el nivel de protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del

empleador. Asimismo, la Comisión solicita explicaciones sobre los motivos por los cuales la cuantía de trabajadores protegidos por el FOGASA y, en consecuencia, la cantidad de fondos desembolsados por este organismo se había visto tan incrementada⁵².

En 2012 la CEACR vuelve a utilizar el procedimiento de solicitud directa de información dirigida al Gobierno español al considerar que la que se había remitido acerca del estatuto de los créditos que gozan de un privilegio especial no resultaba suficiente. En particular, se entendía que de la información enviada no se deducía que los créditos laborales contra la masa fueran prioritarios respecto de otros tipos de créditos que gozasen de un privilegio especial. Así, la Comisión pidió que se acreditase el cumplimiento del artículo 8.1 del Convenio y que se pusiera de manifiesto qué medidas se habían adoptado para garantizar que los créditos laborales gozan de un rango de privilegio más elevado que la mayoría de los demás créditos privilegiados, tanto si éstos tienen la condición de créditos contra la masa activa como si son créditos contra la masa pasiva.

Como ya hemos visto en relación al Convenio núm. 95, en algunas ocasiones son las entidades sindicales las que «denuncian» ciertas situaciones que inducen a la CEACR a solicitar información específica al Gobierno español. Así ocurrió también ante la modificación llevada a cabo en 2012 respecto de la protección que dispensa el FOGASA. Las modificaciones que se habían llevado a cabo a través del real decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, reducían, a juicio tanto de la UGT como de CCOO, «enormemente las garantías de los créditos salariales en caso de insolvencia del empleador». Los motivos en los que se apoyaban las entidades sindicales para sostener dicha afirmación eran: en primer lugar, el hecho de que tras la reforma de 2012 el FOGASA había pasado a cubrir los créditos laborales por una cantidad máxima equivalente al doble del SMI, en una cuantía máxima equivalente a 120 días, cuando antes de la reforma el límite estaba establecido en el triple del SMI y por un período máximo de 150 días; en segundo lugar, el hecho de que el límite de las indemnizaciones cubiertas en caso de despido o terminación de la relación de trabajo se calcularía sobre el módulo día, pero teniendo

⁵² Dicha información se solicita como consecuencia de los datos estadísticos proporcionados por el Gobierno español en la correspondiente memoria en la que se había puesto de manifiesto que en 2005, 68.557 trabajadores habían sido protegidos por el FOGASA, lo que había supuesto una cantidad de 232 millones de euros de desembolso y en 2006 dicha cantidad se había incrementado en un 9,5 % respecto de los trabajadores protegidos (75.081 trabajadores en total) y un 34,5 % en el desembolso a realizar respecto del año anterior (en torno a 312 millones de euros).

en cuenta una cuantía del doble del SMI y no del triple, como ocurría antes de la reforma; y en tercer lugar, el hecho de que en los procedimientos de quiebra, la cuantía de las indemnizaciones que cubre el FOGASA se sigue calculando sobre una base de 20 días de salario por año de servicio con un límite de un año, pero a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma, el salario diario que sirve de base para el cálculo no puede exceder del doble del SMI, cuando dicho límite se situaba en el triple del SMI.

Frente a esas observaciones de las entidades sindicales, el Gobierno español responde que el régimen de protección de los créditos laborales por el FOGASA, en vigor desde la adopción del Real Decreto Ley 20/2012, es prácticamente idéntico al que era aplicable antes de la adopción de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre de 2006, para la Mejora del Crecimiento y del Empleo y además la normativa vigente tras la reforma de 2012 es más favorable a los trabajadores en otros aspectos, tales como la cobertura de las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada. Resulta interesante constatar que la CEACR se convierte en este intercambio de opiniones entre las entidades sindicales y el Gobierno español en una mera observadora porque ni la situación anterior a la reforma de 2012 ni la posterior contravenían el contenido del Convenio núm. 173 OIT. Por tanto, la CEACR en ese momento se limitó a tomar nota de la situación y a pedir al Gobierno español que siguiera proporcionando información sobre «toda novedad que intervenga en la regulación de la protección de los créditos laborales por el FOGASA y de incluir en su próxima memoria estadísticas sobre la evolución del número de trabajadores cubiertos por la legislación pertinente, la cuantía de las indemnizaciones pagadas por el Fondo y el número de quiebras notificadas por año»⁵³.

Destaca de manera especial en esta materia y ante la situación financiera que el país sufría en 2012, otra observación de la UGT, en este caso relativa a la preocupación por el futuro equilibrio de las cuentas del FOGASA debido a los recortes presupuestarios programados, así como la ausencia del necesario incremento del personal del FOGASA ante al aumento de número de expedientes susceptibles de ser tramitados, lo que estaba provocando en algunos

⁵³ No hay que perder de vista que el Gobierno español había proporcionado a la CEACR información acerca del incremento considerable que se había producido entre 2008 y 2012 en cuanto a número de trabajadores protegidos por el FOGASA, que pasó de 90.318 a 198.574 trabajadores, así como de la cuantía de las indemnizaciones pagadas, que pasó de 434.015 € en 2008 a 1.166.200 € a 30 de septiembre de 2012, incremento que el Gobierno atribuía «a la crudeza de la crisis económica, al importante número de empresas cerradas y a las altas cifras de desempleo». Información disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:3079503,102847 (consultado el 14-3-2023).

casos que la demora media de tramitación de un expediente superase los seis meses cuando el plazo máximo fijado por la norma es de tres. Ante esta observación sindical la CEACR pide al Gobierno que en su próxima memoria dé respuesta a las inquietudes planteadas por la UGT.

Para finalizar este apartado, merece la pena poner de manifiesto cuáles fueron las preocupaciones de la CEACR en 2018. En concreto, y tras unas observaciones cuyo origen en este caso estuvieron en las situaciones «denunciadas» por la entidad sindical CCOO acerca de los acuerdos preconcursales, la CEACR solicitó al Gobierno que indicase los recursos existentes en la legislación o en la práctica para proteger los créditos laborales de manera eficaz en aquellos casos en los que se concluyeran acuerdos preconcursales que no estuvieran avalados por el consentimiento de los trabajadores y que pudieran perjudicar el pago de los créditos laborales una vez establecida la insolvencia del empleador.

Por último, en respuesta a la información que la CEACR había solicitado en 2012 acerca del cumplimiento del artículo 8 del Convenio núm. 173, el Gobierno español se limitó a indicar los diferentes tipos de privilegio que puede atribuirse a un crédito laboral en el marco de un procedimiento concursal en caso de liquidación, mientras que la UGT insiste en que «el sistema de garantías de los créditos laborales previsto por el ordenamiento jurídico del país no cumple de manera suficiente y adecuada con lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio núm. 173». La CEACR se limita en esta ocasión a tomar nota de la información que se le proporciona⁵⁴.

7. REFLEXIÓN FINAL

Con carácter general y con independencia del Convenio al que nos referimos parece haber quedado claro el importante papel de la OIT como motor de cambios en los ordenamientos jurídicos laborales de los diferentes estados que la integran y lo hace tanto a través del contenido de sus convenios, que en el momento en que son ratificados ha de ser respetado por los estados miembros, como a través del seguimiento periódico del modo en que dichos convenios son integrados en los ordenamientos jurídicos nacionales. A esta reflexión general se puede llegar respecto de cualquiera de las materias de las que la OIT ha venido ocupándose desde su puesta en marcha y, como no podía ser de otra manera, resulta aplicable a la protección del salario también. No obstante, no

⁵⁴ Información disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:3962267,102847 (consultado el 15-3-2023).

hay que perder de vista que respecto de la protección del salario, y particularmente respecto de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las previsiones recogidas en los Convenios núm. 95 y núm. 173, no se puede afirmar con rotundidad que haya habido una influencia inicial, pues en líneas generales nuestro ordenamiento jurídico ya contaba con previsiones en la línea de las que recogieron posteriormente los Convenios. Ahora bien, sí consideramos que cierta influencia mediata ha existido, pues, como hemos tratado de demostrar a lo largo de estas páginas en relación con algunos aspectos concretos, el contenido de los Convenios de la OIT ha permeado de manera más clara en nuestro ordenamiento a través de la vía de interpretación llevada a cabo por nuestros tribunales y de ahí ha eclosionado en cambios normativos, cambios que además están sometidos a cierto seguimiento por parte de la OIT.

En líneas generales nuestra normativa respeta los niveles de protección que los Convenios núm. 95 y 173 OIT dispensan al salario. De hecho, algunos estándares se superan y otros se han ido incorporando tras los pertinentes cambios normativos como consecuencia de la confluencia de dos fuerzas que operan en ámbitos diferentes. Por una parte, la labor de los tribunales que a la hora de interpretar ciertas previsiones han incluido como elementos de apoyo los convenios mencionados y por otra la labor de seguimiento del cumplimiento de los convenios que la propia OIT lleva a cabo a través de la CEACR. Como ya se ha dicho, esta Comisión no tiene la fuerza que se le puede atribuir a un órgano judicial, pero en cierta medida su labor, que en algunas ocasiones, como hemos tenido ocasión de comprobar y en relación a la protección del salario se ha traducido en la solicitud de más información al Gobierno español respecto de ciertas modificaciones normativas o respecto de las situaciones denunciadas por las entidades sindicales respecto de cómo se protege el salario en nuestro ordenamiento jurídico, han servido de acicate junto con otros elementos para introducir reformas que elevan el nivel de protección de los trabajadores en materia de protección salarial. Ciertamente, en muchos aspectos de la materia que nos ocupa no se puede observar la influencia de la OIT, sobre todo en aquellos en los que la norma interna supera las previsiones convencionales, pero no debemos perder de vista que el salario y su protección son una de las condiciones de trabajo de mayor trascendencia para quien vive de su trabajo y, en consecuencia, resulta imprescindible contar con estándares adecuados y suficientemente elevados, pero sobre todo resulta necesario contar con mecanismos que garanticen el cumplimiento de lo ratificado lo que nos lleva a plantear la pertinencia de una reflexión profunda y más general acerca de cómo podría intensificarse el nivel de cumplimiento de los Estados respecto de los Convenios que han ratificado.

8. BIBLIOGRAFÍA

- RAMOS TORRES, M., *El fondo de Garantía Salarial: configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo*, Comares, 2000.
- AA. VV., JAVILLIER, J. C. (dir.) y ODERO, A. (coord.), *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global*, OIT, 2001.
- DE LA VILLA GIL, L. E. (coord.), *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid, 1993.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R. *El salario en especie*, Aranzadi, 2002.
- SIMÓN VELASCO, M., «La protección de los salarios», *Revista Educación Obrera*, núm. 128, 2002/3.
- COSTA REYES, A., *El crédito salarial*, CES de Andalucía, 2005.
- GONZÁLEZ DEL REY-RODRÍGUEZ, I., «Privilegios o preferencias de los créditos laborales», en VV. AA., MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.) y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, Thomson-Aranzadi, Navarra, vol. II, 2008.
- BLASCO PELLICER, A., «Garantías del salario», en AA. VV., GOERLICH PESET, J. M.^a (coord.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- FALGUERA BARÓ, M. A., «La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la sala de lo social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral», *Lex Social*, núm. vol. 6, núm. 1, 2016.
- TALÉNS VISCONTI, E. E., *El fondo de garantía salarial a la luz de la jurisprudencia reciente*, Aranzadi, 2018.
- MARTÍN SERRANO, A. L., «Lugar, forma y tiempo de pago de salarios», en AA. VV., ARGÜELLO SERRANO, N., «La periodicidad del pago del salario y sus incumplimientos. Su estudio desde la relación de trabajo», en AA. VV., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT, XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019.
- ELLA MÉNDEZ, L., «El impacto de los convenios de la OIT sobre retribución, tiempo de trabajo, seguridad y salud y terminación del contrato en el derecho español: puntos críticos», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 434, 2019.
- ALAMEDA CASTILLO, M. T., «Y también en medio de la tempestad...reforma concursal de 2020 (proyecciones laborales)», *Temas Laborales*, núm. 153, 2020.
- CAMPS RUIZ, L. M., «La protección de los salarios en la historia de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020.
- MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 31.^a edic., Madrid, 2022.
- SORIANO CORTÉS, D., «Protección del cobro del crédito salarial», en VV. AA., *Política de rentas salariales: salario mínimo y negociación colectiva*, CRUZ VILLALÓN, J. (coord.), Bomarzo, 2022.

LA LICENCIA PAGADA DE ESTUDIOS

M.^a JOSÉ SERRANO GARCÍA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. *La aparición de la licencia pagada de estudios en los instrumentos jurídicos de la OIT: a) El proceso que conduce a la regulación de la licencia pagada de estudios. b) La inexistencia de un derecho subjetivo de los trabajadores a disfrutar de una licencia pagada de estudios.*—2. *El contexto en el que se desenvuelve la licencia pagada de estudios: a) La idea guía de la OIT: el desarrollo de los recursos humanos como un factor principal del progreso económico y social. b) Los paralelismos OIT-Unión Europea y OIT-Consejo de Europa.*—3. *El concepto de licencia pagada de estudios: a) Delimitación general. b) Los fines educativos. c) Los titulares. d) El elemento temporal. e) La retribución.*—4. *La licencia pagada de estudios en el ordenamiento jurídico español: a) El derecho a la formación de los trabajadores. b) La incompleta configuración de la licencia pagada de estudios realizada en el artículo 23 ET. c) La situación de otras normas respecto a la licencia pagada de estudios.*—5. *Reflexión final.*

1. LA APARICIÓN DE LA LICENCIA PAGADA DE ESTUDIOS EN LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE LA OIT

a) **El proceso que conduce a la regulación de la licencia pagada de estudios**

A lo largo del tiempo, un número elevado de los instrumentos jurídicos de la OIT han abordado directa o indirectamente, con una mayor o menor intensidad, la formación de los trabajadores y prestado una atención especial a

determinados grupos, como los jóvenes, las personas mayores, los discapacitados y las mujeres. Para comenzar, la Constitución de la OIT aprobada el 28 de junio de 1919 considera la enseñanza profesional y técnica un medio que sirve para mejorar las condiciones de trabajo, y para garantizar la paz y la justicia social. Por su parte, la Declaración de Filadelfia, adoptada el 10 de mayo de 1944, ofrece a los organismos internacionales la colaboración de la OIT en la mejora de la educación, a la vez que la convierte en titular del deber de fomentar programas que sirvan para garantizar «iguales oportunidades educativas y profesionales», y que concedan «oportunidades de formación profesional» destinadas a «lograr el pleno empleo» y que los trabajadores sean colocados «en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos» (apartado III)¹.

En fecha muy temprana, en 1921, se aprobó la Recomendación núm. 12, sobre la enseñanza técnica (agricultura), a la que siguieron otras que se encargaron también de abordar la formación de los trabajadores. Ahora bien, la adopción de la Recomendación núm. 117 sobre la formación profesional (1962) materializa el primer indicio del cambio de concepción que se encuentra detrás de la aprobación del Convenio núm. 140 y la Recomendación núm. 148, ambos sobre la licencia pagada de estudios (1974), así como del Convenio núm. 142 y la Recomendación núm. 150, sobre al desarrollo de los recursos humanos (1975), que se refieren a la orientación profesional y a la formación profesional. Como destaca el Estudio General de la OIT denominado *Desarrollo de los recursos humanos*², estos instrumentos dejaron atrás la concepción tradicional que «atribuía a la formación profesional la sola función de equilibrar el mercado del trabajo» (párrafo 9), para sustituirla por otra más amplia y dinámica que afirma que el desarrollo de los recursos humanos es «un factor principal del desarrollo económico y social» (párrafo 9). Como resultado de este cambio, la formación y la orientación se unen a «un proceso continuo de ensanchamiento de las posibilidades de educación de la persona a lo largo de la vida, tanto en su propio beneficio como en el de la comunidad; (y contribuyen) a la consecución de un objetivo de justicia social y de equidad» (párrafo 9).

La posibilidad de adoptar un instrumento sobre la licencia pagada de estudios se afirmó, en 1965, en la 49.^a reunión de la Conferencia Internacional

¹ Tras la creación de la ONU (1945), la OIT se convirtió en su primera agencia especializada (1946) y la Declaración de Filadelfia se incorporó a la Constitución de la OIT (1947).

² Estudio general de las memorias relativas al Convenio núm. 140 y a la Recomendación núm. 148, sobre la licencia pagada de estudios, 1974, y al Convenio núm. 142 y a la Recomendación núm. 150, sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975. 1991. (Ginebra): OIT.

del Trabajo. El 7 de junio de 1973 se dio el visto bueno a la creación de la Comisión de la Licencia Pagada de Estudios. Inicialmente, algunos de los miembros de esta comisión que representaban a los empleadores y a ciertos Estados se opusieron a que la licencia fuera regulada a través de un convenio, inclinándose en favor de la fórmula de la recomendación, porque consideraban que, en ese momento, no era realista imponer a los Estados obligaciones precisas en una esfera que era relativamente nueva para la mayoría de ellos. Finalmente, el Convenio núm. 140 fue aprobado el 24 de junio de 1974, en la 59.^a reunión de la Conferencia General de la OIT, y completado por la Recomendación núm. 148 OIT, que, actualmente, se encuentra en situación provisoria. El Convenio núm. 140 entró en vigor el 23 de septiembre de 1976; y, para España, el 18 de septiembre de 1979, tras su ratificación por instrumento de 16 de agosto de 1978³.

En la construcción de la regulación de la licencia pagada de estudios, se tuvieron en cuenta anteriores recomendaciones de la OIT en materia de formación profesional y de protección de los representantes de los trabajadores, así como el deseo de contribuir a hacer efectivo el derecho a la educación consagrado en el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, dentro del que se hace referencia a que «la instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada» (art. 26.1). Destacadamente, se quiso atender a «la necesidad de educación y formación permanentes en relación con el desarrollo científico y técnico y la transformación constante del sistema de relaciones económicas, (dando respuesta) a los nuevos objetivos, aspiraciones y necesidades de carácter social, económico, tecnológico y cultural, (y actuando) como un medio que (permite) responder a las necesidades reales de cada trabajador en la sociedad contemporánea, (dentro) de una política de educación y de formación permanentes» (Preámbulo Convenio 140 y Recomendación núm. 148). En todo caso, la licencia pagada de estudio no es «un sustitutivo de una educación y formación adecuadas de la juventud, sino solamente uno entre los diversos medios de lograr la educación y la formación permanentes» (Recomendación núm. 148, apartado 6).

Además del ya citado Convenio núm. 142, en el ámbito específico de la formación, también actúa la Recomendación núm. 195, sobre el desarrollo de los recursos humanos (2004), que sustituye a la Recomendación núm. 150 (1975), sobre la misma materia; y la Recomendación núm. 208, sobre los

³ BOE núm. 261, de 31 de octubre de 1979. Para comprobar todos los países que han ratificado el Convenio núm. 140, *vid.* https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312285:NO.

aprendizajes de calidad (2023)⁴. Está en situación provisoria la Recomendación núm. 136, sobre los programas especiales para los jóvenes (1970), y un número elevado de las recomendaciones aprobadas inicialmente por la OIT han sido derogadas o sustituidas⁵.

b) **La inexistencia de un derecho subjetivo de los trabajadores a disfrutar de una licencia pagada de estudios**

Los redactores de Convenio núm. 140 persiguieron que esta norma internacional tuviera la capacidad de adaptarse a las necesidades y peculiaridades de cada uno de los Estados parte que la ratificaran, configurando la política destinada a fomentar la licencia pagada de estudios como lata, dinámica, progresiva y, por lo tanto, flexible⁶. De ahí que sean los Estados los que poseen la capacidad de precisar las características de la licencia pagada de estudios, los fines a los que puede atender, sus titulares, su duración, la cuantía de las prestaciones económicas que deben acompañarla y las condiciones a las que se encuentra sometido su disfrute; eso sí, respetando los límites marcados en el Convenio núm. 140. Esta norma internacional no consagra el derecho de los trabajadores a disfrutar de una licencia pagada de estudios como un derecho subjetivo, sino que impone a los Estados que lo ratifican la obligación de establecer medidas que articulen ese derecho dentro del marco de naturaleza programática que ella misma diseña⁷.

⁴ Esta última recomendación entiende «por aprendizaje una forma de educación y de formación que se rige por un contrato de aprendizaje, que permite a un aprendiz adquirir las competencias requeridas para ejercer una ocupación mediante una formación estructurada con una remuneración u otra compensación financiera, en el trabajo y fuera del trabajo, y que conduce a la obtención de una cualificación reconocida» [apartado 1 a)].

⁵ Así, ha sido derogada la Recomendación sobre la enseñanza técnica (agricultura), 1921 (núm. 15) y la Recomendación sobre la enseñanza profesional (edificación), 1937 (núm. 56). Y reemplazadas las siguientes: Recomendación sobre la formación profesional, 1939 (núm. 57); Recomendación sobre el aprendizaje, 1939 (núm. 60); Recomendación sobre la orientación profesional, 1949 (núm. 87); Recomendación sobre la formación profesional (adultos), 1950 (núm. 88); Recomendación sobre la formación profesional (agricultura), 1956 (núm. 101); Recomendación sobre la formación profesional, 1962 (núm. 117); y Recomendación sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975 (núm. 150).

⁶ Un sector de la doctrina científica ha puesto de manifiesto que «al referirse al carácter lato cabe señalar que la licencia pagada de estudios se define por concederse por un tiempo determinado durante las horas de trabajo, por el pago de las prestaciones económicas inherentes a la misma y por unos fines educativos cuyo orden de presentación no refleja ninguna clasificación de carácter prioritario y ningún tipo de jerarquía»; *vid.* POQUET, R.: «El derecho a la formación profesional del trabajador», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 8/2013 (BIB 2013\2374), versión electrónica.

⁷ En similar dirección, se ha señalado que las disposiciones del Convenio núm. 140 son programáticas, ya que piden «a los Estados miembros que adopten una determinada política social sobre el tema regulado, indicando los fines que deben alcanzar a través de acciones de diversa naturaleza»; *vid.* LANTARÓN BAR-

Concretamente, el Convenio núm. 140 se dirige a los Estados que lo ratifican, al objeto de que adopten, según métodos apropiados a las condiciones y prácticas nacionales, y, si fuera necesario, por etapas, todas las medidas a su alcance para llevar a cabo una política destinada a fomentar la licencia pagada de estudios (arts. 2 y 3 Convenio, y párrafos 2 y 3 Recomendación). Para la articulación de esta licencia, el Convenio núm. 140 llama a la legislación nacional, a los convenios colectivos, a los laudos arbitrales y a cualquier otro instrumento que sea compatible con la práctica nacional (art. 5 Convenio y párrafo 5 Recomendación). La posibilidad de que intervengan instancias que no son el legislador nacional parece razonable, pero corre el peligro de que pueda servir «de excusa a la heteronomía estatal para dejar de establecer unos mínimos siempre necesarios»⁸. Repárese en que el Convenio núm. 140 no impone la intervención supletoria del legislador nacional, para atener a aquellas situaciones en las que las otras instancias a las que llama se mantengan pasivas.

Las políticas nacionales han de tener en cuenta el grado de desarrollo y las necesidades particulares de cada Estado y de los diferentes sectores de actividad. El Convenio núm. 140 exige que estas políticas se coordinen con las generales en materia de empleo, educación y formación profesional, y con las relativas a la duración del trabajo; y que tomen en consideración, en los casos apropiados, las variaciones estacionales en la duración o en el volumen del trabajo (art. 4 Convenio y párrafo 4 Recomendación). Si bien, no indica cómo y en qué grado debe llevarse a cabo la coordinación y la consideración a la que se refiere. Similar laxitud se observa, cuando el Convenio núm. 140 señala que «las autoridades públicas, las organizaciones de empleadores y de trabajadores y las instituciones u organismos dedicados a la educación o a la formación deberán aunar sus esfuerzos, según modalidades adecuadas a las condiciones y prácticas nacionales, para la elaboración y puesta en práctica de la política destinada a fomentar la licencia pagada de estudios» (art. 6 Convenio y párrafo 7 Recomendación).

Por lo demás, la Recomendación núm. 148 enumera algunas medidas que considera que deberían elaborarse para facilitar la implantación de la licencia pagada de estudios (apartado 8). Y afirma la conveniencia de establecer sistemas adecuados de información y de asesoramiento sobre posibilida-

QUÍN, D.: «El Convenio núm. 140 OIT y la retribución del permiso para concurrir a la realización de exámenes: ¿Derecho virtual?», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 47, 2003, versión electrónica.

⁸ PÉREZ AMORÓS, F.: «Convenio sobre la licencia pagada de estudios 1974 (núm. 140)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, 2019 (número especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019), p. 1115.

des de disfrutar de una licencia pagada de estudio (párrafo 9), así como de garantizar que la educación y la formación impartidas sean de buena calidad (párrafo 10).

2. EL CONTEXTO EN EL QUE SE DESENVUELVE LA LICENCIA PAGADA DE ESTUDIOS

a) **La idea guía de la OIT: el desarrollo de los recursos humanos como un factor principal del progreso económico y social**

Los documentos básicos de la OIT que van más allá del funcionamiento interno de esta organización y que poseen carácter general contienen referencias a la educación y a la formación a lo largo de la vida de los trabajadores que ratifican y refuerzan el cambio de concepción que estuvo detrás de la aprobación de los Convenios núms. 140 y 142, y de las Recomendaciones núms. 148 y 150. Este reforzamiento también se encuentra apuntalado por otro tipo de documentos. Si bien, dado los límites del presente estudio, en las siguientes líneas, únicamente se presta atención a los más destacados.

Para comenzar, la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, adoptada en 1998, parte de que la OIT «debe hoy más que nunca movilizar el conjunto de sus medios de acción normativa, de cooperación técnica y de investigación en todos los ámbitos de su competencia, y en particular (en) la formación profesional [...], a fin de que en el marco de una estrategia global de desarrollo económico y social, las políticas económicas y sociales se refuercen mutuamente con miras a la creación de un desarrollo sostenible de base amplia» (Preámbulo)⁹.

La Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada el 10 de junio de 2008 y actualizada en 2022, institucionaliza el concepto de trabajo decente que venía utilizando la OIT desde 1999. Y sitúa en el primero de los objetivos estratégicos a través de los que se construye el Programa de Trabajo Decente¹⁰ la oportunidad de «promover el empleo creando un entorno institucional y económico sostenible en cuyo marco [...] las personas puedan adquirir y actualizar las capacidades y competencias que necesitan

⁹ Esta declaración fue modificada en 2022, para añadir las condiciones de trabajo seguras y saludables como quinto principio y derecho. De modo que este principio y derecho se unió a la libertad sindical y la negociación colectiva, a la erradicación de toda forma de trabajo forzoso, a la abolición efectiva del trabajo infantil y a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

¹⁰ Tales objetivos son generación de empleo, protección social, derechos en el trabajo y diálogo social.

para poder trabajar de manera productiva en aras de su propia realización personal y el bienestar común»¹¹.

La *Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo*, adoptada el 21 de junio de 2019¹², pretende hacer frente a los importantes cambios tecnológicos, al cambio medioambiental y climático, a la globalización y a las transformaciones demográficas, sin dejar de lado su mandato constitucional de lograr la justicia social. De acuerdo con ello, parte de un enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas. Respecto a lo que en este lugar interesa, en su apartado II, afirma que «la OIT debe orientar sus esfuerzos a [...] promover la adquisición de competencias, habilidades y calificaciones para todos los trabajadores a lo largo de la vida laboral como responsabilidad compartida entre los gobiernos y los interlocutores sociales» (apartado II. A.3). Y, de otro lado, considera que sus esfuerzos también deben alcanzar a «facilitar la transición de la educación y la formación al trabajo» (apartado II. A.3). En el apartado III, la Conferencia exhorta a los países miembros de la OIT a colaborar en «el fortalecimiento de las capacidades de todas las personas para beneficiarse de las oportunidades de un mundo del trabajo en transición, a través de (ii) un sistema eficaz de aprendizaje permanente y una educación de calidad para todos» (apartado III.a)).

El documento *Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante* (2020)¹³ considera básica la coordinación de la educación y las políticas de formación con las políticas de empleo. Señala que la formación a lo largo de la vida y la capacitación profesional son elementos claves para incrementar la flexibilidad y la productividad económicas, y para garantizar la competitividad económica internacional. Asimismo, destaca que sirven para que las personas entren, se adapten y permanezcan en un mercado de trabajo que está sometido a continuos cambios, como los tecnológicos, el medioambiental y climático, los que afectan a los patrones de la globalización o la evolución demográfica, y los generados por crisis como la generada por la COVID-19. En un mercado de trabajo cambiante, la OIT estima imprescindible proporcionar apoyo a los trabajadores en los procesos de transición a los que se verán sometidos a lo largo de su vida laboral, así como facilitar la libre

¹¹ «La educación, la formación profesional y el aprendizaje permanente son los pilares fundamentales de la empleabilidad, el empleo de los trabajadores y el desarrollo empresarial sostenible en el marco del Programa de Trabajo Decente y, consiguientemente, contribuyen a la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio relativos a la reducción de la pobreza», *vid. Conclusiones sobre las calificaciones para la mejora de la productividad, el crecimiento del empleo y el desarrollo. 2008.(Ginebra): OIT, párrafo 3.*

¹² Esta declaración constituye el resultado del trabajo desarrollado en el marco de la Iniciativa de la OIT sobre el Futuro del trabajo, dentro del que destaca la labor realizada por la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo (octubre de 2017 a noviembre de 2018).

¹³ Este estudio se encuentra acompañado de una adenda vinculada a la COVID-19.

elección de empleo. Dándose la circunstancia de que «el objetivo del empleo libremente elegido comprende dos elementos: en primer lugar, la ausencia de coacción para desempeñar un trabajo que uno no ha elegido o aceptado libremente y para dejar el trabajo, si la persona así lo desea. En segundo lugar, la posibilidad de adquirir formación y de utilizar las propias habilidades y facultades sin discriminación alguna» (párrafo 69).

Los documentos destinados a atender a situaciones de crisis particulares también prestan atención a la formación de los trabajadores. Para ratificar esta afirmación, cabe citar, entre otros, el *Pacto Mundial para el Empleo*, adoptado el 19 de junio de 2009 y enmendado en 2022, que está vinculado a la crisis financiera y económica internacional¹⁴; y el *Llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19*, adoptado el 17 de junio de 2021. Además, la OIT sigue idéntico criterio, cuando se acerca a prestaciones de servicios que poseen especiales que convierten a los trabajadores que las desarrollan en acreedores de una mayor protección. Como ejemplo, cabe traer a este lugar la *Declaración sobre las Empresas Multinacionales*, aprobada en noviembre de 1977 (modificada en 2000, 2006, 2017 y 2022). Esta declaración alude a la orientación y a la formación profesionales, y convierte a las empresas multinacionales en sujetos que participan en el proceso de formación de los trabajadores que ellas emplean en un país anfitrión.

La Conferencia Internacional del Trabajo, en su 109.^a reunión, adoptó la Resolución relativa a las competencias y el aprendizaje permanente (2021). En ella, se declara que la OIT debería elaborar una estrategia para 2022-2030 que estuviera en consonancia con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS) –especialmente, con los ODS 4, 5 y 8–, con la *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo* y con el *Llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19*. Además, lo que es especialmente importante en este lugar, considera necesario que se preste atención, entre otras normas, al Convenio núm. 140; y afirma la necesidad de que la OIT identifique los obstáculos que dificultan la ratificación y aplicación de este convenio, y proporcione la asistencia técnica que sea necesaria para superarlos. Estas peticiones son acogidas en la Estrategia de la OIT sobre Competencias y Aprendizaje

¹⁴ Este documento parte de la exigencia de invertir en la formación en competencias de los trabajadores, el perfeccionamiento y la readaptación profesionales. Considera fundamental «potenciar la igualdad de acceso y las oportunidades en cuanto al desarrollo de competencias laborales y a la participación en actividades de formación y educación de calidad, en el marco de la preparación para la recuperación» (párrafo 9).

je Permanente 2022-2030 (2022), que se encuentra destinada a que los Estados adopten medidas en cinco pilares básicos¹⁵, a través de cinco componentes operativos¹⁶, entre los que sitúa las actividades normativas. Siendo estas últimas en las que acoge las referencias al Convenio núm. 140. Por lo demás, entre otros, también hace referencia a este convenio el documento titulado *Configurar las competencias y el aprendizaje permanente para el futuro del trabajo* (2021).

No se puede dar por concluido el presente epígrafe sin recordar que, en 2015, la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, destinada a sustituir a la Agenda de Desarrollo del Milenio. Como puede deducirse en parte de lo ya señalado, entre los ODS y la labor desarrollada por la OIT existen relaciones recíprocas y coincidencias que actúan en ambas direcciones. Lo que se desprende, por ejemplo, de que aspectos clave del concepto de trabajo decente hayan sido recogidos en los ODS y en sus metas, y de que estos objetivos constituyan uno de los elementos inspiradores del contenido de la Declaración del Centenario de la OIT. Y, aunque el ODS 8, «Promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos», no hace una referencia expresa a la formación, se encuentra implícita en muchas de las metas que engloba. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con las que están destinadas a lograr el empleo pleno y productivo, el trabajo decente, la protección de los derechos laborales y la aplicación del *Pacto Mundial para el Empleo* elaborado por la OIT. Además, el ODS 4, «Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos», identifica una de sus metas con el aumento del número de personas «que tienen las competencias necesarias, en particular técnicas y profesionales, para acceder al empleo, el trabajo decente y el emprendimiento»¹⁷.

¹⁵ Estos pilares son políticas, gobernanza y mecanismos de financiación mejorados para lograr sistemas eficaces de desarrollo de competencias y aprendizaje permanente; en segundo lugar, información mejorada sobre las necesidades de competencias; en tercer lugar, programas e itinerarios de aprendizaje innovadores y flexibles; en cuarto lugar, programas de desarrollo de competencias inclusivos que responden a las diversas necesidades de los mercados de trabajo; y, en quinto lugar, aprendizajes y formación basada en el trabajo de calidad en aras de la empleabilidad, la productividad y la sostenibilidad de las empresas.

¹⁶ Los cinco componentes son asesoramiento en materia de políticas, capacitación y apoyo técnico; investigación, gestión de los conocimientos y difusión; movilización de recursos; actividades normativas; y liderazgo y alianzas de la OIT en materia de competencias y aprendizaje permanente.

¹⁷ El estudio *Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante* (2020) destaca que «las conclusiones de la CIT de 2014 coinciden con el ODS 8 en proponer un conjunto de iniciativas de política coordinadas, dirigidas a promover el empleo pleno, productivo y libremente elegido [...]. Unas políticas de este tipo (entre otros) contribuirían al logro del ODS 4 sobre educación, a través de la impartición de formación y capacitación profesionales de calidad» (párrafo 88).

b) Los paralelismos OIT-Unión Europea y OIT-Consejo de Europa

Los documentos elaborados en el seno de la Unión Europea parten de que la cualificación de los trabajadores a lo largo de la vida, el reciclaje y el perfeccionamiento profesional resultan cruciales para hacer frente a cambios de muy diversa naturaleza, como, entre otros, los demográficos, los técnicos o los derivados de la COVID-19. Simultáneamente, pretenden contribuir a procurar la justicia social y la igualdad, prestando una atención especial a determinados grupos, a la vez que favoreciendo la competitividad, el crecimiento económico y la creación de empleo de calidad, con la ayuda del diálogo social. Estos paralelismos con los documentos elaborados por la OIT encuentran base, en el papel de observador que cada una de estas organizaciones posee sobre la otra y en las reuniones de alto nivel que ambas mantienen.

En particular, el TFUE, tras reconocer el derecho a la educación (art. 165 TFUE, antiguo art.149 TCE), recoge el derecho a la formación profesional (art. 166 TFUE, antiguo art. 150 TCE)¹⁸. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea declara que «toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente» (art. 14.1). La Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores afirma que «todo trabajador de la Comunidad Europea debe poder tener acceso a la formación profesional y poder beneficiarse de la misma a lo largo de su vida activa». Además, acercándose algo a la licencia pagada de estudios, señala que deben establecerse «los mecanismos de formación continuada y permanente que permitan a toda persona reciclarse, en particular mediante permisos de formación, perfeccionamiento y adquisición de nuevos conocimientos» (punto 15).

Un paso más en cuanto a paralelismos, da la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, en la medida en la que establece que «en caso de que el Derecho nacional o de la Unión, o los convenios colectivos, requieran que el empleador proporcione formación a los trabajadores para que estos lleven a cabo el trabajo para el que fueron contratados, los Estados miembros deben velar por que dicha formación se les proporcione

¹⁸ Concretamente, el artículo 166 del TFUE dispone que «la acción de la Unión se encaminará a: –Facilitar la adaptación a las transformaciones industriales, especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales, –mejorar la formación profesional inicial y permanente, para facilitar la inserción y la reinserción profesional en el mercado laboral, –facilitar el acceso a la formación profesional y favorecer la movilidad de los educadores y de las personas en formación, especialmente de los jóvenes, –estimular la cooperación en materia de formación entre centros de enseñanza y empresas, –incrementar el intercambio de información y de experiencias sobre las cuestiones comunes a los sistemas de formación de los Estados miembros».

gratuitamente, se compute como tiempo de trabajo y, a ser posible, tenga lugar durante el horario de trabajo» (art. 13).

A pesar de que podrían traerse a este lugar otros muchos instrumentos de la Unión Europea, debido a los límites del presente trabajo, se puede concluir mencionando uno de los más importantes y actuales. Nos estamos refiriendo a la Decisión (UE) 2023/936, de 10 de mayo, relativa al Año Europeo de las Competencias, que sucede al Año Europeo de la Juventud 2022, y tiene en cuenta documentos anteriores tan significativos como el Pilar Europeo de derechos sociales¹⁹ y su correspondiente Plan de Acción²⁰. Concretamente, esta decisión posee el objeto general de «fomentar una mentalidad más centrada en el reciclaje y el perfeccionamiento profesionales» (art. 2.1). Y, entre otros extremos, recuerda que el principio núm. 1 del Pilar Europeo de derechos sociales «dispone que toda persona tiene derecho a una educación, formación y aprendizaje permanente inclusivos y de calidad, a fin de mantener y adquirir capacidades que les permitan participar plenamente en la sociedad y gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral». De igual modo, recuerda el principio núm. 3, que subraya que toda persona tiene derecho a la igualdad de trato y de oportunidades, incluso en el ámbito de la educación y la formación. El principio núm. 4, que se refiere al apoyo activo para el empleo, y recoge el derecho de toda persona a recibir asistencia personalizada y oportuna a fin de mejorar sus perspectivas de empleo o de trabajar por cuenta propia, pudiendo recibir ayuda para la formación y el reciclaje. Y, en fin, el principio núm. 5, que versa sobre un empleo seguro y adaptable, y dispone que los trabajadores tienen derecho a un trato justo y equitativo en el acceso a la formación.

En el plano regional europeo, la Carta Social Europea se refiere al derecho a la formación técnica y profesional de todas las personas, y obliga a los Estados a favorecer la articulación de medidas que sirvan para satisfacer este derecho. Además, sitúa entre estas medidas «la inclusión, dentro de las horas normales de trabajo, del tiempo dedicado a los cursos suplementarios de formación seguidos por el trabajador, durante su empleo, a petición de su empleador» (art. 10). Y, por otro lado, vincula el ejercicio efectivo del derecho al trabajo a la orientación, la formación y la readaptación profesional (art. 1.4). Para comprender el origen del cierto paralelismo que estas previsiones poseen con las elaboradas por la OIT, debe tenerse en cuenta que el proyecto de la Carta

¹⁹ Comisión Europea, Secretaría General, *Pilar europeo de derechos sociales*, Oficina de Publicaciones, 2017, <https://data.europa.eu/doi/10.2792/506887>.

²⁰ Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, *Plan de acción del pilar europeo de derechos sociales*, Oficina de Publicaciones, 2021, <https://data.europa.eu/doi/10.2767/977602>.

Social Europea fue sometido al estudio de una Conferencia Tripartita convocada por la OIT a petición del Consejo de Europa. Y que esta conferencia elaboró dos informes, uno que alcanzó a las «cláusulas de fondo» y otro a las «cláusulas de aplicación», presentando una serie de mejoras que acercaron el proyecto al contenido de los convenios y de las recomendaciones de la OIT²¹.

3. EL CONCEPTO DE LICENCIA PAGADA DE ESTUDIOS

a) **Delimitación general**

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio núm. 140, «la expresión licencia pagada de estudios significa una licencia concedida a los trabajadores, con fines educativos, por un período determinado, durante las horas de trabajo y con pago de prestaciones económicas adecuadas» (art. 1 Convenio y párrafo 1 Recomendación). Durante su disfrute, se suspenden «ciertas obligaciones dimanantes del contrato de trabajo que vienen a sustituirse por otras nuevas: se exonera al beneficiario de la obligación de efectuar el trabajo que normalmente debería ejecutar en virtud de su contrato de trabajo, pero sólo para quedar sujeto a la obligación de asistir efectivamente a los cursos de formación y educación previstos al concederle la licencia. Y, a los efectos de vigilar el cumplimiento de esta obligación, el empleador conserva cierto poder disciplinario con respecto al trabajador mientras disfrute la licencia»²².

La delimitación de cada uno de los elementos que componen la definición de licencia pagada de estudios y, por ende, la definición en sí misma considerada posee una gran amplitud. De hecho, el *Examen diferido del Convenio sobre la licencia pagada de estudios*, realizado en marzo de 2001, destaca que este convenio delimita la licencia en «sentido muy amplio de cualquier tipo de exoneración del trabajo con fines educativos», permitiendo a quienes ya trabajan «completar su educación y su formación sin perder dicho empleo»²³. Además, la generosidad de la definición ha permitido que los Esta-

²¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M: «La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación», *Revista de Política Social*, núm. 118/1978, p. 26.

²² Estudio general de las memorias relativas al Convenio núm. 140 y a la Recomendación núm. 148, sobre la licencia pagada de estudios, 1974, y al Convenio núm. 142 y a la Recomendación núm. 150, sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975. 1991. (Ginebra): OIT (párrafo 428).

²³ Examen diferido de los convenios a) Convenio sobre la licencia pagada de estudios, 1974 (núm. 140) (Estudio breve). 2001. (Ginebra): OIT (párrafo 3). Los entrecomillados pertenecen a la reproducción que realiza este documento del citado en la anterior nota a pie de página (párrafos 348 y 428).

dos hayan utilizado una gran variedad de mecanismos para poner en marcha la licencia. Así, entre otros, han acudido al permiso para asistir a exámenes, a la reducción de la duración diaria o semanal del tiempo de trabajo para acudir a cursos nocturnos, a la autorización para asistir a cursos durante las horas de trabajo –bien sea dentro o fuera de la empresa–, al permiso para concurrir a sesiones formativas o ciclos de enseñanza, a las reducciones de la jornada de trabajo con fines similares o, entre otros, al permiso sabático. Asimismo, han utilizado diferentes expresiones en su identificación, como, por ejemplo, privilegio, licencia especial, licencia suplementaria, licencia pagada de estudios o simplemente licencia pagada²⁴.

b) Los fines educativos

La amplitud a través de la que el Convenio núm.140 delimita los «fines educativos» a los que tiende la licencia que está siendo analizada fue rechazada inicialmente por algunos miembros gubernamentales y del grupo de los empleadores que formaron parte de la Comisión de la Licencia Pagada de Estudios. Para basar su rechazo, entre otros extremos, afirmaron que esta licencia debería favorecer, sobre todo, la formación relacionada con el empleo, que la formación sindical y las licencias concedida para atender a este tipo de formación consituyen una cuestión sindical en la que los empresarios no deben participar, que la educación general o cultural de los trabajadores incumbe a los gobiernos, no a los empleadores, y que la OIT solo ha de ocuparse de la formación profesional²⁵.

A pesar de esta oposición, finalmente, dentro de los fines educativos, quedó situado, en primer lugar, el fin de proporcionar formación profesional a todos los niveles. Esta formación está vinculada al empleo. Con ella, se pretende contribuir a la adquisición, desarrollo y adaptación de las calificaciones profesionales y funcionales y al fomento del empleo y de la seguridad en el empleo, en condiciones de desarrollo científico y técnico y de cambio económico y estructural (arts. 2 y 3 Convenio, y párrafos 2 y 3 Recomendación). La referencia a la seguridad en el empleo hace viable acudir a la licencia pagada de estudios, en el ámbito del Convenio núm. 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores (1981), dado que ordena que «deberán adoptarse disposiciones a nivel de empresa en virtud de las cuales [...] los trabajadores y sus repre-

²⁴ *Ibidem*, párrafo 54.

²⁵ Al respecto, *vid.* Informe IV (1) Licencia Pagada de estudios. 1974. (Ginebra): OIT.

sentantes en la empresa reciban una formación apropiada en el ámbito de la seguridad e higiene del trabajo» (art. 19 Convenio núm. 155)²⁶.

En segundo lugar, entre los fines educativos, también se sitúa el fin de proporcionar educación sindical, para promover la participación activa y competente de los trabajadores y de sus representantes en la vida de la empresa y de la comunidad (arts. 2 y 3 Convenio, y párrafos 2 y 3 Recomendación). Este fin constituye, aunque no solo, una garantía fundamental del ejercicio real y efectivo de un derecho que es básico en el ámbito del trabajo, principalmente por su vinculación con la libertad sindical; y que no es otro que el derecho a la participación de los trabajadores en la empresa²⁷. Además, podría permitir que la licencia pagada de estudios se utilizara para atender a lo señalado en la Recomendación núm. 143, sobre los representantes de los trabajadores (1971), en tanto en cuanto dispone que, con el objeto de que estos representantes desempeñen eficazmente sus funciones, «deberían disfrutar del tiempo libre necesario para asistir a [...] cursos de formación, seminarios, congresos y conferencias sindicales. (Este) tiempo [...] debería ser otorgado sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales» (apartado 11 Recomendación núm. 143).

En tercer lugar, dentro del concepto de fines educativos, queda el fin de facilitar la educación general, social o cívica, al objeto de favorecer la promoción humana, social y cultural de los trabajadores (arts. 2 y 3 Convenio, y párrafos 2 y 3 Recomendación). Si bien, no podemos olvidarnos de que la licencia pagada de estudios no es «un sustitutivo de una educación y formación adecuadas de la juventud, sino solamente uno entre los diversos medios de lograr la educación y la formación permanentes» (Recomendación núm. 148, apartado 6). Precisamente, a las tres finalidades educativas que acaban de ser señaladas, el Convenio núm. 140 añade la necesidad de que esta licencia atienda, de manera general, a favorecer una educación y una formación permanentes y apropiadas que faciliten la adaptación de los trabajadores a las exigencias de la vida actual (art. 3 Convenio y párrafo 3 Recomendación). Este cuarto elemento «recoge los otros tres objetivos, a la vez que permite la utilización con otros fines de la licencia pagada de estudio»²⁸.

²⁶ El Convenio núm. 159, sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) (1983), señala que «las autoridades competentes deberán adoptar medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales» (art. 7).

²⁷ PÉREZ AMORÓS, F.: «Convenio sobre la licencia pagada de estudios 1974 (núm. 140)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, 2019 (número especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019), p. 1115.

²⁸ Estudio general de las memorias relativas al Convenio núm. 140 y a la Recomendación núm. 148, sobre la licencia pagada de estudios, 1974, y al Convenio núm. 142 y a la Recomendación núm. 150, sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975. 1991. (Ginebra): OIT (párrafo 352).

La amplitud de la definición de los fines educativos hace posible que tengan la consideración de licencia pagada de estudios herramientas destinadas a satisfacer las necesidades de la empresa y/o las aspiraciones de los trabajadores, que la iniciativa de su disfrute pueda partir del empleador o del trabajador y que la formación sea proporcionada en la empresa o fuera de ella²⁹. Además, los distintos fines educativos que enumera el Convenio núm. 140 no guardan ningún orden de preferencia o jerarquía, estando en manos de los Estados la decisión de establecerlo o no. De igual modo, son los Estados los que tienen la facultad de concretar los fines educativos a los que puede servir la licencia, dentro de los delimitados por el Convenio núm. 140. De modo que no existe un derecho de los trabajadores a disfrutarla para atender a un fin educativo elegido por ellos partiendo del Convenio núm. 140, pero al margen de los recogidos en los instrumentos encargados de desarrollar la licencia a nivel nacional.

c) **Los titulares**

Las personas que pueden disfrutar de una licencia pagada de estudios son los trabajadores, con independencia de que pertenezcan al sector público o al privado. El Convenio núm. 140 no prevé obligaciones específicas de las autoridades nacionales, respecto a los trabajadores del sector público. Lo que significa que éstas no tienen por qué articular necesariamente los mecanismos de aplicación directa de que disponen, al tomar medidas para la concesión de la licencia pagada de estudios en el ámbito del empleo público. Además, el Convenio núm. 140 no fija en detalle las condiciones que deben satisfacer los trabajadores del sector público y privado, para disfrutar de una licencia pagada de estudios.

Ahora bien, lo que sí hace esta norma internacional es recordar un principio general recogido en otras muchas normas, al señalar que la licencia pagada de estudios no puede negarse a los trabajadores por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social (art. 8 Convenio y párrafo 13 Recomendación). Sin embargo, es posible atribuir prioridad a determinadas categorías de trabajadores o a determinadas ocupaciones o funciones en las que las necesidades de educación o de formación son especialmente urgentes, siempre que lo aconsejen las condiciones nacionales y locales, o bien las circunstancias de la empresa (art. 19 Recomendación). Asi-

²⁹ *Ibidem*, párrafo 359.

mismo, se permite la existencia de reglas especiales, para atender a las categorías de trabajadores y empresas que tienen dificultades en ajustarse al sistema general, como los empleados de pequeñas empresas, los rurales, los que viven en zonas aisladas, los que prestan servicios a turnos o poseen responsabilidades familiares; y las empresas estacionales o pequeñas (art. 9 Convenio y párrafo 15 Recomendación).

De igual modo, pueden existir diferencias en las condiciones de elegibilidad de los trabajadores, en función de que la finalidad de la licencia sea la formación profesional, la educación general, social o cívica, o bien la educación sindical (art. 10 Convenio y párrafo 16 Recomendación). En la determinación de estas condiciones, deberían valorarse los tipos de programas educativos o de formación de los que se dispone en cada país, las necesidades de los trabajadores, de sus organizaciones y de las empresas, así como el interés público (párrafo 17 Recomendación). Con estos criterios tan amplios, se pretende dar respuesta a las peculiaridades nacionales y a la exigencia de que la puesta en práctica de la licencia en cada uno de los Estados que han ratificado el Convenio núm. 140 atienda a dichas peculiaridades³⁰.

Por otra parte, también tiende a otorgar flexibilidad la recomendación en virtud de la cual la manera en la que se otorgue la licencia a los trabajadores que cumplan las condiciones de elegibilidad sea objeto de un acuerdo entre las empresas o las organizaciones de empleadores y, de otro lado, las organizaciones de trabajadores interesadas, para garantizar el funcionamiento continuo y eficaz de las empresas. En los supuestos en los que la licencia tenga como fin la educación sindical, la selección de los candidatos para disfrutarla debería recaer en las organizaciones de trabajadores implicadas (párrafo 17 Recomendación).

En cualquier caso, los empleados han de tener garantizada la libertad, a la hora de decidir en qué programas de educación o de formación desean participar, entre aquellos en los que cumplan los requisitos establecidos a nivel nacional (art. 14 Recomendación).

Fuera del Convenio núm. 140 y de la Recomendación núm. 148 OIT, se encuentran referencias que afectan a categorías particulares de trabajadores. Así, el *Estudio general sobre los instrumentos relativos al empleo a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa* (2010) se centra en seis instrumentos entre los que no están el Convenio

³⁰ LANTARÓN BARQUÍN, D.: «El Convenio núm. 140 OIT y la retribución del permiso para concurrir a la realización de exámenes: ¿Derecho virtual?», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 47, 2003, versión electrónica.

núm. 140 y la Recomendación núm. 148³¹. Si bien, se refiere al Convenio núm. 140, en el ámbito de la protección de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal, para situarlo entre aquellos en los que es exigible controlar su cumplimiento en relación con los arts. 11 y 12 del Convenio núm. 181, sobre las agencias de empleo privadas (1997). Estos artículos obligan a los Estados a adoptar las medidas necesarias para asegurar que los trabajadores empleados por esas agencias gozan de una protección adecuada, limitándonos a lo que aquí interesa, en materia de acceso a la formación. Y, en esta misma materia, les otorga la misión de determinar y atribuir responsabilidades a las empresas usuarias y a las agencias de colocación privadas.

El estudio general *Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante* (2020) se centra en un conjunto de instrumentos jurídicos dentro del que tampoco están el Convenio núm. 140 y la Recomendación núm. 148³². A pesar de ello, pone de manifiesto que los trabajadores a tiempo parcial deben tener acceso, en condiciones equitativas y, en la medida de lo posible, equivalentes, a las mismas licencias que los empleados a tiempo completo que están en una situación comparable. Y, entre estas licencias, coloca a la licencia pagada de estudios, a la par que trae a colación la Directiva 97/81/CE del Consejo de la Unión Europea, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

Para terminar con esta lista ejemplificativa, cabe traer a colación el documento titulado *Garantizar un trabajo decente para el personal de enfermería y los trabajadores domésticos, actores claves en la economía del cuidado de personas* (2022), ya que declara que el personal de enfermería, siempre que sea posible, debería disfrutar de unas licencias pagadas de estudios de conformidad con el Convenio núm. 140.

d) El elemento temporal

La licencia pagada de estudio debe ser disfrutada por los trabajadores, durante un periodo determinado de tiempo, dentro de la jornada de trabajo. No

³¹ Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122); Convenio sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975 (núm. 142); Convenio sobre el servicio del empleo, 1948 (núm. 88); Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181); Recomendación sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas, 1998 (núm. 189); y Recomendación sobre la promoción de las cooperativas, 2002 (núm. 193).

³² Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122); Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 159); Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177); Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 168); Recomendación sobre la política del empleo (disposiciones complementarias), 1984 (núm. 169); Recomendación sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 184); Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198); y Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015 (núm. 204).

se puede perder de vista que lo que se pretende a través de esta licencia «es fomentar el desarrollo de la formación continua, a la vez que permitir a los trabajadores completar su educación o formación sin que el esfuerzo particular que llevan a cabo al respecto se añada a la fatiga inherente a su carga habitual de trabajo y reduzca su tiempo libre»³³.

Precisamente, a fomentar la utilización de la licencia contribuye que el tiempo de su disfrute deba asimilarse a tiempo de trabajo efectivo, «a efectos de determinar los derechos a prestaciones sociales y otros derechos que se deriven de la relación de empleo con arreglo a lo previsto por la legislación nacional, los contratos colectivos, los laudos arbitrales o cualquier otro método compatible con la práctica nacional» (art. 11 Convenio). Lo que significa que el trabajador, durante el disfrute de la licencia, debe beneficiarse de las prestaciones sociales y de otros derechos que hubiera percibido en el supuesto de que no hubiera estado disfrutando de ella; y, de otro lado, que el tiempo de su disfrute ha de valorarse como de trabajo efectivo, en la concreción de la protección a la que puede tener derecho tras su conclusión.

El Convenio núm. 140 y la Recomendación núm. 148 no prevén límites al elemento temporal de la licencia pagada de estudios, es decir, no establecen un porcentaje mínimo o máximo de la jornada de trabajo al que pueda afectar. De ahí que sea factible que alcance a un marco concreto de horas o fracción de horas dentro de una misma jornada de trabajo o de varias, o bien a períodos de tiempo de una mayor extensión que abarquen toda una jornada de trabajo o algunas jornadas de trabajo. La determinación de las concretas modalidades de disfrute y de la duración de la licencia corresponde a los Estados que han ratificado el Convenio núm. 140.

e) **La retribución**

Al igual que los aspectos señalados en el anterior apartado, la retribución constituye un elemento que contribuye a fomentar la utilización de la licencia que está siendo analizada. Si bien, no es necesario que los trabajadores reciban una retribución idéntica a la que venían recibiendo con anterioridad, ya que solo se exige el «pago de prestaciones económicas adecuadas (art. 1 Convenio y párrafo 1 Recomendación). De manera que la retribución puede hacerse efectiva, a través del pago de la remuneración y otras prestaciones que vinieran

³³ Estudio general de las memorias relativas al Convenio núm. 140 y a la Recomendación núm. 148, sobre la licencia pagada de estudios, 1974, y al Convenio núm. 142 y a la Recomendación núm. 150, sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975. 1991. (Ginebra): OIT (párrafos 348 y 349).

percibiendo los trabajadores, o mediante el abono de una compensación adecuada por dichos conceptos (párrafo 20 Recomendación). La naturaleza flexible y programática del Convenio núm. 140 hacen que sean los Estados los encargados de determinar la cuantía de las prestaciones económicas y los elementos que las componen, debiendo asegurar, en todo caso, que el trabajador mantiene su nivel de ingresos, a la vez que valorar el coste adicional importante que, en su caso, conlleve la educación o la formación que reciba. Para el desarrollo de esta tarea, pueden acudir a la legislación nacional, a los acuerdos colectivos, a los laudos arbitrales o a otro medio compatible con la práctica nacional (párrafo 20 Recomendación).

De igual forma, son los Estados los encargados de determinar a quién corresponde hacer frente al coste de las prestaciones. Al efecto, poseen una variedad de posibilidades: la financiación procedente de los empleadores, sea colectiva o individualmente; la financiación de las autoridades públicas y las instituciones o centros educativos y de formación; la financiación que tiene origen en las organizaciones de empleadores y de trabajadores; y, en fin, la financiación mixta, en la que pueden participar todos o algunos de los sujetos mencionados (párrafo 12 Recomendación). Repárese en la circunstancia de que no se menciona a los trabajadores a título individual, entre los posibles responsables de financiar el sistema de licencia pagada de estudios. Lo que deja ver que no se desea sobrecargarles, con el sacrificio económico que ello implicaría.

El Convenio núm. 140 y la Recomendación núm. 148 repiten una cláusula de estilo que suele utilizar la OIT cuando aborda temas de financiación. Concretamente, disponen que la financiación del sistema de licencia pagada de estudios debe realizarse en forma regular, adecuada y de acuerdo con la práctica nacional (art. 7 Convenio, y párrafos 11 y 12 Recomendación). Además, a fin de garantizar la igualdad efectiva de los trabajadores para beneficiarse de la licencia, es posible que se establezcan regímenes especiales de financiación que atiendan a categorías particulares de trabajadores o de empresas en los términos en los que son identificadas en el artículo 9 del Convenio núm. 140 y en el párrafo 15 de la Recomendación núm. 148.

Por lo demás, el Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo titulado *Trabajar para un futuro más prometedor*, presentado el 22 de enero de 2019, contiene medidas que se acercan a la licencia pagada de estudios y concreta el sistema a través del cual podrían financiarse³⁴. Así,

³⁴ Además, en su apartado 2, pide que se reconozca formalmente un derecho universal al aprendizaje permanente y, correlativamente, que se establezca un sistema eficaz de aprendizaje permanente. Entien-

tras hacer responsable de la creación de las condiciones que hacen posible el aprendizaje permanente a los gobiernos, a las instituciones educativas, a los empleadores y a los trabajadores, propone «que se establezca un sistema de derechos de formación mediante un sistema rediseñado de «seguro de empleo» o de «fondos sociales» que permita a los trabajadores tomarse tiempo libre remunerado de sus trabajos para participar en la formación. Se podría reconocer a los trabajadores el derecho a un determinado número de horas de formación, independientemente del tipo de trabajo que hagan. Este sistema tiene la ventaja de apoyar a los trabajadores más vulnerables mediante su formación continua, en particular a los trabajadores por cuenta propia o los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas, que tienen menos posibilidades de beneficiarse de la formación financiada por el empleador»³⁵. Ahora bien, estas ideas no fueron recogidas, en la *Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo* (2019).

4. LA LICENCIA PAGADA DE ESTUDIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

a) El derecho a la formación de los trabajadores

En el momento en el que se buscan las bases sobre las que puede anclarse la licencia pagada de estudios en el ordenamiento jurídico español, aparecen diversos derechos constitucionales. Una particular importancia posee el derecho a la formación de los trabajadores, que constituye una de las dimensiones del derecho a la promoción a través del trabajo (art. 35.1 CE) y se encuentra relacionado con el derecho general a la educación (art. 27.1 CE). Tampoco puede dejarse a un lado el principio rector de la política social y económica en virtud del cual los poderes públicos han de fomentar «una política que garantice la formación y readaptación profesionales» (art. 40.2 CE).

A nivel de la legislación ordinaria, las últimas reformas laborales han tenido entre sus objetivos mejorar la formación de los trabajadores, especialmente a partir de la reforma de 2012. Los cambios han afectado, incluso, al artículo 4.2 b) ET; y han hecho que este precepto señale que los trabajadores

de que este tipo de aprendizaje «engloba el aprendizaje formal e informal desde la primera infancia y la educación básica, así como todo el aprendizaje adulto, y combina competencias básicas, sociales y cognitivas (como el aprendizaje para aprender), al igual que las competencias necesarias para trabajos, ocupaciones o sectores específicos» (p. 30).

³⁵ *Trabajar para un futuro más prometedor*, 2019. (Ginebra): OIT (p. 31).

tienen derecho «a la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad». Nos encontramos, ante un derecho genérico que requiere ser concretado a través de instrumentos que faciliten su efectividad, entre los que podría situarse la licencia pagada de estudios en los términos en los que es configurada en el Convenio núm. 140 OIT.

La importancia que ha ido adquiriendo la formación de los trabajadores a lo largo del tiempo también se desprende de otro tipo de documentos, como la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030, que, por ejemplo, alude a ella, en el campo del ODS 8, centrado, como sabemos, en el trabajo decente y el crecimiento económico. Por su parte, el IV Acuerdo Nacional de Formación³⁶ declara que «debe incentivarse la iniciativa del trabajador para mejorar su cualificación profesional» y «se facilitará la autorización por la empresa de permisos individuales de formación para la realización de acciones formativas reconocidas mediante acreditación oficial» (art. 3). Además, entre los ejes del sistema de formación para el empleo, sitúa la «potenciación de la formación de demanda: formación en la empresa y permisos individuales de formación» (art. 8.3). De igual modo, cabe citar el Acuerdo de Formación para el Empleo de las Administraciones Públicas de 9 de marzo de 2018³⁷. Y, para terminar con la muestra de documentos, el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva³⁸, que, en su Capítulo V, presta atención a la formación y a la cualificación profesional, y señala que es necesario contribuir a través de la negociación colectiva a la formación de los trabajadores a lo largo de la vida laboral.

A grandes rasgos, puede decirse que los documentos elaborados a nivel nacional, al igual que los creados en el seno de la OIT, vinculan la formación de los trabajadores a las transformaciones que sufre el mundo del trabajo, a las políticas de empleo, a la mejora de las condiciones de trabajo y a los derechos humanos. Y no olvidan la incidencia que posee sobre la mejora de la productividad, el crecimiento económico, la sostenibilidad de las empresas y la iniciativa empresarial.

³⁶ Resolución de 3 de marzo de 2006 de la Dirección General de Trabajo (BOE núm. 73, de 27 de marzo de 2006). La vigencia de este acuerdo ha sido prorrogada.

³⁷ Resolución de 21 de marzo de 2018 de la Secretaría de Estado de Función Pública (BOE núm. 74, de 26 de marzo de 2018).

³⁸ Resolución de 19 de mayo de 2023 de la Dirección General de Trabajo (BOE núm. 129, de 31 de mayo de 2023).

b) La incompleta configuración de la licencia pagada de estudios realizada en el artículo 23 ET

En la búsqueda de las normas de la legislación ordinaria que pueden servir para comprobar si España ha dado cumplimiento al Convenio núm. 140, el protagonismo lo ocupó en su momento el antiguo artículo 22 ET (Ley 8/1980, de 10 de marzo) y actualmente el vigente artículo 23 ET –que sustituye al primero, aunque con importantes modificaciones–. De hecho, en todos los documentos que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante, CEACR) ha elaborado con relación al Convenio núm. 140, se menciona uno u otro precepto, partiendo de las explicaciones dadas por el Gobierno, así como del análisis efectuado por los agentes sociales. Para una mayor concreción, sirve el dato de que las solicitudes directas de la CEACR son de 2019, 2001, 1992 y 1991, mientras que las observaciones de 1995 y 1993³⁹.

El vigente artículo 23 ET atribuye a los trabajadores derechos que, por su solo ejercicio, no ponen fin al contrato de trabajo, al igual que sucede con la licencia pagada de estudios regulada en el Convenio núm. 140. Concretamente, respecto a lo que aquí interesa, los apartados 1.º y 2.º de este precepto están dedicados al permiso para concurrir a exámenes –cuyo disfrute se encuentra condicionado a que el trabajador curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional–, al permiso de formación o perfeccionamiento profesional y, por último, al derecho de los trabajadores a recibir la formación necesaria para adaptarse a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo. Por otro lado, el apartado 3.º del artículo 23 ET recoge el derecho de los trabajadores a disfrutar de un permiso de formación profesional para el empleo vinculado a la actividad de la empresa.

Los destinatarios y las finalidades de cada uno de estos derechos caben dentro de los que son mencionados en el Convenio núm. 140. Así, los destinatarios son los trabajadores asalariados y la finalidad precisamente que éstos reciban formación profesional, a la que se añade la formación académica, en el ámbito de la licencia para concurrir a exámenes. El artículo 23 ET no incluye, sin embargo, referencias a la formación social o cívica ni a la educación sindical, debiendo tenerse en cuenta que esta última puede dirigirse, tanto a los trabajadores, como a los representantes de los trabajadores (arts. 2 y 3 Convenio); estos últimos pueden eventualmente tenerla cubierta, a través del denominado crédito horario.

³⁹ Vid. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:3999115,102847.

Por otro lado, existen discrepancias doctrinales, en torno a si este conjunto de derechos es de aplicación directa, o bien si cada uno de ellos ha de ser concretado a través de la negociación colectiva o los pactos individuales. Y ello, a causa de que el artículo 23 ET deja incompleta su configuración y remite su concreción a la negociación colectiva; y, en el permiso de formación profesional para el empleo vinculado a la actividad de la empresa (art. 23.3 ET), subsidiariamente a los acuerdos individuales. Con el añadido de que no hay jurisprudencia que haya resuelto frontalmente esta cuestión.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que el artículo 23.1 a) ET omite si el derecho de los trabajadores a disfrutar de los permisos necesarios para concurrir a exámenes ha de estar unido a una retribución, así como a la consideración del tiempo de su disfrute como tiempo de trabajo efectivo, a efectos de determinar los derechos a prestaciones sociales y otros derechos que se deriven del contrato de trabajo –como señala el artículo 11 del Convenio 140–. Tampoco indica si existe reserva de puesto de trabajo, aunque, dada la corta duración del permiso ha de entenderse implícita. En segundo lugar, el derecho de los trabajadores a disfrutar de permisos de formación o perfeccionamiento profesional se vincula en el artículo 23.1 c) ET a la reserva de puesto de trabajo, pero es dueño del resto de los silencios que afectan al permiso para concurrir a exámenes. En tercer lugar, el artículo 23.1 d) ET⁴⁰ une el derecho de los trabajadores a recibir la formación necesaria para adaptarse a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo a que el tiempo de su disfrute tenga la consideración de tiempo de trabajo efectivo, pero omite cualquier referencia a la presencia de una retribución. El artículo 52 b) ET sí ordena que el empresario ha de abonar al trabajador el salario medio que viniera percibiendo; si bien, este mandato se vincula a una causa de despido objetivo y se refiere solo a las modificaciones técnicas. Por último, respecto a lo que en este lugar interesa, el artículo 23.3 ET liga el derecho de los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa a disfrutar de un permiso de formación profesional para el empleo solo a la presencia de una retribución⁴¹.

⁴⁰ Sobre este derecho, se pronuncian, entre otras, las SSTS, Sala 4.ª, de 7 de mayo de 2020 (rcas. núm. 200/2018), de 3 de noviembre de 2020 (rcas. núm. 61/2019) y de 11 de diciembre de 2017 (rcas. núm.: 265/2016); y la SAN, Sala 4.ª, de 23 de octubre de 2017 (sen. núm.: 147/2017).

⁴¹ En el ámbito de las empresas de seguridad y vigilancia, la STS, Sala 4.ª, de 20 de noviembre de 2019 (rcas. núm.: 39/2018) declara que el artículo 23.3 ET «reconoce un derecho «a un permiso». En ninguna de las frases del mismo se impone a la empresa la obligación de ofrecer/impartir la formación. (Si bien), la obligada contribución de la empresa a la formación profesional de sus trabajadores se plasmará, bien en el ofrecimiento mismo de la formación a sus expensas, bien en el salario correspondiente a la ausencia por el disfrute del permiso» (FJ 4.º).

Para cubrir los silencios que contiene y que impiden afirmar que otorga una configuración completa a los derechos que regula, el artículo 23.2 ET obliga a la negociación colectiva a elaborar convenios colectivos que dediquen atención a tales derechos, en tanto en cuanto señala que, en su seno, «se pactarán los términos de su ejercicio»⁴². De modo que si la negociación colectiva concluye la configuración de los derechos que recoge el artículo 23.1 ET y establece medidas que permiten su ejercicio en los términos señalados en el Convenio núm. 140 OIT, podrá afirmarse que España ha atendido a los mandatos de esta norma internacional, claro está, solo en el ámbito de aplicación del respectivo convenio colectivo. Las dificultades surgirán, en aquellas situaciones en las que suceda todo lo contrario o los convenios colectivos se limiten a reproducir los mandatos del artículo 23.1 ET, salvo que los trabajadores y los empresarios pacten una licencia que siga los dictados del artículo 140 OIT. La norma no remite expresamente a este pacto individual, pero nada impide que los protagonistas de las relaciones laborales lo alcancen. Además, idénticas consecuencias se unen al régimen contenido en el artículo 23.3 ET; aunque, en este caso, el legislador ordena expresamente que «en defecto de lo previsto en convenio colectivo, la concreción del modo de disfrute del permiso se fijará de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario».

Ahora bien, el silencio total o parcial de la negociación colectiva, en determinados casos, puede estar justificado. Para avalar esta afirmación, sirve que el Convenio núm. 140 parte de que su implantación debe, de un lado, ser progresiva –aunque lo cierto es que ya ha pasado mucho tiempo desde que España lo ratificó, para que esa implantación no se haya completado–. Y, de otro lado, tener en cuenta, entre otros elementos, el grado de desarrollo y las necesidades particulares del país y de los diferentes sectores de actividad, pudiendo, por ejemplo, atribuirse prioridad a determinadas categorías de trabajadores o a determinadas ocupaciones o funciones en las que las necesidades de educación o de formación son especialmente urgentes (art. 4 Convenio y párrafo 4 Recomendación).

En resumidas cuentas, a pesar de la creciente importancia que se ha otorgado a la formación de los trabajadores a nivel nacional e internacional, al igual que sucedía con el antiguo artículo 22 ET, por sí solo, el artículo 23 ET no permite afirmar que España ha dado cumplimiento al Convenio núm. 140. El respecto de los dictados de esta norma internacional depende básicamente de lo pactado vía convenio colectivo o acuerdo individual. No obstante, recuérdese que el Convenio núm. 140 llama a la legislación nacional, a los convenios colectivos, a los laudos arbitrales y a cualquier otro instrumento que sea compatible con la prác-

⁴² En cambio, el antiguo artículo 22 ET (Ley 8/1980, de 10 de marzo) indicaba que «en los convenios colectivos podrá pactarse los términos concretos del ejercicio de estos derechos».

tica nacional, para articular la licencia pagada de estudios a nivel nacional (art. 5 Convenio y párrafo 5 Recomendación). Y se da la circunstancia de que, en el seno de esta fórmula, difícilmente podrían haber los acuerdos individuales.

c) **La situación de otras normas respecto a la licencia pagada de estudios**

Al igual que el artículo 23 ET, el Estatuto Básico del Empleado Público, por sí solo, no permite afirmar que España ha cumplido el Convenio núm. 140 en el ámbito al que resulta aplicable. Ciertamente, entre los derechos de los empleados públicos, sitúa el derecho «a la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral (art. 14 g) EBEP); y también el derecho a disfrutar de «permisos y licencias» (art. 14 m) EBEP). Si bien, limitándonos a lo que en este lugar interesa, simplemente concreta que los funcionarios públicos tienen derecho al permiso «para concurrir a exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud, durante los días de su celebración» (ar. 48 d) EBEP). Además, para determinar el régimen de permisos del personal laboral, precisa que se estará a lo establecido en el EBEP para los funcionarios públicos y en la legislación laboral (art. 51 EBEP).

El legislador tampoco configura completamente los permisos individuales de formación a los que se refiere el artículo 29 del Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, que desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre de 2015, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, en conexión con lo ordenado en el artículo 8.1 d) de esta ley.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que los permisos que atiendan a las finalidades de la licencia pagada de estudios definidas en el Convenio núm. 140 que no son mencionados por ninguna de las normas a las que se ha prestado atención en el presente estudio –por ejemplo, aquellos que pueden surgir en el ámbito de la prevención de riesgos laborales– cabrán en la categoría de licencia pagada de estudios, siempre que hayan sido concretados respetando las exigencias del Convenio núm. 140.

5. REFLEXIÓN FINAL

La circunstancia de que el Convenio núm. 140 llame a la legislación nacional, a los convenios colectivos, a los laudos arbitrales y a cualquier otro instrumento que sea compatible con la práctica nacional (art. 5 Convenio y

párrafo 5 Recomendación), unida a que no impone la intervención supletoria de la legislación nacional para atener a aquellas situaciones en las que las otras instancias a las que ha llamado se mantengan pasivas, ha permitido que el legislador español se haya despreocupado de elaborar la configuración completa de los instrumentos que ha destinado a dar cumplimiento al Convenio núm. 140. Con ello, también ha renunciado a establecer unos mínimos que, como tales, deban ser respetados por los convenios colectivos y los acuerdos individuales; y que, además, podrían convertir el derecho a disfrutar de los citados instrumentos en un derecho de aplicación directa. Con el añadido de que esta renuncia del legislador contribuye a facilitar que las políticas destinadas a fomentar la licencia pagada de estudios queden incompletas, posean incorrecciones y se coordinen inadecuadamente con las generales en materia de empleo, educación y formación profesional, en contra de lo ordenado en el Convenio núm. 140.

Por otro lado, consciente o inconscientemente, el legislador español parece estar de acuerdo con los Estados y grupos de empleadores que formaron parte de la Comisión de la Licencia Pagada de Estudios y que se opusieron a la fórmula amplia a través de la que el Convenio núm. 140 delimita los fines educativos, porque entendieron que la licencia no debería atender a la educación general, social o cívica ni a la sindical. Téngase en cuenta que la finalidad de las medidas que diseñan las normas que han sido analizadas en el presente estudio se encuentra unida a la formación profesional de los trabajadores, salvo en el ámbito de licencia para la realización de exámenes, en la que se añade la formación académica. Sin embargo, se omite cualquier referencia a la formación social o cívica y a la educación sindical.

La situación que se acaba de describir es especialmente preocupante, no solo porque significa que lo previsto en el Convenio núm. 140 no ha sido atendiendo adecuadamente por el Estado español, sino también porque contradice la línea marcada por las normas internacionales y las grandes declaraciones de principios en las que se destaca que los trabajadores y empresarios se ven obligados a enfrentarse a cambios científicos y tecnológicos, al cambio climático, a los cambios demográficos, a las crisis sanitarias y, entre otros elementos, a la globalización. Y, partiendo de todo ello, consideran fundamental la formación de los trabajadores a lo largo de la vida laboral.

CLÁUSULAS DE TRABAJO EN CONTRATAS PÚBLICAS

MARIALAURA BIRGILLITO
Profesora Ayudante Doctora
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *El ámbito de aplicación del convenio núm. 94 OIT.*–3. *Las cláusulas sociales.*–4. *La técnica definitoria.*–5. *El objeto de la tutela jurídica acordada a los trabajadores.*–6. *Los mecanismos internacionales de diálogo multinivel y el control de efectividad de la norma internacional.*–7. *Conclusiones abiertas.*

1. INTRODUCCIÓN

La Organización Internacional del Trabajo adopta el Convenio núm. 94 y la Recomendación núm. 84¹ con la finalidad de asegurar a los trabajadores empleados en la ejecución de los contratos de obras y servicios públicos unas condiciones laborales mínimas. El Convenio, entrado en vigor el 20 de septiembre de 1952², viene interpretado conformemente a las observaciones ge-

¹ C094 – Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949 (núm. 94). R084 – Recomendación sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949 (núm. 84). El Convenio ha sido ratificado, hasta la actualidad, por sesenta y tres Estados miembros de la OIT y ha sido denunciado por Reino Unido el 20 de septiembre 1982; actualmente está abierto el plazo para su denuncia (del 20 de septiembre de 2022 al 20 de septiembre de 2023).

² La Conferencia Internacional del Trabajo dio seguimiento a la decisión de la Conferencia General de la OIT de regular la materia con un convenio internacional y con una recomendación complementaria y aprobó los dos textos en su trigésima segunda reunión el 29 de junio de 1949. Los Grupos de Trabajo de Ventejol de 1979 y 1987 clasificaron este Convenio como un instrumento prioritario.

nerales de 1956³ y las aclaraciones sucesivas de la Conferencia Internacional del Trabajo⁴.

El contexto jurídico internacional, marcado por la producción normativa de la OIT⁵ y de Naciones Unidas tras el segundo conflicto mundial, y el contexto de reconstrucción industrial, con las inversiones en infraestructuras y en obras públicas de la segunda posguerra⁶, consolidan el acuerdo internacional sobre una intervención normativa en materia de condiciones laborales que deberán aplicarse las contrata de obras y servicios públicos. La valoración por la cual los costos laborales constituyen el elemento de la competencia entre licitadores y postores para la adjudicación de la contrata pública refuerza la decisión de regular, desde el nivel internacional, las condiciones laborales de los trabajadores empleados en la ejecución de las obras y de los servicios públicos⁷, asegurándoles la igualdad de trato con respecto a los trabajadores empleados en un sector asimilable. El Convenio configura entonces, a cargo de los Estados miembros, la obligación internacional de velar porque en los contratos públicos se incluya una cláusula tipo (la cláusula social) que garantice

³ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante, ICE) de 1956, p. 81. En su observación general de 1956 la Comisión recordó que «el objetivo esencial del Convenio es garantizar a los trabajadores ocupados en virtud de un contrato público que gozarán de las mismas condiciones que los trabajadores cuyas condiciones de empleo se fijan no solamente por la legislación nacional, sino aún más por medio de convenios colectivos o laudos arbitrales y que en muchos casos las disposiciones de la legislación nacional en materia de salarios, duración del trabajo y otras condiciones de trabajo establecen, por lo general, simplemente normas mínimas susceptibles de ser mejoradas por medio de convenios colectivos». En marzo de 1974 la Oficina redactó una «Nota explicativa relativa al Convenio núm. 94», que fue utilizada para proporcionar a los Estados Miembros la orientación acerca de la aplicación del instrumento normativo. La Nota comprende un texto modelo que ilustra la forma en que podría aplicarse el Convenio en la legislación y en la práctica.

⁴ Tras las discusiones sobre política normativa de la 82.ª reunión de la CIT en 1994, en marzo de 1995, el Consejo de Administración instituyó el Grupo de Trabajo sobre políticas de revisión de las normas para examinar criterios y analizar deficiencias del sistema normativo.

⁵ Al margen de la Constitución de la OIT, la Declaración de Filadelfia (Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo) de 10 de marzo de 1944, y de los Convenios técnicos (los primeros en aprobarse), en 1949 se habían aprobado algunos Convenios fundamentales: el C029 – Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29); el C087 – Convenio sobre la libertad sindical y el derecho de sindicación, 1948 (núm. 87). Entre los Convenios prioritarios, el C081 – Convenio sobre la inspección de trabajo, 1947 (núm. 81); a seguir se aprobó el C095 – Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95).

⁶ Una anotación sobre el plan francés de la posguerra respecto del problema de los sectores básicos y de la adecuación del empleo a las necesidades de la reconstrucción en ALALUF M., STROOBANTS M. (1994), «¿Moviliza la competencia al obrero?», *Revista Europea Formación Profesional*, 1, pp. 46-55, especialmente p. 47.

⁷ Textualmente, «al proponer la reglamentación obligatoria de los aspectos sociales de la adquisición pública, el Convenio apuntaba a contrarrestar una amplia competencia de precios basada en el costo que suponen las condiciones de trabajo, los empleos que requieren calificaciones y los servicios de calidad». Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), 97.ª reunión, «Informe III (Parte 1B), Estudio general relativo al convenio (núm. 94) y a la Recomendación (núm. 84) sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949», 2008, p. 5. Para su consulta:

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_091402.pdf.

unos niveles salariales y laborales mínimos establecidos por las normas de derecho interno, heterónomas y autónomas, aplicables al sector.

Dos consideraciones preliminares se estiman necesarias.

La primera apunta a las interacciones multiniveles y al proceso de adaptación de los ordenamientos internos al marco jurídico internacional. Se observa que la ratificación del Convenio por España, del año 1971⁸ y anterior a su Constitución, pone de manifiesto las antinomias con respecto al ordenamiento internacional en cuanto a la finalidad (la garantía de los derechos laborales, cuyo fundamento reside en la libertad sindical), a la técnica de regulación (la negociación colectiva) y a los fundamentos normativos: la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga.

La segunda consideración evidencia que la recepción de la norma supranacional en el ordenamiento interno se enfrenta a la interposición del ordenamiento europeo⁹. A partir del Tratado de Roma de 1957, con la constitución de la Comunidad Económica Europea y sus sucesivas evoluciones, este consolida un marco jurídico que favorece la interacción entre los mercados europeos de capitales, bienes, servicios y de la fuerza de trabajo y su competencia a escala europea y elimina progresivamente los obstáculos del nivel nacional. Las normas heterónomas europeas, por un lado, y las interpretaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁰, por el otro, fundamentan el argumento por el cual la garantía de los estándares laborales en las cláusulas sociales tiene que supeditarse a las libertades económicas y valorarse como una posible restricción a su ejercicio¹¹.

El estudio se compone de dos partes.

La primera analiza el Convenio núm. 94 y la Recomendación núm. 84 OIT, a partir de su interpretación textual y sistemática: aclara el ámbito de aplicación y analiza las técnicas de regulación y las fuentes, heterónomas y autónomas (la ley y el convenio colectivo), de derecho interno a las que el Convenio reenvía.

La segunda se detiene en el diálogo multinivel entre ordenamientos jurídicos, evidenciando correlaciones e interferencias, con la finalidad de analizar

⁸ El instrumento de ratificación por España del C094 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a las cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas, de 29 de abril de 1971, viene publicado en el BOE núm. 125, de 25 de mayo de 1972.

⁹ BRUNN N., JACOBS A., SCHMIDT M., «La Convenzione 94 dell'OIL alla luce del caso Rüffert», *RGL*, 2009, I, p. 649 ss.

¹⁰ Una reflexión acerca del protagonismo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la formación del derecho europeo y de su capacidad de impacto sobre los derechos nacionales, con especial atención al caso español, en GARCÍA MURCIA J. (2017), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea. Un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Aranzadi, Navarra.

¹¹ ORLANDINI G. (2015), «Clausole sociali [dir. lav. interno]», *Diritto on line* (voce dizionario), Treccani, Roma [10.7394/DOL-414].

el impacto de la normativa de la OIT en la formación histórica y en la configuración actual del ordenamiento jurídico laboral español en la materia de las cláusulas sociales. En concreto se dirige a conocer si y en qué términos el Convenio y la Recomendación hayan efectivamente contribuido a impulsar los cambios registrados por el derecho interno español en la materia y encauzado su evolución siguiente; y a despejar la portada y el alcance de la normativa europea¹² respecto de la regulación de un fenómeno de dimensión internacional.

2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO NÚM. 94 OIT

El Convenio núm. 94 OIT define su propio ámbito de aplicación a partir del negocio jurídico del contrato, para la ejecución de la obra o del servicio público, en su doble variante: como contrato administrativo o como contrato de derecho privado¹³. Tres criterios lo definen: la parte contractual (la autoridad pública), el objeto del contrato y la proveniencia de la financiación. La lista de exclusiones complementa su definición.

El Convenio no se aplica a la totalidad de los contratos celebrados por las administraciones públicas¹⁴. Las relaciones jurídicas que delimitan el ámbito

¹² Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo núm. 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, respectivamente: relativa a la adjudicación de contratos de concesión; sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Sobre el fenómeno de la competencia entre ordenamientos jurídicos europeos se reenvía a RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER M. (2008), «El caso Rüffert; una constitucionalización del dumping social?», *RL*, núm. 15-16, p. 83 ss.; Bernaciak M. (2014) «Social dumping and the EU integration process», *ETUI Working Paper*, 2014/06, especialmente pp. 18-24.

¹³ Para las definiciones de contrato de derecho civil y de contrato administrativo se reenvía a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R., GARCÍA DE ENTERRÍA E. (2022), *Curso de Derecho Administrativo I*, 20° ed., Título IV (La actuación administrativa), pp. RB-12.9 ss. Los contratos administrativos y los contratos de derecho privado son los instrumentos contractuales con los que la Administración Pública constituye, regula o extingue unas relaciones patrimoniales: el pago de dinero o la transferencia de posibilidades de actuación frente al público a ella reservadas a cambio de bienes o servicios. La correspondencia funcional y estructural entre contrato administrativo y contrato de derecho privado común está afectada de unas modulaciones de régimen por el hecho de que uno de los contratantes sea una Administración y por las peculiaridades de su tráfico jurídico.

¹⁴ El derecho interno especifica el ámbito de aplicación de la disciplina sobre contratos públicos. Al respecto, hay que puntualizar que, en conformidad con el derecho español, pueden existir organismos que tengan la condición de poderes adjudicadores sin tener la condición de Administraciones Públicas (Libro Tercero, De los contratos de otros entes del sector público, Título I, Contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas). En estos casos la ley diferencia entre los contratos sujetos a regulación armonizada –a los que el artículo 317 LCSP aplica las normas establecidas para las Administraciones Públicas– y los contratos distintos. En este segundo caso, el artículo 318 diferencia según el valor estimado: si es inferior a 40.000 (concesiones de obras públicas y de servicios) o a 15.000 euros (contratos de servicios y suministros), pueden adjudicarse directamente; si exceden estos límites, pueden adjudicarse por cualquiera de los procedimientos previstos en la ley, salvo el negociado sin publicidad.

de aplicación y que vienen descritas en su artículo 1 reúnen tres requisitos relativos a la parte del contrato (la administración pública de nivel central), a la causa y al objeto del mismo.

Con respecto al elemento subjetivo la norma prefigura dos niveles distintos de regulación: los niveles centrales de la administración general del Estado, en los cuales las obligaciones jurídicas vienen definidas en (y concretadas por) el mismo Convenio; y los niveles periféricos, en los que la implementación del Convenio puede ser modulada según las instrucciones de las autoridades centrales. Están excluidas del ámbito de aplicación del Convenio todas las fórmulas mixtas de colaboración o de participación público-privada, que son las que, con mayor frecuencia, responden a las fórmulas de organización de los capitales a escala supranacional. Se configuran entonces tres ámbitos distintos de regulación, que difieren por las reglas aplicadas, las normas de empleo y, por consecuencias, los salarios y las condiciones laborales.

Dentro de las situaciones jurídicas descritas, un segundo conjunto de elementos delimita el ámbito de aplicación del Convenio a partir de la causa y del objeto del contrato: el intercambio entre financiación pública y ejecución de la obra o del servicio público en la cual se empleen trabajadores; y la ejecución de las actividades listadas por el artículo 1 del Convenio (la construcción, transformación, reparación o demolición de obras públicas; la fabricación, el montaje, la manipulación o el transporte de materiales, pertrechos y utensilios; o la ejecución o suministro de servicios)¹⁵.

Se puntualizan varias cuestiones al respecto.

En primer lugar, en relación con el ámbito de aplicación del Convenio, la duda apunta a si la ejecución de los servicios que la norma no menciona expresamente en su lista tasada se excluye o menos del ámbito de su aplicación. La técnica normativa –delimitar unas actividades concretas, en lugar de definir teleológicamente el servicio a partir de las necesidades sociales cubiertas– no justifica una interpretación extensiva de la norma.¹⁶

En segundo lugar, con respecto a las relaciones jurídicas de subcontratación, el artículo 1.3 del Convenio 94 reenvía textualmente a las obras ejecutadas por los subcontratistas o por los cesionarios de los contratos, autorizando la autoridad competente a adoptar las medidas adecuadas. Se ponen dos cuestiones. Puesto que la norma menciona expresamente sólo los contratos de obras públicas, la duda es si la fórmula incluye los contratos de concesión que

¹⁵ Artículo 1.1 C094 OIT.

¹⁶ La definición de servicio público abarca dos posibles aproximaciones. La primera presume la existencia de un servicio ontológicamente esencial; la segunda, sin embargo, hace hincapié en su nexos con la protección de unos intereses considerados esenciales por acuerdo unánime.

empleen la fórmula jurídica de la subcontratación. Además, la indefinición de la obligación jurídica respecto de las que deberían estimarse como medidas adecuadas podría acordar a las administraciones públicas cierta discrecionalidad y justificar la elusión de la norma internacional precisamente donde más elevada es la competencia internacional (las obras públicas, especialmente en el sector de la construcción).

En tercer lugar, con respecto a la interpretación del Convenio, la cuestión apunta a si sus normas tengan que complementarse con las de la Recomendación núm. 84; por ejemplo, en su párrafo primero, esta establece que, cuando se concedan a los empleadores privados subvenciones o permisos para explotar un servicio de utilidad pública, deberán aplicarse unas disposiciones sustancialmente análogas a las que figuran en las cláusulas de trabajo de los contratos públicos.

Se avanzan dos cuestiones interpretativas.

La primera se refiere a si, atendiendo a su naturaleza jurídica, la Recomendación sólo despliega un valor interpretativo o si puede ampliar el ámbito de aplicación del Convenio. La segunda plantea si las disposiciones sustancialmente análogas deben entenderse como condiciones comparables o idénticas a las que figuran en las cláusulas de trabajo.

Finalmente, la descripción del ámbito de aplicación del Convenio se complementa con las circunstancias jurídicas de la exclusión y de la suspensión temporal. Se trata de unas situaciones heterogéneas que la administración puede excluir del Convenio (de forma definitiva o temporal) si concurren los requisitos pertinentes. La exclusión, que depende de tres criterios (personal, material, territorial)¹⁷, requiere la consulta obligatoria con las organizaciones de empleadores y de trabajadores. La suspensión temporal, sin embargo, puede aplicarse sólo ante circunstancias de fuerza mayor o acontecimientos que

¹⁷ Las situaciones de exclusión, en conformidad con el artículo 7 del Convenio, son las siguientes. Con respecto a los sujetos (punto 1), «las personas que ocupen puestos de dirección o de carácter técnico, profesional o científico, cuyas condiciones de empleo no estén reglamentadas por la legislación nacional, por contratos colectivos o laudos arbitrales y que no efectúen normalmente un trabajo manual». Con respecto al objeto del contrato (punto 2), «los contratos que entrañen un gasto de fondos públicos cuyo importe no exceda del límite determinado por la autoridad competente». Con respecto al elemento geográfico (punto 3), «las contrataciones realizadas en vastas regiones del Estado miembro que, a causa de la diseminación de la población y de su desarrollo económico, se estime conveniente sustraer del ámbito de aplicación, pudiendo en este caso: o bien exceptuar a esas regiones de la aplicación del Convenio, de una manera general, o bien aplicar las excepciones que se estime apropiadas respecto de ciertas empresas o de determinados trabajos» (art. 7.1 C094). En este caso el Estado tendrá que demostrar por qué estima impracticable inaplicar las disposiciones del Convenio, delimitar las regiones sustraídas de su ámbito de aplicación e indicarlas, junto con los motivos, en la reunión anual sobre la aplicación del Convenio (artículo 7.2 y 7.3 C094). Asimismo, el Estado tendrá que examinar, cada tres años, previa consulta con los interlocutores sociales, la situación de exclusión y valorar la posibilidad de extender la aplicación del Convenio a las regiones excluidas.

ponen en peligro el bienestar o la seguridad nacional. La interpretación señala en estas circunstancias el riesgo de adoptar definiciones no tasadas que justifiquen posibles incumplimientos del Convenio.¹⁸

3. LAS CLÁUSULAS SOCIALES

Una vez delimitado el ámbito de aplicación del Convenio núm. 94 OIT, se analizan los instrumentos normativos que conforman la regulación internacional: las cláusulas sociales y el reenvío móvil a las fuentes de derecho interno.

Las cláusulas sociales vienen definidas y diferenciadas por la doctrina según el contenido abarcado¹⁹.

Las cláusulas de primera generación, desde las legislaciones de comienzos del siglo xx²⁰, comprenden las normas legislativas, reglamentarias o contractuales que imponen a los contratistas y a los concesionarios de los servicios públicos un conjunto de obligaciones²¹: garantizar a los trabajadores un trato equo²² o unas condiciones normativas y retributivas que no sean inferiores a las de los convenios colectivos. A título de ejemplo, la Ley española sobre Contratos de Trabajo de 1931 establecía, en toda contrata de obras y servicios públicos (del Estado, de la Provincia y del Municipio o de entidades oficiales representativas de aquellas instituciones), la obligación del concesionario o del rematante de realizar un contrato colectivo con los trabajadores que tenían que ocuparse en las obras o del servicio (art. 67); la obligación de indicar, en el contrato de trabajo, la remuneración mínima percibida por jornada legal de

¹⁸ Artículos 8 y 9 C094 OIT.

¹⁹ Presenta una exhaustiva recopilación de la doctrina en la materia Costantini S. (2014) «La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le clausole social fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza», WP C. S. D. L. E. «Massimo D'Antona». IT- 196/2014.

²⁰ Con respecto a la legislación española de comienzos del siglo xx, se aportan dos referencias. El Real Decreto de 20 de junio de 1902, publ. Gaceta de Madrid núm. 173 de 22 de junio 190, disponía, en sus artículos 1 y 2, que en toda concesión de obras públicas que se otorgase por el Estado, la provincia o el Municipio se tuviesen que consignar las condiciones que habían de regular el contrato entre los obreros y el concesionario. Sucesivamente, la Ley sobre Contratos de Trabajo de 1931, publ. Gaceta de Madrid de 22 de noviembre 1931, núm. 326, en su Capítulo IV («Modalidades especiales de contrato», artículos de 67 a 71) dictaba una regulación sobre las obligaciones del concesionario de toda contrata de obras y servicios públicos –del Estado, de la Provincia, del Municipio o de entidades oficiales representativas de aquellas instituciones–. Las dos obligaciones principales se referían a la remuneración mínima percibida por los trabajadores empleados en la contrata de obra o servicio público (artículo 68) y a las remuneraciones de los trabajadores eventuales que no podían ser inferiores a las estipuladas en el contrato colectivo celebrado por el personal permanente para labores iguales o análogas (artículo 71).

²¹ NAPOLETANO D. (1953), «Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore», *RGL*, I, p. 276.

²² CARNELUTTI F. (1909), «Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private», *Riv. Dir. Comm.*, I, p. 416 ss.

trabajo y por horas extraordinarias, dentro de los límites legales establecidos para los trabajadores de cada oficio. Establecía además un principio de igualdad de trato respecto de la retribución de los trabajadores temporales empleados en las obras o servicios públicos (art. 71), que no podía ser inferior a la retribución estipulada en el contrato colectivo celebrado con el personal permanente para labores iguales o análogas. La técnica normativa responde a como se analizará, al modelo de la cláusula social adoptada por el Convenio núm. 94 OIT.

Las cláusulas de segunda generación, sin embargo, supeditan la concesión de los beneficios públicos²³ a la aplicación de determinados estándares laborales²⁴ u obligan las empresas concesionarias de un servicio público a garantizar el mantenimiento del empleo cuando haya una sucesión de empresas²⁵ o introducen unas obligaciones formativas, acciones positivas o medidas en favor de la igualdad de trato de los trabajadores empleados en las contrataciones públicas²⁶.

La técnica normativa consiste en delimitar un conjunto de obligaciones a cargo de las empresas contratistas que condicionan su libertad económica con motivo de (y con fundamento en) su responsabilidad respecto de la colectividad cuando se adjudican un contrato de obras o de un servicio público²⁷. Por este motivo las cláusulas sociales, particularmente las de segunda generación, han sido cuestionadas por el derecho europeo de la competencia, en cuanto obstáculos potenciales a la libre prestación de servicios de nivel europeo²⁸.

²³ TULLINI P. (1990), «Finanziamenti pubblici alle imprese e clausole sociali», *RTDPC*, p. 33 ss.

²⁴ VARVA (2011), «Definizioni e ambito di applicazione della normativa», CARINCI M. T., CESTER C., MATTARONO M. G., SCARPELLI F. (al cuidado de), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, p. 329 ss., especialmente p. 332.

²⁵ GHERA E. (2001), «Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa», *DRL*, p. 133 ss., específicamente p. 152.

²⁶ SCARPELLI F. (2006), «Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici», *RGL*, I, p. 753 ss., especialmente p. 758; del mismo autor, (2011), «La dimensione sociale nella regolamentazione degli appalti pubblici», CARINCI M. T., CESTER C., MATTARONO M. G., SCARPELLI F. (al cuidado de), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici* (cit.), p. 307 ss.

²⁷ FREYSSINET J. (2005), «Quels acteurs et quels niveaux pertinents de représentation dans un système productif en restructuration?», *La Revue de l'Ires*, 2005/1 (núm. 47), pp. 319-336.

²⁸ La sentencia Ruffert se enmarca en el controvertido hilo jurisprudencial abierto por la sentencia Laval (cd. «Laval quartet») en el que el TJUE se pronuncia justificando ciertas restricciones a los derechos sociales para garantizar las libertades económicas de los Tratados europeos. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 3 de abril de 2008, Dirk Ruffert y Land Niedersachsen, C-346/06, EU: C:2008:189. La cuestión jurídica se formula en el marco de un desplazamiento transnacional de trabajadores y alrededor de la norma nacional que obliga a las empresas que participan en un procedimiento de licitación para la adjudicación de contratos públicos a asumir el compromiso de que darán cumplimiento, al igual que los subcontratistas, a las condiciones salariales previstas en el convenio colectivo aplicable en el lugar de ejecución de las prestaciones. El Tribunal alemán presenta ante el TJUE una petición de decisión prejudicial para

4. LA TÉCNICA DEFINITORIA

La técnica normativa utilizada por el legislador internacional consiste en la construcción jurídica de una obligación, a cargo de las autoridades públicas, con un objeto determinado: incorporar en los contratos de obras o servicios públicos las cláusulas sociales que garanticen una tutela determinada a partir de tres elementos: el trabajador comparable, el principio de no discriminación y las fuentes objeto del reenvío.

El trabajador comparable remite, en conformidad con el Convenio y en aplicación de un juicio de equivalencia, a un colectivo homogéneo de trabajadores que en la misma región realizan un trabajo de igual naturaleza en la profesión o industria interesada. Se procede luego a identificar las normas legales, reglamentarias y colectivas, definidas para el colectivo comparable y finalmente a aplicar el principio de no discriminación al colectivo protegido.

Los derechos y obligaciones de este colectivo vienen definidos con la técnica del reenvío del Convenio a las fuentes, heterónomas y autónomas, que regulan las condiciones laborales de los trabajadores comparables y la definición del criterio del trato no desfavorable.

Las cuestiones jurídicas se circunscriben a dos: la técnica normativa del reenvío y las fuentes de su regulación. Estas son: el contrato colectivo –u otro procedimiento reconocido de negociación entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores que representen una proporción considerable de los empleadores y de los trabajadores de la profesión o de la industria interesada–, el laudo arbitral o la legislación laboral.

Se proponen al respecto cuatro cuestiones.

La primera remite a si la obligación del Convenio de aplicar las condiciones laborales debe determinarse a partir de las condiciones que establez-

que declare si esta norma constituye una restricción a la libertad de prestación de servicios prevista en el actual artículo 49 TFUE. En virtud del principio de no discriminación en la contratación pública, por regla general, los proveedores y los contratistas deben estar autorizados para participar en los procedimientos de contratación con independencia de su nacionalidad y, cuando éstos sean extranjeros, no deben ser objeto de discriminación. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus conclusiones, reconoce que la Directiva en materia de desplazamiento de trabajadores, en el marco de una prestación de servicios e interpretada a la luz del artículo 49 TCE, se opone a una medida legal, adoptada por una autoridad de un Estado Miembro, que exija a la entidad adjudicadora designar como adjudicatarios de contratos públicos de obras únicamente a las empresas que, en la licitación, se comprometan por escrito a respetar la cláusula social: en concreto, a pagar a unos trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la referida ejecución. Aplicando los mismos principios, el TJUE censura en otra sentencia la aplicación de la cláusula social que imponía una ley alemana y que establecía unos mínimos salariales para todos los trabajadores empleados en las empresas de la cadena de subcontratación transnacional. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 18 de septiembre de 2014, Bundesbrückerei GmbH versus Stadt Dortmund, C-549/13, EU: C:2014:2235.

can tanto la ley como el convenio colectivo o tan solo una de las fuentes citadas. La primera interpretación resulta preferente²⁹, como se analizará más adelante con el pronunciamiento de la Comisión de Expertos sobre el caso de España.

La segunda cuestión problematiza la indeterminación del objeto de la obligación, que se complementa con un reenvío abierto: puesto que el contenido de la obligación se construye como un reenvío a las fuentes del derecho interno y no viene concretado por la norma internacional, un cambio normativo podría afectar al cumplimiento de los estándares internacionales. En otros términos, el reenvío móvil no asegura la certeza en la aplicación de los estándares laborales, ante un cambio normativo determinado por una alteración de las correlaciones de fuerza prevalentes en un momento determinado. Además, al no concretarse la obligación internacional a partir de los estándares internacionales regulados en otros Convenios³⁰, el Convenio núm. 94 remite de facto su implementación a la soberanía de cada Estado.

La tercera cuestión incide en la tipología y en la naturaleza jurídica del convenio colectivo, atendiendo a la diversidad de los sistemas de relaciones sindicales y de sus ordenamientos. Las dudas interpretativas apuntan al objeto de la fuente autónoma: si la norma internacional reenvía tan sólo al convenio colectivo con eficacia general o si también al de eficacia limitada; si concurren a determinar las condiciones de trabajo los acuerdos autónomos o alcanzados en sede de concertación social; si la norma internacional debe remitirse a las normas internas resolutivas de los conflictos sobre la concurrencia entre convenios colectivos adscritos a niveles negociales distintos. Las cuestiones jurí-

²⁹ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante, ICE) de 1956, p. 81. A este respecto la Comisión recuerda, en su observación general de 1956, que «el solo hecho de que la legislación nacional se aplique a todos los trabajadores no es razón para dispensar a los Estados que hayan ratificado el Convenio de adoptar las medidas necesarias para que los contratos públicos contengan las cláusulas de trabajo previstas en el artículo 2 del Convenio». Además, en el Capítulo 2, Sección 1, del Estudio de 1998 sobre el Convenio 94 OIT, la Comisión recuerda que, «para satisfacer las prescripciones del Convenio, no es suficiente la inclusión en los contratos públicos de cláusulas que reiteren la aplicabilidad y el carácter vinculante de las leyes nacionales, entre ellas las relativas a los salarios, horas y demás condiciones de trabajo. Disposiciones de esa índole se encuentran a menudo en los contratos para trabajos de construcción y de suministro de bienes y servicios. Tampoco es objetivo de los instrumentos que se examinan la aplicabilidad de la legislación laboral nacional a los trabajos realizados para la ejecución de contratos públicos».

³⁰ Además, poco después de la adopción del C094, la Recomendación núm. 90, que acompaña el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), hace referencia expresa a la necesidad de garantizar el principio de igualdad de remuneraciones de la mano de obra masculina y la mano de obra femenina en los trabajos ejecutados en virtud de contratos celebrados por las autoridades públicas (párrafo 2 c). La importancia de la contratación pública para asegurar la igualdad en el empleo y la ocupación fue nuevamente reconocida en 1958, al adoptarse la Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), que acompaña al Convenio núm. 111 y subordina la concesión de contratos que supongan un gasto público a la aplicación del principio de no discriminación.

dicas relativas a la eficacia objetiva, general o limitada, del convenio colectivo remiten finalmente al problema de la representatividad sindical y de sus reglas en un contexto de pluralismo sindical, atendiendo también a la diversidad de los ordenamientos jurídicos estatales.

La cuarta cuestión formula el interrogante de cuál es el instrumento jurídico que garantice la definición de las cláusulas en materia de salario y de horas de trabajo en el caso en el que dichas condiciones de trabajo no estuviesen reguladas por ley ni por convenio colectivo.

5. EL OBJETO DE LA TUTELA JURÍDICA ACORDADA A LOS TRABAJADORES

La tutela acordada se distribuye sobre cuatro niveles distintos.

El primero consiste en la obligación de incorporar unas cláusulas (pliegos de condiciones) que garanticen a los trabajadores salarios, horas de trabajo y demás condiciones de empleo; estos no serán menos favorables de los que se establezcan por ley, convenio colectivo o laudo arbitral³¹ y que se apliquen a otros trabajadores comparables del sector y de la misma región³². Al respecto hay que recordar que a la autoridad competente en materia de contratación pública corresponde a la autoridad competente en materia de contratación corresponde aprobar los proyectos que han de servir de base al contrato al pliego de cláusulas administrativas y las prescripciones técnicas particulares que han de regir la ejecución de la prestación. Los pliegos de condiciones, que se distinguen entre pliegos de condiciones de cláusulas administrativas o de prescripciones técnicas y entre generales y particulares, recogen las condiciones

³¹ Artículo 2 C094 OIT.

³² En las observaciones más recientes la Comisión ha destacado que «la inserción de cláusulas de trabajo que incluyan todas las condiciones de empleo de las personas contratadas en la ejecución de contratos públicos constituye la exigencia básica del Convenio y la mejor garantía de que esos trabajadores gocen de condiciones tan favorables como aquellas que puedan haber sido negociadas colectivamente y logradas por los trabajadores empelados en un trabajo similar en la misma región. Por consiguiente, deberá quedar claro que, cuando los contratos colectivos otorgan beneficios adicionales o prevén normas más elevadas que aquellas establecidas con arreglo a la legislación laboral general, o cuando los contratos colectivos no son, por lo general, vinculantes, será insuficiente, a los fines de dar efecto al Convenio, una mera referencia a las disposiciones pertinentes de la legislación nacional». En el mismo sentido, la Comisión ha explicado que la legislación laboral general establece normas mínimas, como los niveles de salarios, y no refleja necesariamente las condiciones de trabajo reales de los trabajadores, mientras que el Convenio exige que los trabajadores que intervienen en la ejecución de contratos celebrados por las autoridades públicas reciban el salario que generalmente se paga en la práctica en vez del salario mínimo previsto en la legislación». Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), 97^o reunión, «Informe III (Parte 1B), Estudio general relativo al convenio (núm. 94) y a la Recomendación (núm. 84) sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949», 2008, p. 36.

jurídicas, económicas y técnicas a las que ha de ajustarse: la licitación primero y la adjudicación del contrato después y la propia ejecución³³.

El segundo nivel de la tutela consiste en garantizar a los trabajadores las condiciones de salud, seguridad y bienestar, establecidas por ley, convenio colectivo o laudo arbitral³⁴.

El tercero consiste en proporcionar a los trabajadores la información adecuada respecto de la regulación de derecho interno (ley, reglamentos u otros instrumentos) que da cumplimiento a las disposiciones del Convenio. La información deberá especificar las personas que garantizarán su aplicación, exigir la colocación de avisos en sitios visibles de los lugares de trabajo, mantener los registros adecuados sobre el tiempo de trabajo y los salarios percibidos y contar con un sistema de inspección adecuado.

El cuarto nivel consiste en definir las sanciones para garantizar la aplicación del Convenio, entre ellas la denegación de contratos, la retención de los pagos debidos o cualquier otra medida que se estime pertinente³⁵.

En todo caso el Convenio no describe ni define qué debe entenderse por salario, por tiempo de trabajo, ni por demás condiciones de empleo, reenviando al derecho interno. Por lo tanto, aunque la Recomendación lo complementa (apartado 2)³⁶, *de facto* el Convenio renuncia a establecer unos estándares in-

³³ Los pliegos carecen de toda sustancia normativa, en cuanto son simple piezas integrantes del contenido del contrato que extraen su fuerza precisamente de su inclusión en el mismo por las partes contratantes. Así lo precisó el Consejo de Estado en su Dictamen de 14 de julio de 1970 y, con respecto a la jurisprudencia más reciente, las sentencias de 21 de diciembre de 1988 y de 25 de julio y 26 de septiembre de 1989. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo I*, 20.º ed., 2022, pp. RB-12.9 ss.

³⁴ Artículo 3 C094 OIT. Durante las labores preparatorias del Convenio, la Oficina presentó un texto según el cual las cláusulas de trabajo comprendían condiciones en materia de salud, seguridad y bienestar junto con las condiciones en materia de salario y horas de trabajo, es decir, sujetas al requisito de ser no menos favorables. Sin embargo, durante los debates que tuvieron lugar en 1948 en la Comisión de Salarios de la Conferencia se observó que las cuestiones relativas a la salud, la seguridad y el bienestar se trataban en disposiciones reglamentarias generales y, por consiguiente, no era conveniente incluir en la norma internacional una frase referente al cumplimiento de las leyes y las reglamentaciones. Se concluyó que sólo en los casos en que la legislación o la reglamentación nacional, los convenios colectivos o los laudos arbitrales no contuvieran las disposiciones adecuadas en materia de salud, seguridad y bienestar, las autoridades competentes debían tomar las medidas adecuadas para garantizar que dichas condiciones fuesen justas y razonables para los trabajadores empleados en la ejecución de un contrato público. CIT, 32º reunión, «Cláusulas de trabajo en los contratos celebrados con las autoridades públicas, Informe VI», 1949.

³⁵ El artículo 5 establece la obligación a cargo de las autoridades públicas (los Estados miembros) de aplicar sanciones adecuadas. En el marco del diálogo multinivel, en el ordenamiento europeo, se consulte al respecto el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE, que aplica la sanción de la exclusión de la participación en un procedimiento de contratación, identificando las circunstancias ante las cuales los poderes adjudicadores excluirán a un operador económico.

³⁶ El apartado 2 de la Recomendación 84 OIT dispone lo siguiente. Las cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas deben prescribir, directamente o mediante referencia a disposiciones apropiadas contenidas en la legislación, en contratos colectivos, en laudos arbitrales o en otros acuerdos reconocidos: a) las tasas de los salarios normales y las tasas de los salarios fijados para las

ternacionales comunes³⁷. Además, son los ordenamientos jurídicos internos (y no el ordenamiento internacional) los que podrán incidir en la efectividad de la norma internacional. Por ejemplo, en el procedimiento de selección de la empresa adjudicadora, cuando la administración pública tenga que valorar la congruidad de la oferta económica respecto, entre otros, de los costes laborales y de seguridad y salud, las normas de derecho interno –o, en el ordenamiento europeo, las normas de derecho europeo– podrán detectar ofertas anómalas que autoricen la exclusión de estas de la adjudicación.³⁸ El marco jurídico internacional de la OIT no confecciona ninguna norma al respecto. El derecho interno podrá intervenir con ordenamientos jurídicos internos los que podrán intervenir con una norma que dé prioridad, en el proceso de adjudicación, al criterio de la oferta económicamente más ventajosa –que permite a la administración tener en cuenta el precio y toda característica del servicio–³⁹ en lugar

horas extraordinarias (incluidas las asignaciones) que deban pagarse a las diferentes categorías de trabajadores interesados; b) el método de reglamentar las horas de trabajo, incluyendo si fuere necesario: i) el número de horas de trabajo o que podrán efectuarse, por día, por semana o en cualquier otro período determinado, respecto a las cuales el salario será pagado con la tasa normal; ii) el promedio de horas de trabajo que podrán efectuar las personas empleadas en equipos sucesivos, en los trabajos de carácter continuo; iii) cuando las horas de trabajo se calculen a base de un promedio, el periodo en el cual podrá basarse el cálculo de este promedio, y el número máximo normal de horas de trabajo en un periodo determinado; c) las disposiciones sobre las vacaciones y las licencias en caso de enfermedad. Tasas de salarios normales y tasas de salarios fijados para las horas extraordinarias que deben pagarse a los trabajadores, método de reglamentar las horas de trabajo: número de horas de trabajo o que podrán efectuarse, por día, por semana o en cualquier otro periodo determinado, respecto a las cuales el salario será pagado con tasa normal, ii) Promedio de horas de trabajo que podrán efectuar las personas empleadas en equipos sucesivos en trabajos de carácter continuo, iii) cuando se calculen a base de un promedio, periodo en el cual podrá basarse el cálculo de este promedio y número máximo normal de horas de trabajo (periodo máximo de trabajo, número máximo de horas de trabajo), c. disposiciones sobre vacaciones y licencias en caso de enfermedad. Dos elementos principales: retribución (salario) y tiempo de trabajo.

³⁷ Sección IV del «Estudio general relativo al convenio (núm. 94) y a la Recomendación (núm. 84) sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949», 2008. El Convenio y la Recomendación remiten a las normas nacionales preexistentes que regulan las condiciones de trabajo y exigen únicamente la inclusión de una condición particular en los contratos de adquisición pública y un mecanismo de cumplimiento conexo. Esta técnica normativa es excepcional, en comparación con la que es propia de otros instrumentos internacionales es de la OIT que, sin embargo, establecen nuevas normas de trabajo en un sector específico.

³⁸ FONDERICO G. (2010), «La selezione delle offerte e la verifica dell'anormalità (artt. 81.89)», CLARICH M. (al cuidado de), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Turín, p. 452.

³⁹ El ordenamiento jurídico europeo (art. 67.1 Directiva 2014/24/UE) establece que, sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas al precio de determinados suministros o a la remuneración de determinados servicios, los poderes adjudicadores aplicarán, para adjudicar los contratos públicos, el criterio de la oferta económicamente más ventajosa. En el apartado 2 define que la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, en su relación coste eficacia y en función de un conjunto de criterios, como la mejor relación calidad precio, evaluada en función de aspectos cualitativos, medioambientales y o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate.

En el caso de las ofertas anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate, el legislador europeo (art. 69 Directiva 2014/24/UE) prescribe que los poderes adjudicadores exigi-

del criterio del precio más bajo –que presume sea posible comparar las ofertas únicamente con respecto al precio–⁴⁰.

Estas observaciones pretenden subrayar las complejidades de la formulación de instrumentos jurídicos dirigidos a implementar la normativa internacional en el ordenamiento jurídico interno y las posibles y objetivas limitaciones del ordenamiento internacional.

6. LOS MECANISMOS INSTITUCIONALES DE DIÁLOGO MULTINIVEL Y EL CONTROL DE EFECTIVIDAD DE LA NORMA INTERNACIONAL

La segunda parte del estudio se detiene en el diálogo multinivel entre ordenamientos jurídicos, evidenciando correlaciones e interferencias. Se dirige a conocer si y en qué términos el convenio y la recomendación analizados hayan efectivamente contribuido a impulsar los cambios registrados por el derecho interno español en la materia y encauzado su evolución sucesiva.

La obligación de introducir en los contratos públicos unas cláusulas sociales que garanticen a los trabajadores afectados unos estándares laborales mínimos requiere un mecanismo de control, por parte de la organización internacional, para mantener el seguimiento de la implementación del derecho supranacional en el derecho interno⁴¹.

La Organización Internacional del Trabajo dispone al respecto de dos instrumentos jurídicos. Con el procedimiento de solicitud directa el Consejo

rán a los operadores económicos una explicación del precio o de los costes propuestos en la oferta, pero no estarán obligados a la exclusión automática de una empresa de un procedimiento de adjudicación. Esa era una solución interpretativa aplicada en algunos de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, con una evidente finalidad protectora, que sin embargo ha planteado un problema de conformidad con el ordenamiento europeo y con la libre prestación de servicios de nivel europeo. En todo caso, si deben verificarse ofertas anormalmente bajas, en conformidad con la norma europea no están admitidas justificaciones en relación con estándares salariales mínimos inderogables establecidos por ley, ni justificaciones relativas a los costes de la seguridad y, más en general, del trabajo.

⁴⁰ La Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Por lo que respecta a las operaciones de contratación y de subcontratación que, sin embargo, no se adscriben al ámbito de aplicación de la ley de contratos del sector público, las condiciones de trabajo para los trabajadores empleados en las empresas contratistas y subcontratistas vienen reguladas en el 42.6 ET. Este establece la aplicación del convenio colectivo del sector de actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial de carácter estatutario que sea aplicable.

⁴¹ Un estudio detallado de derecho interno en la materia, en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2009), *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.

de Administración solicita al Estado miembro la información detallada sobre las medidas adoptadas para la implementación de un convenio y de una recomendación, indicando eventuales obstáculos (art. 19); al éxito del procedimiento, la Comisión de Expertos de la OIT en aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) publica sus observaciones, pudiendo solicitar al Estado una información más detallada. Con el segundo instrumento la Comisión de Expertos formula unas observaciones sobre las memorias regulares que el Estado tiene que presentar con las medidas adoptadas para aplicar los convenios a los que el Estado haya adherido (art. 22)⁴².

Resulta entonces de interés examinar estos mecanismos de coordinación entre ordenamiento supranacional y ordenamiento interno: en la forma de las solicitudes directas o de las respuestas a las memorias presentadas por el Estado⁴³, porque ponen de manifiesto el diálogo multinivel, las interferencias mutuas y sus mecanismos de correlación. Su análisis aporta además indicios para analizar el impacto de la normativa de la OIT en la formación y en la configuración actual del ordenamiento jurídico laboral español en la materia de las cláusulas sociales.

Se examinan al respecto los requerimientos que la Comisión de Expertos de la OIT (CEACR) ha notificado a España, bien en la forma de las solicitudes directas bien de las respuestas a las memorias presentadas por el Estado, utilizando como horizonte temporal los últimos quince años⁴⁴, a partir de la entrada en vigor de la Ley núm. 30/2007 de Contratos Públicos. En concreto, en el periodo considerado, se han notificado dos requerimientos de solicitud directa, en los años 2008 y 2009, para tener conocimiento de la aplicación del Convenio 94 OIT en la parte relativa a la cláusula social en los contratos públicos, y un conjunto de observaciones, al éxito de unas reclamaciones presentadas por las or-

⁴² Los Estados miembros están obligados a proporcionar la información sobre el grado de cumplimiento del Convenio y las medidas aplicadas cumplimentado un Formulario de memoria que ha sido aprobado por el Consejo de Administración, de conformidad con el artículo 22 de la Constitución de la OIT. Sin embargo, en su memoria sobre la aplicación del Convenio, el Gobierno no está obligado a suministrar informaciones sobre las medidas que pueda haber adoptado para dar efecto a la Recomendación. Se configura sólo como una facultad discrecional del Estado, aunque (textualmente) «si considera útil suministrar tales informaciones en su memoria a título de indicaciones sobre la aplicación práctica, esto permitiría determinar con mayor precisión la medida en que se aplica el Convenio y los problemas que su aplicación pueda haber planteado».

⁴³ Las próximas observaciones de la Comisión de Expertos con respecto a la memoria presentada por España están calendarizadas para el año 2025.

⁴⁴ Informes solicitados y recibidos sobre comentarios de la CEACR (Comisión de Expertos de la OIT en aplicación de Convenios y Recomendaciones) respecto del C-94, Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949 (núm. 94). Datos disponibles en la página oficial de la OIT. Informe de 2017: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0:NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:3343409,102847:NO.

ganizaciones sindicales, en 2012⁴⁵, 2013 y 2017⁴⁶. En todos los casos examinados la cuestión se centraba en la implementación y aplicación en el ordenamiento español del artículo 2 del Convenio núm. 94 OIT: la inserción de las cláusulas de trabajo en los contratos públicos⁴⁷ y los posibles incumplimientos de la obligación internacional. La controversia jurídica apuntaba, en efecto, a la interpretación de la cláusula social y del artículo 2 del Convenio 94 OIT, relativa a la aplicación de la retribución y de las condiciones laborales no menos favorables que las que garantizan los convenios colectivos de sector.

Con ocasión de la primera de las solicitudes directas examinadas, la del año 2007⁴⁸, la Comisión de Expertos solicitó a España que aclarase si las modificaciones que habían interesado la normativa española en la contratación pública⁴⁹ habían derogado la cláusula 11 del decreto núm. 3854/1970: es decir, la norma que, al haber aprobado el pliego de cláusulas generales relativas a las obligaciones del contratante en materia social y laboral, para la conclusión de los contratos de obras públicas por el Estado, daba cumplimiento al artículo 2 del Convenio 94 OIT. Solicitó además conocer si las autoridades locales solían adoptar las cláusulas administrativas generales de naturaleza

⁴⁵ El 21 de agosto 2012 el sindicato CCOO presentó ante la OIT sus observaciones sobre la aplicación de los Convenios 94 y 95 por parte de España. El Gobierno presentó sus observaciones el 21 de noviembre 2012. Fuente: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:14101::NO:14101:P14101_COUNTRY_ID,P14101_ARTICLE_NO:102847,22.

⁴⁶ En el año 2017 los sindicatos CCOO y UGT presentaron dos observaciones distintas respecto de la inaplicación por España de la cláusula 2 del Convenio 94 OIT. La OIT recibió las observaciones de los sindicatos respectivamente en fechas 11 y 17 de agosto 2017 y las transmitió al Gobierno el 12 de septiembre, que presentó sus observaciones el 2 de octubre 2017.

⁴⁷ Las observaciones de la CEACR (Comisión de Expertos de la OIT en aplicación de Convenios y Recomendaciones) sobre el C094 por lo que respecta al cumplimiento y a la implementación por España pueden consultarse al enlace:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:14001:0::NO:14001:P14001_INSTRUMENT_ID:312239:NO.

⁴⁸ Solicitud directa (CEACR) – Adopción: 2007, publicación 97^o reunión CIT (2008), dirigida a España y relativa al Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas) 1949 (núm. 94); su consulta al enlace: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:2280807,102847

⁴⁹ Las normas examinadas han sido: el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio de 2000, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y el Real Decreto núm. 1098/2001, de 12 de octubre de 2001, por el que se aprueba el reglamento general de aplicación de esta ley. El párrafo 3 del RD núm. 1098/2001 contenía una disposición derogatoria única que establecía la derogación de todas las disposiciones de rango igual o inferior a este, en la medida en que contravinieran al mismo o no hubieran sido derogadas por la Ley sobre Contratos de las Administraciones Públicas. Sin embargo, la norma no establecía la derogación expresa del Decreto núm. 3854/1970. Si bien algunas disposiciones de este decreto se habían incorporado a la nueva norma con modificaciones, no quedaba claro si las disposiciones no incorporadas en él hubiesen sido derogadas. Este elemento era relevante porque el decreto vigente en aquel momento (RD núm. 1098/2001) no contenía disposiciones similares a las de la cláusula 11 del decreto anterior, que, a juicio de la Comisión, garantizaba la aplicación del artículo 2 del Convenio. Por consiguiente, la Comisión solicitó al Gobierno que confirmara la vigencia o menos de la cláusula.

social. La respuesta del Estado se limitó a justificar las modificaciones introducidas por la Ley núm. 30/2007, de 30 de octubre de 2007, de contratos del sector público, la nueva Ley sobre el Empleo en el Sector Público y el convenio colectivo dirigido al personal de la Administración Central del Estado.

Con ocasión de la segunda solicitud directa en el año 2009⁵⁰, en respuesta a las observaciones del Estado, la Comisión de Expertos (CEACR) evidenció posibles incongruencias entre la Ley núm. 30/2007, de contratos en el sector público, y el artículo 2, párrafo 1, del Convenio. El texto normativo de derecho interno, en efecto, no contemplaba la inserción de las cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas, con la excepción de sus artículos 102, 103 y 134, que trataban de forma general las condiciones de trabajo en la realización de un contrato público. Formuló, por lo tanto, al Estado el requerimiento de dar aplicación a la norma del Convenio⁵¹.

Otras observaciones se notificaron al hilo de las reclamaciones presentadas ante la OIT por los sindicatos españoles (CCOO y UGT) en orden a la reforma laboral y a las modificaciones normativas en materia de contratos públicos, que evidenciaban posibles incumplimientos de las obligaciones internacionales del Convenio relativas a su artículo 2: el contenido de la cláusula social.

En ese hilo, en el año 2012⁵² el Comité de Expertos formuló unas respuestas a las observaciones del sindicato CCOO, concluyó que la legislación nacional no garantizaba la aplicación del artículo 2, párrafo 1, del Convenio e instó al Gobierno a que adoptara sin demora las medidas necesarias para armonizar su legislación nacional con el Convenio.

Las observaciones del sindicato se fundamentaban en dos argumentos principales.

En primer lugar, las modificaciones introducidas por la reforma laboral del año 2012, respecto de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa sobre el convenio de sector de nivel estatal o autonómico, afectaban a

⁵⁰ Solicitud directa (CEACR) – Adopción: 2008, publicación 98º reunión CIT (2009), dirigida a España y relativa al Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas) 1949 (núm. 94); para su consulta:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:2300072,102847.

⁵¹ Estudio general relativo al Convenio (núm. 94) y la Recomendación (núm. 84) sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949, aprobado en la 97 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2008).

⁵² Observación (CEACR) – Adopción 2012, publicación 102º reunión CIT (2013), dirigida a España y relativa al Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas) 1949 (núm. 94); su consulta en:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:3077212,102847.

la retribución y al tiempo de trabajo y no garantizaban la aplicación del artículo 2, párrafo 1 del Convenio núm. 94 OIT. Con respecto al salario base, al abono o a la compensación de las horas extraordinarias, a la retribución específica del trabajo por turnos, al horario laboral y a su distribución, la empresa podía, a raíz de la reforma, establecer unas condiciones de trabajo menos favorables que las del convenio colectivo de sector, con la única condición de respetar los mínimos legales. En segundo lugar, la posibilidad de aplicar condiciones menos favorables para un trabajo de igual naturaleza en la profesión o industria interesada de la misma región incumplía la obligación internacional del artículo 2 del Convenio 94 OIT.

El Gobierno, por contra, argumentaba a favor del cumplimiento de la normativa internacional con cuatro razonamientos. El primero evidenciaba que la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, introducida por la reforma laboral de 2012, no eliminaba el convenio de sector, que seguía aplicándose bajo la nueva regulación sobre concurrencia conflictiva entre convenios colectivos. El segundo ponía de relieve que la primacía del convenio de empresa sólo afectaba a una de las tres fuentes normativas mencionadas por el artículo 2 del Convenio (ley, convenios colectivos, laudos arbitrales); y que los tres tipos de fuentes tenían que interpretarse como alternativos en la operación de comparación de las condiciones laborales de los trabajadores al servicio de un contratista público. El tercer argumento insistía en que, con independencia de la reforma de la estructura de la negociación colectiva, todo contratista debía seguir cumpliendo las obligaciones legales en materia laboral, formalizadas en los pliegos administrativos de cláusulas generales aprobados por los órganos competentes del Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales. El cuarto argumento evidenciaba que el nuevo texto⁵³ contemplaba como motivo de exclusión del procedimiento de adjudicación la condena para delitos contra los derechos de los trabajadores o sanciones muy graves en materia social y que, por lo tanto, garantizaba la efectividad de la norma internacional.

La Comisión de Expertos entendió, sin embargo, que la legislación nacional española incumplía la obligación internacional del artículo 2, párrafo 1, del Convenio sobre la base de cuatro argumentos, e instó al Gobierno a adoptar sin demora las medidas necesarias para armonizar su legislación nacional.

En primer lugar, observó que la Ley núm. 30/2007⁵⁴ no exigía que las cláusulas relativas a las condiciones de trabajo, previstas en el artículo 2, párra-

⁵³ El artículo 60 del texto refundido de la Ley sobre Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto-Legislativo núm. 3/2011, de 14 de noviembre de 2011.

⁵⁴ Un estudio sobre los contratos públicos en la ley de contratos del sector público viene realizado por GONZÁLEZ GARCÍA J. (2017), «El contrato de obras en la Ley 9/2017, de contratos del sector público»,

fo 1, del Convenio, se insertasen en todos los contratos públicos. En segundo lugar, argumentó que en la legislación laboral española las normas legales se interpretaban como normas mínimas, mejorables por la negociación colectiva, y que su mera aplicación era entonces insuficiente para garantizar la aplicación del Convenio. En tercer lugar, recordó que los convenios colectivos del artículo 2, párrafo 1, del Convenio son aquéllos que se aplican a una proporción considerable de empleadores y trabajadores de la profesión o de la industria interesada. Sin embargo, las modificaciones introducidas por el Real Decreto Ley núm. 3/2012 y por la Ley núm. 3/2012 en el artículo 84, párrafo 2, del ET, al establecer la prioridad aplicativa de los acuerdos de empresa sobre los convenios colectivos sectoriales en materia de salarios y tiempo de trabajo, autorizaban las empresas contratistas públicas a sustituir las disposiciones de un convenio colectivo de sector –dirigido a una proporción considerable de empleadores y trabajadores– con las disposiciones negociadas en un acuerdo de empresa que podrían ser peyorativas respecto de las primeras. En cuarto lugar, la Comisión observó que la certificación sobre los antecedentes de infracciones a la legislación laboral en las obras realizadas con anterioridad⁵⁵ no podía considerarse suficiente a efectos de la obligación jurídica del Convenio. Si bien la certificación ofrecía pruebas del desempeño del licitador y de su actuación respecto del cumplimiento de la legislación en el pasado, no entrañaba ningún compromiso respecto de las operaciones futuras, ni garantizaba el cumplimiento de la legislación laboral, de los convenios colectivos, ni de los laudos arbitrales. La Comisión aclaró, por lo tanto, que la sola certificación no podía cumplir la obligación jurídica del Convenio, porque la finalidad de la obligación de introducir las cláusulas de trabajo en los contratos públicos era eliminar los efectos negativos de la licitación pública en las condiciones de empleo de los trabajadores⁵⁶.

En el año 2013⁵⁷ la Comisión de Expertos (CEACR) formuló un conjunto de observaciones relativas a la interpretación del artículo 2, párrafo 1, del Convenio, en relación con las modificaciones introducidas sobre la ley de contratos del sector público por el Real Decreto Legislativo núm. 3/2011, de 14 de

publicado en el marco del Proyecto de Investigación DER2016-76986-P, *Unión Europea en el contexto de los Tratados de nueva generación: entre reforma institucional y protección social*, disponible en eprints.ucm.es.

⁵⁵ Artículo 73 del Real Decreto Legislativo núm. 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁵⁶ Estudio general relativo al Convenio (núm. 94), 2008, párrafo 118.

⁵⁷ La Observación (CEACR) – Adopción 2013, publicación 103º reunión CIT (2014), dirigida a España y relativa al Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas) 1949 (núm. 94), puede consultarse al enlace:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:3145890,102847.

noviembre. Aportó al respecto tres argumentos. En primer lugar, evidenció que, con la excepción de los artículos 118 y 119 –que abordaban en términos generales las condiciones de trabajo relativas a la ejecución de un contrato público– el texto normativo no contenía ninguna disposición expresa que requiriera la inclusión de cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas y, por consiguiente, no daba efecto al Convenio. En segundo lugar, aclaró que el Convenio no permitía elegir entre las tres maneras de reglamentar las condiciones de trabajo (el convenio colectivo, el laudo arbitral o la legislación nacional). En tercer lugar, subrayó que, a través de las cláusulas de trabajo, el Convenio tenía por objeto garantizar que los trabajadores interesados disfrutaran de condiciones de trabajo al menos tan favorables como las normas mínimas más elevadas establecidas localmente, por medio de un contrato colectivo, de un laudo arbitral o de la legislación nacional.

En el año 2017⁵⁸ la Comisión de Expertos (CEACR) formuló otro conjunto de observaciones relativas a la interpretación del artículo 2 del Convenio 94 OIT con respecto a la Ley núm. 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que transponía al ordenamiento jurídico español las directivas de la Unión Europea (UE) de 2014 en materia de contratación pública⁵⁹. Abría por lo tanto un canal para valorar las interferencias entre ordenamientos internacional, europeo y estatal y formalizaba un diálogo entre instituciones adscritas a entornos normativos distintos. La cuestión jurídica remitía a si la transposición de las directivas europeas podía alterar o anular la obligación jurídica, concretada en el Convenio 94 OIT, de la introducción de las cláusulas sociales en los contratos públicos. En sus observaciones la Comisión invitó entonces el Gobierno a asegurar, con medidas concretas, la aplicación

⁵⁸ La Observación (CEACR) – adopción: 2017. Publicación: 107 reunión CIT (2018 Conferencia Internacional del Trabajo), dirigida a España y relativa al Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas) 1949 (núm. 94), puede consultarse:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:3343409,102847:NO.

⁵⁹ La Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. El artículo 18, párrafo 1, de la Directiva 2014/24/UE impone el principio de igualdad de trato en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos; en el párrafo 2, precisa que las medidas adecuadas para garantizar que los operadores económicos respeten las obligaciones en materia de derechos sociales y laborales, establecidos por el derecho europeo, por el derecho nacional y por los convenios colectivos, aunque, en el considerando 98 de la Directiva precisa que estas medidas tendrán que aplicarse en conformidad con la Directiva 96/71/CE, sobre desplazamiento de trabajadores, en las interpretaciones ofrecidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este punto, Orlandini G. (2015), «Clausole sociali [dir. lav. interno]», *Diritto on line* (voce dizionario), cit., específicamente p. 5.

de la nueva Ley en conformidad con los requisitos del Convenio, solicitando información detallada sobre su aplicación: extractos de decisiones judiciales relevantes, resúmenes de los informes de inspección e información relativa al número y a la naturaleza de las infracciones observadas.

Por otra parte, las observaciones del sindicato UGT se fundamentaron en dos argumentos principales: aunque la transposición de las directivas europeas podía contribuir a corregir algunas deficiencias de la legislación anterior, las disposiciones de derecho interno que establecían límites a la negociación colectiva con respecto a los salarios de los trabajadores de las empresas licitantes infringían la obligación del artículo 2 del Convenio. En concreto, el artículo 5⁶⁰ del Real Decreto núm. 55/2017, de 3 de febrero, que desarrollaba la Ley núm. 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación Normativa, limitaba la revisión del precio de la contratación, por el incremento del valor de la mano de obra, al incremento experimentado por la retribución del personal del servicio del sector público.

El Gobierno argumentó en su memoria que la ley se atenía a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores en lo referente a la aplicación prioritaria de los convenios colectivos de la empresa licitante frente a los convenios colectivos por los que se rigen los grupos ocupacionales vinculados con la ejecución del servicio. Apuntó a que ese límite tenía como objetivo evitar que, como consecuencia de sentencias condenatorias contra la administración, los trabajadores de las empresas licitantes alcanzaran el carácter de trabajadores públicos sin superar el correspondiente proceso selectivo y de forma paralela a la planificación del sector público.

La Comisión tomó nota de los argumentos de las organizaciones sindicales acerca de la necesidad de modificar la legislación, con miras a exigir la inserción de cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas, y solicitó al Estado que proporcionase mayor información.

7. CONCLUSIONES ABIERTAS

A conclusión del estudio se avanzan tres consideraciones, a modo de conclusiones abiertas.

La primera, estrictamente jurídica, observa que el Convenio y la Recomendación, aunque se adscriban a la misma institución y se complementen

⁶⁰ Textualmente el artículo 5 del RD núm. 55/2017: «Límite a los costes de mano de obra. Cuando, conforme a lo dispuesto en este Real Decreto, puedan trasladarse al valor revisado los costes de mano de obra, el incremento repercutible de los mismos no podrá ser superior al incremento experimentado por la retribución del personal al servicio del sector público, conforme a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado».

mutuamente, difieren considerablemente. El Convenio es un tratado internacional –en tanto que acuerdo por escrito imputable a dos o más sujetos de derecho internacional con efectos jurídicos en este mismo orden⁶¹– y crea obligaciones jurídicas a cargo de los Estados miembros firmantes: no sólo las de ratificar el Convenio, sino también implementarlo y aplicarlo correctamente en el ordenamiento interno, con el ejercicio de todos los poderes del Estado, en coherencia con los objetivos, las finalidades y las obligaciones establecidas por el propio Convenio. El incumplimiento –porque el Estado no haya transpuesto correctamente el Convenio, no lo haya aplicado o no haya velado por su aplicación en las relaciones jurídicas de derecho interno– podría justificar la irrogación de las sanciones desde el orden internacional: las presiones de la Comunidad internacional para asegurar su ratificación y aplicación –formalizadas por la OIT con el proceso de seguimiento realizado por el Comité de Expertos– la amenaza y la deliberación eventual sobre la expulsión del Estado de la organización y las repercusiones políticas sobre las relaciones económicas y diplomáticas con los demás Estados. La Recomendación, sin embargo, es un acto normativo de derecho internacional que vincula al Estado con respecto a la interpretación de las normas del Convenio, pero no configura ninguna obligación (y por lo tanto consecuencia) jurídica de derecho internacional.

La cuestión relativa a la adopción de un Convenio o de una Recomendación remite a otra valoración más compleja: si la preferencia hacia el uno o el otro acto normativo puede explicarse tan sólo con respecto al procedimiento decisorio adoptado por los organismos competentes de la institución internacional; o si evidencia unas contradicciones y conflictos, que tienen lugar dentro de lo social y con manifestaciones colaterales en el orden jurídico que a ello responde.

La segunda observación se detiene pues en el significado de la forma otorgada al acto jurídico. La formalización de un conjunto de derechos y obligaciones en dos instrumentos jurídicos distintos podría no responder, como la doctrina del formalismo jurídico argumenta, sólo a la decisión del poder constituido (la Comunidad internacional en cuanto acuerdo entre Estados). Esta explicación resultaría tautológica, siendo lo uno causa y consecuencia de lo otro. Obligaría, por lo tanto, a privilegiar una aproximación a lo jurídico que no prescindiera de la realidad social subyacente y a desplazar paralelamente el estudio hacia el análisis de los complejos y cambiantes equilibrios en las relaciones internacionales entre los Estados de la comunidad internacional, en un

⁶¹ Para la definición de tratado internacional se remite a REMIRO BROTONS A., RIQUELME CORTADO R., ORIHUELA CALATAYUD E., Díez-Hochleitner J., Pérez-Prat Durbán L. (1997), *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, p. 181.

momento históricamente determinado, que a su vez remiten a las dinámicas de las relaciones sociales. Estas responden a las correlaciones de fuerza merced a las cuales coyunturalmente se alcanzan determinados compromisos políticos entre instituciones públicas (estatales y supranacionales) e instituciones representativas de unos y otros intereses conflictivos y que en la OIT pretenden encauzarse en el diálogo tripartito para la adopción de las deliberaciones. Sin embargo, incluso las posiciones expresadas en esa sede por cada una de las partes (representantes de los empleadores, de los trabajadores y de los Estados) no son homogéneas, sino que miran a consensuar un posicionamiento, a raíz de unas negociaciones, con respecto a unos intereses fragmentados entre organizaciones, instancias representativas y últimamente entre asalariados.

Las mismas dinámicas sociales, que tendrían que ahondarse compaginando un análisis jurídico con una aproximación de las ciencias sociales, podrían contribuir a explicar porqué algunos Estados se resisten a implementar la norma internacional o a aceptar los dictámenes de los organismos internacionales que a ellos se dirigen: la manifestación de su contrariedad respecto de los pactos alcanzados podría responder a dinámicas sociales subyacentes, a los que el Estado podría estar obligado a remitirse y que se deciden en niveles superiores y distintos a él⁶². Según las correlaciones de fuerza que prevalezcan en un momento determinado, el compromiso limita entonces la intervención supranacional a algunos elementos –aquéllos que estén consensuados– creando obstáculos para la aceptación de una regulación internacional que intervenga sobre unas materias en las cuales los Estados pretenden, en un momento determinado, tener pleno ejercicio de soberanía y respecto de las cuales estiman preferente limitar la intervención o la injerencia de la institución supranacional. Sólo una acepción dinámica del conflicto social –que asume el trabajo y, consecuentemente, la clase obrera en constante y simultánea descomposición y recomposición, en tanto inscrita en una relación salarial que se inserta en una realidad social determinada⁶³– abre la vía para un entendimiento entre los sujetos colectivos que son representativos de aquellos intereses que se concretan (componiéndose y descomponiéndose) en un marco económico y social bien determinado y de las correlaciones de fuerza que representan los Estados en un momento determinado. Estos aspectos se han pretendido comprobar analizando el ámbito de aplicación, las definiciones jurídicas y los contenidos del Convenio y de la menos vinculante Recomendación.

⁶² POSTONE M. (2006), *Tiempo, trabajo y dominación social*, Marcial Pons, Madrid, nota 36.

⁶³ ALALUF M. (1986), «Les temps du labeur. Formation, emploi et qualification en sociologie du travail », Editions de l'Université de Bruxelles, pp. 229-245.

Las fórmulas jurídicas pueden entonces condensar la manifestación de un conflicto entre intereses divergentes, adscritos a las dinámicas conflictuales y estructurales que residen en lo social, y de un compromiso político coyuntural alcanzado entre los Estados de la Comunidad internacional en un contexto históricamente determinado.

El tercer elemento remite a las limitaciones del orden internacional con respecto a la garantía de la efectividad de sus normas, en tanto en cuanto éste se fundamenta en los Estados y en el reconocimiento mutuo de su soberanía. En la acepción de soberanía entendida como el conjunto de competencias atribuidas al Estado por el derecho internacional y ejercitables en un plano de independencia e igualdad formal respecto de los otros Estados, su manifestación en las relaciones internacionales reside en la capacidad de los Estados de obligarse con otros y empeñar su responsabilidad internacional en caso de incumplimiento⁶⁴. Todo Convenio por el que un Estado se compromete trae consigo una restricción al ejercicio de sus derechos soberanos, aunque la facultad de asumir compromisos internacionales es asimismo ejercicio de soberanía. De esta manera, el derecho internacional impone límites materiales al Estado en el ejercicio de las competencias que le son propias. Así, cuando el Estado ejerce la competencia normativa en materia de derechos humanos, su margen de discrecionalidad queda condicionado a respetar (no legislar contra) los estándares impuestos por el derecho internacional en dicho ámbito⁶⁵.

Por otra parte, los Estados son entes territoriales, pues ejercen sus poderes en el marco de sus respectivos territorios, con exclusión de los poderes de los otros entes soberanos (competencia territorial). Tienen la facultad de decidir, en el ejercicio de su soberanía y en cuanto sujetos de derecho internacional, no vincularse a Convenios internacionales y apelar a sus facultades para que no haya injerencias respecto de su territorio. La exclusividad de la soberanía territorial implica entonces la obligación para los demás Estados de abstenerse, en ese ámbito espacial, de cualquier ejercicio de poder, a menos que medie el consentimiento del Estado dentro de los límites que el derecho internacional permite. En otros términos, el consentimiento del Estado, el recono-

⁶⁴ Al respecto, la Declaración relativa a los Principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (res. 2625- XXV de la AGNU, 1970) reconoce los principios de soberanía e igualdad soberana como los principios en los que se alinean todos los Estados de la Comunidad internacional que son miembros de la organización internacional. Se recuerda que la Organización Internacional del Trabajo se configura jurídicamente como una agencia de Naciones Unidas especializadas en la materia laboral y que responde a la finalidad de implementar los principios reconocidos en la Declaración de Filadelfia de 1944.

⁶⁵ REMIRO BROTONS A., RIQUELME CORTADO R., ORIHUELA CALATAYUD E., DíEZ-HOCHLEITNER J., PÉREZ-PRAT DURBÁN L. (1997), *Derecho Internacional*, cit., pp. 77-78.

cimiento de su soberanía, la prohibición de una injerencia si este no ha manifestado su voluntad para el compromiso internacional están en los orígenes del derecho internacional.

Por lo tanto, si bien es cierto que el derecho internacional incorpora limitaciones a la soberanía territorial y que el Estado ha de estar al cumplimiento de las normas consuetudinarias a cuya formación no se ha opuesto y ha de atenerse a las obligaciones que ha consentido, esa aceptación, por un lado, y consentimiento, por el otro, es el fundamento de la obligación internacional. Sin ella no puede configurarse una intervención de la Comunidad Internacional. Sólo el derecho internacional humanitario o imperativo podría configurar una excepción, con respecto a las normas referentes al respeto de los derechos humanos fundamentales a los cuales sólo casos muy limitados de los Convenios de la OIT (el Convenio sobre el trabajo forzoso, por ejemplo) pueden asimilarse. En este sentido deben analizarse las complejidades jurídicas adscritas no sólo al cumplimiento de las normas internacionales, sino a la posibilidad misma de que una obligación jurídica internacional pueda configurarse a cargo del Estado, si este no ha adherido a un Convenio o a un Tratado internacional.

El ordenamiento europeo responde a una configuración jurídica parcialmente distinta: el Tratado constitutivo de las Comunidades (y de la Unión) Europeas, para el cual es necesaria en todo caso la adhesión de los Estados miembros, constituye unas instituciones internacionales y un ordenamiento jurídico que, a partir del principio de primacía y del efecto directo, vertical y horizontal, de sus normas, construido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es obligatorio y aplicable a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Este argumento, que sólo puede esbozarse en sede de conclusiones abiertas, en todo caso evidencia contradicciones y antinomias⁶⁶ adscritas a las tensiones y conflictos sociales subyacentes a ellas, al hilo de lo analizado abre un interrogante.

El interrogante final poner de relieve que el análisis no puede separarse de su contextualización histórica, de las dinámicas sociales subyacentes⁶⁷, ni

⁶⁶ Desde el punto de observación de su estudio, ponen en evidencias contradicciones y antinomias de la constitución y del desarrollo del proyecto europeo, en tensión con las dinámicas sociales subyacentes, RIESCO-SANZ A., GARCÍA LÓPEZ J., MAIRA VIDAL M. (2018), *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea. El caso del transporte por carretera*, Bomarzo, Albacete.

⁶⁷ Las instituciones jurídicas del derecho del trabajo se convierten en los instrumentos de la competencia entre empresas: promueven la elaboración de nuevos esquemas contractuales atípicos y de nuevas operaciones de ingeniería jurídica, con especial atención a las empresas transnacionales y a su elección del ordenamiento jurídico más favorable. Al respecto se reenvía al estudio de BARBERA, M. (2010), «Trasformazioni nella figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto», *GDLRI*, 2010/126, pp. 203-255.

■ LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES...

obviar la interferencia del ordenamiento comunitario y europeo, desde la constitución de la Comunidad Económica Europea con el Tratado de Roma de 1957. En cuanto ordenamiento jurídico supranacional, que define un conjunto de normas obligatorias y directamente eficaces en los ordenamientos jurídicos nacionales, las adaptaciones del derecho interno en la materia se deben probablemente más a la interposición de la normativa europea sobre libre competencia, por un lado, y sobre contratos públicos, por el otro, que a las interrelaciones con el ordenamiento internacional. Es entonces principalmente el ordenamiento europeo el que ha determinado la evolución del derecho español con respecto a la definición y al desarrollo de la normativa interna sobre cláusulas sociales.

TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

RAFAEL ÁLVAREZ GIMENO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social¹
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. *Planteamiento y consideraciones previas.*–2. *La recomendación núm. 119 y otros instrumentos anteriores.*–3. *El convenio núm. 158 y la recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo.*–4. *El convenio núm. 189 y la recomendación núm. 201 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos.*–5. *La influencia de la OIT en el ordenamiento jurídico español.*–6. *Posibles desajustes e incumplimientos del derecho interno español.*–7. *Conclusiones.*–*Bibliografía.*

1. PLANTEAMIENTO Y CONSIDERACIONES PREVIAS

En el presente capítulo se tratan los principales instrumentos emanados de la OIT que directa o indirectamente ofrecen algún tipo de protección o garantía frente a la extinción contractual. En este sentido, no cabe duda de que el Convenio núm. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982, es la norma más específica y relevante. No obstante, se ha creído conveniente comentar también algunas recomendaciones de la OIT sobre esta materia, como la núm. 119, por ser la primera que se preocupó por la extinción del

¹ Miembro del Grupo de Investigación de referencia del Gobierno de Argón S18_20R: Derecho Del Trabajo – Unizar, del Instituto Universitario de Investigación en Empleo, Sociedad Digital y Sostenibilidad (IEDIS) y del Proyecto de Investigación PID2020-114556GB-I00: Las nuevas dimensiones del tiempo de trabajo y el papel de la negociación colectiva.

contrato de trabajo, o la núm. 166, que complementa al citado Convenio núm. 158, así como el Convenio núm. 189 y la Recomendación núm. 201 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, de 2011, en tanto aluden a ciertos aspectos relacionados con la terminación de una importante relación laboral especial, la del personal al servicio del hogar familiar.

Antes de entrar a analizar los mencionados instrumentos de la OIT, conviene recordar que los Convenios de esta organización son Tratados internacionales y como tales, en virtud de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, una vez han sido firmados y ratificados por un Estado, resultan de obligatorio cumplimiento para el mismo, sin que pueda invocarse el Derecho interno para justificar su incumplimiento. Ello viene a suponer que, en principio, los Convenios de la OIT que han sido ratificados por España están por encima de las normas internas, circunstancia que pone de manifiesto la propia CE en el artículo 10.2, cuando reconoce que los derechos y libertades constitucionales han de ser interpretados con arreglo a lo establecido en los Tratados internacionales suscritos por España²; y, de forma más explícita, en el artículo 96, donde se indica que los Tratados internacionales válidamente celebrados solo pueden ser derogados, modificados o suspendidos en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional. La única salvaguarda que existe respecto de esta prevalencia de los Convenios internacionales es la contenida en el artículo 95 CE, que indica que aquellas estipulaciones de los Tratados que sean contrarias a la propia Carta Magna requieren la adaptación del texto constitucional, lo que supone que, en principio, aquellas no son aplicables en el ámbito interno, sin perjuicio de la obligación que se genera para el Estado.

Fruto de todo ello, puede decirse que los derechos contenidos en los Convenios de la OIT ratificados por España tienen en nuestro país un carácter «supra-legal» e «infra-constitucional»³; si bien, el conflicto entre los Convenios de la OIT y la CE rara vez va a contemplarse, en tanto la interpretación de los derechos contenidos en la Carta Magna, entre los que se encuentra el derecho al trabajo, ha de procurar ajustarse a lo dispuesto por los Tratados internacionales, no resultando habitual encontrar contradicciones claras y manifiestas que hagan necesaria la reforma constitucional.

² Según la STC 36/1991, de 14 de febrero, viene referida a los derechos incluidos en el capítulo II del título I CE, entre los que se encuentra el artículo 35 CE, pero deja fuera al capítulo III, sobre los principios rectores de la política económica.

³ Algunos autores hablan de «súper-leyes», VV. AA.: *Derecho del Trabajo* (coord. CAMPS RUIZ L. M. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 68 y 69.

2. LA RECOMENDACIÓN NÚM. 119 Y OTROS INSTRUMENTOS ANTERIORES

El primer instrumento de la OIT que se ocupó de manera directa y sistemática de la extinción contractual fue la recomendación núm. 119 sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1963, de la Conferencia Internacional del Trabajo. Puede resultar llamativo que un aspecto tan importante en las relaciones laborales no viera la luz hasta pasados los cuarenta años de vida de la organización. Sin embargo, debe mencionarse que para entonces ya había un buen número de disposiciones, dispersas en distintos convenios y recomendaciones, que trataban de manera indirecta sobre la terminación contractual, casi siempre con el objeto de prohibir el despido de trabajadores en ciertas situaciones en las que se pretende brindar una especial protección frente a la discriminación, como en los casos de maternidad o acción sindical⁴. Además, el Convenio núm. 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958, estableció en su artículo 1 que «cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación» constituye una discriminación, lo que algunos autores han considerado que implicaba una restricción indirecta en materia de terminación de la relación de trabajo⁵.

La Recomendación núm. 119 reiteró la necesidad de evitar despidos por razones discriminatorias (párrafo. 3), pero fue mucho más allá, estableciendo como regla general, en su párrafo 2, que la extinción del contrato por voluntad del empleador debería estar justificada por la capacidad del trabajador, por la conducta del mismo o por necesidades derivadas del funcionamiento empresarial. Coherentemente con ello, la recomendación dispuso que los empleados que fueran despedidos debían tener mecanismos de defensa frente a las decisiones extintivas que consideraran injustificadas. Al respecto, la OIT dejó abierto el tipo de órganos que podían conocer de estos asuntos, entendiendo que lo fundamental no era su carácter judicial o extrajudicial, sino la «neutralidad» de los mismos y la posibilidad de que estuvieran facultados para «examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circuns-

⁴ Sobre la maternidad, artículo 4 del Convenio núm. 3 sobre la protección de la maternidad, de 1919, y posteriormente el artículo 6 del Convenio núm. 103 sobre la protección de la maternidad, de 1952; sobre la sindicación y las labores sindicales, el artículo 1 del Convenio núm. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949.

⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: «La protección de los trabajadores frente al despido en la historia de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, pp. 326 y 327.

tancias relacionadas con el caso». En cuanto a la respuesta frente a los despidos injustificados, la recomendación también confirió amplio margen a los Estados, pero parecía apostar por la readmisión del trabajador como primera opción. En caso de no producirse esta, el trabajador debería recibir una «indemnización adecuada», una «reparación de otro género» o una combinación de ambas»⁶.

Cabe distinguir las mencionadas compensaciones por no readmisión, en casos de despido injustificado, de otras medidas de protección de los ingresos del empleado por la terminación del contrato, que tienen un carácter mucho más general, como las dispuestas en el párrafo 9 de la propia recomendación, que reclama la existencia de un seguro de desempleo, de una compensación por fin de servicios a cargo del empleador o una combinación de estas prestaciones.

Al margen de ello, la Recomendación núm. 119 estableció otras garantías adicionales de los trabajadores frente a la extinción del contrato⁷. En este sentido, conviene destacar: el respeto de un periodo de preaviso o, en su defecto, una compensación que lo sustituyera (párrafo 7), así como la entrega de un certificado empresarial con los servicios prestados, sin menciones desfavorables al trabajador (párrafo 8). Mucho más ambiguo se mostraba el párrafo 11 acerca del deber de consultar con los representantes de los trabajadores antes de adoptar una decisión, en tanto este se remitía a la legislación nacional, los contratos colectivos, los reglamentos de empresa, los laudos arbitrales o los fallos de los tribunales, algo que puede resultar llamativo, en tanto conviene tener presente que ya de por sí estamos ante un instrumento de *soft law* que en su primer párrafo se somete a lo dispuesto en la normativa interna de los Estados.

Las denominadas disposiciones complementarias sobre la «Reducción de Personal» se establecieron con autonomía propia dentro de la Recomendación núm. 119, concretamente en el capítulo III de su cuerpo normativo. Interesa destacar que no se ofreció por parte de la recomendación un concepto claro sobre lo que debía entenderse por «reducción de personal»; si bien podría asimilarse a lo que en nuestro ordenamiento interno denominamos despidos colectivos, la ausencia de umbrales numéricos hace un tanto dudosa dicha equi-

⁶ Por remisión del párrafo 6 al párrafo 1, debe entenderse que esas reparaciones debían determinarse por la legislación nacional, los contratos colectivos, los reglamentos de empresa, los laudos arbitrales o los fallos de los tribunales, o por cualquier otra forma compatible con la práctica nacional y que parezca apropiada según las condiciones nacionales.

⁷ No obstante, el párrafo 18 de la Recomendación enumera una serie de trabajadores susceptibles de ser excluidos de su campo de aplicación; así: los trabajadores contratados por un período o para una obra, cuando, por la naturaleza del trabajo que haya de efectuarse, la relación de trabajo no pueda ser indefinida; los trabajadores en período de prueba; los trabajadores contratados con carácter ocasional por un período de corta duración; los funcionarios públicos, cuando existan disposiciones constitucionales incompatibles con las disposiciones de la Recomendación.

valencia⁸. Concretamente, las recomendaciones que se hacen al respecto de estas reducciones de plantilla guardan relación con la consulta previa con los representantes de los trabajadores, las medidas tendentes a la evitación de las extinciones o la atenuación de sus consecuencias, la selección de los empleados que van a ser despedidos y la eventual recolocación de estos.

Por último, debe señalarse que esta recomendación núm. 119 ya no está vigente, en tanto fue sustituida por la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982, que como se verá en el apartado siguiente, complementa al Convenio núm. 158. Sin embargo, puede afirmarse que su espíritu protector y la mayor parte de sus disposiciones siguen presentes en la vigente normativa de la OIT.

3. EL CONVENIO NÚM. 158 Y LA RECOMENDACIÓN NÚM. 166 SOBRE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

No cabe ninguna duda de que el instrumento más importante de la OIT en lo que se refiere a la extinción contractual es el Convenio núm. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, adoptado por la Conferencia General el 22 de junio de 1982, que se complementa por la Recomendación núm. 166, adoptada en esa misma fecha y que lleva idéntico título. Interesa resaltar que dicho Convenio ha sido ratificado por solo 36 Estados miembros de la OIT⁹, lo que da una pista de lo ambiciosas que pueden resultar algunas de sus disposiciones en una materia tan delicada como la extinción del contrato de trabajo. En cualquier caso, el Convenio núm. 158 fue ratificado por España el 18 de febrero de 1985 (BOE de 29 de junio de 1985) y entró en vigor el 26 de abril del año siguiente, por lo que resulta plenamente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico¹⁰, sin perjuicio del margen que, como se verá, deja en muchos aspectos a la normativa interna.

⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: «La protección de los trabajadores frente al despido en la historia de la OIT», *cit.* p. 147. Estos autores relacionan este concepto con el número de personas que pueden ser afectadas por las medidas extintivas y las posibles repercusiones sociales y económicas de la reducción de personal en una localidad o en una región, o en una rama de actividad o una profesión. Sin embargo, esta mención prácticamente coincide con lo dispuesto en el párrafo 14, que reserva la necesidad de notificar a las autoridades públicas a supuestos de reducción de plantilla «de tal amplitud que puede tener importantes repercusiones en la situación de la mano de obra de una región o de una rama de actividad económica determinada». Por consiguiente, utilizar para el concepto general de «reducción de plantilla» lo que se dispone para un supuesto especial o agravado, puede resultar cuestionable.

⁹ Actualmente, tras la denuncia de Brasil en 1996, únicamente está vigente en 35.

¹⁰ A propósito del Convenio núm. 158 de la OIT, ALONSO OLEA, M.: «Sobre la forma de despido en relación con el Convenio de la OIT», núm. 158 (Ginebra, 1982), sobre la terminación de la relación de traba-

En principio, el Convenio núm. 158 se orienta a todas las ramas de la actividad económica y a la totalidad de las personas empleadas; sin embargo, su artículo 2 permite a los Estados excluir a una serie de sujetos. De una parte, los trabajadores en periodo de prueba o los trabajadores temporales pueden verse privados de la protección frente a la terminación establecida por el Convenio; si bien se fijan ciertos límites a estas exclusiones, pues se impone a los Estados la obligación de establecer garantías contra el recurso a los contratos de trabajo de duración determinada y se aclara que la duración de los periodos de prueba debe ser «razonable» y haberse fijado «de antemano»¹¹. De otra parte, se permite la exclusión de empleados que tienen un estatus especial con una protección al menos equivalente y de aquellos otros trabajadores a los que, por las particulares características de su trabajo o de su empleador, la aplicación de algunas disposiciones del convenio resultaría problemática, lo cual abre la puerta a la marginación de lo que en terminología española serían ciertas relaciones laborales especiales, como las del servicio del hogar familiar, a las que se refiere el apartado siguiente de este capítulo.

Siguiendo la tradición de instrumentos anteriores de la OIT, los artículos 4 y 5 del Convenio núm. 158 establecen como regla general la necesidad de que la extinción del contrato de trabajo se encuentre justificada por motivos de capacidad, conducta o necesidades de funcionamiento de la empresa, estando expresamente prohibido el despido discriminatorio por las razones ya comentadas en el apartado anterior: maternidad, actividad sindical, raza, sexo, religión, ideología, nacionalidad, origen social, etc.

Por su parte, el primer párrafo de artículo 6 del Convenio establece que las ausencias al trabajo que estén motivadas por enfermedad o lesión no pueden constituir causa justificativa de despido, aunque el segundo párrafo del precepto parece abrir la puerta a la limitación efectiva de dicha prohibición en virtud de disposiciones de Derecho interno, tema que se estudiará con mayor grado de detalle en el apartado 5 de este capítulo, al abordar la derogación del artículo 52 d) LET.

Con arreglo a los artículos 8 y 9 del Convenio, los trabajadores deben tener la posibilidad de impugnar la decisión empresarial sobre la extinción de su

jo, *Documentación Laboral*, núm. 20, 1986, pp. 43-50 consideró que la norma no era directamente aplicable, por tener un carácter programático y precisar supuestamente de un desarrollo legal posterior. Sin embargo, esta postura fue minoritaria ya desde el inicio, como demuestran las respuestas de los magistrados a SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: «Encuesta sobre la aplicación del Convenio 158 OIT en el Derecho Español», *Documentación Laboral*, núm. 20, 1986, pp. 51 ss. En este sentido, se considera que dicho Convenio era una «norma perfecta», con una regulación específica sobre buena parte de los aspectos relativos a la extinción.

¹¹ Al respecto, el Informe de la OIT 300/20/6, de noviembre de 2007 consideró que el «periodo de consolidación» de dos años del «contrato de nuevo empleo» francés, no era un periodo de prueba de duración razonable, con arreglo al artículo 1.1 del Convenio núm. 158.

contrato laboral ante un organismo neutral y poder obtener una tutela efectiva de sus intereses, para lo cual resulta imprescindible que dichos organismos, ya sean judiciales o extrajudiciales, estén facultados para revisar si la terminación estaba justificada, teniendo el empleador la carga de la prueba al respecto.

No obstante, en los despidos basados en necesidades de funcionamiento de la empresa, el establecimiento o el servicio, aunque debe garantizarse que la extinción se basó realmente en dichos motivos, se permite que los Estados limiten la medida en que los órganos de revisión están facultados para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación. Dicho de otro modo, en todo caso debe poderse constatar que concurren causas empresariales y que estas no se utilizan como pretexto para despedir al trabajador por otro motivo, pero parece haber una norma de Derecho interno que otorgue amplio margen a las empresas para decidir la extinción por estos motivos, sin que un órgano externo haga juicios de oportunidad al respecto. En cualquier caso, este precepto debe complementarse con lo dispuesto en el párrafo 19 de la Recomendación núm. 166, que insta a evitar en lo posible la terminación de la relación de trabajo por «motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio».

En lo que respecta a los despidos por razones imputables al trabajador, ya sean estas relativas a su conducta o a su rendimiento, el artículo 7 del Convenio núm. 158 impone la necesidad de ofrecer al trabajador la posibilidad de defenderse de los «cargos formulados contra él» antes de que se extinga el contrato, «a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad». Aparentemente, este precepto parece imponer como regla general algún tipo de garantía previa a la adopción del despido que haga efectiva la posibilidad de defensa del trabajador, asunto que trataremos con mayor profundidad en el apartado 6 de este capítulo, al estudiar los posibles desajustes entre la legislación laboral española y los instrumentos de la OIT.

Lo dispuesto en el artículo 7 del Convenio ha de complementarse con las disposiciones sobre «procedimientos previos a la terminación o en ocasión de ésta» previstos en la Recomendación núm. 166. En este sentido, cabe destacar: la conveniencia de notificar por escrito estas extinciones, la sugerencia de brindar al trabajador un periodo razonable para que mejore su rendimiento, en caso de que este fuera insatisfactorio, la posibilidad de que el empleado que vaya a ser despedido cuente con la asistencia de otra persona para defenderse de los cargos, así como la recomendación de que los despidos por la conducta de un trabajador sean adoptados dentro de un período razonable desde que tuvo conocimiento de la falta.

Sin duda, uno de los aspectos más importantes en la protección frente a la extinción del contrato de trabajo es el que atañe a las posibles consecuencias que producen aquellas decisiones empresariales injustas. En este sentido, el artículo 10 del Convenio núm. 158 opta por la anulación del despido y la consiguiente readmisión del trabajador en su puesto como solución idónea, pero permite a los Estados establecer otras alternativas, como el pago de una «indemnización adecuada» al empleado despedido u «otra reparación que se considere apropiada». De cara a la determinación de las compensaciones por despido, tanto el artículo 12 del Convenio como el párrafo 18 de la Recomendación núm. 166 sugieren el salario y la antigüedad como parámetros a tener en cuenta, si bien parecen indicar que estos no tienen por qué ser los únicos factores a considerar¹². No obstante, debe tenerse en cuenta que estas alusiones a las indemnizaciones no se orientan específicamente a los despidos injustificados, sino en general a aquellas relaciones de trabajo que se hayan dado por terminadas, con la posible excepción de las que se encuentran motivadas por una falta grave del trabajador¹³.

Al margen de la protección frente a los despidos injustificados, en el Convenio núm. 158 se establecen otros derechos y garantías de cara a la extinción del contrato de trabajo. De una parte, cabe destacar la necesidad de respetar un plazo de preaviso razonable antes de dar la relación por terminada, una obligación empresarial impuesta por el artículo 11 del Convenio, que, no obstante, puede sustituirse por el pago de una indemnización e incluso dispensarse por completo en caso de que el trabajador hubiese cometido una falta grave. Este derecho se ve ampliado por el párrafo 16 de la Recomendación núm. 166, que establece la conveniencia de que el trabajador disfrute durante el plazo de preaviso de periodos de tiempo libre remunerados destinados a la búsqueda de otro empleo. De otra parte, el aludido artículo 12 del Convenio establece con carácter general que los trabajadores que ven extinguido su contrato de trabajo han de tener derecho a cobrar una indemnización, una prestación por desempleo o ambas cosas; sin embargo, se deja abierta la posibilidad de exigir al trabajador una serie de requisitos para poder acceder a esta protección e incluso excluir completamente de la misma a aquellos que hayan cometido faltas graves.

¹² El artículo 12 del Convenio núm. 158 y párrafo 18 1 a) de la Recomendación indican que dicha indemnización «se fijará en función, *entre otras cosas*, del tiempo de servicios y del monto del salario».

¹³ Téngase en cuenta que el pago de estas indemnizaciones puede ser a cargo de la empresa o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores, lo que podría identificarse con prácticas nacionales como el TFR en Italia o el fondo de capitalización o «mochila» en Austria. Además, el párrafo 18 habla de estas indemnizaciones por extinción del contrato como una posibilidad, en tanto también se puede ofrecer protección al trabajador por otras vías, como el seguro de desempleo.

Por último, cabe destacar que tanto el Convenio núm. 158 como la Recomendación núm. 166 dedican un capítulo autónomo a establecer una serie de disposiciones complementarias sobre la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos. Por un lado, en el artículo 13 del Convenio núm. 158 se establece el deber empresarial de informar y consultar a los representantes de los trabajadores sobre las extinciones previstas por dichos motivos, con la finalidad principal de evitar o, al menos, limitar las terminaciones y las consecuencias adversas que estas conlleven. Por otro lado, se impone a los empresarios la obligación de facilitar a la autoridad competente una serie de informaciones acerca de estas extinciones por causas de índole empresarial; aunque en el artículo 14 del Convenio no se indica el objeto de este deber, el párrafo 19 de la Recomendación núm. 166 parece revelar que lo que se busca es que las autoridades ayuden a las partes a buscar soluciones a los problemas que plantean las terminaciones¹⁴. Sin embargo, conviene puntualizar que el Convenio permite que los Estados firmantes reserven estos derechos de información y consulta a representantes de trabajadores y autoridades competentes únicamente a los supuestos en los que el número de trabajadores cuya relación laboral se prevea terminar alcance un determinado umbral numérico o un porcentaje de la plantilla.

4. EL CONVENIO NÚM. 189 Y LA RECOMENDACIÓN NÚM. 201 SOBRE LAS TRABAJADORAS Y LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS

Aunque no se trata de una norma específica sobre la terminación contractual y ya hay en esta misma obra un capítulo dedicado al trabajo doméstico, parece oportuno hacer una breve referencia al Convenio núm. 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, que se complementa con la Recomendación núm. 201¹⁵, pues algunas de sus disposiciones inciden de manera directa o indirecta en la extinción de esta particular relación laboral, que designa, según el artículo 1 del Convenio, «el trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos».

¹⁴ A mayor abundamiento, los párrafos 20 ss. de la Recomendación núm. 166 establecen, entre otras cosas, una serie de pautas acerca de cómo evitar o limitar al máximo tanto las extinciones como las consecuencias negativas que implican. En este sentido, se habla de medidas alternativas al despido, recolocación de trabajadores, posibilidades de readmisión, ayudas a la búsqueda de empleo, etcétera.

¹⁵ El Convenio fue publicado en el BOE el 3 de abril de 2023 y entra en vigor el 29 de febrero de 2024.

En lo que se refiere específicamente a la terminación del contrato, el artículo 7 del Convenio núm. 189, que impone a los Estados la obligación de que los empleados domésticos sean adecuadamente informados sobre sus condiciones de trabajo, expresa su preferencia por que los contratos sean escritos, habiendo de incluir estos tanto «el período de prueba, cuando proceda» como «las condiciones relativas a la terminación de la relación de trabajo, inclusive todo plazo de preaviso que han de respetar el trabajador doméstico o el empleador».

Por su parte, en el párrafo 18 de la Recomendación núm. 201 se prevé una disposición específica orientada a los a «los trabajadores domésticos que se alojan en el hogar en que trabajan», que sugiere un plazo de preaviso razonable y tiempo libre suficiente durante ese período para permitirles buscar empleo y alojamiento, al menos en aquellos casos de extinción de la relación de trabajo a iniciativa del empleador por motivos que no sean faltas graves». Sin embargo, esta disposición no deja de resultar llamativa, en tanto parece limitarse únicamente a lo que en nuestro ordenamiento se conoce como trabajadores domésticos internos, cuando, además, como se indicó en el apartado anterior de este capítulo, en el Convenio núm. 158 se impone con carácter general el deber empresarial de preavisar a los trabajadores y en la Recomendación núm. 166 se invita a conceder permisos retribuidos para la búsqueda de otro empleo.

En mi opinión, lo más relevante de la normativa de la OIT en lo que se refiere a la terminación de estas relaciones laborales especiales no reside en las mencionadas disposiciones específicas sobre la materia, sino en el espíritu que impregna tanto al Convenio núm. 189 como a la Recomendación núm. 201, que parece pretender que los empleados domésticos disfruten de las mismas condiciones de empleo decente que poseen el resto de los trabajadores. En este sentido, dentro del Convenio resultan especialmente relevantes: el artículo 3, sobre eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; el artículo 6, que requiere que los trabajadores domésticos, «como los demás trabajadores en general», disfruten de condiciones de empleo y de trabajo decentes; el artículo 14, que impone que los empleados domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, lo que puede incluir prestaciones por desempleo, aun cuando no se nombran específicamente por este precepto; y el artículo 16, que alude a la equiparación en cuanto a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia o fallecimiento del empleador.

5. LA INFLUENCIA DE LA OIT EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

De lo expuesto en los apartados anteriores de este capítulo puede adivinarse que, en materia de extinción, el instrumento de la OIT más influyente en el ordenamiento jurídico español no es otro que el Convenio núm. 158, que constituye una norma de Derecho Internacional directamente aplicable y, en virtud de los artículos 10.2 y 96 CE, resulta jerárquicamente superior a las disposiciones de Derecho interno, al menos en todos aquellos aspectos en los que ofrece una regulación clara de los derechos y obligaciones de las partes del contrato de trabajo.

En cierto modo, este Convenio ha supuesto un freno para todas aquellas iniciativas que, desde ámbitos académicos o empresariales, han intentado introducir con carácter general un despido *ad nutum* o sin causa¹⁶. Por un lado, los artículos 4 y 5 del Convenio imponen que la extinción contractual debe justificarse por motivos de capacidad, conducta o necesidades de funcionamiento de la empresa; por otro, el artículo 8 establece que los despidos han de poder ser revisados por un órgano externo facultado «para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo», lo que implica un control que va más allá de los requisitos formales y de los supuestos de discriminación.

Esa obligación de justificar las extinciones condujo a que un sector de la doctrina científica utilizase el Convenio núm. 158 de la OIT, junto con otros instrumentos internacionales, para argumentar que el periodo de prueba de un año previsto en el Contrato de Apoyo a Emprendedores (CAE) era un supuesto de libre desistimiento empresarial ilegal, por tener una duración excesiva que no resultaba razonable y que, por tanto, no tenía cabida dentro de la excepción prevista en el artículo 2.2 (b) del propio Convenio¹⁷. Sin embargo, lo cierto es que los tribunales apenas emplearon este instrumento de la OIT para discutir la extinción sin causa, preaviso ni indemnización durante el primer año de relación. Por su parte, en respuesta a una reclamación presentada por UGT y CCOO, el Informe núm. 321 del Comité de Expertos de la OIT, aun cuando no llegó a una conclusión clara sobre el incumplimiento del Convenio, manifestó dudas acerca de dicho periodo de prueba e instó al Gobierno a revi-

¹⁶ En este sentido, resultaban en mayor o menor medida censurables ciertas reformas propuestas que vinieron desde el ámbito económico, como el contrato único contenido en la Propuesta para la reactivación laboral en España, Grupo de los 100, abril de 2009, y desde el ámbito empresarial, como un contrato laboral «indefinido no fijo», planteada por la patronal madrileña (CEIM) en su «Propuesta para la recuperación económica» de octubre de 2011.

¹⁷ HERNÁNDEZ BEJARANO, M: «El período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores: un ejemplo de vulneración de la Carta Social Europea», *Temas Laborales*, núm. 124, 2014, pp. 227-243.

sar este mecanismo, buscando el consenso con los agente sociales¹⁸. Finalmente, el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, derogó esta polémica figura con fecha de 1 de enero del año siguiente.

Puede decirse que el vigente esquema extintivo que se desprende de la legislación laboral española se corresponde bastante con el que dibujan el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 de la OIT. En este sentido, la normativa internacional distingue fundamentalmente cuatro niveles de protección: primero, el de los despidos por falta grave del trabajador, que no requieren indemnización ni preaviso; segundo, el de las extinciones objetivas o subjetivas procedentes, merecedoras de preaviso, indemnización o una prestación social; tercero, el de los despidos motivados por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas, que al menos cuando afectan a un determinado número de trabajadores conllevan una serie de deberes de información y consulta; y cuarto, el de los despidos injustificados, que demandan una mayor tutela a la brindada en los demás supuestos, preferiblemente la readmisión del trabajador o, en su defecto, el pago de una indemnización adecuada u otro tipo de reparación apropiada. No cuesta mucho identificar estos cuatro niveles con los previstos en la LET para: los despidos disciplinarios procedentes, las extinciones objetivas individuales procedentes, los despidos colectivos ajustados a Derecho y los despidos improcedentes o no ajustados a Derecho, si bien en nuestro ordenamiento jurídico podríamos incluir un quinto nivel: el de los despidos nulos.

Las terminaciones por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas, que tienen un capítulo autónomo en el Convenio núm. 158 de la OIT, son perfectamente identificables en el ordenamiento jurídico español con las extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, si bien la protección específica a la que se refiere el Convenio se circunscribe en el artículo 51 LET a lo que se denominan despidos colectivos, esto es, a aquellos supuestos en los que se ve afectado un determinado número o porcentaje de trabaja-

¹⁸ Como es sabido, la STC 119/2014, de 16 de julio de 2014, atendiendo, entre otras cosas, al carácter coyuntural de la medida y a la necesidad de un plazo para que el puesto se consolide en la empresa, concluyó que el establecimiento de un periodo de prueba de un año era constitucional. Sin embargo, cabe recordar que el hecho de que una norma pase el control de constitucionalidad no descarta la violación de los compromisos internacionales suscritos por el Estado. Esto no quiere decir en absoluto que haya una contradicción entre el Convenio y la CE, simplemente indica que una norma internacional, como la CSE, impone un nivel de protección «superior» y compatible con el de la carta magna. Al respecto, el Informe núm. 321.^a (cuarto informe complementario) del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Gobierno de España del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), presentada por CC. OO. y UGT estima que «no dispone de fundamentos suficientes para considerar si la extensión de un año de la exclusión del campo de aplicación del Convenio pueda ser considerada como razonable, más aún cuando dicha extensión no ha sido el resultado de la concertación social y que la exclusión se ha introducido de manera general en dicha modalidad contractual».

dores dentro de un lapso temporal. Aunque la normativa de la OIT parece preferir que los mecanismos de información y consulta a la Autoridad y a los representantes del personal tengan alcance general en caso de este tipo de extinciones, lo cierto es que el apartado 2 del artículo 13 del Convenio prevé esta posibilidad de restringirlos con arreglo a los parámetros cuantitativos utilizados por la LET.

A propósito de los despidos por motivos empresariales, el Convenio núm. 158 de la OIT alcanzó una notable relevancia a raíz de la polémica reforma laboral de 2012, que pretendió objetivar al máximo estas causas, especialmente las económicas, reduciendo el margen de apreciación de los jueces y tribunales a la hora de examinar su efectiva concurrencia. Desde ciertos ámbitos sindicales y doctrinales se denunció un posible desajuste entre la legislación interna y las normas de Derecho Internacional aplicables en España, entre ellas, los artículos 4, 8 y 9 del Convenio. La jurisprudencia no tardó mucho en afirmar la subsistencia del control judicial de los despidos por causas empresariales, lo que comporta no solo constatar la concurrencia de las causas legales sino también examinar la razonabilidad o la proporcionalidad del despido, sin perjuicio de que no se deba sustituir al empresario en la elección de las medidas concretas a adoptar, lo cual está en plena consonancia con los aludidos preceptos del Convenio núm. 158¹⁹. En este sentido, puede decirse que más que una corrección del Derecho interno por la aplicación de un instrumento de Derecho Internacional jerárquicamente superior²⁰, lo que se produjo es una interpretación de la legislación nacional conforme a los compromisos internacionales del Estado²¹. A este respecto, téngase en cuenta que el citado Informe núm. 321 de la OIT, sobre la reclamación presentada por los sindicatos más representativos españoles, no apreció que existiera vulneración por parte de la LET, si bien solicitó al Gobierno que presentara información sobre cómo se estaban aplicando esas causas extintivas en la práctica.

Conviene recordar que hasta la aprobación del Real Decreto Ley 4/2020, de 18 de febrero, el artículo 52 d) LET contemplaba la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por faltas de asistencia, aun justificadas pero intermitentes, cuando estas alcanzasen unos determinados porcentajes de las jornadas hábiles dentro de ciertos periodos de tiempo. Si bien es cierto que las bajas de más de veinte días de duración o que guardaran relación con enfermedades

¹⁹ Vid. SSTs de 26 de marzo de 2014 (RJ 2778) y de 17 de julio de 2014 (RJ 5743). Sobre este tema, véase el detallado repaso que realiza CID BABARRO, C.: «El Convenio 158 de la OIT y los límites del empresario en el despido colectivo», en VV. AA.: *El futuro del trabajo en cien años de la OIT: comunicaciones*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018, pp. 245 ss.

²⁰ A este respecto, téngase en cuenta que el citado Informe núm. 321 de la OIT no vio

²¹ Cfr. SEMPERE NAVARRO, A. V.: «¿Los Tribunales tumban la Reforma Laboral?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 905/2015.

graves, como el cáncer, y las ausencias causadas por motivos específicamente contemplados en la Ley no computaban a efectos de la terminación *ex* artículo 52 d) LET²², lo cierto es que un trabajador podía ser despedido por una reiteración de ausencias relacionadas con problemas de salud leves y de corta duración. En este sentido, la posición de los trabajadores empeoró con la reforma laboral de 2012, en tanto se dejó de exigir la necesidad de que el empleador sufriese un determinado nivel de absentismo global, desvinculándose por completo esta causa extintiva del funcionamiento empresarial.

Como se ha tenido ocasión de explicar en el apartado 3 de este capítulo, el artículo 6.1 del Convenio núm. 158 de la OIT establece que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no constituye causa justificada de terminación, por lo que podía existir una desavenencia entre el Derecho interno y la normativa internacional, aun cuando se considerase que el artículo 52 d) LET era compatible con la Constitución Española²³. En este sentido, un importante sector de la doctrina científica y algunas sentencias pusieron de manifiesto esta circunstancia²⁴, especialmente tras la reforma de 2012 y ciertamente no faltaban argumentos para ello.

Sin embargo, el apartado 2 del artículo 6 del Convenio dejaba un importante resquicio para la duda, en tanto la definición de «ausencia temporal del trabajo», la medida en que se exige un certificado médico y las posibles limitaciones a la prohibición del primer párrafo del precepto han de ser determinadas con arreglo a la normativa nacional de los Estados. Ello dio pie a que nuestros tribunales entendieran mayoritariamente que no había una contradicción con el Convenio núm. 158²⁵, en tanto el artículo 52 d) LET constituía una

²² En este sentido, según la última redacción del artículo 52 d) LET que estuvo vigente, se excluían las ausencias derivadas de: la huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género.

²³ La STC 118/2019, de 16 de octubre de 2019, concluyó que el precepto era constitucional aún en su última versión, la de la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en la que ya había desaparecido el requisito de absentismo general en la empresa.

²⁴ BAYLOS GRAU, A.: «El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario», *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, p. 13. MOLINA NAVARRETE, C.: «La ilegitimidad constitucional del despido por absentismo laboral y el margen de reinterpretación adecuada desde el derecho comunitario», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 370, 2014, pp. 189 ss. La primera sentencia en aplicar el Convenio núm. 158 OIT en ese sentido fue la S JS núm. 33 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013, aunque fue posteriormente anulada en suplicación por el TSJ de Cataluña. Curiosamente, años más tarde, las SSTSJ Cataluña de 17 enero de 2020 (AS 727), de 28 de abril de 2021 y (AS 1757) y de 5 de octubre de 2021 (AS 2022, 613) llegaron a una conclusión similar a la del JS núm. 33 de Barcelona.

²⁵ Así, por ejemplo, las SSTSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013 (AS 1715) y de 3 abril de 2017 (AS 852) o la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 (AS 2014, 184).

especie de excepción a la prohibición de despedir a trabajadores por ausencias temporales y que dicha excepción entraba dentro del margen que el artículo 6.2 del Convenio confería a los Estados.

Frente a ello, debe tenerse en cuenta que el artículo 4 del Convenio núm. 158 restringe con carácter general los motivos del despido, en tanto este solo se puede justificar con arreglo a la conducta o la capacidad del trabajador, o bien por necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio²⁶. Ciertamente, cuesta identificar la causa extintiva del artículo 52 d) LET con la conducta del trabajador o con su capacidad y, desde la reforma de 2012, no hay vinculación alguna entre aquella y el funcionamiento empresarial.

No obstante, la conclusión a la que llegó tanto el TS como el Informe del Comité de Expertos de la OIT²⁷, en respuesta a la reclamación de UGT y CCOO, fue desfavorable para los intereses de los trabajadores, pues se consideró que la redacción del artículo 52 d) LET, fruto de la reforma laboral de 2012, respetaba el artículo 6 del Convenio 158 OIT, al cumplirse con la exigencia de que las transformaciones efectuadas en dicho precepto se hubieran efectuado de acuerdo con los métodos previstos en el referido Convenio, en concreto, por la vía de la legislación nacional.

Si bien el Convenio núm. 158 de la OIT no sirvió para inaplicar de forma automática el artículo 52 d) LET, lo cierto es que toda la polémica generada en torno a este artículo, en la que dicho Convenio estuvo en el eje, contribuyó a que el Real Decreto Ley 4/2020, de 18 de febrero, derogase la causa extintiva objetiva por exceso de absentismo.

En lo que respecta al trabajo doméstico, el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, ha introducido dos importantes novedades en materia de extinción. En primer lugar, ha acabado con la posibilidad de que el titular del hogar familiar desista libremente del contrato, sin necesidad de justa causa, aunque respetando un preaviso y pagan-

²⁶ DEL VALLE VILLAR, J. M. y SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador: estudio del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores a la luz del Convenio 158 de la OIT*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 78 y 79. PUMAR BELTRÁN, N.: «La incidencia del convenio núm. 158 OIT sobre la protección del despido en el Derecho español», en VV. AA.: *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces españoles: el caso español desde una perspectiva comparada*, Bomarzo, Albacete, 2011, pp. 155 y 156. MORENO GENÉ, J.: «El recurso al Convenio 158 OIT como límite al despido por absentismo del trabajador enfermo», en VV. AA.: *El futuro del trabajo en cien años de la OIT: comunicaciones*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018, pág. 299.

²⁷ De un lado, las SSTs de 29 de marzo de 2022 (RJ 2005) y de 2 noviembre de 2022 (RJ 4953); de otro, el Informe núm. 321.^a (cuarto informe complementario) del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Gobierno de España del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), presentada por CCOO y UGT.

do una indemnización de 12 días de salario por año de trabajo²⁸. En segundo lugar, se ha concedido por primera vez a los empleados domésticos, encuadrados en un Sistema Especial dentro del Régimen General de la Seguridad Social, la posibilidad de cobrar una prestación contributiva por desempleo, lo que aumenta claramente su protección frente a la terminación contractual. En este proceso, el Convenio núm. 189 y la Recomendación núm. 201 de la OIT parecen haber jugado un papel importante, de hecho, son repetidamente aludidos por el legislador en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 16/2022. Al respecto, una peculiaridad es que el Convenio núm. 189, aunque fue ratificado por el Consejo de Ministros el 5 de abril de 2022 y por el Congreso de los Diputados el 9 de junio de 2022, se encontraba, en ese momento, aún en trámites de presentación en la OIT y, por consiguiente, quedaba aún pendiente de publicación en el BOE el correspondiente instrumento de ratificación.

6. POSIBLES DESAJUSTES E INCUMPLIMIENTOS DEL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

En cuanto a los posibles desajustes entre la legislación laboral española y los instrumentos de la OIT ratificados por nuestro país, hay fundamentalmente dos cuestiones sobre las que merece la pena detenerse: las garantías formales frente al despido disciplinario y la adecuación de las indemnizaciones legalmente tasadas en caso de despido improcedente.

Como se ha explicado en el apartado 4 de este capítulo, el artículo 7 del Convenio núm. 158 de la OIT impone la necesidad de ofrecer al trabajador la posibilidad de defenderse de los «cargos formulados contra él» antes de que se extinga su contrato por razones de conducta o rendimiento, salvo en aquellos supuestos en los que no pueda exigirse razonablemente al empresario la concesión de dicha defensa²⁹. El artículo 55 LET, sobre la forma y efectos del

²⁸ A cambio, se introducen en el artículo 11 RD Real Decreto 1620/2011 unas causas de extinción específicas para estos contratos, diferentes a las previstas en la LET para los trabajadores ordinarios: a) disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida; b) modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescinda de la persona trabajadora del hogar; c) el comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

²⁹ Ello se complementa con lo dispuesto en el párrafo 9 de la Recomendación núm. 166 de la OIT, que indica que «todo trabajador debería tener derecho a contar con la asistencia de otra persona cuando, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, se defienda de cargos acerca de su conducta o su trabajo que puedan llevar a la terminación de su relación de trabajo; este derecho puede ser regulado por los métodos de aplicación previstos en el párrafo 1 de la presente Recomendación».

despido disciplinario, obliga a notificar por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que motivan la extinción y la fecha en que esta tendrá efectos, pero no impone con carácter general un trámite para que los trabajadores se defiendan sobre sus presuntos incumplimientos. Al margen de mejoras introducidas por la negociación colectiva, en nuestro ordenamiento jurídico solo se prevén expresamente garantías equivalentes, de una parte, en el marco del empleo público, y de otra, cuando se pretende despedir a un trabajador que tiene la condición de representante sindical o unitario³⁰.

Es cierto que en nuestro ordenamiento jurídico los despidos son susceptibles de ser impugnados ante la jurisdicción social y revisados por parte del juez, recayendo la carga de la prueba en el empresario³¹, pero el Convenio 158 alude a una defensa previa a la adopción de la decisión extintiva por parte del empleador, independiente a la revisión *ex post*³², salvo en supuestos excepcionales en los que aquello no sea razonable. En este sentido, el artículo 7 del Convenio parece estar pensando en supuestos en los que la convivencia resulta insoportable, en los que el trabajador ha sido pillado *in fraganti* en la comisión de una falta muy grave u otros en los que directamente no resulta factible cumplir con el trámite de defensa, por ejemplo, por estar el trabajador en paradero desconocido³³. Con arreglo a ello, resultaría razonable poner en cuestión el procedimiento formal establecido en España para despedir trabajadores por motivos de conducta.

Sin embargo, una jurisprudencia que data de los años 80 entendió que no había contradicción entre la regulación española del despido disciplinario y el Convenio núm. 158³⁴. Al respecto, se argumentó que la finalidad de este instrumento de Derecho Internacional es la de garantizar la posibilidad de defensa del trabajador despedido y que esta se cumple en nuestro Derecho inter-

³⁰ En este sentido, el artículo 55 LET impone la apertura de expediente contradictorio cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical; mientras que el artículo 98 EBEP va incluso más allá, estableciendo un proceso realmente garantista.

³¹ Artículo 105 LRJS.

³² Recuérdese que el derecho a esa revisión posterior está previsto de forma completamente autónoma en el artículo 8 del Convenio núm. 158.

³³ En sentido bastante similar: MELLA MÉNDEZ, L.: «El Convenio 158 OIT y la regulación del despido en España: valoración de algunos puntos críticos», en VV. AA.: *OIT 100 años: una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XXI*, Aranzadi, 2018, pp. 93 y 94. Sin embargo, otros autores consideran que la mayoría de situaciones en las que se produce un despido disciplinario son identificables con una trasgresión de la buena fe contractual que justifica en la mayoría de los casos el no atender a trámites previos. GARCÍA NINET, J. I.: «El convenio 158 de la OIT (1982) sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y su cumplimiento por España», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, núm. 117, p. 57.

³⁴ Entre otras, las SSTs de 5 de noviembre de 1987 (RJ 7815) y de 28 abril 1988 (RJ 3038) y de 30 mayo 1988. (RJ 4668).

no, ya que el empleado puede alegar cuanto desee no solo en el acto del juicio sino en las conciliaciones extrajudicial y judicial previstas en la legislación procesal laboral; en cierto modo, se vino a decir que establecer un trámite previo como el previsto en el Convenio resultaría algo redundante, una duplicidad innecesaria. Además, un sector de la doctrina puso de manifiesto que, durante la tramitación del Convenio núm. 158, por la objeción de varios Estados, se suprimió del artículo 7 la alusión explícita a un trámite de «audiencia» o «entrevista previa» al despido, siendo la versión definitiva del precepto mucho más abierta³⁵, de modo que se confiere un amplio margen a los legisladores internos.

Frente a esta posición dominante, subsisten en el presente dudas acerca de la conformidad de la regulación nacional con el Convenio núm. 158³⁶. En este sentido, resulta un tanto cuestionable entender que la introducción de mecanismos de defensa previos a la extinción sería redundante en nuestro ordenamiento jurídico, máxime cuando sí están previstos para ciertos trabajadores, como los representantes del personal o los empleados públicos, y pueden establecerse para otro tipo de trabajadores en los convenios colectivos. Téngase en cuenta, además, que el despido disciplinario es una decisión empresarial con efectos constitutivos y que, por mucho que la prueba sobre los hechos descritos en la carta de despido le corresponda al empleador, es el trabajador quien debe proceder a impugnar la extinción del contrato, presentando papeleta de conciliación y, en su caso, demanda ante la jurisdicción social, lo cual representa una carga para él, especialmente considerando que se establece un plazo de caducidad para esta acción de solo veinte días. Por todo ello, creo que en ningún caso se puede hablar de una duplicidad superflua, sino más bien de una protección reforzada que la LET no garantiza.

La aplicación directa del artículo 7 del Convenio núm. 158 por parte de nuestros jueces y tribunales conllevaría la improcedencia por defecto de forma de muy buena parte de los despidos disciplinarios acometidos en España, lo que supondría un evidente perjuicio para los empresarios que, de manera comprensible, se limitan a cumplir con lo establecido en el artículo 55 LET. Probablemente, es ahí donde radica en parte la razón de los recelos jurisprudenciales de cara a afirmar la existencia de una contradicción entre la legislación nacio-

³⁵ GALIANA MORENO, J.: «El Convenio núm. 158 de la OIT y su incidencia en los despidos individuales», *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 4, 1986, p. 106.

³⁶ MELLA MÉNDEZ, L.: «El Convenio 158 OIT y la regulación del despido en España: valoración de algunos puntos críticos», en VV. AA.: *OIT 100 años: una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XXI*, Aranzadi, 2018, pp. 94 ss. Recientemente, la STSJ de Baleares de 13 de febrero de 2023 (rec.454/2022) ha declarado improcedente por defecto de forma un despido disciplinario por incumplimiento del artículo 7 del Convenio núm. 158 OIT.

nal y el Convenio. A este respecto, lo más aconsejable y prudente sería promover una reforma legislativa que alinee sin ambages los requisitos formales del despido disciplinario con las garantías previstas por la OIT.

Si ha habido un tema candente en los últimos años sobre la posible discordancia entre el Convenio núm. 158 de la OIT y la legislación laboral española es el que se refiere a la indemnización por despido improcedente³⁷. Como es sabido, el artículo 56 LET establece que, en caso de que el empresario opte por no readmitir al trabajador improcedentemente despedido, este tendrá derecho a una indemnización de treinta y tres días de salario por año de trabajo, con límite de veinticuatro mensualidades. Por su parte, el artículo 10 del Convenio se limita a indicar que los organismos encargados de la revisión de las terminaciones, en caso de no poder proponer la readmisión del empleado, «tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada».

Cabe plantearse que, con arreglo a los parámetros establecidos en el artículo 56 LET, haya trabajadores que no reciben una indemnización suficiente en los términos establecidos por el Convenio. En este sentido, el TSJ de Cataluña ha considerado que en ciertos supuestos existe la posibilidad de conceder una indemnización adicional a la legalmente tasada por despido improcedente, si bien es el trabajador quien tiene que demostrar la insuficiencia resarcitoria, acreditando que se le han causado unos perjuicios adicionales a la pérdida del puesto de trabajo, ya que esos daños quedan ya cubiertos con la indemnización tasada legalmente³⁸. Según el TSJ catalán, dicha compensación adicional está pensada para baremar el daño emergente, el lucro cesante o los daños morales causados al trabajador³⁹. Frente a esta tesis, algún otro TSJ ha concluido que el sistema legal de indemnización tasada por despido improcedente previsto en el artículo 56 LET no se opone al artículo 10 del Convenio núm. 158 de la OIT, entendiéndose que aquella atiende a criterios

³⁷ Al margen del Convenio núm. 158 OIT, que es de lo que se ocupa este capítulo, téngase en cuenta que esta posibilidad de aumentar las indemnizaciones por despido improcedente también se ha venido fundamentando en el artículo 24 CSE. Al respecto, los sindicatos UGT y CCOO han interpuesto una reclamación ante el CEDS.

³⁸ En este sentido, la STSJ Cataluña, de 14 de julio de 2021 (JUR 296325), aunque anuló la indemnización adicional concedida por un JS de Barcelona, por entender que los daños y perjuicios no eran relevantes o no fueron acreditados por el trabajador, abrió la posibilidad de concederla en otros supuestos. Vid. AGUSTÍ MARAGALL, J: «La "indemnización adecuada" como reparación subsidiaria al despido injusto en el artículo 10 del convenio 158 de la OIT», *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 228, 2021, pp. 6-30.

³⁹ Así, la reciente STSJ Cataluña del 30 de enero de 2023 (rec.6219/2022) ha sido la primera de un TSJ que ha concedido la indemnización adicional a un trabajador, concretamente por el lucro cesante derivado de la pérdida de oportunidad de acogerse a las medidas extraordinarias sobre protección de desempleo implantadas por el Covid-19.

racionales de salario y antigüedad, sin que resulte una solución arbitraria ni discriminatoria⁴⁰.

En mi opinión, la posibilidad judicial de otorgar una indemnización adicional a la prevista legalmente en la LET, utilizando como base el Convenio núm. 158, no resulta del todo clara, en tanto es difícil determinar lo que ha de entenderse como una «indemnización adecuada», máxime cuando los instrumentos de la OIT otorgan un importante margen a los Estados e incluso aluden al salario y la antigüedad propios de nuestro ordenamiento como parámetros a la hora de calcular compensaciones por extinción. Sin embargo, ello no es óbice para que puedan existir supuestos excepcionales en los que atendiendo a las circunstancias sea evidente que la indemnización legalmente tasada por despido improcedente resulta inadecuada, en tanto resulta tan baja que no resarce suficientemente al trabajador ni disuade al empleador; es en ellos en los que debe comprenderse que los jueces y tribunales procuren conceder una indemnización mayor, para lo cual deben afinar mucho en su argumentación y no cabe duda de que instrumentos de Derecho internacional como el Convenio núm. 158 o la Carta Social Europea constituyen su principal fundamento.

Obviamente, una reforma legislativa que previera indemnizaciones adicionales o que atribuyera un mayor margen de maniobra a los jueces sería compatible con el Convenio núm. 158. Cuestión distinta es si ello es oportuno o no, ya que aumentaría considerablemente el grado de inseguridad jurídica. Desde mi punto de vista, para conjugar una adecuada protección de los trabajadores frente a la extinción con la necesidad de certidumbre que demandan los empresarios, resultaría adecuado explorar otras alternativas, como el establecimiento de un límite mínimo de indemnización por despido, con independencia de la antigüedad que tenga el empleado, pues de la misma forma que existe un tope máximo de 24 o, en su caso, 42 mensualidades de salario para los trabajadores más antiguos, resultaría razonable establecer un suelo que garantice una compensación digna a todos los trabajadores injustamente despedidos, incluso cuando llevan muy poco tiempo en la empresa.

7. CONCLUSIONES

El Convenio núm. 158 es sin duda el instrumento más importante e influyente de la OIT en lo que se refiere a la terminación del contrato de trabajo, por la regulación sistemática e integral que hace de la materia, así como por su ca-

⁴⁰ SSTSJ Madrid de 3 de noviembre de 2020 (AS 2021, 511) y 7 de junio de 2021 (JUR 277286).

rácter prioritario y directamente aplicable en el ordenamiento jurídico español. En este sentido, el Convenio ha marcado unos límites al Derecho interno, que han sido importantes para no «descausalizar» el despido, mantener un control judicial efectivo de las decisiones empresariales y preservar ciertas garantías de los trabajadores. No obstante, los márgenes que deja al Estado para concretar los derechos y obligaciones de las partes en muchos aspectos son amplios.

En general, no se puede decir que el Convenio núm. 158 haya desempeñado un papel fundamental en la jurisprudencia de nuestro país, así lo demuestra el hecho de que posibles desajustes entre la normativa interna y el Convenio en temas como el periodo de prueba del CAE, las extinciones objetivas por absentismo o la forma del despido disciplinario se resolvieran a favor de los intereses empresariales. Por otro lado, resulta difícil determinar hasta qué punto la normativa de la OIT ha sido realmente relevante en lo que concierne a las intervenciones legislativas que zanjaron algunos de estos asuntos en pro de los trabajadores.

Respecto de la vigente polémica sobre la necesidad de instaurar una indemnización adicional a la legalmente tasada por despido improcedente, dados los antecedentes y con la actual disparidad de criterios en los TSJ, parece dudoso que el TS vaya a concluir que el artículo 56 LET resulta contrario al Convenio núm. 158. Dicho esto, creo que es posible que el legislador utilice la normativa de la OIT para justificar una reforma en la que se confiara un mayor margen de discrecionalidad a los jueces a la hora de determinar la indemnización por despidos injustificados. No obstante, una actuación legislativa en esa dirección puede conllevar una indeseable inseguridad jurídica, en especial para los empresarios, por lo que deberían explorarse otras vías para garantizar una compensación más adecuada, como introducir un tope mínimo de indemnización que favorezca a los trabajadores injustamente despedidos con menor antigüedad.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍ MARAGALL, J: «La «indemnización adecuada» como reparación subsidiaria al despido injusto en el artículo 10 del convenio 158 de la OIT», *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 228, 2021.
- ALONSO OLEA, M.: Sobre la forma de despido en relación con el Convenio de la OIT, núm. 158 (Ginebra, 1982), sobre la terminación de la relación de trabajo, *Documentación Laboral*, núm. 20, 1986.

- BAYLOS GRAU, A.: «El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario», *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012.
- CID BABARRO, C.: «El Convenio 158 de la OIT y los límites del empresario en el despido colectivo», en VV. AA.: *El futuro del trabajo en cien años de la OIT: comunicaciones*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018.
- GALIANA MORENO, J.: «El Convenio núm. 158 de la OIT y su incidencia en los despidos individuales», *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 4, 1986.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J.: «La protección de los trabajadores frente al despido en la historia de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020.
- HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: «El período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores: un ejemplo de vulneración de la Carta Social Europea», *Temas Laborales*, núm. 124, 2014.
- MELLA MÉNDEZ, L.: «El Convenio 158 OIT y la regulación del despido en España: valoración de algunos puntos críticos», en VV. AA.: *OIT 100 años: una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XXI*, Aranzadi, 2018.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «La ilegitimidad constitucional del despido por absentismo laboral y el margen de reinterpretación adecuadora desde el derecho comunitario», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 370, 2014.
- MORENO GENÉ, J.: «El recurso al Convenio 158 OIT como límite al despido por absentismo del trabajador enfermo», en VV. AA.: *El futuro del trabajo en cien años de la OIT: comunicaciones*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018.
- PUMAR BELTRÁN, N.: «La incidencia del convenio núm. 158 OIT sobre la protección el despido en el Derecho español», en VV. AA.: *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces españoles: el caso español desde una perspectiva comparada*, Bomarzo, Albacete, 2011.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: «Encuesta sobre la aplicación del Convenio 158 OIT en el Derecho Español», *Documentación Laboral*, núm. 20, 1986.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «¿Los Tribunales tumban la Reforma Laboral?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 905, 2015.
- DEL VALLE VILLAR, J. M. y SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador: estudio del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores a la luz del Convenio 158 de la OIT*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
- VV. AA.: *Derecho del Trabajo* (coord. CAMPS RUIZ L. M. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

LIBERTAD SINDICAL

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO: 1. *La libertad sindical como derecho fundamental de la OIT.*—2. *El desarrollo del derecho a la libertad sindical en los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT.*—3. *Garante de la libertad sindical: el Comité de Libertad Sindical.*—4. *La influencia de los Convenios núm. 87 y núm. 98 en la evolución histórica del derecho fundamental a la libertad sindical en España.*—5. *El derecho de libertad sindical como elemento de construcción de Europa y pieza clave de la Constitución Española.*—6. *La influencia de los Convenios de la OIT en la Ley Orgánica de Libertad Sindical y en el conjunto del ordenamiento español.*—7. *Los titulares del derecho a la libertad sindical.*—8. *La actividad sindical como clave.*—9. *Derecho a la organización externa e interna del sindicato.*—10. *Libertad en el ejercicio del derecho de sindicación versus la mayor representatividad.*—11. *Protección frente a la discriminación por motivos sindicales.*—12. *Bibliografía.*

1. LA LIBERTAD SINDICAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA OIT

El principio de libertad sindical forma parte del «corazón» de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), desde que aparece por primera vez a nivel mundial en 1919, consagrado en el preámbulo de su Constitución. En dicho texto aparece recogido, entre las condiciones susceptibles de mejorar las condiciones de trabajo y de garantizar la paz, el principio de libertad sindical. De este modo, la OIT asume los derechos de libertad sindical

asociación y negociación colectiva como «derechos cívicos» por considerar que son un aspecto esencial de las libertades públicas y de la democracia¹.

Posteriormente, la Declaración relativa a los Fines y Objetivos de la OIT (Declaración de Filadelfia) de 1944 reafirmó los principios fundamentales sobre los cuales se funda la OIT, haciendo especial mención a la libertad de expresión y de asociación como elemento «esencial para el progreso constante».

De conformidad con la importancia vertebradora que la OIT concede a la libertad sindical, dos son los Convenios², elaborados en los años 1948 y 1949 (Convenios núm. 87 y núm. 98), que reconocen y protegen la libertad sindical y la negociación colectiva como «derechos inalienables de la clase trabajadora», cuya eficacia pretenden garantizar con alcance mundial³.

El principio de libertad sindical aparece también en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, la cual «declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios», entre ellos, la libertad de asociación y la libertad sindical. Esta Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 expresa los ideales de la OIT respecto de los «derechos intrínsecos del ser humano en el trabajo, cuya aplicación debe ser universal y cuya violación debe ser universalmente reprobada». Entre ellos se incluye la libertad sindical como manifestación de los principios y derechos «constitucionales» de la Organización⁴.

En virtud de dicha consideración, la Declaración jerarquiza los convenios existentes, y entre los Convenios considerados fundamentales incluye los Convenios núm. 87 y núm. 98⁵, objeto de este análisis.

¹ MARÍN BOSCÁN, F. J.: «La protección de la libertad sindical: una mirada hacia América latina y en especial a Venezuela», en AA. VV.: *OIT 100 años: una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XXI*, Cizur Menor (Thomson Reuters), 2018, p. 172.

² No obstante, el primer Convenio que trató la materia sindical fue el núm. 11 de 1921, relativo al derecho de asociación en la agricultura. Prácticamente se limitó a establecer que su ratificación obligaba al Estado a asegurar a todas las personas ocupadas en dicho sector los mismos derechos de asociación que tuvieran los trabajadores de la industria.

³ BAYLOS GRAU, A.: «Libertad sindical», en AA. VV.: *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, p. 1332.

⁴ CASAS BAAMONDE, M. E.: «Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, p. 55.

⁵ ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación 1948 (núm. 87)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, 2019, p. 201.

Este derecho no solo forma parte fundamental de la OIT, también la ONU se inspira directamente en el Convenio núm. 87 de la OIT en la Declaración Universal de Derechos Humanos, al proclamar en su artículo 23.4 que «toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses». De igual modo, forma parte del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la misma organización o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA.

Dos son, por tanto, los Convenios de la OIT objeto del análisis a continuación efectuado, puesto que desarrollan y recogen el núcleo de protección a la libertad sindical. Estas normas han actuado como referentes «globales en materia de relaciones colectivas de trabajo... y habrán de servir como pauta hermenéutica para la aplicación de la legislación laboral en cada Estado»⁶. De hecho, y como se examinará con detenimiento, han servido de ejemplo y guía para la incorporación de este derecho fundamental al ordenamiento interno español.

Con todo, no cabe olvidar cómo el ámbito material de la libertad sindical es más extenso, pues ha ido incluyendo nuevas agregaciones parciales a este principio, como la que recoge el Convenio núm. 141 de 1975, sobre las organizaciones de trabajadores rurales, el Convenio núm. 84 de 1947, sobre el derecho de asociación en territorios no metropolitanos, el Convenio núm. 135 de 1971, sobre representantes de los trabajadores, el Convenio núm. 151 de 1978, sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública y el Convenio núm. 154 de 1981, sobre el fomento de la negociación colectiva.

2. EL DESARROLLO DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL EN LOS CONVENIOS NÚMS. 87 Y 98 DE LA OIT

La iniciativa para la adopción de ambos Convenios partió del Consejo Económico y Social de la ONU, adoptada tras examinar las memorias presentadas por la Federación Sindical Mundial y la Federación Americana del Trabajo⁷.

Así, el primero cronológicamente, el Convenio núm. 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, fue aprobado por la Con-

⁶ AGRA VIFORCOS, B. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Introducción al derecho colectivo del trabajo (Derecho sindical)*, León (Eolas), 2012, p. 50.

⁷ Sobre el contenido de dichas memorias, GARCÍA NINET, J. I. y YANINI BAEZA, J.: «Sentido e impacto de los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 2, 1997, p. 67.

ferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en San Francisco por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, el 17 junio 1948 en una votación cuyo resultado fue de 127 votos a favor, ninguno en contra y 11 abstenciones.

Este Convenio, que carece de una definición del concepto libertad sindical, se centra en aquellos contenidos relacionados con los aspectos colectivos y organizativos de las relaciones de los sindicatos con los poderes públicos. Su objetivo radica en evitar que el Estado impida, mediante obstáculos legales o fácticos, que los sindicatos se constituyan y funcionen libremente⁸.

En consecuencia, trata de proteger «los atentados contra la libertad sindical que tienen su origen en los poderes públicos», contemplando la libertad sindical en su «faceta jurídico-política, como libertad frente a los poderes públicos» y como freno a las injerencias estatales y contrapeso a los excesos de poder⁹, es decir, su contenido es orgánico y no funcional¹⁰.

En la regulación que efectúa la relación entre el sindicato y el poder público, pretende garantizar «una esfera de libertad que el Estado no puede sobrepasar ni condicionar» y pretende, al tiempo, conseguir que la capacidad organizativa autónoma del sindicato se proyecte también sobre la esfera individual¹¹.

Con este instrumento se consolida en sede internacional el concepto de libertad sindical, impone la neutralidad del Estado con el fin de garantizar la tutela antidiscriminatoria respecto de las presiones dirigidas a conseguir la no afiliación (cláusula *yellow dog*), así como la efectividad del derecho a la autonomía de la negociación colectiva¹².

Su artículo 2 consagra dos derechos vertebradores de la libertad sindical individual, el de constitución de sindicatos y asociaciones empresariales y el derecho de afiliarse a las mismas. Y la formulación de ambos principios en paralelo parece establecer «una equiparación del régimen jurídico de las organizaciones de trabajadores y empresarios al otorgarles a ambas la titularidad del derecho a la libertad sindical»¹³.

⁸ OJEDA AVILÉS, A.: «Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Madrid (Tecnos), 1986, p. 23.

⁹ GARCÍA PIÑEIRO, N.: *Las Asociaciones empresariales en el Derecho español*, Madrid (Consejo Económico y Social), 2005, p. 180.

¹⁰ OJEDA AVILÉS, A.: «Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical», cit., p. 30.

¹¹ BAYLOS GRAU, A.: «Las normas internacionales del trabajo: la importancia de la dimensión colectiva y el alcance universal de los derechos laborales», *Cuadernos de Información Sindical*, núm. 57, 2019, p. 35.

¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y DE SOTO RIOJA, S.: «Artículo 11», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Madrid (La Ley), 2010, p. 603.

¹³ GARCÍA PIÑEIRO, N.: *Las Asociaciones empresariales en el Derecho español*, cit., p. 181.

Respecto al primero, configura el derecho que ostentan trabajadores y empleadores a constituir las organizaciones que estimen convenientes, sin autorización previa y sin diferencia, se insiste, entre ambas. El artículo 10 aclara el concepto de organización, y lo define como aquella integrada por «trabajadores o empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores». El Convenio parece acudir a esta definición para «disolver preventivamente cualquier posible ligamento de la libertad sindical con el sindicato y más concretamente con el sindicato registrado», con el fin de no degradar una de las posibles formas de organización¹⁴.

En cuanto hace a los titulares de tal derecho, el término trabajadores se utiliza en sentido amplio, incluyendo a aquellos en período de prueba, a los inmigrantes, tanto documentados como indocumentados¹⁵, a los jueces, y a los trabajadores autónomos y profesionales independientes¹⁶. Esta amplia concepción, como se examinará más adelante, va a confrontarse con la más restrictiva llevada a cabo en la LOLS.

La expresión que utiliza el Convenio, «sin ninguna distinción», ampara el reconocimiento de la libertad sindical sin discriminación de ninguna clase debida a la ocupación, al sexo, al color, a la raza, a las creencias, a la nacionalidad, a las opiniones políticas, a la naturaleza temporal o indefinida del vínculo laboral, o, en fin, a la condición de trabajador de empresa privada o de funcionario o agente de los servicios públicos, etc.¹⁷, tal y como se recoge en numerosos Informes del Comité de Libertad Sindical.

A continuación, ahonda en la regulación del contenido de la libertad sindical colectiva (art. 3.1) al regular los dos siguientes derechos:

- Derecho de las organizaciones de trabajadores y de empleadores de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos
- Derecho a elegir libremente sus representantes, organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción.

Como reverso necesario del anterior apartado, el artículo 3.2 impone a las autoridades públicas un deber de abstención de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal, y en su desarrollo, el artículo 7 aclara cómo «la adquisición de la personalidad jurídica por las organi-

¹⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. T.: *El sindicato. Naturaleza y estructura*, Madrid (Civitas), 1982, pp. 23 ss.

¹⁵ OIT: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, Ginebra (OIT), 2018.

¹⁶ ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación 1948 (núm. 87)», cit., p. 207.

¹⁷ ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación 1948 (núm. 87)», cit., p. 207.

zaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio»; al igual que el artículo 8.2, que obliga a la legislación nacional a no menoscabar, ni en su redacción, ni en su aplicación, las garantías previstas en el Convenio.

Como corolario, el artículo 4 exime a las organizaciones de trabajadores y de empleadores de la posibilidad de disolución o suspensión por vía administrativa.

También estas organizaciones «tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores» (art. 5), como manifestación de la solidaridad sindical internacional, que constituye uno de los objetivos básicos de todo movimiento sindical y ha inspirado esta norma¹⁸, que «reconoce la complejidad del hecho asociativo sindical a través de su constitución federativa y, especialmente, su dimensión internacional, mediante el derecho a afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y empleadores»¹⁹.

Y, por su parte, el artículo 6 concede las facultades reguladas en los artículos 2, 3 y 4 también a las federaciones y confederaciones de organizaciones.

Respecto al «derecho de afiliación», y en cumplimiento de ese deber de abstención *supra* enunciado, el artículo 11 obliga a todo miembro de la OIT para el cual esté en vigor el presente Convenio «a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación»; al igual que, desde otra perspectiva, el Convenio impone también la obligación a trabajadores, empleadores y organizaciones de respetar la legalidad (art. 8.1).

A la hora de abordar el difícil encaje de este derecho de afiliación en el caso de determinados trabajadores peculiares, el Convenio reenvía a la legislación nacional la regulación de las garantías previstas en este Convenio respecto a la policía y las fuerzas armadas (art. 9.1), si bien la ausencia de inclusión expresa en este Tratado no ha de significar que «la ratificación de este Convenio por un Miembro menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía garantías prescritas por el presente Convenio» (art. 9.2). En fin, las legislaciones internas tampoco pueden menoscabar ni ser aplicadas de suerte que vulneren las garantías previstas por el presente Convenio (art. 8.2).

¹⁸ OIT: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra (OIT), 2018, p. 198.

¹⁹ BAYLOS GRAU, A.: «Las normas internacionales del trabajo: la importancia de la dimensión colectiva y el alcance universal de los derechos laborales», cit., p. 35.

Al año siguiente, la Conferencia General de la OIT, convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 8 junio 1949, aprueba el Convenio núm. 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Este Convenio complementa el núm. 87, en tanto regula los aspectos individuales de la libertad sindical, incluida la protección frente a las conductas antisindicales de origen empresarial²⁰.

Su artículo 1. otorga protección a los trabajadores contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo (art. 1.1), la cual deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto (art. 1.2):

(a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

(b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

También las organizaciones de trabajadores y de empleadores deben gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente, o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración (art. 2.1). Define el artículo 2.2 como actos de injerencia «principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores».

Con el fin de garantizar los derechos anteriores, el artículo 3 obliga a los Estados a crear «organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación».

Por último, el artículo 5 reproduce el contenido del artículo 9 del Convenio núm. 87 respecto a la policía y a las fuerzas armadas, de tal forma que remite a la legislación nacional la aplicación y extensión de las garantías enumeradas respecto a estos colectivos.

Cierto es que estas normas internacionales no definen el contenido del derecho de libertad sindical como derecho de contenido complejo, que incluye

²⁰ OJEDA AVILÉS, A. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: «Análisis de la libertad sindical en España bajo el prisma de la OIT: las recomendaciones del comité de libertad sindical a escena», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 117, 2015, p. 18.

derechos positivos de hacer y negativos de no hacer, en una doble vertiente individual y colectiva, ni localizan el derecho en la perspectiva correcta que expresa la autonomía organizativa y la autotutela de los intereses de los trabajadores en los sistemas de relaciones laborales, pero sirven para entender superada la concepción meramente estática y negativa de las libertades heredadas de la tradición liberal, como una pura libertad frente a los poderes públicos que permite la construcción de una esfera de inmunidad en la acción autónoma de un sujeto preferentemente individual²¹.

Con todo, y pese a su trascendencia (o por esa misma razón), estos dos Convenios son los que mayores resistencias han ofrecido (y ofrecen) a su ratificación²². La OIT ha informado que cerca de la mitad de los trabajadores y empleadores del mundo no gozan de la protección dispensada por los Convenios núm. 87 y núm. 98, baste al respecto apuntar que los países más poblados, como China, Estados Unidos o India, no los han ratificado²³.

3. GARANTE DE LA LIBERTAD SINDICAL: EL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL

En 1951 la OIT llegó a la conclusión de que, además de los procedimientos de control periódicos de las normas, el principio de libertad sindical requería un mecanismo de control específico para garantizar su cumplimiento.

Con este fin, se instauró un procedimiento especial destinado a examinar las quejas por violación de la libertad sindical, incluso en relación con los Estados que no han ratificado los Convenios pertinentes.

El procedimiento desembocó en la constitución del Comité de Libertad Sindical (CLS) del Consejo de Administración²⁴, destinado a supervisar el cumplimiento de estas normas internacionales en los distintos Estados. Y ante el Comité, las organizaciones sindicales pueden elevar una queja por la vulneración de los derechos de libertad sindical, derecho de huelga y de negociación²⁵. Desde su creación, este Comité de Libertad Sindical ha dado sobradas muestras de estricta imparcialidad y objetividad ante las diferentes quejas y

²¹ BAYLOS GRAU, A.: «Las normas internacionales del trabajo: la importancia de la dimensión colectiva y el alcance universal de los derechos laborales», cit., p. 36.

²² CASAS BAAMONDE, M. E.: «Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, p. 69.

²³ <https://www.ilo.org/global/standards/lang-es/index.htm>

²⁴ ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación 1948 (núm. 87)», cit., p. 201.

²⁵ BAYLOS GRAU, A.: «Libertad sindical», cit., p. 1332.

procedimientos en los que ha intervenido²⁶, y buena muestra de su actividad y del interés que suscita, los recopilatorios periódicos de sus decisiones.

En el caso de los países que han ratificado el Convenio núm. 87, este procedimiento especial de control se une al sistema de control periódico que prevé el examen de las memorias de los gobiernos por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y la Comisión Tripartita de Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CAS) de la Conferencia Internacional del Trabajo²⁷.

En cuanto hace al control ordinario llevado a cabo respecto de los ocho convenios fundamentales, se ha establecido (pese a que el artículo 22 de la Constitución de la OIT hable de una memoria anual) que el Estado debe remitir una memoria cada tres años, junto con los comentarios formulados por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, que será examinada por la CEACR. En cualquier caso, esta Comisión de Expertos puede solicitar que se remita información en un intervalo más breve²⁸.

4. LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS NÚM. 87 Y NÚM. 98 EN LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD SINDICAL EN ESPAÑA

La influencia de estos Convenios de la OIT en el ordenamiento interno español ha sido extraordinariamente relevante, hasta el punto de conformar la actual regulación del derecho a la libertad sindical y haber contribuido a superar el «régimen sindical» del Estado franquista²⁹.

Sin embargo, la recepción normativa en España de estos Convenios se produjo con mucho retraso (casi treinta años después de su adopción), habiéndose reincorporado España como miembro de la OIT ya en 1956. A partir de esa fecha se ratificaron los Convenios de la OIT referidos a los derechos fundamentales, salvo los reguladores del derecho a la libertad sindical, por incompatibilidad manifiesta con el propio sistema político del régimen. A este res-

²⁶ GARCÍA NINET, J. I. y YANINI BAEZA, J.: «Sentido e impacto de os Convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española», cit., p. 72.

²⁷ ALONSO OLEA, M.: «La Constitución española como fuente del Derecho del Trabajo», en AA. VV.: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Asuntos Social), 2003, p. 6.

²⁸ ARGÜELLES BLANCO, A. R.: «Recepción en España y dificultades de aplicación de los convenios fundamentales de la OIT: en particular, sobre los Convenios núm. 87 y núm. 98», *Documentación Laboral*, núm. 116, 2019, p. 20.

²⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, p. 45.

pecto, la violación del derecho de libertad sindical por la dictadura se extendía a las prácticas represoras frente a cualquier manifestación de naturaleza sindical externa al unitarismo del sistema. Estas circunstancias acarrearón que el Comité de Libertad Sindical examinara durante esos años hasta 35 casos, de los cuales 32 versaron sobre intervenciones administrativas, detención de dirigentes sindicales y otras medidas de represión³⁰.

Hasta llegar al momento de su incorporación al ordenamiento español, el camino que recorre el reconocimiento del derecho a la libertad sindical durante los años de dictadura, tal y como aparece configurado por la OIT, ha sido largo y tortuoso.

Sendas Leyes de 1940 instauraron los principios básicos de la Organización Sindical Española (OSE), a la que antes se hacía referencia. A través del sindicato vertical el Estado realizaba su política económica, a saber: unidad, por cuanto hay un único sindicato, totalidad y verticalidad, pues se integran de forma obligatoria todos los participantes de la producción (empresarios y trabajadores), y jerarquía, en tanto la cadena de mando se nombra por el Estado³¹.

La Ley de Convenios Colectivos del 24 de abril de 1958 se ha considerado que propició cierto respaldo legal a la negociación entre trabajadores y empresarios, abriendo la puerta a una concertación de las condiciones de trabajo, frente al rígido dirigismo que suponían las reglamentaciones y ordenanzas impuestas hasta entonces por el Ministerio de Trabajo³².

En cuanto hace al movimiento sindical en estos años, y pese a llevar tiempo actuando en clandestinidad, se crea en 1961 la Alianza Sindical en el País Vasco entre UGT, CNT y ELA-STV y en ese mismo año surge USO. En las elecciones al sindicato vertical de 1966 las comisiones obreras o comités de representantes del personal democráticamente elegidos entran en el aparato oficial, con un porcentaje de presencia importante, y un año después se crea formalmente el sindicato Comisiones Obreras en la clandestinidad como movimiento asambleísta de trabajadores³³.

En 1967, previa solicitud estatal, la OIT creó un Grupo de Trabajo encargado de examinar la situación laboral y sindical en España, que culminaría con el informe del grupo de expertos sobre la situación laboral y sindical en Espa-

³⁰ GARCÍA NINET, J. I. y YANINI BAEZA, J.: «Sentido e impacto de os Convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española», cit., p. 74.

³¹ AGRA VIFORCOS, B. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Introducción al derecho colectivo del trabajo (Derecho sindical)*, cit., p. 40.

³² ARGÜELLES BLANCO, A. R.: «Recepción en España y dificultades de aplicación de los convenios fundamentales de la OIT: en particular, sobre los Convenios núm. 87 y núm. 98», cit., p. 19.

³³ AGRA VIFORCOS, B. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Introducción al derecho colectivo del trabajo (Derecho sindical)*, cit., p. 41.

ña en 1969, donde se indicaba que la situación española no se ajustaba a lo establecido en los Convenios de la organización³⁴.

El mencionado informe del Grupo de Estudio de 1969 constituye un tratado sobre la situación política laboral y sindical de la época y concluye con dos observaciones y una recomendación, calificadas como «valientes y efectivas». La primera observación se refería al reconocimiento de que solo los españoles pueden decidir el futuro de la situación laboral y sindical en España, aseveración que, si bien aparenta ser expresión de una actitud de respeto y no injerencia los asuntos internos, también debía ser entendida en el sentido de que el protagonismo para decidir el futuro no correspondía únicamente a los dirigentes políticos. La segunda observación era «más elocuente y directa»³⁵, al señalar que «España y el lugar que ocupa en el mundo están cambiando el ritmo sin precedentes. En el mundo de hoy el genio de una nación, por diferenciado que sea, no puede, sin grave perjuicio para sí mismo, desatender la ética y los usos del mundo. El puesto de España en el mundo dependerá en gran medida de su actitud ante las normas mundiales»³⁶. En relación a los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT, afirmó que «ningún Estado puede sustraerse a la comparación con dichas normas y a la evaluación sobre la base de la medida en que garantiza la libertad de sus ciudadanos además la comparación no puede limitarse al examen de la conformidad de la ley con esas normas universales ya que el verdadero objetivo es saber hasta qué punto es una aplicadas en la práctica»³⁷. En 1969 la OIT en el seno de su 53.^a Conferencia internacional que se inauguró en el mes de junio en Ginebra, se examinó la situación sindical en España a propósito del informe del Grupo de Estudio que se había creado para la ocasión. Tras la correspondiente deliberación, la Conferencia aprobaba una resolución al respecto³⁸ donde se dejaba constancia de «la determinación de la OIT de promover en el mundo entero la libertad de expresión y de asociación, el sindicalismo libre y democrático, el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva y el pleno respeto de las libertades civiles, indispensable para la prosecución de los mencionados objetivos»³⁹.

Dos años más tarde, la Ley Sindical 2/1971 pareció ser la respuesta oficial a las sugerencias de la OIT. Si bien la sindicación de trabajadores y empre-

³⁴ OIT: *La situación laboral y sindical en España*, Ginebra (OIT), 1969, p. 8.

³⁵ GARCÍA NINET, J. I. y YANINI BAEZA, J.: «Sentido e impacto de os Convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española», cit., p. 75.

³⁶ OIT: *La situación laboral y sindical en España*, cit., p. 308.

³⁷ OIT: *La situación laboral y sindical en España*, cit., p. 309.

³⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo», cit., p. 45.

³⁹ OIT: *La situación laboral y sindical en España*, cit., 1969.

sarios continuaba siendo forzosa (art. 6), así como la cotización a la organización sindical vertical que también ostentaba la representación exclusiva de los intereses profesionales (art. 1) y se regía en sus estructuras por el principio de unicidad (art. 14); no obstante, estableció la elección democrática de casi todos los cargos dirigentes (con excepción de los situados en la cúspide, que seguían siendo controlados por el gobierno). Esta norma permitió a los sindicatos, y en particular a CC. OO., infiltrarse en las estructuras del sindicato vertical (Organización Sindical Española)⁴⁰.

Sin embargo, la Ley de 1971 no satisfizo a los movimientos obreros ni a los políticos, generando nuevas quejas ante el Comité de Libertad Sindical; tampoco a la OIT, la cual «criticó lo pacata que resultaba esta ley en la perspectiva de los principios de libertad sindical comúnmente reconocidos»⁴¹. El problema nuclear radicaba en la contradicción fundamental en la existencia de sindicatos libres «dentro de un sistema de gobierno claramente autoritario y con residuos manifiestos del totalitarismo del que procede»⁴² y así lo pone de manifiesto en diferentes pasajes el informe de la Comisión de Expertos para la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones, referido a la aplicación de los Convenios en cuestión realizado en 1973⁴³. Como contraste, parece probable que la instauración del recurso contencioso sindical llevado a cabo por el Decreto 2077/1971 sí respondiera a intentar cumplir con la OIT⁴⁴.

Al tiempo, y dentro de los movimientos obreros, durante esta década de los años 70, tiene lugar la expansión del sindicalismo. Tanto UGT como CNT celebran reuniones en el exilio y deciden dirigir sus organizaciones clandestinas desde España; y en 1973 tiene lugar el Proceso 1001 contra los líderes de CC. OO., que es ampliamente seguido por la prensa internacional, aun cuando la OIT no había condenado todavía el sindicalismo vertical⁴⁵. Los años siguientes se siguieron acumulando las quejas contra España ante el Comité de

⁴⁰ OJEDA AVILÉS, A. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: «Análisis de la libertad sindical en España bajo el prisma de la OIT: las recomendaciones del comité de libertad sindical a escena», cit., p. 21.

⁴¹ MONTALVO CORREA, J.: «Algunas anotaciones sobre el proceso de configuración de un modelo sindical democrático en España», en AA. VV.: *Sindicalismo y Democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, Granada (Comares), 2017, p. 46.

⁴² RUIZ-JIMÉNEZ CORTÉS, J.: «Reflexiones sobre la nueva ley sindical de España», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 85, 1972, pp. 295 ss.

⁴³ GARCÍA NINET, J. I. y YANINI BAEZA, J.: «Sentido e impacto de los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española», cit., p. 78, citando a OIT: *La libertad sindical: un estudio internacional*, Madrid (Ministerio de Trabajo), 1979.

⁴⁴ OJEDA AVILÉS, A. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: «Análisis de la libertad sindical en España bajo el prisma de la OIT: las recomendaciones del comité de libertad sindical a escena», cit., p. 22.

⁴⁵ AGRA VIFORCOS, B. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Introducción al derecho colectivo del trabajo (Derecho sindical)*, cit., p. 42.

Libertad Sindical (entre 1973 y 1976 conoce de 11 quejas referidas a España y entre 1951 y 2001 la suma es de 86 quejas recibidas).

Es a partir de la muerte de Franco en 1975 y el nombramiento de Adolfo Suárez cuando se avanza hacia la transición democrática. Por fin, ambos Convenios se ratificaron mediante Instrumento de 20 de abril de 1977, y tal acto se ve como un símbolo de ruptura con el antiguo régimen autoritario⁴⁶, suponiendo «un punto de inflexión en la historia de nuestras relaciones laborales»⁴⁷. Antes no podían ser ratificados por la razón anteriormente apuntada: ambos textos entraban frontalmente en colisión con el modelo franquista de «sindicación obligatoria», conformado por una organización unitaria, mixta de trabajadores y empresarios, y de carácter público, que constituía una pieza central del engranaje de la acción política del Estado nacional. El llamado «sindicato vertical» respondía a esa concepción ya expuesta «armonizadora y comunitaria de las relaciones entre el capital y el trabajo», donde la empresa aparecía como «comunidad de intereses y unidad de propósitos», con la consiguiente proscripción de la libertad sindical y la huelga⁴⁸.

Hitos en el reconocimiento del derecho a la libertad sindical fueron el RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, así como el RD-Ley 31/1977, por el que se suprimió la obligatoriedad de la afiliación sindical y se extinguió la anterior organización sindical para hacer efectivo el principio legal de libertad de asociación sindical. La propia Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, reconoce en su exposición de motivos que la reforma «habrá de orientarse a la protección legal de la libertad de asociación sindical de los trabajadores y empresarios para la defensa de sus intereses peculiares (...) teniendo en cuenta los convenios internacionales, especialmente los Convenios números 87 y 98 de la OIT». Esta norma reconoce, por fin, la libertad sindical y permite a sindicatos y asociaciones empresariales legalizarse y preparar las elecciones a representantes de personal en el ámbito de la empresa celebradas en 1978, y precisamente respecto a estas últimas perdura como ley reguladora de su creación y funcionamiento.

A modo de conclusión y una vez repasado someramente el proceso histórico, y pese a la ausencia de sanciones, cabe constatar cómo «la OIT ha obte-

⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: «OIT, derechos humanos y libertad sindical», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1999, p. 3.

⁴⁷ ARGÜELLES BLANCO, A. R.: «Recepción en España y dificultades de aplicación de los convenios fundamentales de la OIT: en particular, sobre los Convenios núm. 87 y núm. 98», cit., p. 18.

⁴⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo», cit., p. 45.

nido en muchos casos éxitos en sus esfuerzos por la implementación de las normas internacionales»⁴⁹ y la libertad sindical en España es un ejemplo (tardío) de victoria.

5. EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL COMO ELEMENTO DE CONSTRUCCIÓN DE EUROPA Y PIEZA CLAVE DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El derecho a la libertad sindical forma parte también del origen de la Unión Europea, pues desde el Tratado de Roma de 1957 se reconoce el derecho de sindicación, actualmente incluido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 12 consagra el derecho de asociación de toda persona «especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otras, sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses». Reforzando este derecho, el artículo 156 del Tratado de Funcionamiento de la UE otorga a la Comisión la función de fomentar la colaboración entre los Estados miembros y facilitar «la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social..., particularmente en las materias relacionadas con:... el derecho de sindicación».

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, alude en sus artículos 11 y 19 a la libertad sindical como una especie o tipo subsumido en la libertad fundamental de asociación y dichos preceptos han sido objeto de amplia interpretación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁰.

Por su parte, la Carta Social Europea reproduce en gran medida el esquema contenido en los Convenios núm. 87 y núm. 98 de la OIT, pues su artículo 5 configura un deber de abstención para proteger la libertad sindical («Para garantizar o promover la libertad de los trabajadores y empleadores de constituir organizaciones locales, nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales y de adherirse a esas organizaciones, las Partes se comprometen a que la legislación nacional no me-

⁴⁹ SERVAIS, J. M.: «Reflexiones sobre la dificultad de aplicar las normas internacionales del trabajo», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, enero, 2008.

⁵⁰ Al respecto, baste citar los estudios de CRUZ VILLALÓN, J.: «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en materia laboral», *Temas Laborales*, núm. 145, 2018, pp. 17 ss. y SALAS PÓRRAS, M.: «El tratamiento jurisprudencial de la libertad sindical conforme al Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en AA. VV.: *Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: perspectivas y retos: XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 2016, pp. 251 ss.

noscabe esa libertad, ni se aplique de manera que pueda menoscabarla. La aplicación de las garantías previstas en el presente artículo a los cuerpos policiales se determinará en las leyes y reglamentos nacionales. Igualmente, el principio que establezca la aplicación de estas garantías a los miembros de las fuerzas armadas y la medida de su aplicación a esa categoría de personas deberán ser determinados por las leyes y reglamentos nacionales»⁵¹, mientras el Anexo a la Carta Social Europea revisado, en su artículo 24.3 ampara este derecho frente a las injerencias empresariales, impidiendo el despido por tal motivo («no se considerarán motivos válidos para el despido, en particular: a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera del horario de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante el horario de trabajo»).

En el ámbito interno, el texto constitucional reconoce la libertad en la creación de sindicatos, consagra el pluralismo sindical, y otorga un papel fundamental a las organizaciones obreras y a las asociaciones empresariales en la construcción del Estado democrático (arts. 7 y 28 CE).

El primero de los preceptos aparece indisolublemente unido a la libertad sindical, aun cuando no la mencione, al establecer que los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios. Y articula como principio elemental para su creación y el ejercicio de su actividad, la libertad, dentro del respeto a la Constitución y a la ley; y obliga a que su estructura interna y funcionamiento sean democráticos⁵².

El segundo de los preceptos reconoce como derecho fundamental la libertad sindical (art. 28 CE), otorgándole un lugar preeminente en coherencia con la relevancia otorgada por las fuentes internacionales⁵³. Al respecto, es conocida la doctrina constitucional que ha venido a distinguir entre contenido esencial y contenido adicional de los derechos fundamentales, y en relación al de libertad sindical lo ha concretado en los derechos a la negociación colectiva, al derecho de huelga y de incoación de conflictos colectivos. Por su parte, las facultades, derechos o garantías adicionales al contenido esencial si bien en sí mismas no integran el derecho fundamental, su violación puede dar lugar en la circunstancia determinada a que el mismo resulte vul-

⁵¹ Un acabado estudio sobre los incumplimientos españoles al respecto en ARUFE VARELA, A.: «Los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea ante el Derecho español», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 137, 2018, pp. 247 ss.

⁵² STCo 20/1985, de 14 de febrero.

⁵³ GOÑI SEIN, J. L.: «La libertad sindical como derecho fundamental», en AA. VV.: *Sindicalismo y Democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, Granada (Comares), 2017, p. 195.

nerado⁵⁴. Este artículo trata de recoger la esencia de la regulación prevista en el Convenio núm. 87⁵⁵, si bien omite de forma «flagrante» a las federaciones, las referencias a la redacción de los estatutos, o al programa de acción que contiene el Convenio núm. 87⁵⁶.

Pero la importancia de los Convenios núms. 87 y 98 no solo estriba en su recepción, también en su concepción como instrumentos de interpretación, subrayándose la crucial importancia que para interpretar los preceptos sobre los derechos de asociación, sindicación, huelga, cierre patronal y negociación colectiva tiene la remisión que el artículo 10.2 CE hace a las fuentes internacionales, entre ellas las resoluciones del Comité de Libertad Sindical⁵⁷.

6. LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS DE LA OIT EN LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD SINDICAL Y EN EL CONJUNTO DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La incorporación plena de la libertad sindical en el ordenamiento interno ha sido llevada a cabo de forma primordial por la Ley Orgánica de Libertad Sindical (en adelante, LOLS), pero no de forma exclusiva, y cabe encontrar huellas de su contenido en el conjunto del ordenamiento laboral (como en la regulación sustantiva y procesal del despido, en la normativa sobre subvenciones, en el reparto del patrimonio sindical, en la participación institucional, en las garantías de los representantes, en la normativa de los empleados públicos o en la protección frente al acoso).

Respecto a las asociaciones empresariales, por el contrario, su derecho de sindicación aún permanece regulado en la preconstitucional Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, en vigor para estas organizaciones, de conformidad con lo indicado por la disposición derogatoria de la LOLS, «a efectos de lo dispuesto en el artículo 28.1 CE y de los convenios internacionales suscritos por España».

Esta norma a semejanza del Convenio núm. 87, reconoce el derecho de creación de estas asociaciones, de unirse en federaciones y confederaciones, de elaboración de sus propios estatutos, de gobierno autónomo e independencia respecto de la Administración Pública, así como contra todo acto de injerencia

⁵⁴ GARCÍA NINET, J. I. y YANINI BAEZA, J.: «Sentido e impacto de los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española», cit., p. 86.

⁵⁵ OJEDA AVILÉS, A. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: «Análisis de la libertad sindical en España bajo el prisma de la OIT: las recomendaciones del comité de libertad sindical a escena», cit., p. 25.

⁵⁶ OJEDA AVILÉS, A.: «Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical», cit., p. 25.

⁵⁷ ALONSO OLEA, M.: «La Constitución española como fuente del Derecho del Trabajo», cit., p. 6.

de unas respecto de las otras (art. 1). De igual modo, reconocen el derecho de sindicación individual, esto es, de afiliación a las referidas asociaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas (art. 2), y otorga a los empresarios «de protección legal contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo o función» (art. 2.2), tal y como aparece también en la normativa internacional.

La falta de ley orgánica que regule este derecho de sindicación de los empresarios y la ausencia de equiparación con el contenido de la LOLS a continuación examinado, en materias tan sensibles como la propia protección contra la discriminación por lesión de su derecho, reconocido en la norma, pero no regulado con tal carácter en el artículo 177 LRJS, constituyen uno de los grandes agujeros en el cumplimiento de la normativa de la OIT examinada.

En fin, y asumiendo como excepción la referida a las asociaciones empresariales y a los propios empresarios en su derecho a la no discriminación, cabe reiterar, antes de analizar en profundidad la normativa española, que, en la nueva configuración del régimen de la libertad sindical, la aportación de los Convenios núm. 87 y núm. 98 resultó ser decisiva, impregnando de sus principios y contenidos la nueva esfera de aquella libertad y contribuyendo enormemente a sentar las bases de la misma, merced al impulso proporcionado por dichos instrumentos internacionales a la hora de romper con las ataduras del régimen anterior⁵⁸.

Ejemplo de la afirmación anterior lo constituye la LOLS, la cual sigue con mayor o menor fidelidad en su regulación las previsiones contenidas en los textos de la OIT⁵⁹, hasta el punto de no definir, como tampoco hace el Convenio núm. 87, el concepto regulado⁶⁰.

A continuación, y sin ánimo de exhaustividad, se rastrearán las huellas que las normas internacionales parecen haber dejado en el articulado interno, en este caso, solo atendiendo al derecho de libertad sindical y no al derecho de asociación empresarial.

Así, el artículo 2 del Convenio que aborda la facultad de fundación de organizaciones y afiliación a las mismas, es recogido y desarrollado de forma exhaustiva⁶¹, por el artículo 2 LOLS, el cual distingue entre derechos sindicales del trabajador individual y los de la organización defensiva que integra⁶².

⁵⁸ OJEDA AVILÉS, A. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: «Análisis de la libertad sindical en España bajo el prisma de la OIT: las recomendaciones del comité de libertad sindical a escena», cit., p. 26.

⁵⁹ AGRA VIFORCOS, B. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Introducción al derecho colectivo del trabajo (Derecho sindical)*, cit., pp. 52-54.

⁶⁰ OJEDA AVILÉS, A.: «Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical», cit., p. 23.

⁶¹ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.: «Exposición de Motivos», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Madrid (La Ley), 2010, p. 8.

⁶² OJEDA AVILÉS, A.: «Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical», cit., p. 52.

En su apartado primero reproduce la cautela de «falta de autorización previa» (remitiéndose, sin nombrarlo, al deber de abstención de los poderes públicos) a la hora de crear las organizaciones e insiste en los procedimientos democráticos exigidos por el artículo 7 CE. Y respecto a la afiliación, exige, al igual que el Convenio, el cumplimiento de los estatutos, pero avanza un paso más y regula también la prohibición de la afiliación obligatoria (lógicamente, como recordatorio y prevención frente a lo sucedido hacía pocos años durante la dictadura), e instaurando la libertad sindical en su vertiente negativa⁶³. En este sentido, la normativa de la OIT, en relación con la «libertad sindical negativa», es «neutral», en la medida que ésta no puede interpretarse en el sentido de que autorice o prohíba las cláusulas de seguridad⁶⁴.

7. LOS TITULARES DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

La LOLS en su artículo 1, otorga (y restringe) el derecho de sindicación a los trabajadores, a quienes define como «aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas», y en su artículo 3, también se aparta del criterio universal⁶⁵ seguido en el Convenio núm. 87 (y en el núm. 98), los cuales hablan de «trabajadores» sin mayor especificación. La norma interna, en el último precepto citado, limita el derecho a fundar sindicatos, que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, a los trabajadores por cuenta propia sin trabajadores a su servicio, a los trabajadores en paro y a los que hayan cesado en su actividad laboral como consecuencia de su incapacidad o jubilación. A primera vista, «la restricción a estos trabajadores del derecho a constituir sindicatos para la defensa de sus intereses particulares puede ser contradictorio» con el amplio reconocimiento que efectúa la norma internacional, y parece presuponer la imposibilidad de limitar la constitución de organizaciones sindicales por razón de la parcialidad o limitación de su ámbito reivindicativo material⁶⁶.

En particular, respecto a los trabajadores autónomos, la OIT pide garantizar que puedan disfrutar plenamente de los derechos de sindicación, en particu-

⁶³ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.: «Exposición de Motivos», cit., p. 9.

⁶⁴ BAYLOS GRAU, A.: «Las normas internacionales del trabajo: la importancia de la dimensión colectiva y el alcance universal de los derechos laborales», cit., p. 36.

⁶⁵ MONTOYA MELGAR, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «Artículo 3», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Madrid (La Ley), 2010, p. 148.

⁶⁶ GARCÍA NINET, J. I. y YANINI BAEZA, J.: «Sentido e impacto de os Convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española», cit., p. 84.

lar del derecho de afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes⁶⁷. En su desarrollo, el artículo 19 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, siguiendo una estructura que recuerda a la LOLS (y por ende al Convenio núm. 87), enumera «enigmáticamente» los derechos de carácter individual de los autónomos⁶⁸, entre ellos el derecho a ejercer la actividad colectiva de defensa de sus intereses profesionales, si bien y al final conforman una aparente libertad sindical disminuida, donde probablemente todo se resume en el derecho a participar en la actividad asociativa, tanto en su círculo interno como en la materialización de sus medidas, estrategias o programas de acción⁶⁹.

Esta regulación universalista del derecho subjetivo de libertad sindical realizada por el Convenio núm. 87 sirvió de palanca para declarar inconstitucional la limitación impuesta por el anterior artículo 11 de la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁷⁰ (el propio Comité de Libertad Sindical ha destacado la importancia de garantizar el derecho de los trabajadores migrantes, tanto documentados como indocumentados, a organizarse⁷¹), y llevó a reconocer el derecho de los trabajadores extranjeros a sindicarse libremente o afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles⁷².

En palabras del Tribunal Constitucional, la proyección universalista de los Convenios núms. 87 y 98 y la virtualidad hermenéutica *ex* artículo 10.2 CE de dichas normas internacionales impiden considerar «constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros, aunque lo sea para la celebración válida de su contrato de trabajo y, en consecuencia, para la obtención de la condición jurídico-formal de trabajador»⁷³. Dicho artículo fue modificado por la LO 8/2000 recogiendo el criterio internacional y reconociendo el derecho de los extranjeros a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles (art. 11 LO 4/2000).

⁶⁷ Informe del Comité de Libertad Sindical núm. 376°, Caso núm. 2786.

⁶⁸ CEINOS SUÁREZ, Á.: «Autónomos económicamente dependientes», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.): *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi/Principado de Asturias), 2007, p. 75.

⁶⁹ GARCÍA MURCIA, J.: «Los derechos colectivos del trabajador autónomo», *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2009, p. 1017.

⁷⁰ STCo 236/2007, de 7 de noviembre.

⁷¹ Informe del Comité de Libertad Sindical núm. 355°, caso núm. 2620, citado por OIT: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra (OIT), 2018, p. 59.

⁷² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y MONREAL BRINGSVAERD, E.: «Artículo 1», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Madrid (La Ley), 2010, p. 31.

⁷³ STCo 236/2007, de 7 de noviembre y en el mismo sentido, SSTCo 259, 260, 261, 262, 263, 264 y 265/2007, de 19 (primera) y 20 de diciembre.

Recientemente, también ha servido para avalar la constitución y los estatutos de un sindicato dirigido a la afiliación de las personas que desarrollan trabajos sexuales, quienes, en palabras del Tribunal Supremo y previa cita de los Convenios de la OIT analizados «gozan del derecho fundamental a la libertad sindical, y tienen derecho a sindicarse»⁷⁴.

Con todo, la visión omnicompreensiva del Convenio de la OIT queda atenuada por su artículo 9, que remite a la legislación de cada Estado la posibilidad de determinar hasta qué punto se aplican a las Fuerzas Armadas y a la policía las previsiones referidas a la libertad sindical, es decir, que los Estados que hubieren ratificado el Convenio no están obligados a reconocer los derechos mencionados a estas categorías de trabajadores⁷⁵.

Desde luego, la expresión utilizada abarca todo el espectro de posibilidades en presencia, incluida la prohibición, y en ejercicio de dicha potestad, el artículo 1.3 LOLS opta por la más restrictiva⁷⁶ y exceptúa del ejercicio de este derecho a los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar, esto es, Guardia Civil, mientras que su apartado 5 amplía el radio de acción a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que no tengan carácter militar, cuyo derecho de sindicación se regirá por su normativa específica, dado el carácter armado y la organización jerarquizada de estos Institutos.

Concretamente, la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en su artículo 7 especifica cómo «el militar no podrá ejercer el derecho de sindicación y, en consecuencia, no podrá fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales... En todo caso mantendrá su neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos». Por su parte, la LO 8/2014, de 4 de diciembre, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, considera falta grave «fundar un partido político o sindicato, así como constituir una asociación que, por su objeto, fines, procedimientos o cualquier otra circunstancia conculque los deberes de neutralidad política o sindical. Afiliarse a este tipo de organizaciones o promover sus actividades, publicitarlas, así como inducir o invitar a otros militares a que lo hagan. Ejercer cargos de carácter político o sindical, o aceptar candidaturas para ellos, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida» (art. 7.32), y falta muy grave «infringir reiteradamente los debe-

⁷⁴ STS 1 junio 2021, Recurso de Casación 29/2019, ECLI: ECLI: ES: TS:2021:2252.

⁷⁵ Informe del Comité de Libertad Sindical núm. 357°, Caso núm. 2738, núm. 368°, Caso núm. 2943 y 374°, Caso núm. 3073, citado por OIT: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., p. 60.

⁷⁶ GARCÍA VIÑA, J.: «El concepto de libertad sindical individual en España», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 4, 202, p. 84.

res de neutralidad política o sindical, o las limitaciones en el ejercicio de las libertades de expresión o información, de los derechos de reunión y manifestación y del derecho de asociación política o profesional» (art. 8.13). De igual modo, los miembros de la Guardia Civil, de conformidad con el artículo 15.2 LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, «no podrán pertenecer a partidos políticos o sindicatos».

Sin embargo, la Policía Nacional tiene derecho a constituir organizaciones sindicales de ámbito nacional para la defensa de sus intereses profesionales, pero solo podrá afiliarse a organizaciones sindicales formadas exclusivamente por Policías Nacionales. Dichas organizaciones no podrán federarse o confederarse con otras que, a su vez, no estén integradas exclusivamente por miembros de la Policía Nacional, aunque sí podrán formar parte de organizaciones internacionales de su mismo carácter (art. 8 LO 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional).

A continuación, en el apartado 4 del artículo 1 LOLS veta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 127.1 CE, la pertenencia a un sindicato de los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo. Esta aparente restricción injustificada respecto del ámbito subjetivo del derecho a la libertad sindical efectuado por la OIT podría encontrar su aval en el artículo 9 del Convenio núm. 151 de la OIT que permite que la normativa nacional excluya a determinados funcionarios de este derecho.

Sin embargo, el Comité de Libertad Sindical ha considerado cómo una disposición que priva a los jueces y fiscales del derecho a constituir sindicatos es contraria a los principios de libertad sindical derivados de los convenios sobre estas materias⁷⁷. Por tal razón, los jueces y fiscales, como todos los demás trabajadores, deberían beneficiarse del derecho a la libertad sindical⁷⁸.

8. LA ACTIVIDAD SINDICAL COMO CLAVE

El apartado d) del mismo apartado recoge con una mayor exhaustividad⁷⁹ el derecho a ejercer la actividad sindical, que comprende, «en todo caso, el derecho a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas para la elección de Comités de Empresa y Delegados de Personal, y de

⁷⁷ Informe del Comité de Libertad Sindical núm. 371°, Caso núm. 2892.

⁷⁸ Informe del Comité de Libertad Sindical núm. 377°, Caso núm. 3064.

⁷⁹ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.: «Exposición de Motivos», cit., p. 9.

los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, en los términos previstos en las normas correspondientes».

El derecho individual a la actividad sindical puede definirse como su participación personal en la actividad sindical que han acordado poner en práctica las organizaciones sindicales y que requieren o permiten la contribución y apoyo de los trabajadores para su efectividad en concepto, bien de cargos sindicales, bien de afiliados, bien de trabajadores del grupo, cuyos intereses procura defender al sindicato⁸⁰. Entre las actividades que pueden desarrollar, cabe citar las siguientes⁸¹:

— Integrarse en candidaturas sindicales y poder ser designado como delegado sindical (artículos 8 a 10 LOLS).

— Distribuir y recibir información de interés sindical.

— Disponer de los medios necesarios para realizar sus funciones.

— Disfrutar del derecho a excedencia y permisos necesarios, así como el acceso a centros de trabajo.

— Derecho a participar en conflictos colectivos, a convocar huelgas y a participar en piquetes informativos.

Desde la perspectiva individual, entre los deberes del afiliado, cabe citar:

— Pago de las cuotas sindicales.

— Acatamiento de las normas internas, así como de la estrategia sindical.

9. DERECHO A LA ORGANIZACIÓN EXTERNA E INTERNA DEL SINDICATO

El artículo 3 del Convenio núm. 87 ampara la perspectiva organizativa de la libertad sindical⁸² (redactar estatutos, elegir a sus representantes, organizar sus actividades y formular su programa de acción), facultades reconocidas en el apartado 2.a) del artículo 2 LOLS, el cual constituye una «copia fiel», con la excepción de la facultad de elegir a los representantes sindicales, que la LOLS ha preferido ubicar, quizá impropriamente, entre los derechos individuales⁸³, mientras que para el Convenio es una facultad de las organizaciones sindicales⁸⁴.

⁸⁰ MARTÍN VALVERDE, A. y MARTÍNEZ MORENO, C.: «Artículo 2», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Madrid (La Ley), 2010, p. 135

⁸¹ GARCÍA VIÑA, J.: «El concepto de libertad sindical individual en España», cit., p. 97.

⁸² OJEDA AVILÉS, A.: «Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical», cit., p. 52.

⁸³ OJEDA AVILÉS, A.: «Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical», cit., p. 59.

⁸⁴ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.: «Exposición de Motivos», cit., p. 8.

El artículo 2.2.b) LOLS copia, algo resumidamente (el derecho a constituir federaciones, confederaciones y organizaciones internacionales, así como afiliarse a ellas y retirarse de las mismas), el contenido del artículo 5 del Convenio, debiéndose juzgar «con indulgencia» la omisión que realiza de las uniones territoriales internacionales. A fin de cuentas, las uniones son también federaciones de carácter horizontal, «aunque el preciso empleo del término por prácticamente todos los estatutos sindicales lleve a una nítida distinción entre unas y otras que la LO descuida sin mayores consecuencias. Un similar olvido efectuado por el artículo 28 CE respecto de las federaciones no dio pie a la doctrina ni a los tribunales a entender restringida la protección constitucional a dichas entidades⁸⁵. Por el contrario, el precepto interno amplía y especifica de nuevo la libertad sindical negativa, situándola en pie de igualdad con la positiva: tienen derecho a unirse y derecho a separarse de las mismas.

La LOLS no especifica, como sí lo hace el Convenio, el derecho de las federaciones y confederaciones a redactar sus estatutos ni el deber de abstinencia respecto al intervencionismo de los poderes públicos, si bien cabe entenderlos adquiridos en tanto los sindicatos que las componen los ostentan.

Por su parte, el artículo 4 LOLS desarrolla el procedimiento de constitución de las organizaciones obreras, la adquisición de su personalidad jurídica y plena capacidad de obrar y el contenido mínimo que han de incluir en sus estatutos (la denominación de la organización que no podrá coincidir ni inducir a confusión con otra legalmente registrada; el domicilio y ámbito territorial y funcional de actuación del sindicato; los órganos de representación, gobierno y administración y su funcionamiento, así como el régimen de provisión electiva de sus cargos, que habrán de ajustarse a principios democráticos; los requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida de la condición de afiliados, así como el régimen de modificación de estatutos, de fusión y disolución del sindicato; y el régimen económico de la organización que establezca el carácter, procedencia y destino de sus recursos, así como los medios que permitan a los afiliados conocer la situación económica).

Desde luego, la minuciosidad y rigor con el que la LOLS describe el procedimiento de depósito, inscripción y publicación de los estatutos sindicales y de las facultades que en este trámite se atribuyen a la administración, ponen de manifiesto «la imposibilidad de identificar tal proceso con un sistema siquiera encubierto o indirecto de control o autorización en la fase de creación de los

⁸⁵ OJEDA AVILÉS, A.: «Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical», cit., p. 59.

sindicatos»⁸⁶. El propio Comité de Libertad Sindical ha aseverado que el contenido mínimo legalmente exigido a los estatutos sindicales no constituiría ninguna violación de sus facultades de autogobierno, cumpliendo con la indicación de limitarse a establecer el marco general de condiciones formales, y sin que del mismo puede afirmarse que el alcance del detalle de su extensión pueda actuar como freno a la creación de organizaciones sindicales⁸⁷.

10. LIBERTAD EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SINDICACIÓN VERSUS LA MAYOR REPRESENTATIVIDAD

El artículo 8 del Convenio núm. 87 impone el respeto a la ley por parte de trabajadores y de sus organizaciones. Ciertamente no hay un precepto equiparable en la LOLS, si bien se pueden encontrar varias remisiones a la normativa de aplicación y a su cumplimiento, por ejemplo, en los artículos 2.2.c) y d) LOLS y de forma explícita en la responsabilidad que impone a los sindicatos el artículo 5 LOLS⁸⁸. También apuntala la condición de preeminencia del contenido de la norma internacional sobre las normas internas, tanto en su dicción literal como en su interpretación, respeto que en el ordenamiento español efectúa el artículo 10.2 CE.

Como acompañamiento del obligado acatamiento de las normas nacionales e internacionales, a las autoridades públicas les impone un deber de abstención con el fin de asegurar la independencia de las citadas organizaciones, obligación que es reproducida y examinada en el artículo 4 LOLS respecto a la constitución y disolución, que el artículo 2.2.c) LOLS matiza y concreta, atribuyendo a la autoridad judicial, mediante decisión firme, la legitimación para suspender o disolver un sindicato⁸⁹, y delimitando la razón última para adoptar tan drástica resolución: incumplimiento grave de las leyes.

Dentro de ese deber de abstención y conjugado de forma activa, el artículo 11 del Convenio núm. 87, se obliga a los Estados para los cuales esté en vigor a adoptar, de forma omnicompreensiva e indeterminada, todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.

⁸⁶ MERCADER UGUINA, J. R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Artículo 4», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, cit., p. 201.

⁸⁷ OIT: *La libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra (OIT), 1996, pp. 331 ss.

⁸⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «Régimen jurídico sindical», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Madrid (Tecnos), 1986, p. 165.

⁸⁹ OJEDA AVILÉS, A.: «Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical», cit., p. 61.

Esta libertad (y la consiguiente actuación en igualdad de las organizaciones obreras) puede entrar en contradicción con la división efectuada por los artículos 6 y 7 LOLS entre los sindicatos entre más representativos y el resto, y la atribución de superiores facultades a los primeros. De hecho, la configuración que hace la LOLS de la mayor representatividad ha generado dudas respecto a su adecuación al Convenio núm. 87, pues el espíritu del Convenio parece reclamar un trato imparcial de las autoridades respecto a todas las organizaciones sindicales. De igual modo, la CE, a través de sus artículos 7 y 28, «exige o implica un pluralismo sindical de Derecho, que la unidad contradiría»⁹⁰. También la Exposición de Motivos de la LOLS opta por impulsar el pluralismo, si bien lo hace con una técnica ciertamente «sorprendente», pues a la representatividad en ámbitos específicos parece darse el mismo valor e importancia que a la de los sindicatos más representativos a los efectos de fomentar el pluralismo, pero una valoración rigurosa de la cualidad del sindicato más representativo demuestra precisamente lo contrario, esto es, que la opción legal ha sido en favor de la concentración y de la eficacia en la actuación⁹¹.

El riesgo radica en que la mayor representatividad conduzca a una especie de monopolio capaz de atentar contra el derecho del individuo a afiliarse a la organización de su elección y, por ende, contra los principios de igualdad y pluralismo sindicales⁹². Al cabo, la mayor representatividad podría suponer un monopolio, habida cuenta «una cierta coacción indirecta pesará sobre él para afiliarse a un sindicato que posea prerrogativas para todo el ámbito profesional en su conjunto»⁹³. Y dicha posibilidad resulta contemplada por el propio Comité de Libertad Sindical, que «considera que la distinción establecida por la legislación nacional entre los sindicatos podría tener por efecto indirecto restringir la libertad de los trabajadores para adherirse a organizaciones de su elección»⁹⁴. Sin embargo, el Comité de Libertad Sindical salva la institución de la representatividad, pues no considera «en sí criticable el simple hecho de que la legislación de un país reconozca a unos sindicatos como

⁹⁰ VERDIER, J. M.: «La Constitución Española, los sindicatos y el derecho sindical», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 4, 1980, pp. 43-44.

⁹¹ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «La representatividad sindical», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Madrid (Tecnos), 1986, p. 212 y RIVERO LAMAS, J.: «La flexibilización de la vida laboral: potencialidades y retos para el Derecho del Trabajo», *Documentación Laboral*, núm. 56, 1998, p. 23.

⁹² ROJO TORRECILLA, E.: «La Ley Orgánica de Libertad Sindical», *Revista de Política Social*, núm. 148, 1985, p. 32 y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.; MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas «flexibilizadoras» de la relación laboral*, Madrid (Consejo General del Poder Judicial), 1998, p. 162.

⁹³ Informe 58.º, Caso núm. 231 del Comité de Libertad Sindical.

⁹⁴ OIT: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra (OIT), 1976, p. 15.

más representativos ni como tales los privilegie, siempre y cuando introduzca límites a esos privilegios y [estos] no excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los Gobiernos o, incluso, en la designación de los delegados ante organismos internacionales. En otras palabras, siempre y cuando la mayor representatividad reconocida no prive a cuantos sindicatos no la posean de los medios esenciales de defensa de los intereses de sus afiliados, ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción»⁹⁵. En el fondo, esta argumentación atiende a la eficacia en el ejercicio de la actividad: «cuando el legislador confiere, sin espíritu de discriminación, a los sindicatos reconocidos –de hecho los más representativos– ciertos privilegios relativos a la defensa de los intereses profesionales que sólo ellos son capaces de ejercer útilmente, la concesión de tales privilegios no puede verse subordinada a condiciones tales que las garantías fundamentales de la libertad sindical puedan verse en peligro por tal causa»⁹⁶.

En cuanto hace a la forma de medir la representatividad, los Convenios núm. 87 y núm. 98 son compatibles tanto con los sistemas que prevén un sistema de representación sindical para ejercer los derechos sindicales colectivos que se basan en el grado de afiliación sindical con que cuentan los sindicatos, como con los sistemas que prevén que dicha representación sindical surja de elecciones generales entre los trabajadores o funcionarios, o los que establecen una combinación de ambos sistemas⁹⁷, siempre y cuando los criterios que justifican la distinción hecha entre organizaciones más o menos representativas sean objetivos, se basen en elementos no susceptibles de abuso y que la distinción no comprometa los derechos y garantías fundamentales de las organizaciones menos representativas⁹⁸.

La mayor representatividad ha sido refrendada también por el Tribunal Constitucional⁹⁹. El Máximo Intérprete considera que el derecho a la libertad sindical no está reñido ni sufre con la diferenciación legal entre los sindicatos, siempre y cuando hubiera sido fijada con arreglo a criterios objetivos, no dados

⁹⁵ Informes del Comité de Libertad Sindical núm. 343.º, Caso núm. 2438, 358.º, Caso núm. 2759, 362.º, Caso núm. 2843, 364.º, Caso núm. 2898, 367.º, Caso núm. 2940, 372.º informe, Caso núm. 3007 y 378.º, Caso núm. 3169.

⁹⁶ Informe del Comité de Libertad Sindical núm. 6.º, caso núm. 11 citado en OIT: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., pp. 14-15

⁹⁷ ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación 1948 (núm. 87)», cit., p. 215.

⁹⁸ Informe del Comité de Libertad Sindical núm. 243.º, Caso núm. 1320.

⁹⁹ SSTCo 53 y 65/1982, de 22 de julio y de 10 de noviembre.

al capricho o arbitrariedad¹⁰⁰, dado que en España arranca de un dato cierto como es la voluntad de los trabajadores y funcionarios expresada en las elecciones¹⁰¹. Y también su razonabilidad viene medida atendiendo al grado de desventaja que produce en los no favorecidos¹⁰².

Tras este primer respaldo, el Tribunal Constitucional ha ido matizando su posición respecto a la mayor representatividad, al entender que no opera autónomamente y con vocación generalizada, sino que ha de valorarse en cada caso concreto, dependiendo de la relación de medio a fin que debe revelar la proporcionalidad y adecuación de su utilización¹⁰³; por ejemplo, «no sería constitucionalmente admisible una norma que, usando los criterios de representatividad, atribuyera exclusivamente prerrogativas o medios de acción a ciertos sindicatos, privando a otros de tales ventajas..., pues ello equivaldría a negar la función institucional de estos grupos»¹⁰⁴.

Asimismo, guarda un prudente silencio sobre los criterios elegidos, habida cuenta «ni en las resoluciones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ni en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es posible hallar unas reglas de validez general para determinar en todo caso qué debe entenderse por organización u organizaciones sindicales más representativas, o cuál es el porcentaje a exigir como mínimo para determinarlas, o en qué ámbito territorial (nacional, provincial o municipal) ha de medirse...; [motivo por el cual] a este Tribunal no le corresponde determinar cuál sería el criterio más acertado, conveniente políticamente o más conforme con los principios de la Constitución»¹⁰⁵.

La mayor representatividad y el reverso del deber de abstención de los poderes públicos se proyecta sobre las facultades atribuidas a estos sindicatos por la legislación interna. Al respecto, el Máximo Intérprete ha manifestado cómo «es perfectamente claro que los sindicatos pueden recibir del legislador más facultades y derechos que engrosan el núcleo esencial del artículo 28.1 CE y que

¹⁰⁰ SSTCo 53 y 65/1982, de 22 de julio y 10 de noviembre y 4, 12 y 37/1983, de 28 de enero; 22 de febrero y 11 de mayo o 73/1984, de 27 de junio. En la doctrina, CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «La mayor representatividad sindical y su moderación, en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión», *Relaciones Laborales*, núms. 14-15, 1988, p. 70.

¹⁰¹ STCo 188/1995, de 18 de diciembre.

¹⁰² CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «La mayor representatividad sindical y su moderación, en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión», cit., p. 74 y STCo 99/1983, de 16 de noviembre.

¹⁰³ SSTCo 20 y 26/1985, de 14 y 22 de febrero; 7/1990, de 18 de enero y 75/1992, de 14 de mayo.

¹⁰⁴ STCo 263/1994, de 3 de octubre. En la doctrina, GARCÍA MURCIA, J.: «Criterios de representatividad, igualdad de trato y libertad sindical: notas para un balance de jurisprudencia constitucional», *Revisita Española de Derecho Constitucional*, núm. 50, 1997, pp. 189 ss.

¹⁰⁵ SSTCo 53/1982, de 22 de julio y 147/2001, de 27 de junio.

no contradicen el texto constitucional. Y también es perfectamente claro que, en ocasiones, es posible introducir diferencias entre los sindicatos, para asegurar la efectividad de la propia actividad que a aquéllos se les encomienda, siempre y cuando las diferencias se introduzcan con arreglo a ‘criterios objetivos’, que aseguran que en la selección no se van a introducir diferenciaciones caprichosas o arbitrarias porque, en ese caso, la propia diferenciación contradiría el principio de igualdad de trato y quebraría, sin justificación o con justificación insuficiente, el libre e igual disfrute de los derechos constitucionalmente reconocidos. En la medida en que estos derechos adicionales, concedidos a unos sindicatos sí y a otros no, sobrepasan el núcleo esencial de la libertad sindical –que debe ser garantizado a todos–, tampoco se vulnera el artículo 28.1 CE»¹⁰⁶; reiterando años más tarde que «son creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical»¹⁰⁷.

En cuanto hace a las concretas facultades, cabe remitirse al Capítulo dedicado a la negociación colectiva, y ahondar en aquellas referidas al reparto de subvenciones y del patrimonio sindical.

En materia de apoyo económico y distribución de las subvenciones entre organizaciones obreras, el Comité de Libertad Sindical ha manifestado que los diversos sistemas producen consecuencias diferentes según la forma que revisitan, el espíritu conforme al cual hayan sido concebidas y aplicadas y la medida de su concesión, en virtud de textos legales precisos o dependiendo exclusivamente de la discrecionalidad de los poderes públicos. Matiza, acto seguido, cómo las repercusiones que dicha ayuda financiera provoque en la autonomía de las organizaciones sindicales dependerán esencialmente de las circunstancias, sin poderlas apreciar a la luz de principios generales¹⁰⁸.

En el ámbito interno, cuando el Máximo Intérprete de la Constitución ha entrado a conocer de los mecanismos de distribución de las subvenciones públicas¹⁰⁹, salva como criterio la representatividad, siempre y cuando su fin sea conseguir organizaciones obreras fuertes y dotadas de medios de acción¹¹⁰. No obstante, introduce importantes matices¹¹¹ en cuanto hace a la

¹⁰⁶ STCo 39/1986, de 31 de marzo.

¹⁰⁷ STCo 201/1999, de 8 de noviembre.

¹⁰⁸ Informe del Comité de Libertad Sindical núm. 19, Caso núm. 121, párrafo 180, e Informe del Comité de Libertad Sindical núm. 75, Caso núm. 341, párrafo 101. En el Tribunal Constitucional, STCo 147/2001, de 27 de junio.

¹⁰⁹ STCo 20/1985, de 14 de febrero.

¹¹⁰ STCo 147/2001, de 27 de junio.

¹¹¹ NAVARRO NIETO, F. L.: *La representatividad sindical*, Madrid (MTSS), 1993, p. 205.

distribución concreta de los efectivos, si se utiliza como único parámetro para su otorgamiento: «en este contexto, la distinción supone una injerencia en el orden competitivo de los sindicatos, pues coloca a los más representativos en una situación netamente favorable al resto, y les permite ofrecer a los trabajadores mejores servicios y más altas expectativas»¹¹². Y acaba por dirimir el conflicto negando que la mayor representatividad pueda ser el único y exclusivo principio bajo el cual articular la distribución y refrenda la sujeción a una proporcionalidad estricta a la audiencia obtenida¹¹³. Con ello, ciertamente, los más representativos obtendrán mayor participación en los fondos¹¹⁴; no menos cierto es, también, que el criterio de la mayor representatividad, por sí solo, no justificará nunca una atribución económica si no es en paralelo a las cargas a asumir por el sindicato precisamente en función de reunir esta condición¹¹⁵.

La segunda de las facultades a examinar, el uso y disfrute de los bienes inmuebles públicos del Patrimonio Sindical Acumulado¹¹⁶ (gratuito, intransferible y conforme con su finalidad –art. 9.2 RD 1671/1986–), en cuanto facultad concedida a las organizaciones más representativas para el ejercicio de sus funciones, presenta grandes zonas grises capaces de lesionar la libertad sindical.

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical ha entrado a valorar esta potestad, reproduciendo la doctrina general y advirtiendo cómo «de manera general el hecho de que un Gobierno pueda conceder el usufructo de locales a determinada organización o expulsarla de los locales que ocupaba para concederlos a otra entraña el riesgo, aun cuando no sea ésa la intención, de que se acabe por favorecer o desfavorecer a un sindicato frente a los demás y se cometa así un acto de discriminación. Más precisamente, al favorecer o desfavorecer a determinada organización frente a las demás, podría influir en el ánimo de los trabajadores cuando eligen la organización a la que piensan afiliarse»¹¹⁷.

¹¹² GARCÍA MURCIA, J.: *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Madrid (MTSS), 1987, pp. 151-152.

¹¹³ SSTCo 20, 26 y 72/1985, de 14 y 22 de febrero y de 13 de junio.

¹¹⁴ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid (*ibidem*), 1997, p. 129.

¹¹⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «La Ley de Cesión del Patrimonio Sindical Acumulado y su constitucionalidad. Una aparente vuelta a los orígenes en la valoración de las consecuencias de la mayor representatividad sindical», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 56, 1992, p. 911.

¹¹⁶ Por extenso en GARCÍA MURCIA, J.: *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, cit., p. 156.

¹¹⁷ Informes del Comité de Libertad Sindical de la OIT números 57, Caso 248; 67, Caso 277; 79, Caso 361, y 104, Caso 522.

11. PROTECCIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS SINDICALES

El Convenio núm. 98, por su parte, establece garantías frente a la persecución sindical de los trabajadores, en particular, impide condicionar su contratación a la no afiliación o despedir o tomar represalias frente a su sindicación o su actividad sindical. Y expresamente considera lesiones a la libertad sindical los actos de injerencia consistentes en fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial, o en sostener económicamente o en otra forma sindicatos con el mismo propósito de control. La OIT ha entendido que, de todas las manifestaciones de la discriminación antisindical, el despido es la más grave, y por ello garantiza una protección general contra los actos de discriminación sindical tanto en el momento de ser contratados, como en el curso de la relación de trabajo, abarcando todas las medidas de carácter discriminatorio como despidos, traslados, asignación de categorías y cualquier otra medida lesiva para el trabajador¹¹⁸.

Los actos de acoso e intimidación perpetrados contra los trabajadores por motivo de su afiliación sindical o de sus actividades sindicales legítimas, aunque no impliquen necesariamente perjuicios en su empleo, pueden desalentar la afiliación a las organizaciones de su elección, lo cual constituye, en el fondo, una violación de su derecho de sindicación¹¹⁹.

Estos derechos son contenidos y perfeccionados en el artículo 12 LOLS¹²⁰, el cual especifica que son «nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio en general de actividades sindicales» y amplía el radio de acción previsto por la OIT: sean favorables o adversas, es decir, veta tanto la discriminación al trabajador por estar sindicado, como la imposición por la empresa de su afiliación a una determinada organización. Sin olvidar cómo la nulidad del despido por lesión a la libertad sindical se recoge también en el ET y en la LRJS y advierte el Comité de Libertad Sindical cómo no se deberían autorizar los actos de discriminación antisindical bajo pretexto de despidos por razones económicas¹²¹.

¹¹⁸ Informes del Comité de Libertad Sindical núm. 349.º, Caso núm. 2580, 351.º, Caso núm. 2566, 353.º, Caso núm. 2546, 374.º, Caso núm. 2811, y 376.º, Caso núm. 2892.

¹¹⁹ Informes del Comité de Libertad Sindical núm. 373.º, Caso núm. 3035 y 378.º, Caso núm. 3142.

¹²⁰ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.: «Exposición de Motivos», cit., p. 9.

¹²¹ Informe del Comité de Libertad Sindical núm. 365.º, Caso núm. 2815.

La jurisprudencia constitucional así ha venido afirmando, en aplicación del Convenio núm. 98, cómo «la libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesita de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo, del ejercicio de esa libertad»¹²².

No obstante, no supone un incumplimiento de los Convenios analizados las previsiones en materia de seguridad sindical contenidas en el artículo 11 LOLS, en tanto, y de conformidad con el Comité de Libertad Sindical, «los problemas relacionados con las cláusulas de seguridad sindical deben resolverse a nivel nacional, de acuerdo con la práctica y el sistema de relaciones laborales de cada país. En otros términos, tanto aquellas situaciones en que las cláusulas de seguridad sindical están autorizadas como aquellas en que están prohibidas, se pueden considerar conformes con los principios y normas de la OIT en materia de libertad sindical»¹²³.

En relación con un caso en que la ley autoriza al sindicato, en forma unilateral, a fijar y a percibir de los trabajadores no asociados el monto de la cuota extraordinaria establecida para miembros, por concepto de solidaridad y por motivo de los beneficios obtenidos en una convención colectiva, el Comité concluyó que para ajustarse a los principios de la libertad sindical, sería conveniente que la ley estableciera la posibilidad de que las partes de común acuerdo –y no el sindicato unilateralmente– pacten en los convenios colectivos la posibilidad del cobro a los no asociados, en virtud de los beneficios que éstos hubieren percibido¹²⁴.

El artículo 2 del Convenio núm. 98 es recogido de forma más sintética por el artículo 13 LOLS, que, frente a la posible lesión a la libertad sindical del trabajador, prevé «la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona».

12. BIBLIOGRAFÍA

AGRA VIFORCOS, B. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Introducción al derecho colectivo del trabajo (Derecho sindical)*, León (Eolas), 2012.

¹²² STCo 74/1998, de 31 de marzo, 87/1998, de 21 de abril, 191/1998, de 29 de septiembre, 30/2000, de 31 de enero, 44/2001, de 20 de febrero y 14/2002 de 28 enero.

¹²³ Informes del Comité de Libertad Sindical núm. 358.º, Caso núm. 2739, 364.º, Caso núm. 2739 y 378.º, Casos núms. 3110 y 3123.

¹²⁴ Informe del Comité de Libertad Sindical núm. 290.º, Caso núm. 1612.

- ALONSO OLEA, M.: «Más representatividad (II). De nuevo sobre la ‘más representatividad’, ahora para las delegaciones en la Conferencia de la OIT», en ALONSO OLEA, M.: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, T. I, Madrid (Civitas), 1983.
- ALONSO OLEA, M.: «La Constitución española como fuente del Derecho del Trabajo», en AA. VV.: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Asuntos Social), 2003.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Libertad sindical (España)», en AA. VV.: *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013.
- ARGÜELLES BLANCO, A. R.: «Recepción en España y dificultades de aplicación de los convenios fundamentales de la OIT: en particular, sobre los Convenios núm. 87 y núm. 98», *Documentación Laboral*, núm. 116, 2019.
- ARUFE VARELA, A.: «Los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea ante el Derecho español», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 137, 2018.
- BAYLOS GRAU, A.: «Libertad sindical», en AA. VV.: *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013.
- BAYLOS GRAU, A.: «Las normas internacionales del trabajo: la importancia de la dimensión colectiva y el alcance universal de los derechos laborales», *Cuadernos de Información Sindical*, núm. 57, 2019.
- CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «La mayor representatividad sindical y su moderación, en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión», *Relaciones Laborales*, núms. 14-15, 1988.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020.
- CEINOS SUÁREZ, Á.: «Autónomos económicamente dependientes», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.): *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi/Principado de Asturias), 2007.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en materia laboral», *Temas Laborales*, núm. 145, 2018.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.; MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas «flexibilizadoras» de la relación laboral*, Madrid (Consejo General del Poder Judicial), 1998.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. T.: *El sindicato. Naturaleza y estructura*, Madrid (Civitas), 1982.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «Régimen jurídico sindical», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Madrid (Tecnos), 1986.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: «La Ley de Cesión del Patrimonio Sindical Acumulado y su constitucionalidad. Una aparente vuelta a los orígenes en la valoración de las consecuencias de la mayor representatividad sindical», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 56, 1992.

- GARCÍA MURCIA, J.: *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Madrid (MTSS), 1987.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Criterios de representatividad, igualdad de trato y libertad sindical: notas para un balance de jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 50, 1997.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Los derechos colectivos del trabajador autónomo», *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2009.
- GARCÍA NINET, J. I. y YANINI BAEZA, J.: «Sentido e impacto de los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 2, 1997.
- GARCÍA PIÑEIRO, N.: *Las Asociaciones empresariales en el Derecho español*, Madrid (Consejo Económico y Social), 2005.
- GARCÍA VIÑA, J.: «El concepto de libertad sindical individual en España», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 4, 2022.
- GOERLICH PESET, J. M.: «Artículo 13», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Madrid (La Ley), 2010.
- GOÑI SEIN, J. L.: «La libertad sindical como derecho fundamental», en AA. VV.: *Sindicalismo y Democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, Granada (Comares), 2017.
- MARÍN BOSCÁN, F. J.: «La protección de la libertad sindical: una mirada hacia América latina y en especial a Venezuela», en AA. VV.: *OIT 100 años: una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XXI*, Cizur Menor (Thomson Reuters), 2018.
- MARTÍN VALVERDE, A. y MARTÍNEZ MORENO, C.: «Artículo 2», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Madrid (La Ley), 2010.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid (Ibidem), 1997.
- MERCADER UGUINA, J. R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Artículo 4», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Madrid (La Ley), 2010.
- MONTALVO CORREA, J.: «Algunas anotaciones sobre el proceso de configuración de un modelo sindical democrático en España», en AA. VV.: *Sindicalismo y Democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, Granada (Comares), 2017.
- MONTOYA MELGAR, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «Artículo 3», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Madrid (La Ley), 2010.
- NAVARRO NIETO, F. L.: *La representatividad sindical*, Madrid (MTSS), 1993.
- OIT: *La situación laboral y sindical en España*, Ginebra (OIT), 1969.
- *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra (OIT), 1976.
- *La libertad sindical: un estudio internacional*, Madrid (Ministerio de Trabajo), 1979.
- *La libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra (OIT), 1996.

- OIT: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra (OIT), 2018.
- OJEDA AVILÉS, A.: «Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Madrid (Tecnos), 1986.
- OJEDA AVILÉS, A. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: «Análisis de la libertad sindical en España bajo el prisma de la OIT: las recomendaciones del comité de libertad sindical a escena», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 117, 2015.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y MONREAL BRINGSVAERD, E.: «Artículo 1», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Madrid (La Ley), 2010.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.: «Exposición de Motivos», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Madrid (La Ley), 2010.
- RIVERO LAMAS, J.: «La flexibilización de la vida laboral: potencialidades y retos para el Derecho del Trabajo», *Documentación Laboral*, núm. 56, 1998,
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «OIT, derechos humanos y libertad sindical», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1999.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «La libertad sindical y el Convenio 87 (1948) OIT», *RL*, núm. 1, 1999.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y DE SOTO RIOJA, S.: «Artículo 11», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Madrid (La Ley), 2010.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «La representatividad sindical», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Madrid (Tecnos), 1986.
- ROJO TORRECILLA, E.: «La Ley Orgánica de Libertad Sindical», *Revista de Política Social*, núm. 148, 1985.
- ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación 1948 (núm. 87)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, 2019.
- RUIZ-JIMÉNEZ CORTÉS, J.: «Reflexiones sobre la nueva ley sindical de España», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 85, 1972.
- SALAS PORRAS, M.: «El tratamiento jurisprudencial de la libertad sindical conforme al Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en AA. VV.: *Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: perspectivas y retos: XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 2016.
- SERVAIS, J. M.: «Reflexiones sobre la dificultad de aplicar las normas internacionales del trabajo», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, enero, 2008.
- SOTO RIOJA, S. (de): *La libertad sindical negativa*, Madrid (Civitas), 1998.
- VERDIER, J. M.: «La Constitución Española, los sindicatos y el derecho sindical», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 4, 1980.

LOS INSTRUMENTOS DE LA OIT SOBRE REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA Y SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA ESPAÑOL

DIEGO ÁLVAREZ ALONSO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Facultad de Derecho
Universidad de Oviedo

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8559-8520>

SUMARIO: 1. *El convenio núm. 135 y la recomendación núm. 143 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores: presentación general, objetivos y aplicación.*–2. *Garantías de protección de los representantes contra despidos, discriminaciones u otros perjuicios por razón de su condición o actividad.*–3. *Facilidades para el desempeño de las funciones de los representantes.*–4. *Tiempo disponible para funciones de representación.*–5. *Libre entrada en los lugares de trabajo y recaudación de cuotas sindicales.*–6. *Derechos de información y comunicación de los representantes.*–7. *Ratificación, cumplimiento e influencia de los instrumentos de la OIT sobre representación de los trabajadores en el ordenamiento español.*–8. *Conclusiones.*

1. EL CONVENIO NÚM. 135 Y LA RECOMENDACIÓN NÚM. 143 DE LA OIT SOBRE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES: PRESENTACIÓN GENERAL, OBJETIVOS Y APLICACIÓN

Dentro de la ingente labor de la OIT en el establecimiento de estándares internacionales sobre el trabajo¹, los principales instrumentos de la OIT sobre

¹ Para una presentación general de esta labor de la OIT, GARCÍA MURCIA, J., «La legislación laboral internacional: mandato y función de la Organización Internacional del Trabajo», *Documentación Laboral*,

la representación de los trabajadores dentro de la propia empresa (o del centro de trabajo) son el Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143. Ambos tratan «sobre los representantes de los trabajadores», según su denominación oficial, y los dos fueron aprobados en 1971, en la quincuagésima sexta reunión de la Conferencia General (23 junio 1971). Quizá llame un tanto la atención dicha denominación oficial, que literalmente se refiere a «los representantes de los trabajadores». Desde las coordenadas de pensamiento y evolución social actuales, podría pensarse que, en lugar de esa formulación en masculino, podría haberse utilizado otra más neutra desde la perspectiva de género, refiriendo el contenido de estos textos, por ejemplo, a «la representación del personal» o a «la representación de las personas trabajadoras». Ello seguramente no es baladí, al ser este un campo tradicionalmente masculinizado en el que resulta del todo pertinente el debate sobre la (in)visibilización de las mujeres y su presencia, en condiciones de igualdad y participación equilibrada con los hombres, en el ámbito de estos cargos y funciones de representación, que ciertamente aún hoy día sigue siendo menor, pese a su ya generalizada incorporación al mercado laboral. El sesgo de género, hasta cierto punto explicable en el año 1971, debería seguramente corregirse si hubiese alguna actualización de estos instrumentos.

Desde otra óptica, la literalidad referida a «los representantes de los trabajadores» resulta llamativa por aludir directamente a los sujetos individuales que ejercen el cargo o función representativa, y no al fenómeno, sistema o institución jurídica de la representación de las personas trabajadoras. Sin embargo, ello resulta coherente con el contenido de estos instrumentos, y nos pone sobre la pista de un primer elemento relevante de su caracterización. En ellos no se regula propiamente el sistema de representación de los trabajadores en su conjunto, no se establecen pautas orientadas a establecer su configuración general y ni siquiera se predetermina quiénes han de ser esos representantes, cómo se designan y en qué concreto ámbito ejercen la representación. Atienden efectivamente, más que a la ordenación del sistema desde un punto de vista global, a las personas en quienes recaen los cargos y funciones de representación, con un objetivo más específico, tal y como se desprende del Preámbulo y el articulado tanto del Convenio núm. 135 como de la Recomendación núm. 143: establecer medidas para la protección de los representantes frente a posibles represalias o perjuicios por parte de la empresa, y también facilidades para el desempeño de la labor representativa. Este, y no otro, es

núm. 116, 2019, pp. 18-20; asimismo, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, pp. 27-49.

precisamente el propósito principal de estos instrumentos, dirigidos única y exclusivamente a reforzar el estatuto protector y de derechos en torno a la figura del representante, con exclusión de otro tipo de cuestiones relativas a la representación de los trabajadores en la empresa que podría ser interesante considerar desde la OIT, pero que por el momento no ha sido objeto de tratamiento directo. Por ejemplo, la configuración de las estructuras representativas, la apuesta por el ámbito global de empresa o por el de centro de trabajo, la influencia de la clase o tamaño de la empresa o centro de trabajo sobre el tipo de representación, el elenco y alcance de los derechos de información y consulta, la codecisión o cogestión o la adaptación a los cambios derivados de las nuevas formas de organización de las empresas y el trabajo². Sería pertinente sin duda el tratamiento desde la OIT de estas y otras muchas cuestiones conectadas a la representación y acción colectiva de las personas trabajadoras en la empresa, pero todo ello se sitúa por el momento al margen del objeto propio del Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143.

La aludida finalidad general o principal de estos instrumentos resume o condensa en sí sus objetivos más específicos o particulares, que son en realidad concreciones de aquella de refuerzo de la posición jurídica y las posibilidades de actuación de los representantes de los trabajadores³. En la descripción algo más pormenorizada de estos propósitos, puede seguirse la tradicional clasificación de los derechos de los representantes como garantías («protección», en la literalidad de los instrumentos de la OIT) y facilidades. También puede apreciarse una cierta gradación de la importancia o intensidad entre unas y otras. Así, lo primordial parece ser la protección de los representantes frente al despido u otros perjuicios por razón de sus actividades como tales (Convenio núm. 135, artículo 1; Recomendación, III). Aparentemente en un segundo plano, aparece el establecimiento de facilidades para el desempeño de las funciones atribuidas, que el Convenio menciona de manera genérica y poco detallada (art. 2), y que en cambio la Recomendación trata más minuciosamente, promoviendo la puesta a disposición de los representantes de las siguientes, entre otras posibles: tiempo libre remunerado o permisos para el desempeño de la representación; libre entrada en los lugares de trabajo; recaudación de cuotas sindicales; libre comunicación con los representantes de la empresa y con los trabajadores representados; finalmente, derechos a obtener información y medios materiales de la empresa. De ello cabe deducir que la protección frente al

² Sobre esta última cuestión, ÁLVAREZ ALONSO, D., *Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 105-126.

³ VALTICOS, N., *Derecho Internacional del Trabajo*, Tecnos, 1977, pp. 252-254.

despido se trata con mayor fuerza y vinculatoriedad que las facilidades, siendo aquella incorporada al convenio en previsiones a las que cabe atribuir efecto vinculante directo, mientras que estas últimas son abordadas principalmente con el alcance orientativo que es propio de las recomendaciones.

Desde las consideraciones anteriores, puede entenderse el lugar que ocupan estos instrumentos dentro del más amplio acervo normativo de la OIT. Se encuentran emparentados con los convenios fundamentales de la OIT sobre libertad sindical y negociación colectiva, el núm. 87 (1948)⁴ y, como explícitamente señala el Preámbulo del Convenio núm. 135, el núm. 98 (1949)⁵. La prohibición de los actos de discriminación en contra de la acción colectiva de los trabajadores del Convenio núm. 98 se toma como punto de partida del Convenio núm. 135 para «adoptar disposiciones complementarias con respecto a los representantes de los trabajadores», concediendo concretamente «protección y facilidades» a quienes ejercen como tales representantes «en la empresa». En cierto modo, podría decirse que el Convenio núm. 135 es una especie de «hermano menor» de los Convenios núm. 87 y núm. 98, del que la Recomendación núm. 143 sería a su vez una derivación complementaria que, con la naturaleza y efectos propios del tipo de instrumento adoptado, incluye previsiones aclaratorias y adicionales con respecto a las incorporadas en aquel. No obstante, lo dicho no debe llevar a desvalorizar los instrumentos aquí analizados, pues si bien obviamente no tienen la importancia ni gozan por sí mismos del carácter fundamental y los mecanismos reforzados de aplicación (en especial, a través del Comité de Libertad Sindical) propios de los Convenios núm. 87 y núm. 98, sí podrían llegar a beneficiarse indirectamente de estos, en la medida en que las transgresiones contrarias a aquellos puedan conectarse asimismo con estos últimos, considerando el aludido «parentesco» entre ellos. Dentro de esta misma «familia» de instrumentos de la OIT sobre la acción colectiva, los aquí estudiados pueden igualmente considerarse emparentados con los relativos a las organizaciones de trabajadores rurales (Convenio núm. 141 y Recomendación núm. 149) y las relaciones de trabajo en las administraciones públicas (Convenio núm. 151 y Recomendación núm. 159).

De todos modos, el Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143 no son meramente un complemento auxiliar de los Convenios núm. 87 y 98. De entrada, porque también tienen conexiones con otros textos de la OIT en torno a otros temas, especialmente el Convenio núm. 158 (1982) sobre la termina-

⁴ Ratificado por instrumento de 13 de abril de 1977, BOE de 11 de mayo de 1977.

⁵ Ratificado por instrumento de 13 de abril de 1977, BOE de 11 de mayo de 1977.

ción de la relación de trabajo⁶, con el que hay confluencia en lo relativo a la protección de los representantes de los trabajadores frente al despido. Pero, sobre todo, porque su ámbito subjetivo y objetivo, así como sus contenidos materiales, son algo diferentes. Obviamente, el Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143 circunscriben su aplicación a un ámbito más limitado, el de los representantes de los trabajadores «en la empresa o centro de trabajo», mientras que los convenios fundamentales sobre libertad sindical y negociación colectiva irradian sus efectos no sólo sobre el nivel de empresa, sino también sobre otros muchos niveles supraempresariales, en planos y materias notablemente más amplios y variados. Sin embargo, desde otra perspectiva, el Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143 tienen un radio de alcance que desborda en parte el que es propio de los convenios sobre libertad sindical. En este sentido, los convenios sobre libertad sindical, sin perjuicio de su notable «vis expansiva», tienen su específico campo de juego lógicamente acotado, en principio, a la representación y acción colectiva de los trabajadores de origen y naturaleza asociativa, enraizada en los sindicatos. Por su parte, el Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143 entran en intersección con lo anterior en la medida en se proyectan sobre los representantes del sindicato y la acción sindical en el interior de las empresas o centros de trabajo. Ahora bien, sus disposiciones alcanzan también a los representantes electos del personal en empresas o centros de trabajo, es decir, el otro posible canal de representación en dicho ámbito, de naturaleza electiva o unitaria, con independencia de que se encuentre o no sindicalizado o de que se configure de manera imbricada con la representación sindical o alternativa a ella.

Así, con redacción coincidente en el Convenio núm. 135 (art. 3) y en la Recomendación núm. 143 (II.2), se entiende, a efectos de estos instrumentos, que «la expresión representantes de los trabajadores comprende las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales». De este modo, se consagra una remisión al ordenamiento o a los usos de cada estado para ulterior concreción, configurando un marco abierto en el que pueden tener encaje muy diversos modelos de representación en la empresa. En todo caso, se especifica que puede tratarse de dos tipos de representantes: «(a) de representantes sindicales, es decir, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos»; o «(b) de representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean

⁶ Ratificado por instrumento de 18 de febrero de 1985, BOE de 29 de junio de 1985.

reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos». En consecuencia, ambas clases de representantes pueden ser beneficiarias de las garantías y facilidades establecidas en los instrumentos de la OIT, que pueden aplicarse a una, a otra, o simultáneamente a las dos cuando coexistan en el sistema nacional de que se trate.

En este sentido, los instrumentos aquí comentados pueden verse como una constatación y hasta una legitimación de la posibilidad de existencia de dos vías distintas para la representación de las personas trabajadoras en el nivel de empresa, el «canal sindical» y el «canal electivo», validándose la inclinación por una u otra alternativa, o incluso la posibilidad de existencia simultánea de un «doble canal» de representación, como ocurre, entre otros, en el sistema español⁷. Todas las opciones al respecto son admisibles y legítimas a la vista del convenio y la recomendación, que no prejuzgan qué es lo mejor o más adecuado, dejando amplio margen para la acogida de las diversas fórmulas legislativas y prácticas nacionales en este punto. Lo que estos instrumentos persiguen, en definitiva, es asegurar el disfrute de las garantías y facilidades establecidas a los representantes que efectivamente haya en cada país, sean del tipo que sean, conforme a la correspondiente idiosincrasia nacional. Así, se establece que «la legislación nacional, los contratos colectivos, los laudos arbitrales o las decisiones judiciales podrán determinar qué clase o clases de representantes de los trabajadores tendrán derecho a la protección y a las facilidades previstas» en estos instrumentos de la OIT (Convenio núm. 135, art. 4; Recomendación núm. 143, II.3). Sobre esa libertad de configuración de cada modelo nacional de representación en la empresa, únicamente se establece una importante cautela, para evitar injerencias antisindicales o conflictos en los sistemas de «doble canal»: «cuando en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos, habrían de adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes» (Convenio núm. 135, art. 5; Recomendación núm. 143, II.4).

⁷ Sobre el «doble canal» en el sistema español, PRADOS DE REYES, F. J., «Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas», *Relaciones Laborales*, núm. 7, 1991, pp. 8 y ss.; SÁEZ LARA, C., *Representación y acción sindical en la empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, pp. 127 ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La representación de los trabajadores a nivel de empresa», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1993, p. 4; GALIANA MORENO, J. M. y GARCÍA ROMERO, B., «La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 43, 2003, pp. 13 ss.

En cuanto al valor normativo y eficacia de estos textos, evidentemente, el Convenio núm. 135, como cualquier otro de la misma especie, a partir de su entrada en vigor (30 de junio de 1973), tiene el efecto vinculante que es propio de los convenios internacionales para los estados que lo han ratificado (sobre ratificación, denuncia y revisión, arts. 7, 9, 10, 11 y 13), 85 países en total (entre ellos, España)⁸, siendo estos, en principio, los únicos obligados por él (art. 8, sobre entrada en vigor y efectos)⁹. De todas formas, en cuanto a cuestiones que entronquen también de manera clara con los convenios fundamentales núm. 87 y núm. 98, como sucede señaladamente con las conductas anti-sindicales, los efectos podrían extenderse indirectamente incluso más allá de los estados firmantes, ya que los principios esenciales de tales convenios en materia sindical se proyectan sobre todos los estados miembros de la OIT en virtud de su Constitución y demás textos fundacionales, y desde el mismo momento en que se ingresa como miembro, con independencia de que se hayan ratificado o no dichos convenios¹⁰. Por su parte, la Recomendación núm. 143 tiene el estatus correspondiente a este tipo de instrumentos en el sistema de la OIT, situado en el plano del *soft law*, pero incluyendo obligaciones de sumisión para los estados que son consustanciales a la condición de miembro de la organización¹¹.

Para aplicar y dar efecto a lo dispuesto en estos instrumentos ya dentro del ámbito de cada estado, se remite, dejando un amplio margen de apreciación, a lo que se establezca «mediante la legislación nacional, los contratos colectivos, o en cualquier otra forma compatible con la práctica nacional» (Convenio núm. 135, art. 6; Recomendación núm. 143, I). Eso sí, la actuación de cada estado en esta materia se someterá con posterioridad a los mecanismos habituales de control de aplicación por parte de la OIT, fundamentalmente a través de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y de la propia Conferencia General y su Comisión de Apli-

⁸ El listado de ratificaciones por país puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312280. España se adhirió al Convenio núm. 135 OIT mediante Instrumento de ratificación de 8 de noviembre de 1972, BOE 4 de julio de 1974, depositado ante el Director General de la Oficina internacional del Trabajo en Ginebra el 21 de diciembre de 1972.

⁹ DEL PESO, C., *Regulación Internacional del Derecho del Trabajo*, Bosch, 1958, pp. 313-348; VALTICOS, N., *Derecho Internacional del Trabajo*, Tecnos, 1977, pp. 465-500.

¹⁰ VALTICOS, N., *Derecho Internacional del Trabajo*, cit., pp. 499-500; CASAS BAAMONDE, M. E., «Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, pp. 55-77.

¹¹ VALTICOS, N., *Derecho Internacional del Trabajo*, cit., pp. 498-500; ELKIN, N. y VICENTE PALACIO, A., «Las recomendaciones de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, pp. 113-142.

cación de Normas (CAS)¹². Además, según señala el mismo Convenio núm. 135, «cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial» (art. 12).

En cuanto a la relación entre el Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143, podría decirse que se trata de un ejemplo paradigmático de la interacción entre estos dos tipos de instrumentos de acción por parte de la OIT cuando actúan sobre una misma área temática¹³. Nótese que ambos fueron aprobados en la misma fecha, previéndose así de antemano su complementariedad en varios sentidos. Como suele ser habitual, el Convenio acogió aquellos aspectos considerados cruciales y sobre los que se logró concitar el consenso tripartito para incorporarlos en un instrumento vinculante, que en este caso fueron la exigencia de protección de los representantes contra perjuicios o despidos por su condición o actividad y el mandato de establecer facilidades para el desempeño de su labor, aunque sin especificar cuáles. Por su parte, la Recomendación asume las funciones complementarias y/o alternativas habituales de este tipo de instrumentos cuando acompañan a un convenio sobre el mismo asunto. Para empezar, reproduce las mismas previsiones ya contenidas en el Convenio, de manera que los estados que no hayan ratificado aquel, con todas las consecuencias de su efecto vinculante, se vean concernidos por ellas también, aunque sea sólo con los efectos de menor intensidad propios de las recomendaciones. En segundo lugar, desempeña la función complementaria en sentido estricto, de desarrollo en detalle, especificación o aclaración de las previsiones del Convenio, señaladamente esclareciendo cuestiones relativas a la aplicación práctica de las garantías de protección de los representantes frente a despidos u otros perjuicios y dando orientaciones sobre las medidas a establecer por los estados en esta materia. Finalmente, incorpora contenidos adicionales o añadidos que van más allá de lo dispuesto en el Convenio, que normalmente se corresponden con cuestiones que no gozaron de consenso tripartito para incluirse en este con mayor grado de vinculatoriedad, pero sí lograron el suficiente para, al menos, ser plasmados a título de recomendación. Así sucedió en este caso con la especificación de las concretas facilidades al servicio de la

¹² DEL PESO, C., *Regulación Internacional del Derecho del Trabajo*, cit., pp. 237-270; VALTICOS, N., *Derecho Internacional del Trabajo*, cit., pp. 501-544.

¹³ Sobre las relaciones entre convenios y recomendaciones de la OIT y las distintas funciones de estas últimas, ELKIN, N. y VICENTE PALACIO, A., «Las recomendaciones de la OIT», cit., pp. 113-142.

representación (permisos o tiempos retribuidos para actividades de representación, publicación de avisos, distribución de folletos y publicaciones, etcétera) ¹⁴.

2. GARANTÍAS DE PROTECCIÓN DE LOS REPRESENTANTES CONTRA DESPIDOS, DISCRIMINACIONES U OTROS PERJUICIOS POR RAZÓN DE SU CONDICIÓN O ACTIVIDAD

Entrando más a fondo en los contenidos de estos instrumentos, hay que mencionar en primer lugar, y con carácter sin duda principal, la exigencia de garantías para los representantes frente a eventuales despidos u otros perjuicios relacionados con su condición o actividad, formulada en los siguientes términos: «Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor» (Convenio núm. 135, art. 1; Recomendación 143, III.5).

Es destacable la configuración fuerte de esta exigencia garantista en la primera parte de su redactado, formulada en términos muy amplios y de gran consistencia en cuanto a los sujetos protegidos (todos los representantes, sindicales o electos), el alcance de la protección (que ha de ser «eficaz»), el elenco de conductas frente a las que se protege («todo acto» potencialmente perjudicial, «incluido el despido»), y el arco de ilícitas motivaciones subyacentes a evitar o combatir («por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical»). En suma, lo que se establece es una garantía de indemnidad para el representante, que debe ser protegido frente a todo daño o perjuicio relacionado con su condición o actividad ¹⁵. Ahora bien, la aparente fortaleza de esta previsión resulta en parte diluida después por el inciso final («siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor»), que se presta a lecturas ambivalentes y que, según se interprete, podría dar lugar a conflictos de interpretación y aplicación. Para aclarar que el representante no goza de un

¹⁴ VÁLTICOS, N., *Derecho Internacional del Trabajo*, cit., pp. 252-253.

¹⁵ ÁLVAREZ ALONSO, D., «¿Garantía o garantías de indemnidad? Los diversos cauces de tutela del trabajador frente a represalias del empresario», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 269-270, 2005, pp. 38-47.

blindaje absoluto incluso frente a las decisiones de la empresa debidamente justificadas, que seguramente es lo que se pretendía, quizá hubiera bastado y habría sido más acertado decir, simplemente, que el estatus de representante no impedirá que pueda verse afectado por medidas empresariales (incluido el despido) adoptadas en virtud de causas justificadas con arreglo a la ley y los convenios, y ajenas a todo propósito de perjudicarlo o represaliarlo en relación con su condición o actividad representativa.

La comentada «regla de cabecera» en esta materia es objeto de precisiones ulteriores en la Recomendación núm. 143. Para empezar, se afirma que «cuando no existan suficientes medidas apropiadas de protección aplicables a los trabajadores en general, deberían adoptarse disposiciones específicas para garantizar la protección efectiva de los representantes de los trabajadores» (Recomendación núm. 143, III.6.1). Parece inferirse que tal cosa no sería necesaria, en buena lógica, si la protección general dispensada a cualquier persona trabajadora fuera bastante por sí misma para amparar adecuadamente a las que desempeñan funciones de representación y, por ello, pueden verse más expuestas a reacciones adversas de la empresa. Pero, como no suele ser el caso, se sugiere la adopción de dichas disposiciones específicas, avalándose así el establecimiento de estas como prerrogativas de los representantes, que cuentan de este modo con fundamento en los instrumentos de la OIT.

La legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales cuentan con cierta libertad a la hora de establecer esta clase de previsiones, si bien la Recomendación señala que «podrían incluir medidas como las siguientes», que se enuncian como posibles orientaciones, sin vocación de exhaustividad ni exclusión de otras alternativas: (a) definición detallada y precisa de los motivos que pueden justificar la terminación de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores; (b) exigencia de consulta, dictamen o acuerdo de un organismo independiente, público o privado, o de un organismo paritario antes de que el despido de un trabajador sea definitivo; (c) procedimiento especial de recurso accesible a los representantes de los trabajadores que consideren que se ha puesto fin injustamente a su relación de trabajo, o que sus condiciones de empleo han sido modificadas desfavorablemente, o que han sido objeto de trato injusto; (d) por lo que se refiere a la terminación injustificada de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores, el establecimiento de una reparación eficaz que comprenda, a menos que ello sea contrario a los principios fundamentales de derecho del país interesado, la reintegración de dichos representantes en su puesto, con el pago de los salarios no cobrados y el mantenimiento de sus derechos adquiridos; (e) imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los traba-

jadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado; finalmente, (f) reconocer la prioridad que ha de darse a los representantes de los trabajadores respecto de su continuación en el empleo en caso de reducción del personal (Recomendación núm. 143, III.6.2).

Por otra parte, estas previsiones están interrelacionadas con otras dentro del acervo de la OIT. Cabe destacar en este sentido, en primer lugar, el Convenio núm. 98 (1949) de la OIT, donde se establece que «los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo» (art. 1.1). Se subraya además que «dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo» (art. 1.2). En un ámbito algo distinto, por su parte, el Convenio núm. 158 (1982) de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador¹⁶, excluye de las justas causas para dar por finalizada la relación laboral «la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo», así como el hecho de «ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad» (art. 5).

En el ordenamiento español, la protección de los representantes a la que se refieren estos instrumentos de la OIT viene dispensada por distintas vías, a veces inspiradas en dichos textos o interpretadas con arreglo a ellos¹⁷, y que en conjunto vienen a satisfacer —o incluso superar— los estándares tuitivos internacionales en este punto¹⁸. La conexión más estrecha con las pautas trazadas desde la OIT se aprecia en las garantías de los representantes del artículo 68

¹⁶ Ratificado por España mediante instrumento de 18 de febrero de 1985, BOE 29 de junio de 1985.

¹⁷ En cuanto al influjo interpretativo que despliegan los Convenios núm. 87, 98 y 135 de la OIT sobre el ordenamiento español en materia de protección de los representantes, véase, ya muy tempranamente, Sentencias TC 38/1981, 78/1982 y 83/1982.

¹⁸ TUDELA CAMBRONERO, G., *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, 1988, pp. 1 ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V. / PÉREZ CAMPOS, A. I., *Las garantías de los representantes de los trabajadores (Estudio del Artículo 68 ET)*, Aranzadi, 2004, pp. 17 ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V., «Las garantías de los miembros del comité de empresa», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, Tomo II, 2000, pp. 1317 ss.; GARCÍA MURCIA, J., «Las garantías de los representantes de los trabajadores frente al despido: el tránsito hacia la unificación de doctrina», en AAVV, *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Tecnos, 2015, pp. 777 ss.

ET, aplicables a los representantes unitarios electos, y, en consonancia con las orientaciones internacionales, también a los delegados sindicales en las empresas o centros de trabajo (art. 10.3 LOLS). En su letra c), se reconoce el derecho del representante a «no ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que esta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el artículo 54»¹⁹. Se establece así una garantía de indemnidad del representante parecida a la del Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143, aunque con redacción algo más pacata y defectuosa. Nótese que en el precepto español se proscriben solo los despidos y sanciones, y no –como debería– «todo acto» de perjuicio o represalia. La redacción sobre el alcance temporal de la garantía y los efectos de la dimisión o revocación es asimismo criticable, pues parece darse a entender que el representante podría ser válidamente sancionado o despedido por el ejercicio de sus funciones una vez transcurrido un año de la expiración de su mandato, o incluso antes si hubiese dimitido o hubiese sido revocado²⁰. En fin, el inciso final de la formulación transcrita adolece de la misma ambivalente oscuridad que antes se criticaba en relación con el redactado de los textos de la OIT, incluso con mayor crudeza.

Cierto es que todo lo anterior se compensa hasta cierto punto al interpretarse en conjunto con la frase que sigue a continuación en el mismo precepto, donde se establece una garantía tal vez algo distinta, aunque indudablemente imbricada con la anterior: la prohibición de actos discriminatorios contra el representante, cuya literalidad establece que este «no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación». Con ella se ensancha el ámbito de protección y se reconecta con lo dispuesto en los textos de la OIT (especialmente, en el art. 1 del Convenio núm. 135 y en la Recomendación núm. 143, apartados III.5 y 8). Bien es verdad que también es criticable que dicha prohibición de discriminación mencione explícitamente tan solo esos aspectos, los de promoción económica y profesional, cuando la regla antidiscriminatoria hubiera podido –o debido– referirse a cualesquiera condiciones de empleo o de trabajo. En cualquier

¹⁹ G. BARREIRO GONZÁLEZ: «Garantías de los representantes del personal», en VVAA (E. BORRAJO DACRUZ/ J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ/ T. SALA FRANCO, Coord.), *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley/ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 202; G. TUDELA CAMBRONERO: *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 70.

²⁰ ÁLVAREZ ALONSO, D., «¿Garantía o garantías de indemnidad? Los diversos cauces de tutela del trabajador frente a represalias del empresario», cit., pp. 38-47.

caso, todas estas deficiencias apuntadas parecen salvadas en la práctica por la concurrencia de otras vías de tutela y por la razonable interpretación de conjunto de todas ellas por parte de los jueces y tribunales.

Algunas de estas otras vías de tutela que refuerzan la posición del representante se encuentran asimismo entre las garantías del mismo artículo 68 ET, que incluye la de apertura de expediente contradictorio para sanciones por faltas graves o muy graves [letra a)], medida distinta pero en la línea de las sugeridas desde el ámbito de la OIT, y la de prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas [letra b)], e igualmente aplicable en los de movilidad geográfica (art. 40.7 ET), que da traslado al ordenamiento español de lo dispuesto en la Recomendación núm. 143 [III.6.2.f)], incluso en términos más amplios²¹. Aún habría que añadir la atribución al propio representante del derecho de opción entre extinción indemnizada o readmisión –con abono de salarios de tramitación– en caso de despido improcedente (art. 56.4 ET)²². Con esta medida se daría cumplimiento a la Recomendación núm. 143 [III.6.2.d)] cuando sugiere, para el caso de «terminación injustificada de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores, el establecimiento de una reparación eficaz que comprenda [...] la reintegración de dichos representantes en su puesto, con el pago de los salarios no cobrados y el mantenimiento de sus derechos adquiridos»²³.

Trascendiendo de esas garantías legales concretas, al menos en lo que se refiere a los representantes sindicales y a los representantes unitarios sindicalizados (lo que es habitual en nuestro sistema), la más importante vía de refuerzo de su posición jurídica frente a discriminaciones, perjuicios o represalias en nuestro ordenamiento viene de la mano del derecho fundamental de libertad sindical del artículo 28.1 CE. De entrada, en aplicación de todo el marco normativo de tutela de la libertad sindical y de prohibición o represión

²¹ CARRATALÁ TERUEL, J. L., «Representación unitaria de los trabajadores: el expediente contradictorio en supuestos de sanción grave y muy grave», *Tribuna Social*, núm. 1, 1991, pp. 31 ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V., «Las garantías de los miembros del comité de empresa», cit., pp. 1320-1328; GARCÍA MURCIA, J., «Las garantías de los representantes de los trabajadores frente al despido: el tránsito hacia la unificación de doctrina», cit., pp. 784-797.

²² SEMPERE NAVARRO, A. V., «Las garantías de los miembros del comité de empresa», cit., pp. 1330-1331; GARCÍA MURCIA, J., «Las garantías de los representantes de los trabajadores frente al despido: el tránsito hacia la unificación de doctrina», cit., pp. 788-790.

²³ Así se dice expresamente en Sentencia TS de 15 mayo 1990. Para un estudio sobre la conformidad de la regulación española sobre el derecho de opción a los estándares internacionales, aunque considerando no el Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143 de la OIT, sino el Convenio núm. 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo y la Carta Social Europea, véase BLASCO JOVER, C., «La adecuación del derecho de opción en caso de despido improcedente a las normas supranacionales y constitucionales: apuntes para una reforma», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 466, 2022, pp. 23-50.

de las conductas antisindicales [arts. 12 a 15 LOLS, sin olvidar su reflejo en los arts. 4.2.c) y 17 ET]. Además, la entrada en juego del derecho de libertad sindical supone también la posibilidad de acceso al proceso jurisdiccional especial, preferente y sumario, de tutela de derechos fundamentales y, en su caso, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE; arts. 13 a 15 LOLS; arts. 177 a 184 LRJS), lo que entronca con alguna referencia de la Recomendación núm. 143 OIT a un posible procedimiento especial de recurso para los representantes de los trabajadores que hayan sufrido un despido u otra clase de perjuicio [III.6.c)]. En este marco, rige además, tras la presentación por la parte demandante de indicios de vulneración de un derecho fundamental, la traslación a la parte demandada de la carga de la prueba sobre la justificación objetiva y razonable de su actuación (en particular, art. 181.2 LRJS), lo que en buena medida conecta con la Recomendación núm. 143, cuando habla de «imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado [III.6.2.e)]. De hecho, la hoy muy consolidada doctrina constitucional sobre traslación de la carga de la prueba a la parte demandada en los procesos sobre vulneración de libertad sindical u otros derechos fundamentales tiene su punto de arranque en la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1981, que se inspira precisamente en el Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143 de la OIT²⁴.

En cualquier caso, sin perjuicio de la importancia de las anteriores previsiones legales en la materia, el fortalecimiento, o empoderamiento si se quiere, de los representantes sindicalizados frente a los obstáculos, discriminaciones o las represalias en contra de sus actividades, ya vengan del empleador o de otros sujetos, emana en buena medida de los efectos que directamente despliega el derecho de libertad sindical desde su misma proclamación en el artículo 28.1 CE, y de su interpretación en un sentido muy amplio por la jurisprudencia constitucional y ordinaria. De entre los varios contenidos del poliédrico derecho fundamental de libertad sindical, desde el punto de vista aquí adoptado y de acuerdo con la mencionada jurisprudencia, interesa destacar la denominada «garantía de indemnidad sindical». Es decir, «el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa»²⁵, corolario de la vertiente

²⁴ Sentencia TC 38/1981, F. J. 3, 4 y 6.

²⁵ Sentencia TC 214/2001, F. J. 4. *Vid.* También, entre otras, Sentencias TC 197/1990, F. J. 3; 87/1998, F. J. 3; 191/1998, F. J. 4; 201/1999, F. J. 4; 30/2000, F. J. 2; 265/2000, F. J. 5; 44/2001, F. J. 3; 173/2001, F. J. 5; 185/2003, F. J. 6; 188/2004, F. J. 4; 198/2004, F. J. 5; y 17/2005, F. J. 2.

individual de la libertad sindical del artículo 28.1 CE que «veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes en relación con el resto de los trabajadores»²⁶.

Sobre esa garantía de indemnidad sindical existe una muy abundante jurisprudencia, constitucional y ordinaria, en cuya elaboración se combina la apelación al propio artículo 28.1 CE con la invocación de los Convenios núm. 87 y núm. 98 de la OIT sobre libertad sindical, así como, específicamente, del núm. 135 aquí estudiado²⁷. A través de ella, se ha elevado el estatuto reforzado de protección para los representantes, llevándolo bastante más allá de la tutela frente a las típicas y más groseras discriminaciones y represalias empresariales, especialmente en el ámbito de sus derechos de promoción económica y profesional. Ello está plenamente en línea con la Recomendación núm. 143 de la OIT, cuando señala que los representantes deberán «conservar o recuperar» tras la finalización de su mandato «todos sus derechos, incluidos los relativos a la naturaleza de su empleo, su salario y su antigüedad en el servicio» (III.8). Así, la «garantía de indemnidad sindical», en su vertiente denominada «indemnidad retributiva», resulta oponible frente a cualquier menoscabo económico que pudiera ser disuasorio del ejercicio de la función representativa²⁸. Con ella se veda la privación a los representantes del abono de conceptos retributivos y otras compensaciones dinerarias a que pudieran tener derecho los trabajadores de su misma clase no sólo cuando constituyan propiamente una discriminación o represalia, sino también cuando simplemente operen como consecuencia perjudicial con efecto de desaliento o desincentivo en cuanto al desempeño de cargos o actividades de representación²⁹.

Esta doctrina ha tenido una aplicación paradigmática e ilustrativa precisamente a propósito del disfrute de las garantías legales de los representantes, y más concretamente en relación con el «crédito de horas mensuales retribuidas» para el ejercicio de funciones de representación [art. 68.e) ET], del que pueden disfrutar tanto los miembros de comités de empresa o delegados de personal como los delegados sindicales (por remisión del art. 10.3 LOLS). Tratándose de horas «retribuidas», pero en las que no se produce ocupación ni desempeño efectivo del puesto de trabajo asignado, ha resultado problemático

²⁶ Sentencia TC 214/2001, F. J. 4. También, entre otras, Sentencias TC 197/1990, F. J. 3; 87/1998, F. J. 3; 191/1998, F. J. 4; 201/1999, F. J. 4; 30/2000, F. J. 2; 265/2000, F. J. 5; 44/2001, F. J. 3; 173/2001, F. J. 5; y 185/2003, F. J. 6. ÁLVAREZ ALONSO, D., «¿Garantía o garantías de indemnidad? Los diversos cauces de tutela del trabajador frente a represalias del empresario», cit., pp. 33-47.

²⁷ Entre otras, Sentencias TC 95/1996, 191/1998, 70/2000, 92/2005, 326/2005, 336/2005, 144/2006 y 183/2007.

²⁸ Sentencias TC 191/1998, 30/2000, 173/2001, 92/2005, 241/2005, 326/2005, 151/2006 y 200/2007.

²⁹ Sentencias TC 95/1996 y 326/2005.

determinar si la retribución correspondiente debe incluir o no ciertos conceptos específicos vinculados a las características de dicho puesto, a las circunstancias de realización de la actividad laboral o a la compensación de ciertos gastos. Inicialmente, se excluyeron de la retribución de las horas para el ejercicio de funciones de representación los complementos ligados a la compensación de gastos, como el plus de transporte³⁰, y también los pagos extrasalariales, como las dietas de manutención³¹. Sin embargo, esta línea de jurisprudencia ha sido modulada posteriormente, a la luz de la mencionada jurisprudencia constitucional sobre «garantía de indemnidad sindical» e «indemnidad retributiva» de los representantes, conforme a la que «el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical»³². De acuerdo con ello, el liberado sindical tiene derecho a mantener su retribución de origen, sin perjuicio alguno³³. De este modo, ha pasado a considerarse ilícita la denegación al representante de los complementos a que hubiera tenido derecho en caso de realización efectiva del trabajo, «por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales, lo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta dicho menoscabo, sino que se proyecta asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos»³⁴. Siguiendo esta orientación, el Tribunal Supremo ha declarado que la retribución correspondiente al crédito horario no puede excluir complementos de productividad que se abonan de ordinario y suponen un componente importante de la remuneración habitual de los trabajadores en activo³⁵. Asimismo, en relación con los complementos por transporte y desplazamientos, de acuerdo con la doctrina revisada, se considera que no pueden excluirse en el pago de las horas retribuidas para funciones de representación, siendo «irrelevante que exista o no el desplazamiento real a la empresa»³⁶.

³⁰ Sentencias TS 20 mayo 1992, r. 1634/1991, 9 de mayo de 2001, r. 1855/2000, y 912/2020, de 14 octubre.

³¹ Sentencia TS 2 octubre 2007, r. 3627/2006.

³² Entre otras, Sentencias TC 191/1998, 92/2005 y 326/2005. BARREIRO GONZÁLEZ, G. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., «El crédito de horas de los representantes de los trabajadores en la doctrina del Tribunal Supremo», en AAVV, *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Tecnos, 2015, pp. 770-772.

³³ Sentencia TC 326/2005.

³⁴ Sentencias TC 191/1998, 30/2000, 173/2001, 92/2005, 241/2005, 326/2005, 151/2006 y 200/2007.

³⁵ Sentencia TS 25 febrero 2008, r. 1304/2007.

³⁶ Sentencia TS 18 mayo 2010, r. 733/2009, y 912/2020 de 14 octubre.

Conectan también con la conservación o recuperación de derechos laborales por parte de los representantes de la que trata la Recomendación núm. 143 (III.8) otras regulaciones explicitadas en el texto de la ley, y que seguramente han de contemplarse a la luz de la doctrina que se acaba de comentar. La primera es la ya antes aludida prohibición de discriminación del representante en su promoción económica y profesional [art. 68.c) ET]. En segundo lugar, hay que tener en cuenta las regulaciones de permisos y excedencias por causa sindical (art. 46.4 ET y art. 9 LOLS), con reserva del puesto de trabajo y cómputo de antigüedad mientras dure el ejercicio del cargo representativo, tal y como recomienda el texto de la OIT. Con estas previsiones se da cumplimiento a este instrumento internacional cuando insta a la legislación nacional a determinar si se aplican este tipo de garantías también los trabajadores que «hayan ejercido sus funciones de representación principalmente fuera de su empresa», lo que la citada normativa española afirma en cuanto a los extremos mencionados para quienes desempeñen cargos electivos u otras funciones sindicales de ámbito provincial o superior.

En cuanto al ámbito personal al que ha de alcanzar la protección de los representantes, es de gran importancia lo que detalla la Recomendación núm. 143 en su apartado III.7, donde se señala que aquella «debería asimismo aplicarse a los trabajadores que son candidatos, o que han sido presentados como candidatos, mediante los procedimientos apropiados existentes, a la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores», e, igualmente «podría también otorgarse a los trabajadores que han cesado en sus funciones de representantes de los trabajadores». La literalidad de nuestra legislación no se ha mostrado especialmente atenta a esta cuestión, y aunque sí prolonga en cierta medida la protección al periodo posterior a la finalización del mandato, lo hace de un modo un tanto criticable, como se ha visto. Sin embargo, la jurisprudencia ha subsanado en parte estas deficiencias. De un lado, con la ya comentada doctrina que refuerza la intensidad y alcance temporal de la protección. De otro lado, con claro influjo de los instrumentos de la OIT aquí comentados, mediante una interpretación extensiva de las garantías legales de los representantes para aplicarlas no sólo a los que efectivamente ejercen como tales, sino también a las personas candidatas o incluso, en algún caso, a quienes figuran como suplentes de las candidaturas en los correspondientes procesos electorales³⁷.

Así, en cuanto a las garantías de prohibición de despidos y discriminaciones en la promoción económica y profesional, aunque el artículo 68 ET las refie-

³⁷ Hito primordial en este sentido es la Sentencia TC 38/1981.

re exclusivamente a los miembros del comité de empresa y a los delegados de personal, la jurisprudencia constitucional las ha extendido en efecto a los candidatos que se presentaran a los correspondientes procesos electorales, de conformidad con la interpretación del Convenio núm. 135 de la OIT a partir de la Recomendación núm. 143, y también conforme a lo establecido en el Convenio núm. 158 de la OIT (art. 5)³⁸. En esa misma línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que la garantía del expediente contradictorio previo a la imposición de sanciones alcanza a los representantes elegidos durante su mandato y durante el año siguiente a la expiración de éste³⁹, y también a los representantes electos antes de tomar posesión de sus cargos, e incluso a los candidatos proclamados para la elección en tanto dure el proceso electoral⁴⁰, si bien en algún caso se ha negado esta aplicación extensiva al suplente de una candidatura⁴¹.

A propósito del derecho de opción entre readmisión o extinción indemnizada en caso de despido improcedente (art. 56.4 ET)⁴², se ha entendido aplicable no sólo durante el mandato del representante, sino también en el año posterior al cese⁴³. Los efectos de esta regulación se extienden incluso al momento posterior al cese como representante, justamente en aplicación del Convenio núm. 135 de la OIT, para dar efecto útil a las previsiones en esta materia⁴⁴. Se extiende a los candidatos durante el proceso electoral⁴⁵, pero no a trabajadores despedidos antes de la presentación de candidaturas, sin que la empresa tuviera conocimiento alguno de su intención de presentarse⁴⁶. No obstante, sí se aplica a una candidatura electoral no presentada formalmente antes del despido, siempre que el proceso electoral esté ya iniciado, la empresa conozca la condición de candidato del afectado y haya resultado elegido tras el

³⁸ Sentencias TC 38/1981 y 55/1983.

³⁹ Sobre el tema, desde una posición crítica opuesta al criterio jurisprudencial de extender la garantía al año posterior al cese como representante, FERNÁNDEZ ARTIACH, P., «Alcance temporal de la garantía formal de expediente contradictorio de los representantes unitarios», *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1998, pp. 22-27. En esa misma línea parece situarse la Sentencia TS de 14 febrero 1997, r. 1422/1996, pero las consideraciones sobre este tema aparecen a mero título de *obiter dicta*, sin que se entre en el fondo del asunto por falta del presupuesto de contradicción.

⁴⁰ Sentencias TS 25 octubre 1990, 20 noviembre 1990, y 18 febrero 1997, r. 1868/1996.

⁴¹ Sentencia TS 15 marzo 1993, r. 2788/1991. SEMPERE NAVARRO, A. V., «Las garantías de los miembros del comité de empresa», cit., p. 1319.

⁴² SEMPERE NAVARRO, A. V., «Las garantías de los miembros del comité de empresa», cit., pp. 1330-1331; GARCÍA MURCIA, J., «Las garantías de los representantes de los trabajadores frente al despido: el tránsito hacia la unificación de doctrina», cit., pp. 788-790.

⁴³ Sentencias TS 20 marzo 1997, r. 4206/1996, 19 mayo 2009, r. 180/2008, 19/2018 de 22 febrero, y 411/2018 de 17 abril. GORELLI HERNÁNDEZ, J., «El derecho de opción en caso de despidos improcedentes de exdelegados sindicales», *Temas laborales*, núm. 69, 2003, pp. 35-55.

⁴⁴ Sentencias TS 411/2018 de 17 abril y 229/2022 de 15 marzo.

⁴⁵ Sentencia TS 2 diciembre 2005, r. 6380/2003.

⁴⁶ Sentencias TS 20 junio 2000, r. 3407/1999, y 19/2018 de 22 febrero.

cese⁴⁷. También se ha aplicado a la suplente que posteriormente accede al puesto, con independencia del conocimiento por terceros, con cita expresa del Convenio núm. 135 entre los fundamentos de esta decisión⁴⁸. En cuanto al delegado sindical, se mantiene el derecho de opción tras su destitución por el sindicato, que no se considera equiparable a la revocación o dimisión del representante unitario⁴⁹. A partir del influjo interpretativo del Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143, el derecho de opción se ha extendido no sólo a los miembros de la representación unitaria o sindical en la empresa, sino también a otras clases de representantes de los trabajadores, por ejemplo, los representantes del personal en los órganos rectores de la entidad empleadora⁵⁰. En lo relativo a la prioridad de permanencia en los casos de suspensiones, extinciones de contratos y otras medidas de reestructuración [art. 68.b) ET]⁵¹, se ha interpretado que se aplica a los elegidos como representantes después de la adopción de la medida, pero antes de su ejecución⁵².

3. FACILIDADES PARA EL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES DE LOS REPRESENTANTES

«Los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones», según disponen el Convenio n. 135 (art. 2.1) y la Recomendación n. 143 de la OIT (IV.9.1). Se añade que «a este respecto deberán tenerse en cuenta las características del sistema de relaciones obrero-patronales del país y las necesidades, importancia y posibilidades de la empresa interesada» (Convenio n. 135, art. 2.2; Recomendación n. 143, IV.9.2), lo que seguramente ha de leerse desde una triple perspectiva: de idoneidad objetiva, de consideración del punto de vista de la empresa y sus características o posibilidades, y de adecuación desde la óptica de los representantes para el adecuado desenvolvimiento de sus tareas en el entorno de referencia. Finalmente, se concluye con una precisión o modulación, en el sentido de que «la concesión de dichas facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la empresa interesada» (Convenio n. 135, art. 2.3; Recomendación núm. 143, IV.9.3).

⁴⁷ Sentencia TS 28 diciembre 2010, r. 1596/2010.

⁴⁸ Sentencia TS 229/2022 de 15 marzo.

⁴⁹ Sentencia TC 229/2002. Sentencia TS 28 abril 2003, r. 4473/1997.

⁵⁰ Sentencia TS 15 mayo 1990.

⁵¹ SEMPERE NAVARRO, A. V., «Las garantías de los miembros del comité de empresa», cit., pp. 1325-1328; GARCÍA MURCIA, J., «Las garantías de los representantes de los trabajadores frente al despido: el tránsito hacia la unificación de doctrina», cit., pp. 795-797.

⁵² Sentencia TS 30 octubre 1989.

No debe restarse un ápice de trascendencia a estas previsiones, pues es indudablemente muy importante que con ellas se introducen obligaciones para los empleadores no ya de «no hacer» (como son las de abstenerse de represalias o perjuicios para los representantes de los trabajadores), sino también de hacer, en sentido positivo, poniendo medios materiales -cuyo coste está llamada a asumir la empresa- para facilitar ese desenvolvimiento «rápido y eficaz» de las funciones de representación. Es de valorar la incorporación de esta clase de exigencias en los estándares internacionales, lo que seguramente no fue nada fácil, y las dota de una fuerza y proyección extremadamente relevantes en la práctica cotidiana de la acción colectiva en el interior de los lugares de trabajo⁵³. Ahora bien, ello no obsta que se pueda hacer alguna crítica, más que por lo que estos instrumentos contienen, por aquello que les falta.

En este sentido, es llamativo en primer lugar que se regulen las facilidades materiales para el ejercicio de las funciones de representación sin incorporar ninguna referencia a cuáles son o en qué consisten las competencias o funciones de los representantes a cuyo contenido sirven dichos medios instrumentales. Tal vez hubiera sido de esperar que los instrumentos de la OIT incluyesen, por lo menos, alguna referencia a los derechos de información y consulta de los representantes, las materias sobre las que podrían establecerse aquellos o el modo en que deberían desenvolverse, pero nada de esto aparece en el Convenio núm. 135, y es muy poco también lo que al respecto dice la Recomendación núm. 143. Cierto es que esta omisión se explica en cierta medida por el propósito de respetar la idiosincrasia propia de los variados sistemas de relaciones laborales nacionales, sin prejuzgar los distintos modelos existentes, y ofreciendo un marco abierto aplicable con independencia de que la práctica de cada estado se oriente más hacia la representación sindical, hacia la representación electiva o hacia una combinación de ambas. Ahora bien, aun desde esas premisas de respeto a las prácticas nacionales, hubiera sido posible establecer algunas pautas sobre esas cuestiones, como hace por ejemplo en el ámbito que le es propio el derecho de la UE, señaladamente en la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea⁵⁴.

⁵³ Destacando la relevancia de la consolidación de estas previsiones en los textos internacionales de la OIT, VALTICOS, N., *Derecho Internacional del Trabajo*, cit., pp. 252-253.

⁵⁴ Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, DO L 080, de 23/3/2002.

Por otra parte, en el terreno propio de las facilidades, como se ha dicho ya, el Convenio núm. 135 se limita a consignar las previsiones generales que se han transcrito, pero no entra en la regulación detallada sobre qué facilidades son esas que se requieren para el desempeño rápido y eficaz de las funciones de representación. El Convenio deja así un amplio margen de decisión en la concreción de tales aspectos por parte de «la legislación nacional, los contratos colectivos, o en cualquier otra forma compatible con la práctica nacional» (art. 6; también, Recomendación núm. 143, I). Es entonces la Recomendación núm. 143 la que, aun partiendo de esa remisión al ordenamiento y la práctica nacional, procede a precisar orientaciones sobre las concretas facilidades que deberían otorgarse a los representantes, agregando como contenido adicional o suplementario directrices que no llegaron a gozar de consenso para incorporarse al Convenio, y que se recogen en ella con la naturaleza y función que es propia de este otro tipo de instrumento de la OIT.

Las orientaciones sobre las «facilidades que habrán de otorgarse a los representantes de los trabajadores» contenidas en la Recomendación núm. 143 de la OIT se cifran en varias indicaciones de contenido bastante específico y una de carácter más general. Esta última, sin excesiva precisión, establece que la empresa debería poner a disposición de los representantes de los trabajadores, en las condiciones y en la medida que podrán determinarse mediante la legislación nacional, los contratos colectivos o en cualquier otra forma compatible con la práctica nacional, las facilidades materiales y la información que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones (IV.16). Este estándar internacional, no demasiado detallado, seguramente se cumple en nuestro ordenamiento a través de las facilidades concedidas a los representantes por el Estatuto de los Trabajadores [arts. 68.d) y e), 77, 78, 79, 80 y 81 ET], y a las secciones sindicales por la Ley Orgánica de Libertad Sindical (art. 8 LOLS), que incluyen las relativas a locales y tableros de anuncios, así como otras que se mencionarán más adelante. En lo relativo a la obtención de información por los representantes, la regulación española de los derechos de información y consulta y las competencias de la representación unitaria (principalmente, art. 64 ET) y de los derechos de los delegados sindicales (art. 10.3 LOLS) parece satisfacer sobradamente lo requerido en este punto. En cuanto a las previsiones con contenidos más pormenorizados, se dedican a su comentario los apartados siguientes, ordenados según ejes temáticos.

4. TIEMPO DISPONIBLE PARA FUNCIONES DE REPRESENTACIÓN

De entre las facilidades de los representantes mencionadas explícitamente en la Recomendación núm. 143 de la OIT, la que figura en primer lugar, reflejando la importancia que se le atribuye, es la relativa al tiempo disponible para el desempeño de las funciones de representación. Se indica, como pauta básica o punto de partida, que «los representantes de los trabajadores en la empresa deberían disfrutar, sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales, del tiempo libre necesario para desempeñar las tareas de representación en la empresa» (IV.10.1). Tal objetivo puede cumplirse por distintas vías, si bien, para el caso de ausencia de otras disposiciones adecuadas, se alude a un permiso autorizado por la dirección o los supervisores del trabajador, que no podrá ser negado sin motivo justo (IV.10.2). Se matiza también que «podrían fijarse límites razonables» sobre esa disponibilidad de tiempo libre que se conceda a los representantes de los trabajadores (IV.10.3).

En el ordenamiento español, esa provisión de tiempo libre para funciones representativas viene a ser atendida por regulaciones distintas, aunque interconectadas. Nuestra legislación contempla permisos remunerados para «realizar funciones sindicales o de representación del personal» [art. 37.3.e) ET] y un crédito de horas mensuales retribuidas disponibles para el ejercicio de la labor representativa [art. 68.e) ET], en número variable según las dimensiones del centro de trabajo o número de trabajadores, ampliable por los convenios colectivos, y a disposición tanto de los delegados de personal y los miembros de comités de empresa como de los delegados sindicales (art. 10.3 LOLS). Se admite además la acumulación de las horas de distintos representantes en alguno o alguno de ellos, pudiendo quedar relevado o relevados del trabajo, sin perjuicio de la remuneración, dando así lugar a la figura del denominado «liberado». En sintonía plena con la Recomendación de la OIT, se trata de tiempo utilizable para los cometidos representativos sin pérdida de remuneración u otras ventajas sociales. Esta idea ha sido reforzada además en aplicación de la antes citada doctrina de la «indemnidad retributiva», que garantiza la percepción de la remuneración íntegra que corresponda al trabajador, impidiendo la exclusión de ciertos complementos o compensaciones económicas (complemento de destino, plus de transporte, desplazamientos, etc.) que tendían a negarse a los representantes en los periodos no trabajados por dedicación a la representación, y especialmente a los «liberados», con apoyo en la vinculación de aquellos al desempeño efectivo del trabajo⁵⁵. Precisamente en aplicación

⁵⁵ Sentencia TS 912/2020 de 14 octubre.

del Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143, la garantía del crédito horario se ha extendido también a los delegados de prevención que no ostentan la condición de representantes legales de los trabajadores, subrayando la jurisprudencia que aquellos instrumentos internacionales proyectan su protección sobre todas las clases de representantes de los trabajadores, sin distinción⁵⁶.

Además, los representantes sindicales que participen en las comisiones negociadoras de convenios colectivos manteniendo su vinculación como trabajador en activo en alguna empresa «tendrán derecho a la concesión de los permisos retribuidos que sean necesarios para el adecuado ejercicio de su labor como negociadores, siempre que la empresa esté afectada por la negociación» (art. 9.2 LOLS). Estos otros permisos retribuidos específicos pueden aplicarse a cualesquiera trabajadores que participen en las comisiones negociadoras, incluyendo a los que ostenten la condición de representantes unitarios, siendo para ellos un derecho independiente que no implica descuento sobre su crédito de horas general. En efecto, la jurisprudencia ha precisado que las horas invertidas por los representantes electos en la negociación colectiva de empresa no se imputan al crédito horario del artículo 68.e) del Estatuto de los trabajadores, de manera que la dedicación a esta actividad no merma el tiempo disponible para otras funciones⁵⁷. Por otra parte, para el desempeño de cargos sindicales en el ámbito supraempresarial, se establecen también un derecho a «los permisos no retribuidos necesarios» [art. 9.1.a) LOLS] y las antes aludidas excedencias por ejercicio de cargos representativos en el sindicato [art. 46.4 ET y art. 9.1.b) LOLS]. En este caso se trata sin embargo de tiempo disponible, pero no remunerado, si bien si se dan otros efectos de conservación del empleo y otros derechos laborales aludidos por la Recomendación núm. 143 de la OIT, como antes se ha comentado.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que todo este elenco de derechos de tiempo para funciones de representación puede ser acrecido o mejorado por los convenios colectivos, los acuerdos de empresa o incluso las decisiones unilaterales del empleador, y que así sucede con cierta frecuencia en la práctica. Así, en definitiva, aunque con rasgos propios, el descrito marco normativo español sobre tiempo para funciones sindicales o representativas parece acoger suficientemente las orientaciones de la OIT en la materia, en las que seguramente se inspira en alguna medida, y cuyo estándar mínimo queda cumplido probablemente con cierta holgura, o incluso podría verse ampliamente

⁵⁶ Sentencia TS 956/2016 de 16 noviembre.

⁵⁷ Sentencia TS 23 diciembre 2005, r. 831/2005. SOLÀ MONELLS, X., «Crédito horario específico de los representantes unitarios para la negociación colectiva: comentario a la STS de 23 de diciembre de 2005 (Rso. núm. 832/2005)», *Iuslabor*, núm. 1, 2007, formato electrónico.

rebasado en la práctica nacional, si se atiende a los usos y los contenidos de los convenios en un buen número de sectores y empresas.

La Recomendación núm. 143 precisa también que «a fin de que los representantes de los trabajadores puedan desempeñar eficazmente sus funciones», deberían disfrutar del tiempo libre necesario no sólo para el desempeño de labores que respondan *stricto sensu* a la idea de representación de los trabajadores en cuyo nombre actúan, sino también para «asistir a reuniones, cursos de formación, seminarios, congresos y conferencias sindicales» (IV.11.1). Este tiempo debería otorgarse también «sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales», aunque en este caso el coste no necesariamente tendría que asumirlo la empresa, sino que se admiten tanto esa como otras posibles opciones (IV.11.2). No hay duda de que, en el sistema español, los permisos y el crédito horario para actividades sindicales y representativas pueden dedicarse también a la participación en reuniones, encuentros y acciones formativas de muy diverso tipo, más allá del desempeño de la labor de representación en sentido estricto. A veces con invocación del Convenio núm. 135 y de la Recomendación núm. 143 de la OIT, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha posicionado a favor de un alto grado de autonomía de los representantes en cuanto a su manera de disponer del crédito de horas, poniendo coto a prácticas empresariales o pactos colectivos que pudieran constreñirla en exceso⁵⁸. Ya desde hace tiempo, se ha entendido que la utilización de estas horas debe ser contemplada con criterio amplio y flexible⁵⁹. En este sentido, se llega a afirmar lo siguiente: «la complicación de la vida moderna y la variedad y diversidad de actividades implicadas en la función representativa lleva a los delegados de personal a tener que realizar no sólo en lugares múltiples sus tareas, sino también en tiempos y ocasiones varias, privándoles si estos tiempos y ocasiones no coinciden con horas de trabajo, de dedicación familiar y personal que es legítimo sean compensadas en parte, haciendo uso del crédito de horas, que les concedió el artículo 68.e), pues éste es para el ejercicio de sus funciones, pero no para ejercerlas con un horario, que pueda controlar el empresario»⁶⁰.

Como corolario de lo anterior, y nuevamente con frecuente cita de los instrumentos de la OIT, la doctrina del Tribunal Supremo ha restringido las posibilidades de que el empresario supervise la utilización del crédito horario por el representante y, en su caso, le imponga alguna sanción disciplinaria por

⁵⁸ GARCÍA MURCIA, J., «Las garantías de los representantes de los trabajadores frente al despido: el tránsito hacia la unificación de doctrina», cit., pp. 791-794.

⁵⁹ Sentencia TS 2 octubre 1989.

⁶⁰ Sentencias TS 2 noviembre 1989, y 21 septiembre 1990, r. 157/90.

su uso irregular o abusivo⁶¹. Expresamente se ha señalado que las facultades empresariales en este sentido han de interpretarse restrictivamente⁶². Además, se ha subrayado que no puede someterse a «vigilancia especial» o «vigilancia singular» la actividad del representante en uso de su crédito de horas⁶³. En lo relativo al buen o mal uso de dichas horas por el representante, se ha establecido una «presunción de probidad» o de utilización legítima, solo destruible mediante prueba fehaciente en contrario que acredite de modo indubitado el empleo de ese tiempo en cuestiones ajenas a las funciones representativas⁶⁴. Es más, conductas de esta clase meramente ocasionales no justifican la reacción disciplinaria de la empresa, puesto que la jurisprudencia sólo considera sancionable el uso irregular manifiesto, en provecho propio o para actividades abiertamente contrarias al buen desarrollo de la acción representativa, y que sea, adicionalmente, reiterado en el tiempo⁶⁵. No obstante, ello hace muy difícil, aunque no imposible, que el representante sea objeto de sanción disciplinaria, incluso de despido, por el uso inadecuado del crédito horario⁶⁶.

5. LIBRE ENTRADA EN LOS LUGARES DE TRABAJO Y RECAUDACIÓN DE CUOTAS SINDICALES

«Los representantes de los trabajadores en la empresa deberían ser autorizados a entrar en todos los lugares de trabajo en la empresa, cuando ello fuera necesario, para permitirles desempeñar sus funciones de representación», según se afirma en la Recomendación núm. 143 de la OIT (IV.12). Referida a los representantes en la empresa, la necesidad de esta facilidad resulta obvia, aunque no por ello su expresa mención es superflua, dadas las resistencias y

⁶¹ SEMPERE NAVARRO, A. V., «Las garantías de los miembros del comité de empresa», cit., pp. 1337-1338; GARCÍA MURCIA, J., «Las garantías de los representantes de los trabajadores frente al despido: el tránsito hacia la unificación de doctrina», cit., pp. 791-794.

⁶² Sentencia TS 21 enero 1991, r. 3592/89.

⁶³ Sentencias TS 29 septiembre 1989; 6 junio 1990, y 15 octubre 2014, r. 1654/2013. Expresando ciertas reservas sobre tan contundente formulación, GARCÍA MURCIA, J., «Las garantías de los representantes de los trabajadores frente al despido: el tránsito hacia la unificación de doctrina», cit., pp. 792-794.

⁶⁴ Sentencias TS 13 junio 1990; 14 junio 1990; 28 junio 1990; 12 febrero 1990; 13 mayo 1990; 21 septiembre 1990; 21 enero 1991, r. 3592/89, y 15 octubre 2014, r. 1654/2013. SÁEZ LARA, C., «Control y sanción por el empresario del uso abusivo del crédito horario sindical (a propósito de las sentencias del TS de 13 y 14 de junio de 1990)», *Relaciones Laborales*, núm. 23, 1990, pp. 25-33.

⁶⁵ Sentencias TS 2 noviembre 1989; 27 noviembre 1989; 5 diciembre 1989; 21 enero 1991, r. 3592/89, y 15 octubre 2014, r. 1654/2013.

⁶⁶ Así lo acredita una sentencia en que se valida la decisión empresarial en tal sentido, e incluso el recurso a un detective privado como medio para probar los incumplimientos, lo que, atendidas las circunstancias del caso, no se considera contrario a la doctrina que proscribía el sometimiento del representante a vigilancia singular. Véase Sentencia TS 13 marzo 2012, r. 1498/2011.

conflictos que en torno a esta cuestión se han venido planteando históricamente. Las reticencias empresariales han sido mayores aún cuando de lo que se trata es del acceso a los lugares de trabajo de representantes del sindicato que desempeñan cargos sindicales en el ámbito supraempresarial (de carácter sectorial o interprofesional), pero que no son trabajadores de la empresa o centro de trabajo que se pretende visitar. Es en cierto modo «clásico» el conflicto derivado de la negativa empresarial al ingreso en las instalaciones de estos representantes sindicales que la empresa considera personas ajenas a ella, como magistralmente ilustra la película *Norma Rae*⁶⁷. Por consiguiente, no sorprende, y es de suma importancia, lo establecido en la Recomendación núm. 143 al respecto: «los representantes sindicales que no trabajen en la empresa, pero cuyo sindicato tenga afiliados empleados en ella, deberían ser autorizados a entrar en la empresa», sin perjuicio de que la determinación de las condiciones para dicha entrada en la empresa pueda ser objeto de ajustes mediante la legislación nacional, los convenios colectivos u otras prácticas nacionales (IV.17).

En el ordenamiento español, no se regula expresamente este derecho de acceso a los lugares de trabajo para los representantes unitarios, pero cabe darlo por supuesto o implícitamente reconocido a la luz de una interpretación sistemática de todo el marco normativo sobre la representación de los trabajadores (Tit. II ET), sus competencias (art. 64 ET), la celebración de asambleas y reuniones en la empresa (arts. 77 a 80 ET), y el uso de local y tablón en los mismos centros de trabajo (art. 81 ET). En realidad, no parecen haberse planteado situaciones particularmente conflictivas al respecto en la práctica, y, en caso de haberlas, no hay duda de que los jueces y tribunales responderían amparando el libre acceso de los representantes a los lugares de trabajo de los representados. En cuanto a los representantes sindicales, se reconoce a las secciones o agrupaciones de afiliados de cada sindicato en la empresa o centro de trabajo el derecho a celebrar reuniones en dichos lugares, eso sí, previa notificación al empresario, fuera de las horas laborables y sin perturbar la actividad normal de la empresa [art. 8.1.b) LOLS]. Además, si se cumplen ciertos requisitos, las secciones podrán llegar a tener derecho al uso de un tablón de anuncios o incluso a la utilización de un local [art. 8.2 LOLS]. Nótese que, tanto para la representación unitaria como para la sindical, la legislación española prevé, aunque en condiciones algo distintas, la puesta a disposición de tablón

⁶⁷ *Norma Rae*, película del año 1979 dirigida por Martin Ritt, ganadora de dos Premios Oscar, y que seguramente es la mejor representación en la gran pantalla sobre la temática abordada en el Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143 de la OIT, esto es, la de los derechos, garantías y facilidades de los representantes de los trabajadores para la actividad representativa y sindical en la empresa.

y local, facilidades también clásicas, que llamativamente la Recomendación núm. 143 no menciona expresamente.

Por otra parte, seguramente con inspiración en las indicaciones antes transcritas de la Recomendación núm. 143 (IV.17), la Ley Orgánica de Libertad Sindical prescribe con contundencia que quienes ostenten cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal, en las organizaciones sindicales más representativas, tendrán derecho a la «asistencia y el acceso a los centros de trabajo para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores, previa comunicación al empresario, y sin que el ejercicio de ese derecho pueda interrumpir el desarrollo normal del proceso productivo» [art. 9.1.c) LOLS]. Ello parece ajustarse a los estándares de la OIT, si bien podría cuestionarse la limitación del alcance de este derecho tan sólo a los cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal de los sindicatos más representativos. De todos modos, ello entra probablemente dentro del margen de apreciación de que gozan la legislación y las prácticas nacionales en este punto, y, además, la diferenciación entre sindicatos responde seguramente de manera proporcionada al criterio objetivo y legítimo de la representatividad.

La Recomendación núm. 143, también indica que «cuando no existan otros arreglos para la recaudación de las cuotas sindicales, se debería permitir que los representantes de los trabajadores, autorizados a ello por el sindicato, cobren periódicamente las cuotas sindicales en los locales de la empresa» (IV.14). Con más que probable influjo de esta previsión, nuestra normativa nacional contempla que las secciones sindicales puedan recaudar cuotas y distribuir información sindical en las instalaciones de la misma empresa, fuera de horas de trabajo y sin perturbar la normalidad de la actividad productiva [art. 8.1.b) LOLS]. A ello habría que añadir, en un terreno distinto, aunque también en relación con la financiación de la acción colectiva de los trabajadores, la regulación sobre el llamado canon de negociación colectiva (art. 11 LOLS).

6. DERECHOS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN DE LOS REPRESENTANTES

Son varias las cuestiones tratadas en la Recomendación núm. 143 de la OIT relacionadas con los derechos de información y expresión de los representantes, así como con las comunicaciones entre la empresa y los representantes y, a su vez, entre estos y sus representados o con los órganos de su sindicato. De entrada, ha de existir un flujo ágil de la comunicación, «sin dilación

indebida, con la dirección de la empresa y con los representantes de ésta autorizados para tomar decisiones, en la medida necesaria para el desempeño eficaz de sus funciones» (Recomendación núm. 143, IV.13). En la normativa española, ese intercambio fluido de información y pareceres entre los representantes y la empresa trata de garantizarse mediante la profusa ordenación jurídica de los derechos de información y consulta y demás competencias de la representación de los trabajadores (principalmente, art. 64 ET y, en lo que se refiere a los delegados sindicales, art. 10.3 LOLS).

Es reseñable en este campo la influencia también del Derecho de la UE, ámbito en el que la información y consulta de los trabajadores o sus representantes cuenta con reconocimiento en la Carta de Derechos Fundamentales (art. 27) y desarrollo ulterior en diversas directivas, fundamentalmente la Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, haciendo hincapié en la obligatoriedad de la transmisión de ciertas informaciones para la empresa y en que dicha información «se facilitará en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, de tal modo que, en particular, permita a los representantes de los trabajadores proceder a un examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta» (art. 4 de dicha Directiva y art. 64 ET)⁶⁸. Así lo ha subrayado también la jurisprudencia, que ha apelado a la Carta de Derechos Fundamentales y a la citada Directiva para reforzar las exigencias en torno al contenido, tiempo y modo de las obligaciones de información a los representantes⁶⁹. En esta línea, se señala que, para poder entender adecuadamente atendidos los derechos de información de los representantes, es preciso que los datos lleguen a conocimiento de sus destinatarios (en el caso, un delegado sindical) en toda su amplitud, y no simplemente que se exhiba un ingen-

⁶⁸ Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, DO L 080, de 23/03/2002, para cuya correcta transposición se aprobó la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. También hay que considerar en este campo las siguientes disposiciones de la UE: Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (versión refundida), DO L 122, 16/5/2009, objeto de transposición mediante Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria; Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, DO L 294, 10/11/2001, y Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, DO L 207, 18/8/2003.

⁶⁹ Sentencias TS 93/2019 de 6 febrero, y 148/2019 de 27 febrero.

te número de documentos para ser examinados en un tiempo limitado. En este sentido, se indica que el representante u órgano receptor debe disponer de tiempo suficiente para proceder al examen de la información con el necesario sosiego, e incluso para poder solicitar asesoramiento técnico respecto a aquellas cuestiones que, debido a su complejidad, así lo requieran⁷⁰.

En cuanto a las relaciones entre representantes y representados, el necesario presupuesto o punto de partida son las previsiones generales conforme a las que «deberían otorgarse en la empresa a los representantes de los trabajadores las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones». Para ello, resulta imprescindible que la empresa ponga «a disposición de los representantes de los trabajadores» tanto la propia información como las facilidades materiales necesarias para el ejercicio de las funciones de representación, incluidas las de comunicación tanto con el conjunto de los trabajadores como con el sindicato o con la propia empresa (Convenio núm. 135 OIT, art. 2.1; Recomendación núm. 143 OIT, IV.9 y 16). En todo caso, dando un paso más de concreción, la Recomendación núm. 143 (IV.15) contempla expresamente dos tipos de facilidades de comunicación, sin perjuicio de otras posibles: por un lado, «se debería autorizar a los representantes de los trabajadores que actúen en nombre de un sindicato a que coloquen avisos sindicales en los locales de la empresa en lugar o lugares fijados de acuerdo con la dirección y a los que los trabajadores tengan fácil acceso»; por otro, «la dirección debería permitir a los representantes de los trabajadores que actúen en nombre de un sindicato que distribuyan boletines, folletos, publicaciones y otros documentos del sindicato entre los trabajadores de la empresa». Eso sí, en cuanto al alcance y límites para el desenvolvimiento de esas actividades informativas, se precisa que «los avisos y documentos a que se hace referencia [...] deberían relacionarse con las actividades sindicales normales, y su colocación y distribución no deberían perjudicar el normal funcionamiento de la empresa ni el buen aspecto de los locales». Asimismo, se señala que los representantes electos deberían contar con «facilidades similares compatibles con sus funciones».

Esas orientaciones han encontrado reflejo en el diseño del modelo español de representación de los trabajadores en la empresa, a través de diversos preceptos de nuestra legislación. Cabe citar el reconocimiento a las secciones sindicales del derecho a recibir la información que remita el sindicato y distribuir información sindical, aunque esto último ha de hacerse «fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa» [art. 8.1.b) y c)

⁷⁰ Sentencia TS 93/2019 de 6 febrero.

LOLS], en línea con lo dicho en la Recomendación núm. 143. Aunque sólo para las secciones de los sindicatos más representativos y de los que hayan obtenido presencia en los órganos de representación unitaria, se reconoce también el derecho a disponer de «un tablón de anuncios que deberá situarse en el centro de trabajo y en lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores», que sirve a la «finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general» [art. 8.2. a) LOLS], sin olvidar que en algunos casos puede contarse incluso con la ya aludida utilización de un local para las actividades sindicales [art. 8.2. c) LOLS].

La jurisprudencia ha precisado los términos del derecho al uso del tablón de anuncios, que no necesariamente ha de ser uno propio de uso exclusivo y singular para cada sección sindical, sino que puede ser compartido, siendo legítimo establecer distintas condiciones al efecto entre unas y otras secciones en función de criterios de representatividad, u otros de carácter objetivo, siempre que no entrañen arbitrariedad o diferencias de trato injustificadas⁷¹. De otra parte, las referencias legales al tablón de anuncios han sido interpretadas en sentido literal estricto, como referidas al tablón físico, y no a un «tablón virtual», no siendo posible fundar en ellas el derecho de las representaciones colectivas a disponer de medios electrónicos de transmisión de información laboral o sindical, aunque, si tales medios preexisten en la empresa, ha de permitirse un uso ponderado de ellos con dicha finalidad, al amparo del derecho de libertad sindical⁷².

Puede advertirse aquí el hecho de que tanto los instrumentos de la OIT como la legislación española se han quedado ya algo anticuados en relación con las vías de información y comunicación a disposición de los representantes. Sólo se refieren a medios de difusión muy clásicos propios de los años 70 y 80 del siglo xx en que se aprobaron, como folletos u otras publicaciones en papel, los avisos colgados en la pared o el tablón de anuncios físico, ignorando otros posibles canales comunicativos ya entonces existentes (por ejemplo, mensajes orales en vivo, grabados o por radio) y, desde luego, careciendo de referencia alguna a las denominadas nuevas tecnologías –o ya no tan nuevas–

⁷¹ Sentencias TS 15 febrero 1995, r. 1408/1994; 25 septiembre 2000, r. 4487/1999, y 2 marzo 2016, r. 141/2014. GARCÍA MURCIA, J., «Representación sindical en la empresa y criterios de representatividad: un apunte de jurisprudencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 80, 1996, pp. 1049 ss.

⁷² En este sentido, Sentencia TS 26 noviembre 2001, r. 1142/2001, y Sentencia TC 281/2005, que anula la anterior, matizando y corrigiendo parcialmente su criterio. ALZAGA RUIZ, I., «El uso por parte de la representación sindical de los medios informáticos propiedad de la empresa (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, de 7 de noviembre)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 132, 2006, pp. 1047 ss.

de la información y las comunicaciones en la era digital (correo electrónico, mensajería instantánea, webs y blogs de internet, redes sociales, etc.). La falta de acompañamiento a los tiempos en este aspecto tan sólo ha sido parcialmente subsanada en nuestro ordenamiento por la jurisprudencia constitucional sobre el uso del correo electrónico corporativo con fines sindicales, luego seguida un tanto «a regañadientes» por la jurisprudencia ordinaria⁷³. Ahora bien, aun siendo esto último importante, no deja de ser en cierto modo un remedo que no oculta lo ostensible de la necesidad de actualización de las previsiones sobre facilidades de los representantes, tanto las internacionales como las nacionales, lo que se hace especialmente evidente a propósito de la cuestión ahora aludida.

En otro orden de cosas, si la sección sindical cuenta con delegados sindicales, han de tenerse en cuenta los derechos de estos relacionados con la información y la comunicación establecidos en el artículo 10.3 LOLS: «acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando obligados los delegados sindicales a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda»; «asistir a las reuniones de los comités de empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, con voz pero sin voto»; finalmente, «ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos».

Por otro lado, tal y como prevé la Recomendación núm. 143 de la OIT, nuestra legislación establece también facilidades instrumentales para la comunicación al servicio de la representación unitaria similares a las concedidas a las secciones sindicales, aunque no exactamente iguales, pues se reconoce igualmente el derecho a contar con local y tablón de anuncios, pero los términos y condiciones al efecto están pautados con reglas algo distintas según se trate de uno u otro canal de representación⁷⁴. En este sentido, «en las empresas o centros de trabajo, siempre que sus características lo permitan, se pondrá a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicar-

⁷³ Sentencia TC 281/2005. Sentencias TS 667/2016 de 14 julio, 723/2016 de 13 septiembre y 661/2017 de 24 julio.

⁷⁴ Sentencia TS 15 febrero 2012, r. 67/2011. ARGÜELLES BLANCO, A. R., «Derechos para la libre expresión y comunicación de los representantes unitarios: local y tablón de anuncios», *Actualidad Laboral*, núm. 22, 2000, pp. 367 ss.

se con los trabajadores, así como uno o varios tablones de anuncios». Se especifica además que «las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» (art. 81 ET).

En cualquier caso, todas las previsiones anteriores sirven para facilitar, reforzar y encauzar el ejercicio, como derechos nucleares de fondo, de las libertades de expresión e información de los representantes. Estos aparecen reconocidos en la ley a través fundamentalmente del artículo 68.d) ET, que confiere a los miembros de la representación unitaria (con aplicación extensiva a los delegados sindicales en virtud del artículo 10.3 LOLS) la facultad de «expresar, colegiadamente si se trata del comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa». De todos modos, estos derechos cuentan también con un soporte de mayor entidad y amplitud en los derechos fundamentales directamente reconocidos en la constitución: los derechos de libertad de expresión e información del artículo 20 CE, y las libertades de expresión e información sindical, conectadas a los anteriores, pero que se integran asimismo en el contenido esencial de la libertad sindical del artículo 28.1 CE.

En este campo, más allá de las previsiones en la letra de la ley, y precisamente a la luz de los citados derechos fundamentales, resulta muy relevante el papel de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁷⁵. El papel de la jurisprudencia ordinaria en esta materia ha sido quizá algo menor y un tanto ambivalente. Cabe citar al respecto una conocida sentencia del Tribunal Supremo que, con criterio bastante restrictivo, entendió no amparados por los derechos de expresión e información ciertos calificativos de algunos sindicalistas sobre la dirección y otras organizaciones sindicales que no se aprecian como justificados y relativizados por el contexto de conflicto laboral, sino como vejatorios y lesivos de la honorabilidad de los aludidos⁷⁶. No obstante, esa doctrina parece haber sido corregida o matizada en sentencias posteriores, acogiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este ámbito⁷⁷. De acuerdo con esta doctrina constitucional y supranacional, la libertad de expresión, incluida la de los representantes de los trabajadores, comprende el derecho a la crítica, incluso cuando esta pueda re-

⁷⁵ Entre otras, Sentencias TC 120/1983, 88/1985, 6/1988, 126/1990, 6/1995, 186/1996, 1/1998, 57/1999, 90/1999, 241/1999, 20/2002, 213/2002, 185/2003, 198/2004, 181/2006 y 203/2015.

⁷⁶ Sentencia TS 20 abril 2005, r. 6701/2003.

⁷⁷ Sentencias TS de 15 diciembre 2016, r. 287/2015, y 172/2017, de 28 febrero.

sultar desabrida o molesta, o inquietar o disgustar a aquellos contra quienes se dirige, encontrando su límite únicamente en el ultraje o la ofensa gratuita⁷⁸. Así, ya en línea con estos cánones interpretativos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado amparada por el derecho de libertad de expresión, por ejemplo, la difusión de mensajes mediante pancartas, octavillas y correos electrónicos donde se califican de «terrorismo empresarial» ciertas prácticas de la entidad empleadora, ya que, en su contexto de conflictividad laboral, ese grueso calificativo puede relativizarse y entenderse referido a esas actuaciones de la empresa que el sindicato pretende denunciar por ser constitutivas de tráfico ilegal de trabajadores⁷⁹.

En cualquier caso, como la propia Recomendación núm. 143 de la OIT señala, los derechos de libertad de expresión e información de los representantes pueden por supuesto estar sujetos a algunos límites y condiciones. Así, más allá de los límites generales de los derechos de libertad de expresión e información (art. 20.4 CE, incluyendo el respeto a los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen), nuestra legislación establece como condicionante específico, como contrapartida a los derechos de información a los representantes, el deber de sigilo regulado en el artículo 65.2 a 5 ET⁸⁰. Se trata de un tema potencialmente conflictivo, en el que nuevamente es crucial la labor de interpretación por parte de la jurisprudencia. Cabe señalar que el Tribunal Supremo ha matizado el alcance de este deber de sigilo, estableciendo que para que un documento sea confidencial no basta con que así lo señale la empresa, sino es necesario que objetivamente lo sea por acreditadas razones de fondo⁸¹, criterio que, de hecho, ha sido objeto de recepción legal posteriormente en el artículo 65.2 del Estatuto de los Trabajadores⁸². No obstante, es probablemente de mayor relevancia aún en este punto la doctrina del Tribunal Constitucio-

⁷⁸ Sentencias TC 6/1988, 105/1990, 190/1992, 204/1997, 192/1999, 6/2000 y 20/2002. Sentencias TEDH *Handyside contra Reino Unido*, núm. 5493/72, de 7 de diciembre de 1976; *Castells contra España*, núm. 11798/85, de 23 de abril de 1992, y *Fuentes Bobo contra España*, núm. 39293/98, de 29 de febrero de 2000.

⁷⁹ Sentencia TS 172/2017, de 28 febrero. MARTÍNEZ MORENO, C., «Puntos críticos en la jurisprudencia laboral y social del Tribunal Supremo», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.), *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia laboral y social*, Gobierno del Principado de Asturias. Consejería de Empleo, Industria y Turismo, 2018, pp. 51-52.

⁸⁰ BOZA PRO, G., *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 190 ss.; DURÉNDEZ SÁEZ, I., «Capacidad y sigilo profesional de los órganos de representación unitaria», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, tomo II, 2000, pp. 1271 ss.

⁸¹ Sentencia TS 13 diciembre 1989.

⁸² Artículo 65.2 ET: «Los miembros del comité de empresa y este en su conjunto, así como, en su caso, los expertos que les asistan, deberán observar el deber de sigilo con respecto a aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado».

nal, donde se señala que el deber de sigilo hay que entenderlo de modo ponderado, debiendo armonizarse tanto con los derechos fundamentales de libertad de información [art. 20.1.d) CE] y libertad sindical (art. 28.1 CE), como con el derecho-deber de los representantes de informar a sus representados. A ello hay que añadir que la atribución de confidencialidad a un documento requiere una explícita indicación de la empresa en tal sentido (art. 65.2 ET), y que no existe una presunción general de sigilo en relación con los documentos obtenidos al margen de su entrega oficial por la empresa sin de signo expreso sobre su carácter reservado⁸³.

7. RATIFICACIÓN, CUMPLIMIENTO E INFLUENCIA DE LOS INSTRUMENTOS DE LA OIT SOBRE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

El convenio de la OIT núm. 135 sobre los representantes de los trabajadores fue ratificado por España en el año 1972, mediante Instrumento de ratificación de 8 de noviembre de 1972 (BOE 4 de julio de 1974), depositado ante el Director General de la Oficina internacional del Trabajo en Ginebra el 21 de diciembre de dicho año. Es decir, que la ratificación se produjo en la etapa del tardofranquismo, antes del retorno de la democracia a nuestro país. Dicha temprana ratificación, aproximadamente un año después de la adopción del Convenio por la Conferencia General de la OIT, invirtiendo el orden lógico y cronológico, se adelantó llamativamente varios años a la de los Convenios núm. 87 y núm. 98 sobre libertad sindical, ratificados en 1977, y de los que el núm. 135 es en parte continuación o desarrollo. Ello se explica sin duda porque este presentaba menos complicaciones para el régimen político franquista que aquellos, más claramente antagónicos con la singular vertebración socio-jurídica de la dictadura y su organización sindical corporativa bajo control estatal⁸⁴. De este modo, fue curiosamente el Convenio núm. 135 el que actuó como pórtico de entrada para la penetración en nuestro sistema de la ordenación jurídica de los derechos y relaciones laborales de carácter colectivo con arreglo a los paradigmas de democracia y pluralismo. Aunque, obviamente, el proceso no quedaría concluido hasta que posteriormente se incorporó ya el «paquete» completo de la normativa de la OIT en la materia,

⁸³ Sentencia TC 213/2002.

⁸⁴ MATEOS, A., *La denuncia del sindicato vertical. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1939-1969)*, vol. II (1.ª parte), CES, 1997, pp. 33-177.

con la ratificación de los Convenios núm. 87 y núm. 98 como hito principal⁸⁵. Bajo el claro influjo de estos instrumentos de la OIT, se fue produciendo, primero, la aprobación de las normas sindicales y de relaciones laborales de la transición⁸⁶, y, finalmente, la plasmación definitiva de un modelo democrático y pluralista de organización colectiva de los trabajadores en la Constitución (arts. 7, 28, 37 y 129 CE), el Estatuto de los Trabajadores⁸⁷ y la Ley Orgánica de Libertad Sindical⁸⁸.

En este sentido, ha de reconocerse la trascendencia de los instrumentos supranacionales aquí estudiados en cuanto que, junto a sus «hermanos» los Convenios núm. 87 y núm. 98, actuaron como impulso y referencia decisivos para la implantación de nuestro modelo actual de relaciones laborales, ya totalmente adaptado a las exigencias democráticas y de plena libertad para la constitución de sindicatos y para el ejercicio de la acción colectiva⁸⁹. Además, ese influjo se ha proyectado también, en particular, sobre la configuración del sistema español de representación de los trabajadores en la empresa, diseñado a la vista de los estándares internacionales emanados de la OIT⁹⁰. Ciertamente, el papel al respecto del Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143 puede considerarse algo menor que el de los Convenios núm. 87 y núm. 98, indudablemente de mayor envergadura. No obstante, no puede olvidarse que todos ellos deben ser vistos como un acervo normativo en conjunto, con interrelaciones que no cabe obviar, y que, en el caso particular de España, como se ha dicho, el Convenio núm. 135 fue cronológicamente el primer eslabón de toda esa cadena.

⁸⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, p. 45.

⁸⁶ Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (BOE 21/4/1976); Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (BOE 9/3/1977), y Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical (BOE 4/4/1977).

⁸⁷ Cuya primera versión se adoptó mediante Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE 14/3/1980).

⁸⁸ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE 8/8/1985).

⁸⁹ Sobre el papel de los convenios de la OIT a este respecto, ARGÜELLES BLANCO, A. R., «Recepción en España y dificultades de aplicación de los Convenios Fundamentales de la OIT: en particular, sobre los convenios núm. 87 y núm. 98», *Documentación Laboral*, núm. 116, 2019, pp. 18-20.

⁹⁰ Para un análisis más completo del sistema de representación y participación de los trabajadores en la empresa y la jurisprudencia al respecto, permítase la remisión a ÁLVAREZ ALONSO, D., *Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 9-126. Circunscribiéndose principalmente al análisis de jurisprudencia, ÁLVAREZ ALONSO, D., «La representación y participación de los trabajadores en la empresa, a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 143, 2019, pp. 389-430. Para una exhaustiva exposición en torno al modelo español de representación de los trabajadores en la empresa, PALOMO VÉLEZ, R. I., *El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 39-745.

En cuanto al efectivo cumplimiento por España de las obligaciones asumidas en virtud de los instrumentos internacionales sobre representación de los trabajadores provenientes de la OIT, desde una perspectiva de conjunto, y teniendo en cuenta que nuestro marco normativo sobre el sistema de relaciones laborales se ha establecido con influjo y consideración de aquellas, seguramente puede afirmarse que el ordenamiento español se ajusta satisfactoriamente a tales exigencias, sin excesivos problemas ni incumplimientos graves. En lo que se refiere al Convenio núm. 135 sobre los representantes de los trabajadores, su contenido en términos de mandatos u obligaciones directas para los estados, como se ha visto, es muy importante, pero no excesivamente detallado, extenso o complejo, de suerte que nuestras reglas legales sobre protección, garantías y facilidades para la representación de los trabajadores parecen suficientes y adecuadas para cumplir con esos estándares mínimos, y que incluso los superan en muchos aspectos. En cuanto a la Recomendación núm. 143, a título de consideración general, seguramente cabría también afirmar el adecuado ajuste de nuestro ordenamiento a lo pautado en ella. Ciertamente es que, si se desciende al nivel de detalle, como se ha hecho ya en el recorrido a lo largo de los epígrafes anteriores, se aprecia que algunas de sus orientaciones se siguen por nuestro sistema con cierta fidelidad, pero otras quizá no tanto, especialmente en lo que se refiere al diseño de las medidas y remedios específicos para la protección de los representantes frente al despido u otras decisiones perjudiciales. De todos modos, cuando se han seguido vías de regulación alternativas por parte de nuestra legislación, estas parecen en todo caso tener encaje dentro del margen de adaptación que se deja a cada estado y cumplir igualmente con el objetivo último de proteger a los representantes y proporcionarles medios para un desempeño eficaz de sus funciones.

Además, las deficiencias y los pequeños desajustes que nuestro marco normativo sobre representación de los trabajadores pudiera presentar en el contraste con los estándares establecidos desde la OIT han sido en buena medida corregidos por parte de la jurisprudencia, mediante una interpretación integradora y en sentido amplio, precisamente a la luz del Convenio y la Recomendación aquí estudiados. En este sentido, conviene resaltar el influjo de los instrumentos de la OIT sobre los representantes de los trabajadores en nuestro ordenamiento por la vía de la interpretación y aplicación de las normas por nuestros jueces y tribunales de conformidad con los textos de Derecho Internacional, con arreglo a los artículos 10.2 y 96.1 CE. Es verdad que la significación del Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143 en este punto es algo menor que la de los Convenios núm. 87 y núm. 98 sobre libertad sindical, aunque no debe olvidarse que todos ellos están emparentados y forman un

acervo internacional cohesionado en su conjunto⁹¹. Ahora bien, cabe incluso detectar un papel propio y específico, a veces con cierto nivel de autonomía, de aquellos instrumentos en torno a determinadas cuestiones interpretativas más directa y concretamente relacionadas con la protección y facilidades de los representantes.

En efecto, el Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143 han sido en varios casos referente clave o inspiración para ciertas interpretaciones de la jurisprudencia de gran relevancia para la configuración del régimen jurídico en torno a los representantes de los trabajadores en nuestro sistema. A través de este cauce, de hecho, algunas de las garantías de protección de los representantes se fueron introduciendo y consolidando en nuestro ordenamiento incluso antes de contar con una regulación legal totalmente completa y acabada. Ello puede ilustrarse bien a partir de la relevante y temprana Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1981, hito de enorme relevancia que inicia la construcción, hoy ya solidificada en la ley y la jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, de los parámetros que han de regir la protección de los representantes, incluyendo la debida protección frente al despido u otras represalias y la instauración del mecanismo de traslación de la carga de la prueba a la parte demandada en los casos sobre violación de libertad sindical u otros derechos fundamentales. Una vez que se fue ultimando la explícita regulación legal de los derechos, garantías y facilidades de los representantes, como se ha ido viendo a lo largo de este trabajo, la jurisprudencia ha ido tomando los instrumentos de la OIT como referencia para completar y precisar dicho marco normativo, subsanar sus deficiencias, o incluso ampliar sus contornos. No puede dejar de destacarse en este sentido la creación por la jurisprudencia, con apoyo entre otras cosas en el Convenio núm. 135 de la OIT, de la «garantía de indemnidad» de los representantes frente a todo eventual perjuicio por el ejercicio de sus funciones, incluida su singular vertiente de «indemnidad retributiva». Asimismo, vale la pena resaltar que, como ya antes se indicó en detalle, el Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 145 de la OIT han sido tomados como sustento para extender el alcance temporal de las garantías de protección de los representantes, o para ampliar su alcance personal, aplicándolas no sólo a quienes ya ejercen efectivamente como representantes, sino, en ciertos supuestos, también a las personas que figuran como candidatas o suplentes en las correspondientes listas electorales, de acuerdo con lo expresamente señalado

⁹¹ Sobre la presencia de estos instrumentos en la jurisprudencia, MIRANDA BOTO, J. M., «La OIT en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: un panorama reciente», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, pp. 520-524.

en la citada Recomendación, o bien a otras figuras representativas distintas de los representantes electos o sindicales en sentido estricto (por ejemplo, los delegados de prevención).

Finalmente, si se atiende a los propios mecanismos de control y seguimiento de la OIT, puede confirmarse la impresión en torno al adecuado cumplimiento por España en lo que se refiere a los estándares internacionales sobre representación de los trabajadores en la empresa. En el largo tiempo transcurrido desde la ya lejana ratificación del Convenio núm. 135 por España en los años setenta del siglo xx, tan sólo se han formulado dos observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEA-CR) relativas a nuestro país y relacionadas con el Convenio núm. 135. En una primera de 1992, la Comisión simplemente toma nota de las observaciones presentadas por la Unión General de Trabajadores (UGT), manifestando que la cobertura legal de la que gozan las garantías establecidas para permitir el cumplimiento de las funciones a desempeñar por los representantes de los trabajadores adolecería a juicio del sindicato de deficiencias en determinados aspectos, mencionando específicamente el caso de la utilización del crédito horario. Asimismo, la Comisión toma nota de la respuesta del Gobierno, y también de las sentencias acompañadas por este, que vienen a contraponerse a lo afirmado por UGT. No consta que este asunto haya tenido posteriormente mayor recorrido. En esa observación se tomaba asimismo nota de las modificaciones de la normativa de procedimiento laboral de la época, y de la ampliación de funciones de la representación de los trabajadores mediante Ley 2/1991⁹².

Posteriormente, en 2022, la Comisión se hace eco de determinadas observaciones de la UGT, CEOE y CEPYME, transmitidas por el Gobierno, así como de los comentarios de este en relación con todas ellas. Ahora bien, se trata de comunicaciones en las que simplemente se informa a la OIT sobre ciertas novedades legislativas y de jurisprudencia: algunas sentencias de tribunales en aplicación del Convenio núm. 135, en particular confirmando el derecho a la información de delegados sindicales y de los representantes de los trabajadores; la incorporación mediante la Ley 12/2021 de la nueva presunción de existencia de relación de trabajo en los supuestos de plataformas digitales de reparto y de un nuevo derecho de información de la representación de los trabajadores sobre las reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones y que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del

⁹² Observación (CEACR) – Adopción: 1992, Publicación: 79.ª reunión CIT (1992). Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135) – España (Ratificación: 1972).

empleo, incluida la elaboración de perfiles⁹³; finalmente, la aprobación de la nueva Ley 10/2021 sobre el trabajo a distancia y las previsiones de esta en materia de representación de los trabajadores⁹⁴. A propósito de estas últimas cuestiones, la CEACR saluda la adopción de estas nuevas disposiciones, de las que «toma nota con interés», emplazando al Gobierno a proporcionar en el futuro informaciones sobre la aplicación práctica de las citadas leyes, para ulterior seguimiento por parte de la OIT⁹⁵. Por otra parte, no hay comentario alguno de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (CAS) referido a España sobre esta materia. Así, en definitiva, parece que de la verificación por la misma OIT no se desprende ninguna constatación o indicio de incumplimiento relevante, sino, al contrario, seguimiento con curiosidad de algunos elementos de la práctica nacional española que pudieran constituir avances a estudiar y tal vez expandir en el ámbito supranacional.

8. CONCLUSIONES

El Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143, sobre los representantes de los trabajadores, son dos componentes importantes dentro del acervo de instrumentos de la OIT dedicado a la representación y acción colectiva de las personas trabajadoras o, por decirlo con la propia terminología de la organización, a la libertad sindical, la negociación colectiva y las relaciones de trabajo. Guardan estrecha relación con las piezas principales de este grupo, los convenios fundamentales núm. 87 y núm. 98, sobre libertad sindical y negociación colectiva, de los que son desarrollo en cuanto a la protección y facilidades de los representantes sindicales en la empresa, si bien sus contenidos se proyectan también sobre los representantes electivos o unitarios de los trabajadores, aun cuando no estén vinculados a un sindicato. Por otra parte, también cabe relacionarlos con otros instrumentos de la OIT adscritos a áreas temáticas distintas, y especialmente con el Convenio núm. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, en lo relativo a la protección de los representantes frente al despido.

Obviamente, son de mayor importancia y valor jurídico los Convenios núm. 87 y núm. 98, no en vano considerados como fundamentales, que el Con-

⁹³ Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (BOE 29/09/2021).

⁹⁴ Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE 10/7/2021).

⁹⁵ Observación (CEACR) – Adopción: 2022, Publicación: 111.ª reunión CIT (2023). Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135) – España (Ratificación: 1972).

venio núm. 135 y la Recomendación núm. 143. Ahora bien, no debe restarse trascendencia a la contribución que estos han supuesto para la formación del Derecho Internacional del Trabajo, que puede condensarse en síntesis en dos aportaciones de enorme relevancia. En primer lugar, la consolidación entre los estándares internacionales de una exigencia de protección efectiva para los representantes (sindicales o electivos) de los trabajadores frente a todo acto, incluido el despido, de perjuicio o represalia por su condición o actividad representativa, debiendo establecerse las medidas normativas necesarias al efecto, que pueden consistir en derechos, garantías, procedimientos o prerrogativas legales específicos. En segundo lugar, la muy valiosa consagración en el ámbito internacional, con vocación universal, de la necesidad de establecer no sólo garantías, sino también facilidades y medios materiales para favorecer el desempeño eficaz de las funciones de representación de los trabajadores en la empresa, avalando la imposición a los empleadores de exigencias en este sentido que van más allá de una mera conducta abstencionista de «no hacer» o «no injerir», y que pueden comportar obligaciones «de hacer», de proveer información y medios materiales, asumiendo los costes correspondientes.

Como se ha ido detallando a lo largo de los apartados anteriores, el Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143 han tenido influjo, desde luego, en la formación histórica y en la configuración actual del ordenamiento laboral español. Es cierto que, en este punto, nuevamente, la significación de estos instrumentos es algo menor que la de los convenios fundamentales sobre libertad sindical y negociación colectiva (núm. 87 y núm. 98), si bien todos ellos han de ser tomados a estos efectos como un bloque cohesionado en lo que se refiere a los estándares internacionales sobre derechos y acción de los trabajadores de carácter colectivo. Desde esta perspectiva, este conjunto normativo ha servido de impulso y referencia fundamental para el tránsito desde la represión antisindical y la organización corporativa del trabajo de la dictadura franquista a la instauración de un modelo plenamente libre, democrático y pluralista de relaciones laborales.

Desde un punto de vista más concreto, el diseño legal de nuestro modelo de representación de los trabajadores en la empresa, y en particular la regulación de los derechos, garantías y facilidades de los representantes, se ha hecho con seguridad teniendo presentes las previsiones del Convenio núm. 135 y de la Recomendación núm. 143 al respecto, aunque no siempre siguiéndolas de manera lineal o literal, como se ha visto anteriormente. En cualquier caso, esto último no significa que el derecho español incurra en incumplimientos o desajustes graves con respecto a la acción reguladora y promocional de la OIT en esta materia. De una parte, porque hay que tener en cuenta el amplio margen

de configuración que los comentados instrumentos dejan a la legislación y las prácticas nacionales, que en el caso español han podido traducirse en reglas con una idiosincrasia propia, a veces un poco distinta, pero que ofrece estándares protectores en general equivalentes, o incluso superiores a los fijados a nivel internacional. De otra parte, porque los defectos y lagunas de la literalidad de la legislación han sido en buena medida subsanados, como se ha comentado, por parte de la jurisprudencia, constitucional y ordinaria, en un buen número de ocasiones precisamente a la luz –y frecuentemente con cita expresa– tanto de los Convenios núm. 87 y núm. 98 como del Convenio núm. 135 y la Recomendación núm. 143.

Finalmente, es de celebrar que los importantes instrumentos y estándares normativos aquí estudiados se encuentren en la actualidad ya bien asentados en el Derecho Internacional del Trabajo y gocen de un razonablemente satisfactorio cumplimiento en nuestra legislación y práctica nacional. Ahora bien, ello no debería llevar al inmovilismo o a la autocomplacencia ni desde la perspectiva de la OIT ni desde la del ordenamiento español. Las transformaciones contemporáneas de las empresas y el trabajo en el contexto del posfordismo, la digitalización y la revolución industrial 4.0 suponen un reto desde el punto de vista de la adecuación y eficacia del diseño normativo de los modelos de representación de las personas trabajadoras en las circunstancias novedosas o emergentes que ya se perciben en el presente o se vislumbran para el futuro del mundo laboral. Es por tanto del todo pertinente plantearse la conveniencia de completar o actualizar la ordenación jurídica sobre la representación de las personas trabajadoras en la empresa, quizá ya algo anticuada en algunos de sus componentes, para adaptarla a las realidades y desafíos del siglo XXI. Bueno sería, por supuesto, que el impulso al efecto viniera de la propia OIT, mediante la aprobación de nuevos instrumentos, o mediante la revisión de los existentes. Aunque también podría tomarse la iniciativa en el ámbito nacional, con una posible reforma de la regulación sobre representación del personal en empresas o centros de trabajo del Título II del Estatuto de los Trabajadores, si bien esta es seguramente tan necesaria como improbable. No se advierten por el momento demasiados movimientos en esta línea, pero ello no impide, sino que justamente refuerza la conveniencia de reclamar mayores dosis de atención y dedicación normativa, y también sindical, a esta cuestión.

LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS Y LAS RECOMENDACIONES DE LA OIT EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Córdoba

SUMARIO: 1. *Convenios y Recomendaciones de la OIT sobre negociación colectiva.*—2. *El Comité de Libertad Sindical y el derecho de negociación colectiva.*—3. *Influencia de la OIT en el sistema español de negociación colectiva: perspectiva histórica.*—4. *Actual sistema de negociación colectiva y normativa de la OIT: posibles divergencias.*—5. *Conclusiones.*—6. *Bibliografía.*

1. CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA OIT SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Conforme la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), «todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los Convenios declarados como fundamentales, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos Convenios, entre otros, la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva» (párrafo 2). Se reafirmaba, pues, la OIT en el pleno reconocimiento de esta institución, prontamente consagrada como uno de los pilares fundamenta-

les sobre los que se ha de sustentar el andamiaje de este organismo de las Naciones Unidas¹.

Del mismo modo, en su Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008), se consideraba que «el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva [es] particularmente importante para permitir el logro de los cuatro objetivos estratégicos» consagrados en tal documento. Por último, en su Declaración del centenario (2019), volvía a reconocer que la negociación colectiva «es un fundamento esencial de todas las actividades de la OIT y contribuye al éxito de la elaboración de políticas y la toma de decisiones en sus Estados Miembros». Se relaciona esta, además, con la consecución del número 8 de los Objetivos del Milenio proclamados por las NNUU: «trabajo decente y desarrollo económico».

Conforme a lo expuesto, podemos constatar que el organismo internacional, en sus más recientes y significativos documentos, configura la negociación colectiva como uno de los pilares fundamentales sobre los que se basa toda su acción. Además, a pesar de detectarse una cierta potenciación del difuso diálogo social, se sigue apostando por la fórmula más precisa de negociación colectiva para referirse al derecho de determinación colectiva de las condiciones de trabajo².

Estos documentos culminan un largo camino en el que la vida de la propia institución va paralela al reconocimiento de la negociación colectiva y la apuesta por su potenciación³. A continuación, llevaremos a cabo un recorrido diacrónico sobre sus más importantes manifestaciones.

La primera mención explícita recogida en el acervo de la OIT se encuentra en la propia Declaración de Filadelfia (1944) que, tras proclamar solemnemente que el trabajo no es una mercancía, incluye dentro de los principales objetivos de la Organización «el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva y la cooperación de empleadores y de trabajadores para el mejoramiento continuo de la organización de la producción». Al respecto, podríamos plantear un par de elementos que, en aquella época, se vieron como ciertamente contradictorios en tal Declaración.

Tras declarar el carácter de bien ajeno al mercado del trabajo, por cuanto que elemento indisociable de la persona que lo desarrolla, acepta el sometimiento

¹ ROJO TORRECILLA, E., «La Declaración del centenario de la OIT. A propósito de la importancia del reconocimiento de la libertad sindical y la negociación colectiva», *Revista Derecho social y Empresa*, núm. 13, 2020, p. 9.

² BAYLOS GRAU, A., «Las normas internacionales del trabajo: la importancia de la dimensión colectiva y el alcance universal de los derechos laborales», en AA. VV., *CCOO en el centenario de la OIT: 1919-1929*, pp. 33 ss.

³ VALTICOS, N., «La Organización Internacional del Trabajo: Cincuenta años de actividades normativas», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 115, núm. 2, 1996, pp. 429-452.

miento del trabajo a las reglas de aquel. A través de la negociación colectiva, se pretende compensar los excesos que dicho mercado puede generar, dada la desigualdad de partida de trabajadores y empresarios en la negociación individual del precio del trabajo. Se trata pues de compensar el exceso del acuerdo individual pero no de separar realmente al trabajo de un mercado que lo concibe como mercancía. Contrasta, evidentemente, esta fórmula programática con la proclamada en la Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado de 1917, donde se proclamaba la necesidad de acabar con la explotación del hombre por el hombre y no solamente crear ciertas reglas que evitaran el abuso.

Por otra parte, quedaba por definir qué se entendía por negociación colectiva. Tampoco se establecía la conexión de este derecho con otros no mencionados por la Declaración como es el derecho de libertad sindical, y que en el futuro transitarán de la mano buena parte del devenir de la OIT. El primer Convenio que aborda la protección de los aspectos colectivos del trabajo será el aprobado en 1948 (Convenio 87). Este convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación se limita a proclamar el derecho de libertad sindical desde una perspectiva individual y colectiva, así como exige eficaces medios nacionales para su protección. Eso sí, se convierte así en el primer derecho fundamental consagrado y regulado en un tratado internacional específico⁴.

Por el contrario, el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949 (núm. 98) vincula, por primera vez, ambos derechos. En lo que respecta a nuestro objeto de estudio, tras el reconocimiento contenido en la Declaración de Filadelfia, se aprueba, treinta años después de la Constitución del organismo internacional, un instrumento que pretende la protección del derecho de negociación colectiva. Además, en el mismo ya se contienen algunos de los caracteres que presidirán la configuración de tal derecho. En concreto, en el artículo 4 se insta a adoptar las «medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo».

Como hemos adelantado, en tal precepto ya se contienen algunos caracteres que se reiterarán en los siguientes Convenios aprobados para la protección de la negociación colectiva. En concreto, como puede advertirse, se menciona el carácter voluntario de la negociación que se pretende proteger. Este será el elemento sobre el que pivotará toda la regulación posterior (art. 6).

⁴ ERMIDA URIARTE, Ó, «Crítica de la libertad sindical», *Derecho PUCP*, núm. 68, 2012, p. 38.

A pesar del claro avance que suponen ambos Convenios a la hora de consagrar el derecho de libertad sindical, se ha cuestionado, desde un punto de vista dogmático, la bilateralidad atribuida a este derecho: «el sindicato y la libertad sindical nacen para compensar o contrabalancear el poder económico del empleador, procurando un cierto reequilibrio de fuerzas en las relaciones de trabajo o, por lo menos, la reducción del desequilibrio de origen. Si a renglón seguido se reconoce ese mismo derecho o instrumento al empleador, automáticamente se restablece la posibilidad de desequilibrio»⁵.

Continuando nuestra línea temporal, encontramos el primer instrumento monográfico sobre la negociación colectiva, aunque no será aún un Convenio. Se trata de la Recomendación 91 sobre los contratos colectivos de 1951. Será en esta donde se contendrá la primera definición de convenio colectivo, aunque todavía con la denominación primigenia. A pesar de no adoptar la forma de Convenio, esta Recomendación se conforma como un instrumento de primer orden en la configuración del derecho. Con un importante afán definitorio, se viene a precisar, junto a la propia enunciación, aspectos tan importantes como los relativos a los sujetos legitimados para la negociación del contrato colectivo, la definición de su ámbito subjetivo, los efectos que el mismo debe desplegar o las relaciones entre convenio colectivo y contrato de trabajo.

Conforme al artículo II.1 de esta Recomendación, «la expresión contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional».

En segundo lugar, relaciona el reconocimiento de este derecho con el carácter vinculante del resultado de la negociación, en especial, frente a los contratos individuales. Estos últimos no podrán establecer estipulaciones menos favorables para los trabajadores que las establecidas por el contrato colectivo. Es decir, que mantiene una relación entre convenio y contrato basada en el principio de complementariedad.

Como se puede comprobar de la definición anteriormente transcrita, se establece una preferencia negociadora en favor de la representación sindical. Solo en defecto de esta, se podrá suplir por la representación elegida al margen de las organizaciones sindicales. Al mismo tiempo, se insta a que los diversos

⁵ ERMIDA URIARTE, Ó, «Crítica de la libertad sindical», *cit.*, p. 39.

Estados establezcan instrumentos de extensión de los convenios colectivos a ámbitos superiores a la empresa. Por último, en lo que a nosotros interesa, se aconseja la creación de un procedimiento de inscripción y publicidad de los contratos colectivos firmados.

De este modo, quedaban fijados los más importantes aspectos del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva. Este tardaría más de treinta años en alcanzar su máxima expresión, esto es, hasta la aprobación del Convenio 154 sobre negociación colectiva de 1981. No obstante, durante ese largo período se fueron aprobando otros instrumentos que también incidían sobre el derecho aquí estudiado.

Por ejemplo, la Recomendación 94 de 1952 sobre la colaboración en el ámbito de la empresa destacaba la necesidad de garantizar la consulta y la colaboración entre trabajadores y empleadores en el ámbito de la empresa sobre las cuestiones de interés común que no estén comprendidas dentro del campo de acción de los organismos de negociación colectiva. Por su parte, el Convenio 135 de 1971, sobre los representantes de los trabajadores, partiendo del lejano Convenio 87, plantea la necesidad de que se arbitren mecanismos de protección real de aquellos trabajadores que ejercen funciones de representación, en especial en caso de despido (art. 1). Esta protección ha de extenderse tanto a los representantes sindicales como a los electos. De este Convenio hemos de destacar, a nuestros efectos, la desconfianza que la OIT muestra frente a la representación electa. Por ello, en su artículo 5 mantiene que «cuando en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos, habrán de adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración».

La exclusión de los trabajadores de la Administración Pública de alguno de los instrumentos analizados queda compensada con la aprobación del Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (1978), en cuyo artículo 7 se insta a la adopción de «medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo».

Como anteriormente adelantamos, en el inicio de la década de los ochenta, justo en el período en el que los EE. UU. habían abandonado la OIT por, a su entender, exceso de politización de la organización, se aprueba el Convenio 154 de 1981 sobre negociación colectiva, que vendrá acompañado por la Recomendación 163 sobre negociación colectiva también de 1981.

Por lo que respecta al Convenio, contiene una definición de negociación colectiva que pretende ser omnicompreensiva de todas aquellas negociaciones entre trabajadores y empresarios que tengan por objeto la fijación de condiciones de trabajo y empleo, o que reglamenten las relaciones entre trabajadores y empleadores y las relaciones entre sus respectivas organizaciones (art. 2). Respecto de los sujetos legitimados en representación de los trabajadores, abre la posibilidad de que estos sean los sujetos electos, en sintonía con lo establecido en el Convenio 135 sobre los representantes de los trabajadores de 1971, reiterando la necesidad de evitar que la presencia de estos pueda menoscabar el papel de las organizaciones sindicales (art. 3.1). A continuación, se limita a requerir la aprobación de medidas que fomenten la negociación colectiva en los países que suscriban el convenio. Como puede comprobarse, el Convenio es mucho menos incisivo que la ya lejana Recomendación de 1951. Es decir, no se aprovecha la oportunidad de la aprobación de este nuevo Convenio para dotar de mayor eficacia a los aspectos sí recogidos en el instrumento aprobado dos décadas atrás, que, no obstante, seguirá plenamente en vigor a tenor de la previsión contenida en el artículo 9 del nuevo Convenio.

Podemos concluir el análisis del Convenio de 1981 reiterando la impresión de que no se deseó avanzar hasta los niveles de regulación previstos en aquella Recomendación. De este modo, aspectos como las relaciones convenio-contrato de trabajo o la eficacia del convenio colectivo quedaban fuera de su articulado. Por el contrario, sí se incorpora, de nuevo, uno de los principios básicos recogidos por estas disposiciones, esto es, el carácter voluntario y libre de la negociación colectiva (art. 8).

El último hito en la regulación de la negociación colectiva en el seno de la OIT lo constituye la Recomendación 163 de 1981 sobre la negociación colectiva. Esta Recomendación tampoco avanza respecto de la aprobada treinta años atrás, a la que, de nuevo, declara no afectar. Por el contrario, se limita a recomendar que los países destinatarios arbitren mecanismos que permitan reconocer las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores; así como la necesidad de arbitrar mecanismos de coordinación entre convenios en aquellos ordenamientos jurídicos donde exista una estructura negocial compleja.

Aquí finaliza este rápido recorrido por los distintos instrumentos de la OIT relacionados con nuestro objeto de estudio. Como advertimos inicialmente, desde el año 1981 no se ha aprobado ningún Convenio ni Recomendación al respecto. No obstante, sí se ha hecho referencia a la negociación colectiva en las Declaraciones inicialmente enumeradas por nosotros. Solo cabe recordar que la Declaración de 1998, en su versión de 2002, incluirá entre los

once instrumentos fundamentales solo los Convenios 87 y 98. Es decir, deja fuera de esta categoría privilegiada de convenios al Convenio 135 (que se incluye dentro de los técnicos), no así a la negociación colectiva, dada su inclusión en el Convenio 98.

A continuación, hemos de realizar dos reflexiones que pueden ayudar a comprender el lugar que ocupan la negociación colectiva dentro del acervo de este organismo de las NNUU. La primera de ellas es la relativa al impacto que a nivel mundial han podido tener los instrumentos descritos, esto es, cuál es la importancia de tales instrumentos en la configuración mundial de unos mínimos reconocibles. Para ello, partiremos del análisis de las ratificaciones del Convenio 135 y continuaremos con una pequeña descripción de la salud de la negociación colectiva a nivel mundial.

Respecto de la primera de las cuestiones, el Convenio 135 ha sido ratificado por 50 países, destacando la no ratificación de países como EE. UU., Irlanda, Austria o Japón. Contrasta, pues, con las 168 ratificaciones del Convenio 98 o las 157 del Convenio 87 (aunque se trate de los convenios menos ratificados de los ocho fundamentales). Este dato nos puede llevar a la conclusión de que, a pesar de la poca incidencia del Convenio 135, existe una importante resistencia en los Estados a admitir la presencia del convenio colectivo como instrumento nivelador de los procesos de negociación de las condiciones de trabajo.

Si bien también es cierto que la consideración como fundamental del convenio 98 ha llevado a la consideración de la negociación colectiva como uno de los pilares de la propia OIT. De este modo, todo país miembro ha de respetarla al margen del hecho de haber ratificado el Convenio en cuestión. No obstante, dada la escasa imperatividad de los instrumentos de la OIT, el hecho de que no se haya ratificado el Convenio nos dará pistas de la auténtica aplicación de este.

De hecho, el necesario respeto de este derecho por todos los países miembros de la OIT contrasta con los datos de su respectiva realidad negocial⁶. De acuerdo con la propia OIT, «la tasa de cobertura es un indicador de la capacidad regulatoria de los convenios colectivos [...] Una tasa de cobertura elevada (superior al 75%) suele ser un indicio de que las partes corregulan las condiciones de empleo. En cambio, una cobertura baja (inferior al 25%)» es indicio de lo contrario⁷. Conforme los datos manejados por la propia organización, los

⁶ GERNIGON, B., ODERO, A. y GUIDO, H., «Principios de la OIT sobre la negociación colectiva», *Revista Internacional del trabajo*, vol. 119, 2000, núm. 1, p. 37.

⁷ OIT, *Informe sobre el Diálogo Social 2022: La negociación colectiva en aras de una recuperación inclusiva, sostenible y resiliente*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2022.

porcentajes de cobertura de la negociación colectiva se han reducido significativamente a lo largo de la última década. En concreto, la tasa de cobertura media alcanzada en los países de los que existen datos es de un exiguo 35,2%. Es evidente que esta media no refleja adecuadamente la situación real. En primer lugar, el informe se limita a los 98 países de los que se tienen datos. Es de suponer que aquellos en los que se carece de tales datos la situación es aun peor. Además, dicha media queda maquillada por la existencia de países, casi todos de la Europa occidental, en los que la cobertura es muy alta.

Estas conclusiones quedan ratificadas si analizamos la situación por regiones. Así, en América Latina encontramos una escasa significación práctica que la negociación colectiva. Por ejemplo, baste recordar que países como Paraguay o Perú se encuentra a la cola en niveles de cobertura de la negociación colectiva⁸. En un país tan poblado como México apenas supera el 10%⁹. Estos niveles siguen siendo extremadamente bajos en países importantes de la zona como Colombia¹⁰. Además, se aprecia una «progresiva y lenta reducción, tanto en el número de convenios registrados, como en relación a la cobertura» en todos los países latinoamericanos¹¹. En Marruecos, país que ha suscrito el Convenio de 1981, y uno de los pocos africanos en los que hay datos, la práctica negocial es muy escasa. En concreto, se cifra en apenas 20 el número de convenios colectivos en el sector privado¹².

Del análisis de tales datos y sin ánimo de extendernos en ejemplos concretos, podemos concluir que no existe una relación directa entre la posición del país respecto del Convenio de la OIT analizado y la existencia real de un sistema avanzado de negociación colectiva. De este modo, encontramos países suscriptores en los que apenas existe práctica negocial. Por el contrario, también es posible encontrar el ejemplo inverso.

Podemos concluir este recorrido resumiendo algunos de los caracteres fundamentales del reconocimiento del derecho de negociación colectiva en los diversos instrumentos de la OIT:

a) El reconocimiento de este derecho es de alcance general. Se aplica, pues, tanto a los trabajadores del sector público como privado.

⁸ VISSER, J., HAYTER, S. y GAMMARANO, R., «Relaciones Laborales y negociación colectiva». *Nota Breve OIT*, 2013.

⁹ VISSER, J., HAYTER, S. y GAMMARANO, R., «Relaciones Laborales y negociación colectiva», *cit.*

¹⁰ CIALTI, P-H., «Negociación colectiva en Colombia: una visión cruzada entre el sector público y privado». *Estudios Socio-Jurídicos*, 2015, núm. 181 (1).

¹¹ VEGA RUIZ, M. L., *Libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva en América Latina*, Ginebra, OIT, 2004, p. 44-45.

¹² RIOUX, C., «Un programme de formation à la négociation au Maroc », *Négociation*, 2009, núm. 2.

b) La negociación es un derecho de las organizaciones de trabajadores y empresarios basado en la libertad, voluntariedad y autonomía de las partes. De los Convenios de la OIT no se deriva una obligación de las partes para negociar un convenio colectivo.

c) El principio de la negociación de buena fe debe guiar a los negociadores a través del mutuo reconocimiento y la voluntad de llevar a un acuerdo merced a negociaciones verdaderas y constructivas.

d) El contenido de los convenios colectivos se describe de una manera amplia. No obstante, es posible que se establezcan limitaciones en favor de la libertad de empresa¹³.

e) Se admiten diferencias normativas entre organizaciones sindicales siempre que tales se basen en criterios objetivos.

f) Se opta por preferenciar a las representaciones sindicales sin descartar la posibilidad de que las representaciones electas asuman el protagonismo negociador, sin que ello implique ningún menoscabo para las primeras.

g) La prórroga obligatoria de la validez de los convenios impuesta por ley solo es admisible excepcionalmente.

h) La negociación colectiva debería poder desarrollarse en cualquier ámbito, ya sea empresarial o sectorial.

i) Los convenios han de ser vinculantes y prevalecer frente a los contratos de trabajo.

j) Por último, como regla general, se ha de optar por el carácter voluntario de los mecanismos de arbitraje¹⁴.

Finalizamos el presente epígrafe volviendo a mencionar los instrumentos más recientes aprobados por la OIT¹⁵. Como advertimos, en las últimas décadas, las referencias a la negociación colectiva no se encuentran en los tradicionales instrumentos, esto es, Recomendaciones y Convenios. Por el contrario, se han sucedido en los años 1998, 2008 y 2019 sendas Declaraciones del organismo en las que se contienen referencias a la negociación colectiva. La más significativa, obviamente, la consideración como fundamental de alguno de los Convenios en los que se contiene el reconocimiento de este derecho.

¹³ OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de convenios y Recomendaciones. Informe general y observaciones acerca de ciertos países. Informe III (Parte 1A) a la 86.ª reunión de la Conferencia Internacional del trabajo*, Ginebra, 1998, p. 280.

¹⁴ Estos puntos son resaltados, entre otros, por el *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre justicia social para una globalización equitativa*, Informe III (Parte 1B), Ginebra, p. 86 ss.

¹⁵ Véase CASAS BAAMONDE, M. E., «Los convenios fundamentales de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, pp. 147 ss.

No obstante, han sido numerosas las voces doctrinales que han advertido sobre los riesgos de esta nueva tendencia normativa de la OIT¹⁶. Se alerta de la huida de una regulación *hard law* para acogerse a la técnica del *soft law*, centrada en la promoción de los principios y derechos del trabajo¹⁷. No sólo se altera la opción de la OIT a la hora de seleccionar sus instrumentos de regulación de las condiciones de trabajo, sino que se apela a conceptos jurídicos indeterminados, como es el caso del concepto de trabajo decente¹⁸, con la convicción de que estos conceptos genéricos, al menos, permitirán unos estándares mínimos de protección¹⁹. En esta misma línea, cabe destacar el hecho de que las recientes Declaraciones no se integran en la Constitución de la OIT, como sí ocurrió con la Declaración de Filadelfia²⁰.

Frente a esta posición crítica, también se ha mantenido que, si bien es cierto que el cambio de técnica de regulación puede ocasionar un debilitamiento de la acción normativa de la OIT, estas Declaraciones acaban, al menos en relación a los Convenios fundamentales, con el *self servie* normativo que había caracterizado el sistema de ratificación voluntaria de los Estados²¹.

Desde la perspectiva de nuestro objeto de estudio, hemos de manifestar nuestro escepticismo sobre los beneficios que tal cambio vaya a conllevar. Como sabemos, el Convenio que consagró el derecho a la negociación colectiva como uno de los pilares de la acción normativa de la OIT ha sido ratificado por la gran mayoría de los países miembros. Ello no ha supuesto, por el contrario, un fortalecimiento de la negociación colectiva a nivel mundial, como puede desprenderse de los datos relativos a la cobertura convencional aportados anteriormente.

¹⁶ MAUPAIN, F., *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sans contindre ?*, Institut International d'Études Sociales, OIT, Genève, 2012, p. 7; SERVAIS, J. M., «Los estándares laborales de la OIT en el contexto de la crisis», en GIL Y GIL, J. L. (dir.), *Reformas laborales frente a la crisis a la luz de los estándares de la OIT*, Juruá, Porto, 2014, p. 25. POTOBSKY, G., «El devenir de las normas internacionales del trabajo», *Revista de Derecho Social-Latinoamérica*, núm. 3, 2007.

¹⁷ HUGLES, S. y HAWORTH, N., *The International Labour Organization. Coming in from the cold*, Routledge, Global Institutions, London and New York, 2011, p. 45.

¹⁸ Este concepto se institucionaliza en la OIT en la *Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa* (2008).

¹⁹ Una crítica a este concepto puede verse en VIGO SERRALVO, F., «Repensemos el trabajo decente. Sobre lo inadecuado de este lema y los motivos por los que la dignidad del trabajo es independiente de las condiciones en las que se presta», *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo*, vol. 10, núm. 1, 2022, pp. 69 ss.

²⁰ GIL Y GIL, J.L., «Justicia Social y acción normativa de la OIT», *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo*, vol. 3, núm. 4, 2015, p. 15; OJEDA AVILÉS, A., «Del mundialismo a la globalización. Un balance de los convenios OIT y su proyección futura», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 434, 2019, pp. 21 ss.

²¹ SUPLOT, A., «La place de la sécurité sociale dans le système des normes internationales du travail», *Semaine Sociale Lamy*, núm. 1272, 2006, p. 8.

2. EL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL Y EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El Comité de Libertad Sindical se crea en el año 1951, como consecuencia de un acuerdo de la OIT con el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, con el objetivo de canalizar las quejas sobre vulneración de la libertad sindical, «con independencia de que el país de que se trate haya o no ratificado los convenios sobre libertad sindical, e independientemente del consentimiento del Estado demandado»²². Se trata de un órgano tripartito constituido por un presidente independiente y por tres representantes de cada uno de los sectores (trabajadores, empresarios y gobiernos) que forma parte del Consejo de Administración²³.

Conforme al párrafo 14 de los Procedimientos especiales para el examen de quejas por violaciones al ejercicio de la libertad sindical, «el mandato del Comité consiste en determinar si una situación concreta desde el punto de vista legislativo o de la práctica se ajusta a los principios de libertad sindical y de negociación colectiva derivados de los convenios sobre estas materias». La misión de este organismo, pues, es el examen de las concretas alegaciones realizadas desde el país miembro. Los sujetos legitimados para presentar tales quejas son tanto los representantes de trabajadores como los representantes de los empresarios. Es decir, las personas físicas carecen de tal legitimación activa²⁴. El Comité de Libertad sindical agota por sí mismo la resolución de cada denuncia, informando, posteriormente, al Consejo de Administración. En cuanto al objeto de las denuncias, se trata de un órgano especializado en las violaciones de la libertad sindical, careciendo de competencias sobre vulneración de los Convenios sobre condiciones de trabajo, Seguridad Social, despidos, etc.

Más adelante analizaremos la significación de las resoluciones de este Comité en nuestro país. En este momento, nos limitaremos a comprobar cuáles son, en general, las características de sus resoluciones²⁵, así como determinar, en el caso de que así sea, cómo se ha adaptado este organismo a los nuevos caracteres de que quiere rodearse la propia OIT.

²² BAYLOS GRAU, A., «Las normas internacionales del trabajo», *cit.*, p. 36. Más ampliamente, YANOPOULOS, N., *La protection internationale de la liberté syndicale: la Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale de l'OIT*, LGDJ, París, 1973, p. 10.

²³ GERNIGON, B., «El comité de libertad sindical de la OIT», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1999, p. 142.

²⁴ ERMIDA URIARTE, Ó. y VILLAVICENCIO RÍOS, A., «El Comité de Libertad Sindical», *Temas Laborales*, núm. 32, 1994, pp. 88-89.

²⁵ Un análisis similar pero para el año 1974 puede verse en ALBALATE LAFITA, J., «La Organización Internacional del Trabajo y los convenios colectivos», *Revista de Estudios Sindicales*, núm. 29, 1974, pp. 82 ss.

A este respecto, desde un primer momento, se le reprochó el haber reproducido la estructura tripartita del Organismo. Dado que se constituye como algo parecido a un órgano jurisdiccional, hubiera sido más acertado dotarlo de imparcialidad, al margen de la participación colegiada de los actores. Probablemente, esta circunstancia ha hecho que sus resoluciones hayan carecido de la necesaria contundencia en supuestos de clara vulneración de la libertad sindical. Al tiempo, las consecuencias de sus pronunciamientos carecen, al igual que ocurre con los propios instrumentos normativos, de la efectividad necesaria para dotar a los Informes elaborados por este órgano de auténtica significación práctica.

Con respecto a la evolución de la línea de actuación del Comité de Libertad Sindical, se ha afirmado, por uno de los mayores especialistas, que asistimos en las últimas décadas a un proceso de asunción de menores niveles de protección, caracterizado como de «conservadurización», donde se muestra una «cierta complacencia» del Comité en favor de las posturas patronales²⁶.

De la multitud de cuestiones tratadas en las decisiones dictadas por el Comité de Libertad Sindical²⁷ relacionadas con el derecho de negociación colectiva, hemos seleccionado aquellas que consideramos más útiles al objeto de nuestro estudio, dado que es imposible en un trabajo como el presente realizar un estudio más totalizador:

a) Estas decisiones han mostrado una considerable utilidad a la hora de delimitar algunos de los elementos caracterizadores de la negociación colectiva contenida en los Convenios y Recomendaciones anteriormente enumerados. De este modo, ha mostrado especial interés en resaltar el carácter voluntario que debe presidir los procedimientos regulados por los diferentes Estados (casos 2460, 2848, 2900). El derecho de negociar libremente constituye un elemento esencial de la libertad sindical (casos 1865, 2460, 2684, 2467). Por ello, las autoridades públicas deben abstenerse de intervenir de forma que este derecho sea coartado o su legítimo ejercicio impedido. En definitiva, una disposición jurídica que obligara a una parte a concluir un contrato con otra sería contraria al principio de la negociación libre y voluntaria (caso 2460).

b) La legitimación negociadora han de poseerla tanto los sindicatos como las federaciones y confederaciones y se ha de reconocer el papel de las organizaciones más representativas (caso 2947, 2729, 2750, 2971).

²⁶ ERMIDA URIARTE, Ó, «Crítica de la libertad sindical», *cit.*, p. 42.

²⁷ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO:70002:P70002_HIER_ELEMENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3947747,1.

c) Una de las principales cuestiones resueltas por el Comité, al menos en cuanto al número de casos resueltos, es el relativo a la determinación de los trabajadores cubiertos por la negociación colectiva. Especialmente, ha sido significativa la extensión de tal derecho a los funcionarios públicos (casos 2292, 2430, 3118). Al respecto, nos permitimos destacar, por alejarse de lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad aceptada por el CLS de que el Convenio sea de aplicación, en exclusiva, a los afiliados al sindicato negociador (caso 2006) o el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva de los socios cooperativistas (caso 2668).

d) En cuanto al ámbito objetivo del convenio colectivo, se parte del derecho de las partes para determinar su contenido (caso 2638). Las medidas que se aplican unilateralmente por las autoridades para restringir la gama de temas que pueden ser objeto de negociaciones son, a menudo, incompatibles con el Convenio núm. 98 (caso 2684, 2698).

e) El Comité ha resaltado especialmente la importancia concedida a la obligación de negociar de buena fe para el mantenimiento de un desarrollo armonioso de las relaciones profesionales (caso 2460, 2506, 2704). El resultado de la negociación ha de ser de cumplimiento obligatorio para las partes (casos 2776, 2467, 2947). La negociación colectiva implica un proceso de concesiones mutuas y una certeza razonable de que se mantendrán los compromisos negociados, al menos mientras dure el convenio. El convenio es el resultado de compromisos contraídos por ambas partes sobre ciertas cuestiones, y de la renuncia a determinadas exigencias de negociación con el fin de obtener otros derechos considerados como más prioritarios por los sindicatos y sus miembros (casos 2434, 2502, 3024).

f) Se reitera la prioridad de la legitimidad negociadora en favor de las organizaciones sindicales, de modo que la firma de un pacto colectivo con trabajadores no sindicalizados no debe ser utilizada para menoscabar los derechos de los trabajadores afiliados a un sindicato (casos 2241, 2493). La misma posición se plantea con relación a la atribución de legitimidad negociadora a los representantes electos (casos 2518, 2492, 2780, 2820).

g) La determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería venir impuesto por la legislación (casos 2698, 2473)

h) El recurso de arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo en la negociación colectiva solo es admisible cuando se vean afectados servicios esenciales (casos 2785, 2803).

i) La autonomía individual «en masa», en expresión utilizada por nuestra doctrina, es contraria al derecho de negociación colectiva (caso 2259).

3. INFLUENCIA DE LA OIT EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA: PERSPECTIVA HISTÓRICA

Una vez descritos, a grandes rasgos, los caracteres de los Instrumentos dictados por la OIT sobre el derecho de negociación colectiva y resaltada la doctrina más útil a nuestros efectos del Comité de Libertad Sindical, vamos a describir el impacto que esta institución ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, hemos diferenciado dos grandes períodos, con la Constitución de 1978 como punto de inflexión.

Como se sabe, España no formó parte de los países encargados de la redacción de la Constitución de la OIT, pero sí que se incorporó a la misma desde el primer momento, esto es, en el mismo año 1919 (y como tal se le reconoció el título de «miembro originario»). No alteró dicha pertenencia el hecho de que, entre 1923 y 1931, sufriéramos una Dictadura de corte protofascista que reprimía con dureza a buena parte de las organizaciones sindicales ya existentes²⁸. El comienzo de la II República supone un importante impulso en la participación de España en la toma de decisiones dentro de la OIT y se lleva a cabo la ratificación de buena parte de los Convenios que hasta entonces habían sido aprobados²⁹. En el año 1941, España abandona la Sociedad de Naciones y, por ende, deja de pertenecer a la OIT³⁰. Sin embargo, el episodio más oscuro de esta relación se produce en el período que va de 1956 a 1976. En el año 1956, consecuencia de la admisión de España en la ONU, el régimen franquista, que había llevado a cabo un sistemático exterminio de cualquier forma de disidencia tras la cruenta guerra civil, pasa a formar parte de los países miembros de la OIT³¹. A partir de ese momento, y hasta la muerte del dictador, la única organización sindical que representará a España en su estructura tripartita será el sindicato único de carácter corporativo. Por el contrario, las organizaciones sindicales clandestinas sólo serán atendidas de manera informal, aceptándose, de facto, la falta de libertad sindical en nuestro país³².

Dentro del primero de los períodos tratados, podríamos establecer diversos tramos temporales, coincidentes, lógicamente, con determinados caracte-

²⁸ CUESTA BUSTILLO, J., *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la OIT*, CES, Madrid, 1994, pp. 185 ss.

²⁹ CANO SOLER, D., «España y la OIT. Unas notas», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 117, 2015, p. 289-290.

³⁰ MATEOS, A., *La denuncia del sindicato vertical. Las relaciones entre España y la OIT (1919-1939)*, CES, Madrid, 1997, pp. 25 ss.

³¹ Este ingreso es respondido por parte de los sindicatos integrantes en la OIT con cuatro quejas ante el Comité de Libertad Sindical (CANO SOLER, D., «España y la OIT», *cit.*, p. 291).

³² <https://www.nuevatribuna.es/articulo/sociedad/papel-ccoo-oit-franquismo-inicio-democracia/20190607184428163428.html>.

res del régimen político existente en cada uno de esos períodos. Así, desde la creación de la OIT hasta 1931 podríamos fácilmente definir un período autónomo de esta relación. Cuando se constituye este organismo internacional, España ya contaba con un cuerpo normativo importante, por lo que no se puede decir que influyera en su creación³³. La proclamación de la II República supone un impulso considerable en el proceso de ratificación de los Convenios aprobados hasta ese momento en el seno del organismo internacional³⁴. Sin embargo, como es conocido, cuando se pone fin a la II República todavía no habían sido aprobados, en el seno de la OIT, ninguno de los instrumentos de reconocimiento del derecho por nosotros analizados³⁵.

El golpe de Estado de 1936 diseña un modelo de relaciones laborales muy alejado del diseñado a partir de 1944 por la OIT. En concreto, se niega espacio alguno al convenio colectivo en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo (art. 9 Ley de Contrato de Trabajo de 1944). Básicamente, el motivo de esta oposición a los convenios es doble. Por un lado, contradicen el principio armónico. Si trabajadores y empresarios se integran en la categoría de productores y ambos han de perseguir un mismo objetivo, no existen intereses contrapuestos que hayan de ser conjugados en el proceso de negociación colectiva. Por otro lado, y no menos importante, el convenio colectivo supone la cesión del poder normativo desde aquel que lo detenta u ostenta a favor de los negociadores. Ello, lógicamente, contradice el fuerte centralismo del franquismo y su principio del caudillaje³⁶. En palabras de García Oviedo, «en el Nuevo Estado, la organización sindical que en él prima, no deja terreno hábil para una institución, como es la del pacto colectivo, que exige una sindicación clasista y horizontal. Nuestra legislación ha superado actualmente el régimen de pactos colectivos de transición entre el viejo régimen liberal del contrato individual y el de la Reglamentación por el Estado, entrando plenamente por la nueva vía»³⁷.

Por ello, uno de los aspectos de más difícil justificación durante el primer franquismo, desde la perspectiva que aquí nos ocupa, fue la aprobación de la Ley de 24 de abril de 1958 sobre Convenios Colectivos sindicales (BOE 25 de

³³ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, p. 41.

³⁴ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *La mujer trabajadora en el derecho histórico del trabajo en España*, Comares, Granada, 2019

³⁵ Sí ha sido resaltada la importancia de las Recomendaciones de la OIT en la aprobación de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 (OJEDA AVILÉS, A., «Del mundialismo a la globalización», *cit.*, pp. 45-46.

³⁶ La postura teórica del franquismo respecto de los convenios colectivos contrasta, pues, con la admisión de los denominados convenios colectivos corporativistas del fascismo italiano. Respecto de éstos véase SANTORO-PASSARELLI, F., *Norme corporative, autonomia collettiva e autonomia individuale*, *Dir. Econ. (y en Saggi di Diritto civile I*, Napoli, 1961, p. 245), 1958, pp. 1187.

³⁷ *Derecho Social*, Madrid, 1948, p. 278.

abril de 1958), por cuanto que suponía el fin práctico de uno de los pilares armónicos del Estado corporativo. En primer lugar, tal aprobación suponía el reconocimiento del fracaso del empeño de que las políticas salariales y demás condiciones de trabajo pudieran venir establecidas directamente por el Estado. Además, desde el punto de vista ideológico, supone el reconocimiento implícito de la existencia de dos sujetos sociales, intervinientes en la producción, con intereses enfrentados que justifican una negociación³⁸.

Desde el objetivo por nosotros asumido, este es el primer hito normativo aprobado vigentes los convenios y recomendaciones de la OIT que consagran el derecho de negociación colectiva. Por ello, hemos de preguntarnos sobre cuál fue su influencia³⁹. En el momento de la aprobación de la Ley de Convenios colectivos, acababa de producirse la reincorporación de nuestro país a la OIT. No obstante, no se había producido la ratificación de ningún de los Convenios referidos al derecho colectivo de trabajo. Ello, no obstante, no es óbice para que nos podemos seguir planteando su posible influencia.

La Exposición de Motivos de esta norma no establece ningún tipo de referencia a la normativa no ratificada. Además, los caracteres básicos de esta norma no hubieran sido compatibles con los aspectos relacionados con el derecho de negociación contenido en el Convenio 98⁴⁰. Es decir, podemos afirmar que no fue su aprobación motivada por un deseo del régimen franquista de aproximarse al modelo diseñado por el organismo internacional. Así, si bien se reconocía la eficacia normativa del convenio y su jerarquía respecto al contrato individual de trabajo⁴¹, se distancia de tal Convenio al consagrar el obligatorio reconocimiento de todos los convenios colectivos por el Estado. También se distancia de esta norma en lo referente a la introducción de un supuesto de arbitraje obligatorio en caso de desacuerdos o en la atribución de legitimidad negociadora de los convenios supraempresariales al Sindicato Vertical. Las dificultades que fueron apareciendo para el desarrollo de un sistema de negociación colectiva que dotara de una estructura convencional adecuada a nuestras relaciones de trabajo ocasionó que en las postrimerías del Franquismo se aprobara la Ley de Convenios Colectivos Sindicales de 1973⁴². Tampoco esta

³⁸ MARTÍNEZ ALIER, J., «Prólogo», en AMSDEM, J., *Convenios colectivos y lucha de clases en España*, Ruedo Ibérico, París, 1974.

³⁹ ALBALATE LAFITA, J., «L'influence des conventions internationales du travail sur la législation du travail et l'évolution sociale en Espagne», *Revue internationale du travail*, vol. 118, núm. 4, 1979, pp. 471 ss.

⁴⁰ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á., *La acción normativa de la OIT*, Abecedario, Badajoz, 2009, p. 141.

⁴¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «La «laboralización» del convenio colectivo de trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 43, 1959, p. 117.

⁴² Sobre esta norma, véase RIVERO LAMAS, J., «La contratación colectiva en el Derecho Español», *Revista de Política Social*, núm. 105, 1975, pp. 5 ss.

norma contiene referencias a los Convenios aún no ratificados. Es más, como se expone en su Exposición de Motivos, uno de sus objetivos básicos es el reforzamiento del arbitraje obligatorio que, como decimos, distancia a estas disposiciones de la normativa internacional analizada.

Durante los últimos años del franquismo se sucedieron multitud de informes negativos de la OIT sobre un país que mantenía en prisión a multitud de sindicalistas por el hecho de serlo. Sin duda, el momento más significativo del período lo constituye la aprobación del famoso *Informe sobre la situación laboral y sindical en España* publicado por la OIT en 1969⁴³. En lo que aquí interesa, dicho informe no se mostró excesivamente crítico con la situación de la negociación colectiva en nuestro país, a salvo de cuestiones lógicas como era la falta de auténticas organizaciones sindicales en los procesos de negociación de convenios supraempresariales⁴⁴ o, como anteriormente expusimos, la existencia de arbitrajes de carácter obligatorio en el caso de frustración de la negociación⁴⁵.

4. ACTUAL SISTEMA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y NORMATIVA DE LA OIT: POSIBLES DIVERGENCIAS

En los primeros compases del nuevo período se va sucediendo una enorme proliferación de normas que van adaptando nuestro modelo de relaciones laborales a los niveles de protección dispensados, hacía décadas, en los países de nuestro entorno. Sin embargo, también se pretende dar respuesta, a través de medidas flexibilizadoras, a la situación de crisis económica que asolaba el país. A este respecto es muy significativo el contenido del artículo publicado por los más importantes catedráticos españoles del momento:

«La nueva legislación ni tiene nada que ver con un modelo democrático de relaciones laborales, ni responde a directrices de la OIT, ni está inspirada en las pautas de regulación del Derecho comparado más próximo. Su razón de ser hay que buscarla en otra parte, no fuera de nuestras fronteras, sino dentro; no en el terreno del proceso –supuesto o real– de democratización política, sino en el contexto, más a ras de tierra, de la crisis económica, de sus eventuales salidas y de la distribución del costo de la misma entre los distintos grupos y clases sociales»⁴⁶.

⁴³ OIT, «La situación laboral y sindical en España», *Boletín Oficial de la OIT*, vol. LII, núm. 4, 2.º suplemento, 1969. Véase, muy ampliamente, MARTÍNEZ QUINTEIRO, E., *La denuncia del sindicato vertical. Las relaciones entre España y la OIT (1969-1975)*, CES, Madrid, 1997, pp. 127 ss.

⁴⁴ OIT, «La situación laboral y sindical en España», *cit.*, p. 212, 253 y 254.

⁴⁵ GARCÍA NINET, J. I. y YANINI BAEZA, J., «Sentido e impacto de los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 2, 1997, p. 75.

⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y otros, «Un paso atrás en el camino de la democracia», *El País*, 12 de abril de 1977. Disponible en: https://elpais.com/diario/1977/04/12/economia/229644007_850215.html.

Como puede comprobarse, se hacía referencia a las directrices de la OIT aunque, en aquel momento, todavía no se habían ratificado, al menos en lo referente a la libertad sindical y derecho de negociación colectiva, algunos de los Convenios más importantes. Esta ratificación tuvo lugar un mes después de la fecha de publicación de tal artículo: BOE de 10 de mayo de 1977 (Instrumento de 13 de abril)⁴⁷. Además, la ratificación tendrá lugar con posterioridad a la aprobación del Real Decreto Ley 17/77, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo⁴⁸. Como se sabe, en esta norma se modifican importantes aspectos de la Ley de Convenios Colectivos Sindicales de 1973. En concreto, sin citarla, se adaptaba nuestro ordenamiento jurídico a la norma internacional, toda vez que se suprimía el arbitraje obligatorio y se pretendía, indirectamente, acabar con las Reglamentaciones de Trabajo.

La aprobación de la Constitución de 1978 supone el pleno reconocimiento del derecho de libertad sindical y de negociación colectiva. Al mismo tiempo, crea un sistema monista, con correcciones⁴⁹, respecto al derecho internacional. Los Tratados internacionales, tras su ratificación, pasarán a formar parte del ordenamiento jurídico español (art. 96 CE). De este modo, era de suponer que las normas de la OIT irían adquiriendo un nuevo papel. De hecho, tanto la Constitución como el Estatuto de los Trabajadores, superaron con creces los niveles de protección del derecho de negociación colectiva. Los principales problemas se plantean en relación al modelo de mayor representatividad, pero no así en lo referente al derecho del que aquí nos ocupamos.

España ratificó, por Instrumento de 26 de julio de 1985, el Convenio 154 adoptado por la OIT el 19 de junio de 1981. Es decir, con posterioridad a la aprobación del Estatuto de los Trabajadores y la configuración de nuestro sistema de negociación colectiva en su Título III.

Llegados al punto en el que nuestro ordenamiento jurídico reconoce formalmente la protección plena del derecho de negociación colectiva, hemos de comprobar varias cuestiones relacionadas con el impacto de la normativa de la OIT en nuestro ordenamiento. En primer lugar, comprobaremos las diferentes resoluciones de la OIT, en especial, del Comité de Libertad Sindical a lo largo de estos últimos 50 años. A continuación, nos ocuparemos de indagar sobre el impacto de la normativa internacional analizada en la jurisprudencia

El artículo apareció firmado, además, por los catedráticos José Vida Soria, Luis Enrique de la Villa Gil, José Cabrera Bazán y por los Profesores Agregados Jaime Montalvo Correa, Fermín Rodríguez-Sañudo, Tomás Sala Franco y Juan Manuel Ramírez Martínez.

⁴⁷ Un día después se publicaría la ratificación del Convenio núm. 87.

⁴⁸ Derogado respecto a esta cuestión por la disposición final 3 de la Ley 8/80, de 10 de marzo.

⁴⁹ BONET PÉREZ J. y OLESTI RAYO, A., *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*, Huygens Editorial, Barcelona, 2010, p. 107.

de nuestros Tribunales Supremo y Constitucional. Por último, comprobaremos la posible contradicción entre nuestros compromisos internacionales y el tenor de la última gran reforma de nuestro sistema de negociación colectiva.

Respeto a la primera de las cuestiones, España es, junto a Grecia, el país que en más ocasiones ha sido objeto de quejas ante el Comité de Libertad Sindical en este período⁵⁰. No solo es el primero de los países receptores de tales quejas, sino que dobla al tercero. En concreto, acumula un total de 52⁵¹. Por el contrario, países como Suecia solo acumulan 2. Sería difícil en este momento determinar las causas de tal circunstancia y, obviamente, no pueden obedecer a que España sea el país más vulnerador de los convenios aquí tomados como referencia. De hecho, desde el año 2000, se reduce significativamente dicho número⁵² y se refieren, en la mayor parte de las ocasiones, a cuestiones de carácter técnico, no existiendo una relación directa entre frecuencia y gravedad de los asuntos planteados⁵³. Lo cierto es que tal volumen de quejas se ha traducido en el empleo, en algunas ocasiones, por parte del Tribunal Supremo de los criterios emanados de este órgano para la interpretación de ciertas cuestiones⁵⁴.

Podemos resaltar los informes más significativos, a los efectos aquí planteados, dictados por el Comité tras la promulgación del actual texto constitucional:

a) La libertad que ha de presidir todo el sistema de negociación provoca que, en ocasiones, algunas organizaciones sindicales pueden verse perjudicadas respecto a la selección del ámbito de aplicación del convenio. Estos perjuicios son admisibles siempre que las normas prevean mecanismos objetivos de determinación de tales cuestiones (caso 900, 1978).

b) El diseño previsto en la LOLS de la mayor representatividad y la atribución de funciones privilegiadas a aquellas organizaciones sindicales que la alcancen, no es contrario a los Convenios OIT siempre que los criterios de atribución sean objetivos (caso 1320, 1985). La misma argumentación ha de

⁵⁰ CANO SOLER, D., «España y la OIT», *cit.*, p. 296. GERNIGON, G., «El Comité de Libertad Sindical: influencia en España», *cit.*, 1999; ARGÜELLES BLANCO, A. R., «Recepción en España y dificultades de aplicación de los convenios fundamentales de la OIT: en particular, sobre los convenios núm. 87 y 98», *Documentación Laboral*, núm. 116, p. 20.

⁵¹ Sin embargo, no podemos dejar de advertir que, en más de la mitad de los casos, las quejas fueron rechazadas. Véase, GERNIGON, B., «El comité de libertad sindical», *cit.*, p. 149.

⁵² CABEZA PEREIRO, J., «Los Informes del Comité de Libertad Sindical sobre España en el siglo XXI», en CARDONA RUPERT, M. B. y otros (coord.), *Ciudadanía y desarrollo*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 99.

⁵³ GERNIGON, B., «El comité de libertad sindical», *cit.*, p. 149.

⁵⁴ OJEDA AVILÉS, A. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M., «Análisis de la libertad sindical en España bajo el prisma de la OIT: las recomendaciones del comité de libertad sindical a escena», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 117, 2015, p. 29.

aplicarse a la hora de determinar la legitimidad negociadora (casos 2064, 1999; 915, 1978; y 2759, 2010).

c) Los servicios mínimos deben ser negociados (caso 1374, 1986), salvo que concurren supuestos excepcionales (caso 2785, 2010)⁵⁵.

d) La autonomía individual plural no puede menoscabar el papel regulador del convenio colectivo (caso 1472, 1988).

e) Quizás el tema más recurrente durante este período es el relativo a la delimitación de funciones de la negociación colectiva en el sector público y las limitaciones impuestas en orden a conseguir la reducción del déficit público (Caso núm. 2918, 2011; y 308, 1997)⁵⁶. En esencia, el Comité de Libertad Sindical viene a admitir tales limitaciones si bien por el tiempo imprescindible, hasta tanto se consiga el citado equilibrio presupuestario⁵⁷.

Respecto a la segunda de las cuestiones, esto es, el impacto de los Convenios de la OIT en nuestra jurisprudencia, se ha advertido que «venimos asistiendo a una clara nacionalización de la libertad sindical y una minusvaloración de los tratados internacionales al encontrarnos con pronunciamientos que contienen referencias meramente programáticas de los Convenios internacionales en materia de libertad sindical»⁵⁸. En el mismo sentido, se destaca la escasa significación práctica de las menciones incorporadas en las sentencias⁵⁹.

En concreto, el Tribunal Supremo ha citado la Recomendación 163 a la hora de abordar las competencias de las comisiones paritarias de los convenios colectivos⁶⁰ o al Convenio 98 para referirse al procedimiento de negociación de los convenios colectivos⁶¹. La escasez de la presencia de los Convenios en las sentencias de nuestro Tribunal Supremo acaece no solo por infracción de ley sino también con carácter meramente interpretativo⁶². En ocasiones, se

⁵⁵ GARRIDO PALACIOS, M. A., *Control de convencionalidad y Derecho del Trabajo. El encaje del Derecho Internacional del trabajo en el iuslaboralismo español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 210.

⁵⁶ CABEZA PEREIRO, J., «Los Informes del Comité de Libertad Sindical sobre España en el siglo XXI», *cit.*, p. 99.

⁵⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F., «La negociación colectiva de las retribuciones en el sector público: normativa y doctrina de la OIT», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2017, pp. 297 ss.; y GARCÍA NINET, J. I. y YANINI BAEZA, J., «Sentido e impacto de los Convenios 87 y 98», *cit.*, p. 96.

⁵⁸ OJEDA AVILÉS, A. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M., «Análisis de la libertad sindical en España bajo el prisma de la OIT», *cit.*, p. 29.

⁵⁹ FALGUERA BARÓ, M.Á., «La normativa de la OIT y su traslación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral», *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 6, núm. 1, 2016, p. 46.

⁶⁰ STS 28 de octubre de 1997 (RJ 1997/7682).

⁶¹ SSTs de 19 de septiembre de 2005 (RJ 2005/8351); 6 de mayo de 2009 (RJ 2009/4965); y 11 de noviembre de 2015 (rec. 225/14).

⁶² OJEDA AVILÉS, A., «Del mundialismo a la globalización», *cit.*, pp. 21 ss.; ALFONSO MELLADO, C. L., «La aplicación en el ámbito interno de los tratados internacionales en materia social», *Trabajo y Derecho*,

hace referencias a tales Convenios, simplemente, para declarar que nuestra legislación supera la normativa de la OIT⁶³.

A continuación, procederemos a analizar de manera específica la relación de nuestro ordenamiento jurídico con la normativa emanada de la OIT tras la gran reforma del régimen jurídico de la negociación colectiva acaecida a comienzos de la década pasada.

Pues bien, la aprobación de las sucesivas reformas en los años 2010, 2011 y 2012 suscitó, por parte de las organizaciones sindicales, apelaciones a la legalidad internacional y, en concreto, a los compromisos asumidos por España como consecuencia de la ratificación de los Convenios de la OIT, entre los que se encontraban los aquí analizados. Como se sabe, la reforma supuso, en lo que se refiere a la negociación colectiva, la alteración más importante desde la aprobación del Estatuto de los trabajadores en su original redacción. Desde el primer momento, se la consideró mucho más incisiva que la realizada en 1994 y diseñadora de un sistema de negociación colectiva que bordeaba los compromisos internacionales y el propio texto constitucional⁶⁴.

Los posibles conflictos entre las reformas de la década pasada y los convenios de la OIT aquí analizados también fueron resaltados por un cierto sector de la doctrina. Especial atención se prestó a la contradicción de la nueva redacción del artículo 84.2 con la preferencia de los sujetos sindicales en la negociación de los convenios colectivos o la incompatibilidad de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa⁶⁵.

La reforma fue recurrida ante el Tribunal Constitucional en sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos, respectivamente, por el Parlamento de Navarra y por varios grupos parlamentarios de la oposición. Casi al mismo tiempo, un gran número de organizaciones sindicales, incluidas UGT y CCOO, acudían ante el Comité de Libertad Sindical para que este determinara si tal reforma había vulnerado alguno de los Convenios suscritos por nuestro país.

núm. 12, 2015, p. 24 ss.; y MOLINA GARCÍA, M., «Los convenios de la OIT en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», *Trabajo y Derecho*, núm. 9, 2019, p. 3.

⁶³ STS de 8 de octubre de 2009 (Rec. 161/07).

⁶⁴ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «La negociación colectiva en España tras las reformas de 2010, 2011 y 2012», *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo*, vol. 1, 2013.

⁶⁵ Véase, TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «La evolución de las estructuras de participación de los trabajadores en España a consecuencia de la crisis: sobre su consonancia (o disonancia) con la normativa internacional», *Revista Internacional y Comparada de RRL y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 1, 2016, p. 5; BENAVENTE TORRES, I., «Representación extraestatutaria, participación directa y posible inconstitucionalidad de la comisión ad hoc no sindicalizada», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 385, 2015, pp. 69-92.

STS de 8 de octubre de 2009 (Rec. 161/07).

La queja se basaba en dos cuestiones diferenciadas. Por una parte, se planteaba contra el procedimiento utilizado y la falta de respeto del previo «II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva de 2012, 2013 y 2014» (BOE de 6 de febrero de 2012). En cuanto al contenido, esta norma se considera por las organizaciones firmantes de la queja como contraria al derecho de libertad sindical y negociación colectiva, entre otras razones, por consagrar la prioridad aplicativa de la negociación en el ámbito de la empresa con independencia de la voluntad de las partes; o por la posibilidad de inaplicación de lo pactado en convenio colectivo cuando concurren ciertas razones.

La respuesta dada por el CLS en su Informe 371 (caso 2947) a la primera de las cuestiones vuelve a reiterar la que, recientemente, había realizado en el Informe 368 (2013)⁶⁶. En concreto, se reitera la necesidad de no escudarse en la gravedad de la situación económica para eludir el diálogo social. En esencia, en el Informe 368 el CLS «lamenta[ba] la ausencia de un auténtico proceso de consultas, particularmente teniendo en cuenta que las medidas contempladas se aplicaban a buena parte del sector público y tenían por efecto la suspensión de cláusulas de contenido económico de acuerdos colectivos»⁶⁷, aunque asume que la complejidad presupuestaria que propició esta norma pudiera, excepcionalmente, justificar la falta de diálogo social (párrafo 362). Por último, «invita al Gobierno a que el futuro considere en el marco del diálogo social los principios mencionados en las conclusiones relativos a la negociación colectiva en situación de dificultad económica o de crisis» (párrafo 364). En esta ocasión, tras recordar lo próximo de su anterior pronunciamiento, manifiesta que «espera firmemente que en adelante se respeten plenamente estos principios en materia de consultas en relación con legislaciones que afecten a los intereses de las organizaciones sindicales y sus afiliados y pide al Gobierno que adopte medidas en este sentido»⁶⁸.

En relación a las cuestiones de contenido planteadas por los sindicatos y que conectan con nuestro objeto de estudio, «el Comité destaca que la elaboración de procedimientos que favorecen de manera sistemática la negociación descentralizada de disposiciones derogatorias menos favorables que las disposiciones de nivel superior puede desestabilizar globalmente los mecanismos de negociación colectiva así como las organizaciones de empleadores y de trabajadores y debilita la libertad sindical y la negociación colectiva en violación de los principios consagrados en los Convenios núms. 87 y 98». En cuanto a la

⁶⁶ Caso 2918, 17 de noviembre de 2011.

⁶⁷ Párrafo 356. Informe 368 (2013), caso 2918 (17 de noviembre de 2011).

⁶⁸ Párrafo 446. Informe 371 (2014), caso 2947 (10 de mayo de 2012).

prioridad del convenio colectivo de empresa, mantiene que «recuerda su posición en el sentido de que la determinación del nivel de la negociación colectiva debe corresponder en principio a las partes» (párrafo 455). Por último, requiere al Consejo de Administración la aprobación de la recomendación al Gobierno español de que reactive el diálogo social y le comunique las sentencias que se pudieran dictar por los Tribunales Constitucional y Supremo⁶⁹. A pesar de lo escueto de las recomendaciones, se ha juzgado este Informe como una crítica a la reforma analizada⁷⁰.

Con posterioridad, el Comité de Expertos para la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (CEACR) en Solicitud directa⁷¹, y tras recibir la comunicación de CCOO sobre el incremento de los convenios de empresa suscritos por representantes sin suficiente legitimidad, invita al Gobierno a examinar esta cuestión en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores y le pide que informe.

A pesar de las advertencias del CLS, el Tribunal Constitucional, al resolver los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la reforma, en ningún momento aludió a la normativa de la OIT para basar sus razonamientos, rechazando, por el contrario, las argumentaciones de los recurrentes cuando se hizo referencia a esta. Como se sabe, en aquella ocasión el máximo intérprete de la constitución entendió que la reforma respetaba los derechos de libertad sindical y negociación colectiva. Entendía que las limitaciones a los mismos estaban justificadas por un superior bien jurídico que para él era la productividad SSTco. 8/15, de 22 de enero y 119/14, de 16 de julio).

Por el contrario, en el Voto particular, formulado por Fernando Valdés Dal-Ré y al que se adhirieron otros dos magistrados, se utilizó entre sus argumentos contrarios al parecer mayoritario de la Sala, precisamente, el Informe del CLS como entendemos que también hubiera tenido que hacer el sector mayoritario del Pleno.

⁶⁹ El Gobierno cumplió con esta obligación remitiendo información de las SSTCo 119/14, de 16 de julio y 8/15, de 22 de enero.

⁷⁰ «Aunque el lenguaje de la OIT sea siempre diplomático, es evidente que el Informe del CLS está señalando que el gobierno español ha vulnerado la libertad sindical y la negociación colectiva en los términos en los que estos derechos están reconocidos en los Convenios 87 y 98 de la OIT ratificados por España» (<https://baylos.blogspot.com/2014/03/el-gobierno-del-partido-popular-vulnera.html>). En el mismo sentido, GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Las críticas del Comité de Libertad Sindical de la OIT a la reforma de 2012: una nueva muestra de la importancia del derecho laboral internacional», *Revista de Derecho Social*, núm. 66, 2014, p. 216.

⁷¹ Adopción: 2018, Publicación: 108.ª reunión CIT (2019).

5. CONCLUSIONES

Tras un primer período de la vida de la centenaria Organización Internacional del Trabajo en el que no existían Convenios referidos a la protección de los derechos colectivos del trabajo, se pasa al pleno reconocimiento de alguno de ellos. A este respecto, el hito fundamental será, lógicamente, la aprobación de los Convenios 87 y 98. Este último consagraría al máximo nivel la necesidad de proteger la negociación colectiva como instrumento de reequilibrio contractual y mecanismo de facilitación de una mayor justicia social.

Casi setenta y cinco años después, los principios que inspiraron tal derecho en la OIT continúan siendo idénticos. En especial, hemos de destacar la necesidad de garantizar la voluntariedad de la negociación y el empeño en la búsqueda de unos sujetos legitimados que garanticen un mínimo equilibrio negociador.

La relación de nuestro país respecto a los convenios 87 y 98 ha sido todavía más tortuosa, si cabe, que la mantenida con el propio Organismo. El período de separación de nuestro país de la OIT se ve incrementado en veinte años si lo comparamos con el tiempo que restaba para la ratificación de tales Convenios. Desde el final de la Dictadura, las resoluciones de los organismos de protección, en especial, el Comité de Libertad Sindical, van perdiendo la gravedad que adquirieron en los últimos años del franquismo. Se proclama que España es uno de los países que con más rigor se adapta a los principios que inspiran la consagración de los derechos colectivos.

No obstante, esta situación quiebra tras la crisis económica del año 2008 y las sucesivas reformas que trataran de flexibilizar el mercado de trabajo. El convenio colectivo comienza a ser visto no solo como un instrumento de gestión de la fuerza de trabajo sino que se concibe como objeto de las propias medidas de flexibilización. En especial, hemos destacado la separación de los principios consagrados por la OIT en lo referente a la legitimación no sindical prevista en el procedimiento de inaplicación del artículo 82.3 ET y la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa del artículo 84.2 ET.

Esta situación es resaltada por el CLS en su Informe 371 de manera suficientemente explícita, a pesar del lenguaje siempre diplomático del organismo tripartito, como para haber hecho modificar la peligrosa tendencia que iba adquiriendo nuestro ordenamiento jurídico respecto a la regulación del derecho de negociación colectiva. Por el contrario, el Tribunal constitucional interpreta la reforma como acorde a nuestro texto constitucional y obvia, contrariamente a sus obligaciones, las advertencias emitidas desde el órgano de

garantía de la OIT. Esta situación ni tan siquiera se revierte en la más reciente reforma de 2021.

En definitiva, este último hito de nuestra relación con la OIT demuestra uno de los más importantes déficits del organismo tripartito. Nos referimos a la inexistencia de instrumentos que permitan exigir el cumplimiento de los compromisos derivados de la ratificación de sus convenios por parte de los países miembros.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALATE LAFITA, J., «L'influence des conventions internationales du travail sur la législation du travail et l'évolution sociale en Espagne», *Revue internationale du travail*, vol. 118, núm. 4, 1979, pp. 471 ss.
- «La Organización Internacional del Trabajo y los convenios colectivos», *Revista de Estudios Sindicales*, núm. 29, 1974, pp. 82 ss.
- ALFONSO MELLADO, C. L., «La aplicación en el ámbito interno de los tratados internacionales en materia social», *Trabajo y Derecho*, núm. 12, 2015, p. 24 ss.
- ARGÜELLES BLANCO, A. R., «Recepción en España y dificultades de aplicación de los convenios fundamentales de la OIT: en particular, sobre los convenios núm. 87 y 98», *Documentación Laboral*, núm. 116, p. 20.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Á., *La acción normativa de la OIT*, Abecedario, Badajoz, 2009, p. 141.
- BAYLOS GRAU, A., «Las normas internacionales del trabajo: la importancia de la dimensión colectiva y el alcance universal de los derechos laborales», en AA. VV., *CCOO en el centenario de la OIT: 1919-1929*, pp. 33 ss.
- BENAVENTE TORRES, I., «Representación extraestatutaria, participación directa y posible inconstitucionalidad de la comisión ad hoc no sindicalizada», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 385, 2015, pp. 69-92.
- BONET PÉREZ J. y OLESTI RAYO, A., *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*, Huygens Editorial, Barcelona, 2010, p. 107.
- CABEZA PEREIRO, J., «Los Informes del Comité de Libertad Sindical sobre España en el siglo XXI», en CARDONA RUPERT, M. B. y otros (coord.), *Ciudadanía y desarrollo*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 99.
- CANO SOLER, D., «España y la OIT. Unas notas», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 117, 2015, p. 289-290.
- CASAS BAAMONDE, M. E., «Los convenios fundamentales de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, pp. 147 ss.
- CIALTI, P-H., «Negociación colectiva en Colombia: na visión cruzada entre el sector público y privado». *Estudios Socio-Jurídicos*, 2015, núm. 181 (1).
- CUESTA BUSTILLO, J., *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la OIT*, CES, Madrid, 1994, pp. 185 ss.

- GARCÍA OVIEDO, C., *Derecho Social*, Madrid, 1948.
- ERMIDA URIARTE, Ó, «Crítica de la libertad sindical», *Derecho PUCP*, núm. 68, 2012, p. 38.
- ERMIDA URIARTE, Ó. y VILLAVICENCIO RÍOS, A., «El Comité de Libertad Sindical», *Temas Laborales*, núm. 32, 1994, pp. 88-89.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «La negociación colectiva en España tras las reformas de 2010, 2011 y 2012», *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo*, volumen núm. 1, 2013.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *La mujer trabajadora en el derecho histórico del trabajo en España*, Comares, Granada, 2019.
- FALGUERA BARÓ, M.Á., «La normativa de la OIT y su traslación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral», *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 6, núm. 1, 2016, p. 46.
- GARCÍA NINET, J. I. y YANINI BAEZA, J., «Sentido e impacto de los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 2, 1997, p. 75.
- GARRIDO PALACIOS, M. A., *Control de convencionalidad y Derecho del Trabajo. El encaje del Derecho Internacional del trabajo en el iuslaboralismo español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 210.
- GERNIGON, B., «El comité de libertad sindical de la OIT», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1999, p. 142.
- GERNIGON, B., ODERO, A. y GUIDO, H., «Principios de la OIT sobre la negociación colectiva», *Revista Internacional del trabajo*, vol. 119, 2000, núm. 1, p. 37.
- GIL Y GIL, JL., «Justicia Social y acción normativa de la OIT», *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo*, vol. 3, núm. 4, 2015, p. 15.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Las críticas del Comité de Libertad Sindical de la OIT a la reforma de 2012: una nueva muestra de la importancia del derecho laboral internacional», *Revista de Derecho Social*, núm. 66, 2014, p. 216.
- HUGLES, S. y HAWORTH, N., *The International Labour Organization. Coming in from the cold*, Routledge, Global Institutions, London and New York, 2011, p. 45.
- MARTÍNEZ ALIER, J., «Prólogo», en AMSDEN, J., *Convenios colectivos y lucha de clases en España*, Ruedo Ibérico, París, 1974.
- MARTÍNEZ QUINTEIRO, E., *La denuncia del sindicato vertical. Las relaciones entre España y la OIT (1969-1975)*, CES, Madrid, 1997, pp. 127 ss.
- MATEOS, A., *La denuncia del sindicato vertical. Las relaciones entre España y la OIT (1919-1939)*, CES, Madrid, 1997, pp. 25 ss.
- MAUPAIN, F., *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sans contenir ?*, Institut International d'Études Sociales, OIT, Genève, 2012, p. 7.
- MOLINA GARCÍA, M., «Los convenios de la OIT en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», *Trabajo y Derecho*, núm. 9, 2019, p. 3.
- OIT, «La situación laboral y sindical en España», *Boletín Oficial de la OIT*, vol. LII, núm. 4, 2.º suplemento, 1969.

- OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de convenios y Recomendaciones. Informe general y observaciones acerca de ciertos países. Informe III (Parte IA) a la 86.ª reunión de la conferencia Internacional del trabajo*, Ginebra, 1998, p. 280.
- *Informe sobre el Diálogo Social 2022: La negociación colectiva en aras de una recuperación inclusiva, sostenible y resiliente. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2022.*
- OJEDA AVILÉS, A. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M., «Análisis de la libertad sindical en España bajo el prisma de la OIT: las recomendaciones del comité de libertad sindical a escena», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 117, 2015, p. 29.
- OJEDA AVILÉS, A., «Del mundialismo a la globalización. Un balance de los convenios OIT y su proyección futura», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 434, 2019, pp. 21 ss.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, p. 41.
- POTOBSKY, G., «El devenir de las normas internacionales del trabajo», *Revista de Derecho Social-Latinoamérica*, núm. 3, 2007.
- RIOUX, C., «Un programme de formation à la négociation au Maroc », *Négociation*, 2009, núm. 2.
- RIVERO LAMAS, J., «La contratación colectiva en el Derecho Español», *Revista de Política Social*, núm. 105, 1975, pp. 5 ss.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «La “laboralización” del convenio colectivo de trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 43, 1959, p. 117.
- ROJO TORRECILLA, E., «La Declaración del centenario de la OIT. A propósito de la importancia del reconocimiento de la libertad sindical y la negociación colectiva», *Revista Derecho social y Empresa*, núm. 13, 2020, p. 9.
- SANTORO-PASSARELLI, F., *Norme corporative, autonomia collettiva e autonomia individuale*, *Dir. Econ. (y en Saggi di Diritto civile I, Napoli, 1961, p 245)*, 1958, pp. 1187.
- SERVAIS, J. M., «Los estándares laborales de la OIT en el contexto de la crisis», en GIL Y GIL, J. L. (dir.), *Reformas laborales frente a la crisis a la luz de los estándares de la OIT*, Juruá, Porto, 2014, p. 25.
- SUPIOT, A., «La place de la sécurité sociale dans le système des normes internationales du travail», *Semaine Sociale Lamy*, núm. 1272, 2006, p. 8.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «La evolución de las estructuras de participación de los trabajadores en España a consecuencia de la crisis: sobre su consonancia (o disonancia) con la normativa internacional», *Revista Internacional y Comparada de RRLL y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 1, 2016, p. 5;
- VALDÉS DAL-RÉ, F., «La negociación colectiva de las retribuciones en el sector público: normativa y doctrina de la OIT», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2017, pp. 297 ss.

■ LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES...

- VALTICOS, N., «La Organización Internacional del Trabajo: Cincuenta años de actividades normativas», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 115, núm. 2, 1996, pp. 429-452.
- VEGA RUIZ, M. L., *Libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva en América Latina*, Ginebra, OIT, 2004, p. 44-45.
- VIGO SERRALVO, F., «Repensemos el trabajo decente. Sobre lo inadecuado de este lema y los motivos por los que la dignidad del trabajo es independiente de las condiciones en las que se presta», *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo*, vol. 10, núm. 1, 2022, pp. 69 ss.
- VISSER, J., HAYTER, S. y GAMMARANO, R., «Relaciones Laborales y negociación colectiva». *Nota Breve OIT*, 2013.
- YANNOPOULOS, N., *La protection internationale de la liberté syndicale: la Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale de l'OIT*, LGDJ, París, 1973, p. 10.

SOLUCIÓN VOLUNTARIA DE CONFLICTOS LABORALES EN LOS INSTRUMENTOS DE LA OIT Y EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RELACIONES LABORALES

FRANCISCO JAVIER TOROLLO GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. *Un punto de partida y de llegada: la orfandad de fuentes normativas de la OIT relativas al arbitraje, la mediación y la conciliación.*–2. *La recomendación núm. 92 sobre la conciliación y el arbitraje voluntario.*–3. *Las referencias a los medios amistosos de solución de conflictos en otras recomendaciones de la OIT.*–4. *La inspección de trabajo y los medios de solución de conflictos en la OIT.*–5. *La solución extrajudicial de conflictos en los convenios de la OIT.*–6. *El comité de libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva y a la solución extrajudicial de conflictos.*–7. *El comité de libertad sindical, el derecho a la huelga y la solución extrajudicial de conflictos.*–8. *La comisión de expertos y la solución extrajudicial de conflictos.*–9. *Aproximación histórica a la solución autónoma de conflictos en el derecho español.*–10. *Los medios de solución autónomos de conflictos en el ET.*–11. *Los medios de solución autónomos de conflictos y la negociación colectiva.*–12. *A modo de conclusión: síntesis valorativa.*

1. UN PUNTO DE PARTIDA Y DE LLEGADA: LA ORFANDAD DE FUENTES NORMATIVAS DE LA OIT RELATIVAS AL ARBITRAJE, LA MEDIACIÓN Y LA CONCILIACIÓN

Los objetivos esenciales perseguidos por la OIT desde su creación¹, en el marco del Tratado de Versalles en 1919, apenas han variado. Tanto en sus orí-

¹ Capítulo XIII del Tratado de Versalles que puso fin a la Primera Guerra Mundial.

genes, como en los momentos actuales, no cabe duda de que la OIT sigue buscando como objetivo último la «justicia social» y el respeto a los derechos humanos en el trabajo. Naturalmente, la OIT no ha dejado de pretender la consecución del fin indicado², pero las actuales exigencias y el contexto social, político y económico son muy diferentes a los existentes en los momentos de su constitución que, como es sabido, quedó condicionada por la finalización de la Primera Guerra Mundial. En la actualidad, y desde una óptica exclusivamente laboral, las reflexiones se centran fundamentalmente en el «Futuro del Trabajo» humano en un contexto de interdependencia económica globalizada y digital, y de gestión por plataformas a tres bandas³. La OIT, pasado ya su centenario, busca adaptarse y dar una respuesta transnacional a las nuevas y distintas formas de producción y de organización algorítmica del trabajo, a unos nuevos modelos productivos más sostenibles, ecológicos, automatizados y robotizados y, en consecuencia, a sus procesos deslocalizados de creación, destrucción, sustitución y adaptación de los empleos. Las recientes y modernas modalidades de trabajo y de prestación de servicios inherentes a la revolución tecnológica y de los medios de información y conocimiento son las que centran en la actualidad la mayor atención de la OIT. En palabras de Blackett, ésta «no es sólo una organización con historia, sino que es, ante todo, una organización con futuro»⁴ y con grandes retos en su camino⁵: «el trabajo decente y el desarrollo sostenible»⁶. Ello puede ayudar a explicar la actitud que la OIT muestra sobre los medios extrajudiciales de solución de conflictos y su pobre tratamiento acorde a una concepción meramente instrumental y completamente marginal.

El imperativo de búsqueda de ese ambicioso objetivo de «justicia social» pasa, sin duda, por la promoción del «trabajo decente»⁷ o digno en un nuevo orden político y económico globalizado y transnacional vinculado con la activación de programas de muy diversa naturaleza y concepción, que persiguen una más eficaz protección de la salud y el bienestar de todos los ciudadanos,

² «El entorno mundial contemporáneo hace que los objetivos fundacionales de la OIT en materia de justicia social parezcan tan pertinente, urgentes e inspiradores hoy en día», cfr. BLACKETT, A.: «Futuros transnacionales del derecho internacional del trabajo. Introducción», en *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 4, 2020, p. 498.

³ Véanse los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la Declaración de la OIT de 1998.

⁴ Vid. NIETO SÁINZ, J.: «Trazando un camino hacia el futuro del trabajo: el Informe de la comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo en el marco del centenario de la OIT», *Documentación Laboral*, núm. 117, 2019, p. 25.

⁵ Con detalle, OJEDA AVILÉS, A.: «Diez propuestas sobre el futuro de los convenios de la OIT», *Documentación Laboral*, núm. 117, 2019, pp. 73 ss.

⁶ Véase la *Agenda 2030* de la OIT.

⁷ Véase la Declaración de OIT de 2008 sobre la «Justicia social para una globalización equitativa».

objetivos que pasan por un adecuado suministro de alimentos, vivienda y medios de recreo y cultura en todas las naciones del mundo⁸, y no sólo en sus ciento ochenta y siete Estados Miembros. Claro que, este objetivo no es sino un medio de otro muy superior: alcanzar y mantener la «paz universal y permanente»⁹. Meta que, al menos de momento, se muestra desgraciadamente utópica.

Alrededor de estos ambiciosos y nobles objetivos se identifican otros muchos que podrían calificarse como «menores», (aunque realmente no sean tales), para los que se han articulado numerosos textos normativos cuya característica común es su carácter monográfico pues, o bien se ocupan exclusivamente de distintas condiciones laborales, o bien se centran en la protección de colectivos de trabajadores individualizados por sectores de producción. Y todos ellos, con excepciones muy puntuales y aisladas, presentan una tónica común: ninguno se ocupa directa y específicamente de los medios extrajudiciales de solución de conflictos. Aunque aparecen muestras de que parece cambiar muy sutilmente.

En efecto, ni el arbitraje, ni la mediación o la conciliación ocupan una parte significativa del articulado de la casi totalidad de los convenios de la OIT. Cuando estos reparan en apuntar la posibilidad de recurrir a estos medios de solución extrajudicial de conflictos reciben el impulso que cabría esperar, dada la unanimidad existente en torno a los beneficios que conlleva recurrir a ellos.

Evidentemente, se nos muestra difícil imaginar que en los importantes y trascendentes convenios sobre la abolición del trabajo forzoso (núm. 105, de 1957) o sobre la edad mínima para trabajar (núm. 138, de 1973) o de las peores formas de trabajo infantil (núm. 182, de 1999), por poner sólo unos mínimos ejemplos, se contenga una referencia a los medios extrajudiciales de solución de conflictos. En relación con estos convenios nada puede objetarse. No vemos en qué medida podrían intervenir los medios extrajudiciales de solución de conflictos ante una supuesta violación o vulneración de sus principios o de sus más elementales derechos esenciales. Si estos se vulneraran una solución autónoma a ese hecho, que genera un conflicto, sería como mínimo impertinente. Y en la misma línea, pero abordado desde una óptica global, a los medios autónomos de solución de conflictos laborales no se les ha dado relevancia para la consecución del fin último: la «justicia social».

⁸ Cfr. «Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT y de los principios que debieran inspirar la política de sus miembros», adoptada por la conferencia General en Filadelfia el 10 de mayo de 1944.

⁹ «La paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social». De ahí que «las Altas Partes Contratantes movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo... convienen en la siguiente Constitución de la OIT», cfr. preámbulo.

Sí, por el contrario, consideramos que la mediación, el arbitraje y la conciliación deberían tener un mayor protagonismo en todos aquellos convenios que con unos fines más limitados y concretos buscan la consecución del objetivo de un «trabajo digno» y justo. En estos, debería superarse el mero papel que en la actualidad se les dispensa habida cuenta que constituyen un medio, idóneo, para salvaguardar unas mínimas condiciones de bienestar laboral y social, esto es, de unas determinadas condiciones laborales generalizadas o, con un tratamiento específico, para determinados colectivos de trabajadores.

De la OIT podría esperarse una mayor preocupación en la promoción de una cultura más cercana a la solución autónoma de los conflictos laborales en los que las partes en liza fueran los verdaderos artífices de su solución. Los beneficios son sobradamente conocidos y las ventajas muy positivas para las partes y la sociedad en su conjunto. Pensemos, por ejemplo, en las posibilidades que ofrece la mediación y el arbitraje ante una negociación estancada y la apertura a una posible solución mucho más flexible y abierta con especial atención a los diferentes intereses económicos y de competitividad en juego. No obstante, no conviene comparar el tratamiento que dispensa la OIT con las amplias posibilidades que nos ofrecen los distintos ordenamientos de los Estados occidentalizados y asentados en un régimen democrático de relaciones laborales. Esa realidad, ocioso es indicarlo, no está generalizada entre todos los Estados miembros.

De los 190 convenios de la OIT ninguno se ha ocupado específicamente del arbitraje, la conciliación o la mediación. Y esta situación no deja de sorprender habida cuenta la conformación de un marco jurídico completo para el derecho de la libertad sindical (Convenio núm. 87, de 1948) y el derecho de sindicación y de la negociación colectiva (Convenio núm. 98, de 1949)¹⁰. Al igual que con estos derechos podría pensarse que no sobraría un convenio dedicado a estos medios de solución de los conflictos laborales en los que las partes voluntariamente optaran acogerse a esta vía habida cuenta su unida relación. Quizás, con una pretensión menos ambiciosa, podría defenderse que un mínimo detenimiento hubiera sido positivo en estos convenios, y muy especialmente en el de la negociación colectiva dado que ésta se vincula y se potencia con la mediación y la conciliación, que son excelentes mecanismos auxiliares

¹⁰ Entre otros Convenios: núm. 11, de 1921; núm. 84, de 1947; núm. 87, de 1948; núm. 135, de 1971; núm. 141 de 1975. El Convenio núm. 154, DE 1981, sobre la negociación colectiva, al que acompaña la Recomendación núm. 163 sobre la negociación colectiva, del mismo año. Este Convenio recupera en su Preámbulo la «obligación solemne» de la OIT de «lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva» y el deseo de completar las normas existentes hasta el momento «con medidas apropiadas fundadas en dichas normas y destinadas a fomentar la negociación colectiva libre y voluntaria».

de la misma. No obstante, como se ha indicado, ni existe un convenio específico sobre los medios extrajudiciales de solución de conflictos que pudiera complementar el Convenio núm. 98, ni en éste se hace mención alguna a ellos.

No creemos que en un futuro cercano la situación cambie. Y es que, la OIT no ha dirigido su acción hacia la promoción de las soluciones autónomas de los conflictos laborales y, por lo tanto, no se les ha dispensado el impulso necesario para su implementación en los sistemas de relaciones laborales de los Estados con menor tradición en este ámbito. Dentro de las cuatro prioridades estratégicas que ya fueron identificadas en la «Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo», de 18 de junio de 1998¹¹, por supuesto, la solución extrajudicial de las controversias no quedó incluida. Y hasta los momentos presentes ni la mediación, ni el arbitraje han contado con el tratamiento normativo que cabría esperar.

Una de las conclusiones que mejor perfilan el lugar que ocupa dentro de la OIT la solución extrajudicial de conflictos es la indicada: la ausencia de texto normativo que directamente se ocupe de los mismos. Y ello puede cuestionarse dado que el impulso normativo de estas buenas prácticas en la solución dinámica y armoniosa de los conflictos laborales, (y no sólo de los colectivos), y el respeto que con ello se haría a la intervención de los representantes de los trabajadores y empresarios (a su derecho a la libertad sindical y a su derecho a la negociación colectiva) podría enriquecer el intercambio empírico entre los Estados miembros, ayudando especialmente a los menos favorecidos y menos desarrollados a incluir estas prácticas entre sus prioridades nacionales, al modo en que han sido implantadas en los Estados con mayor tradición democrática. La ausencia de un convenio, obviamente, no contribuye a incitar las necesarias reformas internas en los Estados asentados en un régimen gubernamental alejado de gobernanzas democráticas, en el sentido lato del término. Y es que, como la experiencia pone de manifiesto, estos Estados son los que más obstáculos despliegan a su implantación, al no aceptar que pueda eludirse la (obligada) intervención de uno de sus poderes (el judicial) y mostrar una debilidad, una cesión de su soberanía. Y, precisamente estos Estados son, sin duda alguna, los más necesitados de una normativa interna que los reglamente y los impulse.

Aunque ninguno de los 190 convenios de la OIT adoptados hasta ahora se ocupa expresamente de los medios autónomos de solución de conflictos, sí debemos reconocer que en algunos se incluyen algunas referencias aisladas a la

¹¹ Véase CASAS BAAMONDE, M. E.: «Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo», *Revista del MTyES*, núm. 147, 2020, p. 52.

mediación o al arbitraje como mera posibilidad de ser el medio de solución de conflictos por el que pudieran optar las partes. Pero nada más. Son preceptos que, dados sus términos dispositivos, constituyen una mera recomendación dentro del convenio.

Tan sólo nos encontramos con una Recomendación, de 1951, que su texto se ocupa íntegramente de la conciliación y el arbitraje voluntario. Por lo tanto, careciendo ésta de la naturaleza normativa e imperativa de los convenios, la conclusión es que la OIT no ha creado instrumentos que obliguen a los Estados miembros que los ratificasen a la promoción y la institucionalización de estos medios extrajudiciales de solución de conflictos laborales.

Esta situación no deja de ser paradigmática. Y es que, de un lado, como hemos indicado, tenemos una carencia de textos normativos de la OIT que conformen un completo régimen jurídico de los distintos medios autónomos de solución extrajudicial de conflictos y les ofrezcan como una buena opción de recurso voluntario y alternativo, y de carácter previo al judicial, para el arreglo de las controversias. Y, de otro lado, observamos que la OIT despliega una labor didáctica e instructiva que promociona a estos medios de solución extrajudicial de conflictos y, específicamente al arbitraje, como medio más idóneo de solución de las controversias laborales. Ello, quizás ha influido a que algunos convenios de la OIT no hayan dejado pasar la oportunidad de intentar una promoción de estos medios; aunque, como se ha indicado y en los términos que luego se expondrán, con una actitud excesivamente contenida.

También contrasta ese posicionamiento silencioso en el ámbito normativo de la OIT con la forma de actuar de sus principales organismos y, específicamente, con la Comisión de Investigación y de Conciliación en Materia de Libertad Sindical. Órgano creado en 1950 e integrado de nueve miembros independientes que presenta como principal cometido el de procurar la conciliación en los conflictos, incluyendo los individuales, de los que haya tenido conocimiento porque voluntariamente así lo ha querido el Estado en el que éste se manifiesta.

Y, finalmente, la indicada pasividad de la OIT en esta materia también contrasta con las observaciones de la Comisión de Libertad Sindical, con las que ha diseñado una sólida doctrina que se orienta a la oportunidad de recurrir a estos medios de solución extrajudicial de conflictos, dados los beneficios que ello representa para los derechos a la negociación colectiva y de huelga.

No obstante, la ausencia de una regulación sistemática y detallada de los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales constituye una realidad no sólo predicable de la OIT. Es un hecho también constatable en otras organizaciones supranacionales. Así, en el ámbito de la Unión Europea tan sólo pode-

mos hacer referencia al artículo 6 de la Carta Social Europea, titulado «Derecho a la negociación colectiva» que, en su redacción originaria de 1961, recogió el compromiso de las partes «a fomentar el establecimiento y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje voluntarios para la solución de conflictos laborales». También, a la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989, que reconoció en su apartado 13, dentro de la «libertad de asociación y negociación colectiva», «el derecho a recurrir, en caso de conflicto de intereses, a acciones colectivas, incluye el derecho a la huelga, sin perjuicio de las obligaciones resultantes de las reglamentaciones nacionales y de los convenios colectivos. Para facilitar la resolución de los conflictos laborales, es conveniente favorecer, de conformidad con las prácticas nacionales, la creación y utilización, en los niveles apropiados, de procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje, en los niveles apropiados».

En fin, el indicado desapego de la OIT para con la solución amistosa (como le gusta denominar a estos medios de solución extrajudicial de conflictos, incluido el arbitraje obligatorio) es consecuencia de una realidad denunciada con autoridad por la Profesora Casas Baamonde: que las mayores resistencias de ratificación de convenios de la OIT se han dirigido hacia el núm. 138, y, especialmente, los núm. 87 y 98¹².

2. LA RECOMENDACIÓN NÚM. 92 SOBRE LA CONCILIACIÓN Y EL ARBITRAJE VOLUNTARIO

El 29 de junio de 1951 la OIT adopta la Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntario tras las diversas proposiciones sobre el tema tratadas en su trigésima cuarta reunión. La OIT opta por este instrumento en vez de por un Convenio, seguramente por las razones indicadas. Desde entonces, la Recomendación no ha sufrido modificación alguna, ni su régimen se ha visto completado por otra, pese a que, dígase desde el principio, el contenido dedicado a estos medios autónomos de solución de conflictos se muestra insuficiente. Y aunque de la actuación de la OIT frente a los medios de solución extrajudiciales de conflictos parezca que muestra preferencia hacia el arbitraje, del texto de la recomendación no parece deducirse. A la conciliación dedica cinco apartados y al arbitraje tan sólo uno.

¹² Cfr. CASA BAAMONDE, M. E.: «Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo», *op.cit.*, 69.

La OIT apuesta por el carácter voluntario tanto para la conciliación como para el arbitraje. Para la conciliación dispone que «deberían establecerse organismos de conciliación voluntaria, apropiados a las condiciones nacionales». En cuanto a los órganos que pueden llevarla a cabo no establece limitación alguna. Tan sólo dispone que pueda llevarse a cabo tanto por órganos públicos como por organismos privados. Del régimen que diseña lo que se me muestra más relevante es que da expreso protagonismo a su funcionalidad preventiva, configurándolo como medio idóneo de evitación de huelgas y cierres patronales o lockouts, «mientras dure el procedimiento».

La conciliación voluntaria que propone es la de constitución mixta, integrada paritariamente por los representantes de los trabajadores y de los empresarios. Opción que nos da motivos para pensar que asistimos más a una mediación que a una conciliación.

Asimismo, y como no podía ser de forma distinta, se opta por un procedimiento gratuito y expeditivo. No obstante, tal recomendación no impide, en observaciones realizadas por la Comisión de Libertad Sindical, que por los Estados miembros se imponga a las partes asumir el coste de los servicios de la conciliación, la mediación o el arbitraje. El único límite para ello, obviamente, es que los costos sean razonables y que si se imponen no se inhiba la capacidad de la parte que no cuente con recursos financieros adecuados para hacer uso de estos servicios y, en consecuencia, no se le vulnere su derecho a la libertad sindical.

La recomendación se detiene en proponer una mínima limitación prescriptiva de los plazos y en relación con estos sostiene, quizás ociosamente, que sean fijados y publicitados previamente por los Estados.

Aunque la conciliación que defiende es la voluntaria, la recomendación también propone que debería poder instarse por una de las partes, así como, de oficio por los organismos de conciliación voluntaria.

Tratamiento distinto tiene la imperatividad del acuerdo adoptado a través de la conciliación. A tales efectos, la recomendación dispone que debería constar por escrito equipararse «a contratos celebrados normalmente».

Para el arbitraje, tal como se ha adelantado, la recomendación sólo dedica un apartado, el sexto. En éste reproduce lo indicado previamente para la conciliación, esto es, que si el recurso al arbitraje es consensuado por todas las partes interesadas en su solución final, debería estimularse a éstas para que se abstengan de recurrir a huelgas y lockouts, mientras dure el procedimiento. Seguidamente propone, pero sin optar a que se imponga, que el laudo arbitral sea de obligado cumplimiento.

La redacción del apartado dedicado al arbitraje en uno de sus extremos puede ser calificada como ambiciosa e, incluso, como realista porque al reco-

ger los términos «las partes interesadas, para su solución final» parece reconocer la posibilidad de que terceros al conflicto, pero indudablemente afectados por éste, como son los usuarios de un servicio público, por ejemplo, y en su representación el Estado, puedan instar o, incluso, participar en el arbitraje. Tal conclusión se alcanza porque no cabe duda que «las partes interesadas» es un concepto más amplio que el de «las partes». Ese término, que identificamos exclusivamente con los trabajadores y empresarios que entran en conflicto son a las que el precepto se refiere instándolas a que se abstengan de recurrir a las huelgas y a lockouts «mientras dure el procedimiento» sin extender este llamamiento a la renuncia de estos derechos a todas las partes interesadas.

El arbitraje por el que opta la OIT es el voluntario, tanto en su origen como en su aceptación. Permite y respeta que la solución pueda incluso no ser obligatoria para las partes. Así es como se interpreta su apuesta a que «debería estimularse a las partes... para que acepten el laudo arbitral». Cabe, pues, la posibilidad de que el laudo arbitral no sea imperativo ni esté dotado, en consecuencia, de la naturaleza propia de los convenios colectivos o, en la terminología usada por la Recomendación, de los «contratos celebrados normalmente».

La recomendación se cierra con su «Disposición general» a cuyo tenor, ninguna de sus disposiciones «podrá interpretarse en modo alguno en menoscabo del derecho de huelga». Lo que no significa, sino todo lo contrario, que vaya en detrimento del carácter preventivo del conflicto que se reconoce a la conciliación y del que, sin duda, también participa el arbitraje, aunque para este no se reconozca expresamente.

3. LAS REFERENCIAS A LOS MEDIOS AMISTOSOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN OTRAS RECOMENDACIONES DE LA OIT

Ya se ha indicado que en la OIT no se ha formulado un convenio específico sobre la solución extrajudicial de conflictos, y que tan sólo la recomendación núm. 92 se ocupa exclusivamente de esa materia. No obstante, sí contamos con otras recomendaciones que sí contienen referencias a estos medios de solución autónomos. A estas recomendaciones dirigimos el presente epígrafe, una vez que nos detengamos, quizás de forma innecesaria, en la realidad que supone que éstas y los Convenios de la OIT se elaboran ante la Conferencia siguiendo un procedimiento idéntico. Es la propia Conferencia la que decide si las proposiciones adoptarán una u otra forma. La diferencia más evidente es que los convenios deben ser ratificados, mientras que las Recomendaciones

no. Y conforme al artículo 19 de la Constitución de la OIT, tal como se expone en el «Memorándum sobre la obligación de someter los convenios y las Recomendaciones a las autoridades competentes», de 1954, esta obligación se extiende «sin excepción y sin distinción alguna entre los Convenios y las Recomendaciones»¹³.

Las recomendaciones que dentro de su articulado incluyen alguna referencia a estos medios de solución de conflictos son las cinco siguientes:

a) La Recomendación núm. 130, de 1967, sobre el examen de reclamaciones y quejas, viene a complementar a las Recomendaciones núm. 92, sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, y la núm. 91, de los contratos colectivos, también de 1951. En relación a la «solución de las reclamaciones no resueltas», se establece en su apartado 17 que «cuando todos los esfuerzos para resolver la reclamación dentro de la empresa hayan fracasado, debería existir la posibilidad, ante la naturaleza de dicha reclamación, de resolverla definitivamente por medio de uno o varios de los siguientes mecanismos:

(a) «procedimientos previstos por contrato colectivo, tales como el examen conjunto del caso por las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, o el arbitraje voluntario por la persona o personas designadas con el consentimiento del empleador y del trabajador interesados o de sus organizaciones respectivas;

(b) conciliación o arbitraje por las autoridades públicas competentes;

(c) recurso ante un tribunal de trabajo o ante otra autoridad judicial;

(d) cualquier otro procedimiento apropiado, habida cuenta de las condiciones nacionales».

b) La Recomendación núm. 158, sobre la administración del trabajo, adoptada en 1978, dedica los puntos 7 a 10 de su parte II, titulada «Funciones del Sistema Nacional de Administración del Trabajo» a impulsar a que por parte de ésta se garantice el libre ejercicio del derecho de sindicación de los empleadores y de los trabajadores en aras a promover mejores condiciones de trabajo y de vida profesional con respeto al derecho de sindicación y de negociación colectiva y con el impulso de servicios de asesoramiento tanto de las empresas como de los propios trabajadores. Es una recomendación que apuesta decididamente por el pleno desarrollo y la utilización de procedimientos de negociación voluntaria y, en la línea de lo apuntado, concluye llamando la

¹³ ELKIN, N. y VICENTE PALACIO, A.: «Las recomendaciones de la OIT», *RMTyES*, núm. 147, 2020, pp. 118 ss.

atención de la administración del trabajo porque «deberían estar en situación de proveer, de acuerdo con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, instancias de conciliación y mediación apropiadas a las condiciones nacionales, en los casos de conflicto colectivo».

La tercera garantía que incorpora el Convenio núm. 158 se encuentra establecida en su artículo 8.1. Estipula el mismo que «el trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro». Organismo a quien se otorga la facultad de ordenar una reparación, incluida la readmisión o el pago de una indemnización (art. 10).

c) La Recomendación núm. 163, de 1981, sobre la negociación colectiva, identifica en su apartado I, como «Métodos de Aplicación», que «las disposiciones de la presente Recomendación podrán aplicarse por medio de la legislación nacional, contratos colectivos o laudos arbitrales o por cualquier otro medio conforme a la práctica nacional». Ya en su punto 8 dispone que «en caso necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que los procedimientos de solución de las controversias laborales ayuden a las partes a encontrar por sí mismas una solución al conflicto que las oponga, independientemente de que sobrevengan durante la conclusión de los acuerdos, la interpretación o la aplicación de los acuerdos o, en fin, se trate de los conflictos a que se refiere la Recomendación sobre el examen de las reclamaciones, 1967».

d) La Recomendación núm. 119, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1963 en su punto 4 hacía referencia al arbitraje, para los supuestos en los que «el trabajador que considere haber sido objeto de una terminación injustificada de su relación de trabajo debería, a menos que la cuestión haya sido resuelta de modo satisfactorio mediante los procedimientos que pudieran existir o que puedan establecerse de conformidad con la presente Recomendación en la empresa, establecimiento o servicio, tener derecho, dentro de un plazo razonable, a recurrir contra su terminación, asistido, si así lo desea, por una persona que lo represente, ante un organismo instituido en virtud de un contrato colectivo o ante un organismo neutral, tal como un tribunal, un árbitro, una junta de arbitraje u otro organismo análogo».

e) En la Recomendación núm. 166, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982, que sustituye a la núm. 119, ya no aparece el arbitraje como opción viable para dar fin a la contienda. No obstante, sí alude a la conciliación, al identificar como una posibilidad que los Estados miembros prevean un procedimiento de esta índole «antes de interponer un recurso contra una terminación de la relación de trabajo o durante el mismo».

4. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA OIT

Si, tal como hemos indicado, la mejor característica que define el tratamiento que la OIT dispensa en sus Recomendaciones a los medios de solución extrajudicial de conflictos es la de su apocada atención y que cuando esta tiene lugar es en todo caso dispersa y desestructurada, además de genérica, podemos afirmar que ésta es una nota común que también concurre en los denominados convenios de gobernanza (prioritarios) dedicados a los servicios de la inspección de trabajo: convenio núm. 81, de 1947 y el convenio núm. 129, de 1969, específico para el sector de la agricultura. Conjuntamente con estas normas nos encontramos con el Protocolo de 1995 relativo al convenio núm. 81, y las Recomendaciones núm. 20, de 1923, genérica de la inspección de trabajo, la núm. 28, de 1926, y. 185, de 1996, ambas sobre la gente del mar.

En todos estos textos no se contiene un reconocimiento expreso, siquiera aislado, a la realidad muy generalizada de que este colectivo de funcionarios pudiera incluir entre sus funciones la participación activa en los medios de solución extrajudicial de conflictos. La previsión que contienen es, precisamente, la contraria. Y ello no se nos muestra como una buena opción habida cuenta el despliegue gratuito de medios que en este ámbito pueden realizar en aras a una solución amistosa, e incluso metajurídica, del conflicto. Y es que a éste se pueden acercar con la seguridad que se desprende de su experiencia y cualificación técnica y, lo que es muy importante para ganarse la confianza de las partes, con el ropaje de la objetividad que les asiste por su pertenencia a la Administración, que se presume busca las mejores opciones para la sociedad en su conjunto con su toma de decisiones eficaces y eficientes.

Puede defenderse, no obstante, que en el citado Convenio 129, tímidamente se deja abierta la posibilidad, aunque no se indique expresamente, de que los inspectores de trabajo medien en los conflictos, pues en su artículo 11 sí se indica que «todo (Estado) Miembro deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar que expertos y técnicos debidamente calificados y que puedan contribuir a la solución de problemas que requieran conocimientos técnicos colaboren, de acuerdo con los métodos que se consideren más apropiados a las condiciones nacionales, en el servicio de inspección del trabajo en la agricultura».

La situación descrita en la OIT contrasta, evidentemente, con la realidad de los servicios de la inspección de trabajo del Estado español, ya que, desde su origen, como veremos, entre las funciones que expresamente se les reconocen está la de mediar en el conflicto, pudiendo intervenir en él, escuchar y asesorar a las partes, proponer una solución o, ante su indudable, sólido y

calificado asesoramiento técnico, actuar como árbitro, dando una solución en forma de laudo.

La postura de la OIT en el tema que nos ocupa, y que explica el silencio de los indicados convenios, se refleja con inusual contundencia en el apartado 8 de la Recomendación 81, de 1947, sobre la inspección de trabajo, que expresamente sostiene que «las funciones de los inspectores del trabajo no deberían incluir las de conciliador o árbitro en conflictos del trabajo». Con tal declaración queda identificada la causa y cerrado cualquier posible debate al respecto hasta que sea sustituida.

La 71.^a Conferencia Internacional del Trabajo, de 1985, nos ofrece más datos para intentar encontrar una explicación de este posicionamiento, no compartido, de la OIT. En ésta se exteriorizó los problemas que se suscitan en muchos de sus Estados Miembros en torno a la posibilidad de que la inspección de trabajo interviniese en los procedimientos amistosos de solución de conflictos. El reconocimiento de esta función en el seno de la OIT ha sido y todavía sigue siendo cuestión controvertida. No faltan, en efecto, quienes consideran que las funciones de los servicios públicos de la inspección de trabajo propiamente dichas y las funciones de conciliación y de arbitraje son incompatibles, en la medida en que puede operarse en el espíritu de los inspectores una confusión entre la función del conciliador-mediador que busca una solución aceptable para las dos partes y la función de garante de la aplicación efectiva de la legislación, para el cual, por definición, toda idea de compromiso está excluida.

Militan también en favor de ese argumento negativo las habituales razones de orden práctico: que la sobrecarga de trabajo inherente a una mayor participación activa en la solución de conflictos conllevaría una desatención de sus funciones principales de control. Quizás lo que se quiere decir es que tal reconocimiento podría obligar a que los Estados miembros que ratificaran el convenio se vieran obligados a procurar una mayor dotación presupuestaria para la contratación del número de inspectores necesarios para procurar una actuación eficaz por su parte en éste y en sus otros ámbitos funcionales¹⁴. Y tal proposición podría ser mal interpretada o vista como una injerencia en la distribución del Presupuesto.

Como es muy habitual y saludable, también en el seno de la OIT existe una línea afín, de la que no son ajenos los representantes de los empresarios y

¹⁴ Parece que este es un mal endémico muy extendido pues, precisamente, los inspectores de trabajo de España han convocado una huelga del 26 al 30 de junio de 2023, con paros parciales previos, con el ánimo de que se cumpliera el acuerdo adoptado con el Ministerio de Trabajo en junio de 2021 para, entre otras cuestiones, reforzar el volumen de la plantilla.

trabajadores¹⁵, a reconocer las funciones de conciliación a los inspectores como colectivo cualificado y con un concreto conocimiento del medio de trabajo y de su marco jurídico. Con ese propósito varios gobiernos se han preguntado en sus memorias si no convendría modificar el párrafo 8 de la Recomendación núm. 81 y el párrafo 3.1 de la Recomendación núm. 133, del mismo tenor¹⁶, con objeto de que los Estados puedan confiar a los servicios de inspección del trabajo una misión de conciliación en materia de conflictos laborales¹⁷. De momento la modificación no ha tenido lugar.

La oportunidad desaprovechada de incentivar abiertamente la asunción por los servicios de la inspección de trabajo de las funciones de mediador, árbitro o conciliador en la solución de los conflictos laborales no se acomoda a la consideración que la OIT muestra de este servicio público de inspección. En la Conferencia General de la OIT de 2011, 100.^a reunión, se recoge en la Resolución relativa a la administración de trabajo y la inspección de trabajo, que ambas instituciones públicas «son esenciales para lograr los objetivos del trabajo decente» y «son vitales para la buena gestión de los asuntos laborales y para el progreso económico y social», y que siempre han sido prioritarios para la OIT desde su fundación, pues, en efecto, «la inspección de trabajo constituye una función pública y es un elemento esencial de una normativa laboral eficaz».

La situación en España es completamente diferente. La inspección de trabajo no está dotada, al menos expresamente, de esta consideración, pero sí cuenta con un expreso y resaltado reconocimiento entre sus funciones la potestad de intervenir en la solución extrajudicial de conflictos. Además, esta previsión normativa cuenta con una larga trayectoria¹⁸. Ya en la etapa de la dictadu-

¹⁵ En el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, proyecta el estudio general de las memorias relativas al Convenio y a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (núm. 81); la Recomendación sobre la inspección del trabajo (minas y transporte) (núm. 82) y al Convenio sobre la inspección de trabajo en la agricultura (núm. 129) y a la Recomendación (núm. 133) sobre la inspección del trabajo (agricultura).

¹⁶ Cuyo texto también refleja la postura de la OIT a que «normalmente las funciones de los inspectores del trabajo en la agricultura no deberían comprender la de actuar como conciliadores o árbitros en los conflictos del trabajo».

¹⁷ Cuando se adoptó el párrafo 8 de la Recomendación núm. 81, ciertos miembros de la Comisión de la Inspección del Trabajo en la Conferencia hicieron notar que en determinadas circunstancias era necesario o útil emplear a los inspectores como conciliadores y árbitros, pues eran con frecuencia los funcionarios más capacitados o más fácilmente disponibles para ejercer dichas funciones (Conferencia Internacional del Trabajo, 30.^a reunión, Ginebra, 1947, Actas, OIT, 1948, p. 496). Véase, asimismo, el informe de la sexta reunión de la Comisión permanente Agrícola (1960) (OIT: Actas de la 148 reunión del Consejo de Administración, Ginebra, 7-10 de marzo de 1961, anexo III, p. 74), así como el informe de la quinta reunión de la Comisión del Trabajo en las Plantaciones (1966) (Boletín Oficial, Ginebra, OIT, vol. L, núm. 1, de enero de 1967, pp. 110-111). Por ejemplo: Costa de Marfil, Madagascar, Mali, Luxemburgo y Francia consideraron que si se reconociese esas funciones de conciliación a los inspectores de trabajo su independencia se vería afectada.

¹⁸ Puede consultarse, TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: «La mediación laboral», *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999, pp. 531 ss.

ra, en la Ley de la Inspección de Trabajo de 1962 se reconoció la labor mediadora de este cuerpo de funcionarios. Función que también fue reconocida posteriormente en la derogada Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo 42/1997 y, en la misma línea, como no podría ser de forma distinta, es una actividad que se recoge en la vigente Ley 23/2015. En el artículo 1.2. de esta norma se define a la Inspección de Trabajo como servicio público y entre su tradicional haz de funciones se le reconoce la facultad de ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social, exigir las responsabilidades pertinentes y realizar labores de asesoramiento también en los procesos de «conciliación, mediación y arbitraje en dichas materias, lo que efectuará de conformidad con los principios del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución Española, y con los Convenios número 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo». Referencia esta última que no logramos comprender exactamente con qué finalidad se proyecta.

5. LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN LOS CONVENIOS DE LA OIT

Anteriormente hemos indicado que la OIT no ha promulgado convenio alguno cuyo objeto específico y exclusivo sea el de los medios de solución extrajudicial de conflictos y que tan sólo contamos con una recomendación, la 92, con ese exclusivo objeto. Y aunque el presente epígrafe parezca entrar en contradicción con la anterior conclusión, ello no es así. Los convenios que reparan en los medios extrajudiciales de solución de conflictos tan sólo se refieren a ellos de pasada, sin mostrar una especial importancia sustancial, tan sólo como una posibilidad viable para las partes, sin imposición alguna, ni propuesta que pudiera parecer tal.

a) Entre los convenios que contienen alguna referencia a los medios de solución autónoma de conflictos, el que más relevancia muestra es el núm. 154, de 1981, sobre la negociación colectiva. Su artículo 5, tras indicar que «se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar» ésta, identifica como una de las más adecuadas que «los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva»

Aunque la alusión a los medios de solución extrajudicial de conflictos no sea expresa y el tratamiento, como es habitual en este tipo de normas, no pase de ser genérico, (excesivamente, incluso, podría reprocharse), no cabe duda que la conciliación y la mediación son los medios de solución más idóneos

para la consecución de una solución pacífica y consensuada al conflicto de intereses –incluso jurídicos– y son los mecanismos que con el mayor respeto a la voluntad de las partes y con el derecho a la negociación colectiva buscan una solución amistosa a la controversia.

Así se pone de manifiesto también por la Comisión de Libertad Sindical, pues en reiteradas ocasiones invita a los Gobiernos de los Estados miembros a colaborar con los interlocutores sociales para considerar todas las opciones posibles para que el arbitraje cumpla plenamente con la obligación de fomentar la negociación colectiva.

b) En la misma línea, el convenio núm. 149, de 1977, sobre el personal de enfermería, en su artículo 5.3. sostiene, con una contundencia que se echa de menos en otros convenios dirigidos a la protección de determinado colectivos, que «la solución de los conflictos que plantee la determinación de las condiciones de empleo se tratará de lograr por medio de la negociación entre las partes o por medio de procedimientos independientes e imparciales, como la mediación, la conciliación o el arbitraje voluntario, cuyo carácter garantice la confianza de las partes interesadas». El porqué de esta postura tan diferente a la mantenida antes, y posteriormente incluso, no nos cabe duda de que se desprende de la convicción de que los conflictos laborales generados en el seno de este colectivo de trabajadores, al estar vinculada su actividad profesional con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y psíquica de sus usuarios, en definitiva, por tratarse de uno de los denominados servicios esenciales para los ciudadanos, constituyen conflictos que precisan de una solución más rápida y eficaz que los suscitados en el seno de las relaciones laborales de otros muchos colectivos de trabajadores

c) El Convenio núm. 151, de 1978, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, en su artículo 8, bajo el epígrafe «Solución de conflictos», brinda la posibilidad de que las partes opten entre la negociación y otros procedimientos, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, para la solución de conflictos. Siguiendo la tónica mantenida desde sus orígenes en relación al tema que nos ocupa, la referencia a estos medios de solución es escrupulosamente respetuosa con las que brindan las soluciones judiciales, pues ni siquiera alude a su carácter voluntario (excepto para el arbitraje en una concepción que también es tradicional) ni a su carácter previo o alternativo y no excluyente. Los términos específicos que se utilizan son «se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales»¹⁹.

¹⁹ El artículo 8 dispone que «la solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones

En los tres últimos convenios ratificados por España se observa una diferente puesta en escena. Aunque ninguno de ellos se ha detenido en estos medios alternativos de solución de conflictos, sí se observa una consideración positiva hacia su recurso, y muy especialmente sobre el arbitraje al que ahora ya no califica de voluntario. Aunque creemos que su tratamiento podría haberse alejado de la cautela con la que hasta ahora la OIT se ha enfrentado al tema que nos ocupa, sí es cierto que se abre una tendencia en la que se toma en consideración la posibilidad de acudir a estos medios y se les equipara, incluso, a los medios de solución judiciales. Veámoslo.

d) El Convenio 188 sobre el trabajo en la pesca, en su artículo 6.1 impone a los Estados que lo hayan ratificado la obligación de aplicar y hacer respetar la legislación u otras medidas de conformidad con el presente, incluyendo dentro de estas a los convenios colectivos, las decisiones judiciales y los laudos arbitrales. Así pues, el arbitraje es identificado como un medio hábil de solución pacífica de los conflictos que, además, se equipara en su tratamiento generalizado a las resoluciones judiciales. Y, a tales efectos, los Estados miembros deberán adoptar una legislación u otras medidas en relación con «los medios para solucionar los conflictos relativos al acuerdo de trabajo del pescador» (art. 17.1)

e) El Convenio núm. 189, de 2011, sobre el trabajo doméstico, en su artículo 16, establece que todo Estado miembro debe asegurar que estos trabajadores, bien personalmente, bien por medio de un representante, «tengan acceso efectivo a los tribunales o a otros mecanismos de resolución de conflictos en condiciones no menos favorables que las condiciones previstas para los trabajadores en general».

La redacción de este artículo guarda una estrecha sintonía con el indicado artículo 5 del Convenio 151, sobre la negociación colectiva. En ninguno de estos dos preceptos se hace una referencia expresa a alguno de los medios de solución extrajudicial de conflictos, pero en ambos Convenios no cabe duda de que se los tiene en cuenta y a ellos se alude identificándoles como «otros mecanismos de resolución de conflictos», distintos y alternativos a la solución judicial.

f) Finalmente, el Convenio 190, de 2019, sobre la violencia y el acoso, establece en su artículo 10 que todo Miembro deberá adoptar medidas para: garantizar un fácil acceso a vías de recurso y reparación apropiadas y eficaces y a mecanismos y procedimientos de notificación y de solución de conflictos

nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados».

equitativos y eficaces, tales como los «mecanismos de solución de conflictos externos al lugar de trabajo». Lo positivo de este precepto, como de otros que con un mismo tenor no identifican expresamente medio alguno de solución autónomo de conflictos, es que no lo limita al arbitraje que parece ser para la OIT el medio estrella de esta forma de alcanzar la paz laboral.

6. EL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL, EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y A LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

Los organismos llamados a conocer de las quejas por violación de la libertad sindical presentadas a la OIT son tres: el Comité de Libertad Sindical (CLS), (creado por el Consejo de Administración para proceder a ese examen preliminar), el propio Consejo de Administración y la Comisión de Investigación y de Conciliación en Materia de Libertad Sindical (en adelante CICMLS).

El CLS desde su creación en 1951 recepciona las denuncias y quejas que las asociaciones de empresarios o los sindicatos les trasladan ante determinados comportamientos gubernamentales que consideran constituyen infracciones en materia de libertad sindical y de negociación colectiva. No obstante, como es fácil imaginar, aunque la mayoría de las quejas son emitidas por las organizaciones de trabajadores, las denuncias de las asociaciones de empresarios son cada año más numerosas, lo que pone de manifiesto la relevancia mayor que está tomando para ellos el Comité y por extensión la OIT. Adviértase que estas quejas de violaciones de la libertad sindical no sólo se producen respecto de los Estados miembros, las denuncias pueden afectar a todo tipo de países, hayan ratificado o no los convenios de la OIT.

El CLS entre las decisiones que adopta se encuentra la de intentar una conciliación entre los Gobiernos y los interlocutores sociales sobre la base de los principios de la libertad sindical. Las conclusiones adoptadas por el Comité en casos específicos están destinadas a orientar a los Gobiernos y a las autoridades nacionales en las discusiones y acciones a realizar en seguimiento de sus proposiciones en materia de libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva. En su actuación no se busca castigar o culpar al infractor, sino «entablar un diálogo tripartito constructivo para promover el respeto de los derechos sindicales en la ley y en la práctica»²⁰.

²⁰ Véanse OIT: *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del comité de Libertad Sindical*, OIT, Ginebra, 6.ª ed., 2018: 343.º informe, Caso núm. 2265, párrafo 1135; y 346.º informe, Caso núm. 2528, párrafo 1432.)

En su actuación, esto es, en su labor orientadora y de asistencia técnica y conciliadora en no en pocas ocasiones el CLS aconseja a menudo que las partes recurran a los medios de solución extrajudicial de conflictos. El CLS no se pronuncia acerca de la conveniencia de la conciliación con respecto a la mediación, ya que ambos son medios para ayudar a las partes a concluir voluntariamente un acuerdo. En la misma línea, tampoco se pronuncia respecto a la conveniencia o no de establecer un sistema de conciliación y otro de arbitraje por separado o en un sistema combinado de mediación/arbitraje.

Sin embargo, la realidad en ocasiones parece ser otra, pues el CLS oscila y muestra un mayor apego al arbitraje. No sólo es sobre el que más observaciones ha realizado, también es el medio que más ha recomendado para la resolución de los conflictos sectoriales, como en el sector docente ²¹ y es el medio al que ha recurrido en 2001 para solventar los conflictos suscitados de hostigamiento y acoso en su propia sede de Ginebra en la que prestan servicios más de 1.400 trabajadores ²².

De sus decisiones puede sistematizarse la doctrina conformada por el CLS en relación a los medios autónomos de solución de conflictos. Por lo pronto, estima, como no podría ser de forma distinta, que lo esencial es que todos los miembros de los órganos encargados de esas funciones de mediación o arbitraje sean imparciales y sean percibidos como tales por los interesados ²³. Obviamente ello pasa por la confianza de ambas partes para lo que no hay nada mejor que ambas intervengan en su designación. De esta confianza depende realmente la eficacia del arbitraje, aun en el supuesto de que sea obligatorio ²⁴. La imparcialidad es sumamente importante. De ahí que, si el árbitro fuese un órgano paritario y se plantease un conflicto sobre la legitimación de un sindicato en formar parte del mismo o se cuestionase su legitimación para participar en la negociación de un determinado convenio colectivo, el CLS aconseja que la intervención del Estado se limite a reconocer esa situación de hecho bajo criterios objetivos que

²¹ En la OIT: *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del comité de Libertad Sindical*, OIT, Ginebra, 2006, párrafo 237, aconseja para la resolución de conflictos la designación independiente de un árbitro por el personal académico. Se trataba de evitar que esa designación pudiera hacerse unilateralmente por la Universidad, como denunciaron los representantes de los trabajadores.

Y, en general, la opción clara por el arbitraje puede observarse, p. ej., en el Capítulo VI titulado «El papel de las autoridades públicas en los conflictos surgidos en la negociación colectiva, en la obra de la OIT: *Negociación Colectiva*» *op. cit.*, p. 14. Asimismo, en OIT: *Sistemas de resolución de conflictos laborales: Directrices para mejorar el desempeño*, Centro Internacional de Formación, OIT, 2013.

²² https://cincodias.elpais.com/cincodias/2001/07/12/empresas/995030083_850215.html.

²³ Véase OIT: *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones...*, *op. cit.* párrafo 603.

²⁴ Véanse, por todos, por todos, la Recopilación de 2006, párrafo 598; 340.º informe, Caso núm. 2415, párrafo 1256; 356.º informe, Caso núm. 2654, párrafo 382; 359.º informe, Caso núm. 2383, párrafo 183; 367.º informe, Caso núm. 2894, párrafo 341; y 370.º informe, Caso núm. 2983, párrafo 286).

no ofrezcan posibilidades de parcialidad o abuso, (al modo en el que se procede a la determinación de la mayor representatividad en el caso español). Y, en el supuesto de que el conflicto se manifestase, sostiene que si se prueba que el sindicato interesado representa a la mayoría de los trabajadores, las autoridades deberían adoptar medidas de conciliación apropiadas para obtener que los empleadores reconozcan a dicho sindicato con fines de negociación colectiva.

En la misma línea el CLS también ha manifestado que si recayese en el Estado la competencia para designar a los conciliadores o los mediadores, por supuesto, debe evitarse cualquier tipo de influencia política.

También en numerosas ocasiones el Comité ha reiterado la doctrina sentada por la CICMLS que ha puesto de relieve la importancia de prever medios no sólo imparciales, sino, además, rápidos y económicos. Así, se considera con criterio muy acertado que la conciliación y la mediación deben tener como único objetivo facilitar la negociación entre las partes y no el establecimiento de procedimientos complejos que en la práctica demoren en exceso la solución al conflicto.

Para el CLS la conciliación puede ser obligatoria en sus dos ámbitos: para su realización y para el cumplimiento y la ejecución de lo acordado. Eso sí, siempre que tenga esta naturaleza, reiteradamente se sostiene que la decisión de iniciar el procedimiento de conciliación en los conflictos colectivos debe corresponder a las partes o, a lo sumo, a un órgano independiente a éstas.

Para el CLS la función del Gobierno en relación con los actos de discriminación antisindical e injerencia no debe limitarse a la mediación y a la conciliación, sino que también debe proceder a la investigación y, además, debe garantizar una protección eficaz contra actos de discriminación e injerencia antisindical y, en particular, debe velar porque se identifiquen y reparen dichos actos, se castigue a los culpables y que dichos actos no se vuelvan a producir en el futuro.

La postura del CLS en relación al derecho a la negociación colectiva es clara y coherente. Considera que, si bien ciertas reglas y prácticas pueden facilitar el desarrollo de la negociación colectiva y contribuir a promoverla, todas las legislaciones por las que se instituyen organismos y procedimientos de mediación y conciliación destinados a facilitar la negociación entre copartícipes sociales deben salvaguardar la autonomía de las partes implicadas en la negociación. En vez de aconsejar que las autoridades públicas ejerciten poderes de asistencia activa, e incluso de intervención, que les permitan hacer prevalecer su punto de vista, es más conveniente tratar de convencer a las partes implicadas en la negociación que por su propia voluntad deben tener en cuenta las razones capitales relacionadas con las políticas económicas y sociales de

interés general, así como, sobre la concreta situación económica de la empresa y del sector y sobre sus salarios y condiciones de trabajo.

El CLS sostiene que los Gobiernos en los casos en que los procesos de negociación colectiva se bloqueasen deberían intervenir con el objetivo de dar fin a esa situación, bien propugnando el recurso a la mediación o a la conciliación, bien asumiendo el rol de conciliador o mediador y, en el supuesto de que persistieran los desacuerdos, expresamente dispone que debería implementarse un procedimiento de arbitraje en el que el árbitro fuera un órgano independiente que, conforme a lo indicado, tuviese la confianza de las partes.

Ahora bien, esta observación debe valorarse conjuntamente con otras expuestas en relación al arbitraje obligatorio, la negociación colectiva y el derecho de huelga. De lo primero nos ocupamos seguidamente; del derecho de huelga en el siguiente epígrafe.

Para el CLS la imposición de un procedimiento de arbitraje obligatorio en caso de que las partes no estuvieran de acuerdo sobre el proyecto de contrato colectivo plantea problemas de aplicación con el Convenio núm. 98. De ahí que cuando, en opinión que compartimos, la legislación de un Estado miembro imponga a falta de acuerdo un arbitraje obligatorio y permita que la autoridad decida y dote de contenido normativo a los puntos en los que no hay consenso se vulnera el principio de negociación voluntaria contenido en el artículo 4 del Convenio núm. 98.

El CLS ha sostenido en numerosos pronunciamientos que el incentivo de la negociación colectiva es un medio idóneo para solucionar problemas de racionalización en las empresas y mejorar la eficiencia de éstas y puede, además, conducir a resultados ventajosos tanto para los trabajadores como para estas. Pero si este tipo de negociación colectiva se desarrolla de acuerdo con un régimen intervenido por el Estado en el que se impone la negociación colectiva entre las partes, o se limita el proceso de negociación a unos plazos máximos y establece que, a falta de acuerdo entre las partes, los puntos en litigio sean decididos por un árbitro, para el CLS naturalmente este régimen legal no responde al principio de la negociación voluntaria que inspira la norma contenida en el artículo 4 del Convenio núm. 98.

En sentido contrario, el CLS ha considerado que el arbitraje obligatorio es pertinente en determinados supuestos como, por ejemplo, cuando una de las partes no se atiene al principio de la buena fe, bloqueando la adopción de acuerdos o dilatando innecesaria y dolosamente las negociaciones.

Son numerosos los países que tienen institucionalizado un arbitraje obligatorio en la línea indicada. Así, en Ghana, Kuwait, Líbano, entre otros muchos, se prevé un arbitraje obligatorio para los supuestos conflictivos que posean una duración superior a siete días. Más cercano a nosotros, en cuanto

miembro de la UE, Grecia ha sido nuevamente advertido por la Comisión de que el arbitraje obligatorio solo es aceptable en ciertas circunstancias específicas y no de una forma tan generalizada ²⁵.

En fin, los medios de solución extrajudicial de conflictos no sólo deben respetar al derecho a la negociación colectiva, deben, además, incentivarla. Y en este papel la conciliación y la mediación son los mecanismos más respetuosos pues, como es sabido, las partes conservan su papel activo y decisorio sobre los conflictos de intereses en liza y la solución no sólo es pacífica o amistosa, sino en todo caso autónoma. El arbitraje, por su parte es respetuoso con el derecho a la negociación colectiva si ambas partes ejercitando el mismo alcanzan el acuerdo de someter sus diferencias a la decisión de un árbitro por ellas designado.

7. EL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL, EL DERECHO A LA HUELGA Y LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

Tal como hemos indicado en la Recomendación núm. 92 la Conferencia General de la OIT aconseja que las partes se abstengan de ejercitar el derecho de huelga o el cierre patronal durante el tiempo en el que está abierto el procedimiento de conciliación, mediación o arbitraje. En esta línea, naturalmente el CLS ha reiterado la conveniencia de tal limitación transitoria, cuya duración máxima extiende hasta el momento en el que se agoten todos los medios existentes de negociación, siempre que, claro está, se implementen las garantías apropiadas para proteger los intereses de los trabajadores.

Para el Comité los derechos de libertad sindical y de huelga se lesionan si se suspenden con la imposición de un arbitraje o una conciliación o mediación obligatorias, salvo que se recurra a ellos ante determinados supuestos ²⁶. Específicamente, la huelga puede suspenderse en el marco de los servicios esenciales en sentido estricto, esto es, (1) en aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro, la vida, la seguridad o la salud de la persona de toda o parte de la población ²⁷; (2) respecto de los funcionarios en la adminis-

²⁵ Supuestos recogidos en la obra OIT: *Control del cumplimiento de las normas internacionales del trabajo. El papel fundamental de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT*. Ginebra, 2019.

²⁶ Para el CLS, una legislación que impone la conciliación obligatoria e impide que el empleador la abandone so pena de ser sancionado con el pago de los salarios correspondientes a los días de huelga, además de imponer un castigo desproporcionado, es contraria al principio de la negociación colectiva voluntaria consagrado en el Convenio núm. 98. (Véase Recopilación de 2006, párrafo 930).

²⁷ No son pocas las ocasiones en las que el CLS lamenta que por parte de los Estados no se haya dado prioridad a la negociación colectiva como medio para reglamentar las condiciones de empleo en un

tración del Estado; (3) cuando tras negociaciones prolongadas e infructuosas es obvio que el bloqueo de las negociaciones no será superado sin una iniciativa de las autoridades, y (4) en caso de crisis nacional aguda. Y, en todo caso, nos recuerda el recurso obligado a estos medios y en estos supuestos debe realizarse bajo el principio de la buena fe y con apego al significado habitual de los conceptos de «seguridad nacional» y «salud pública»²⁸.

Entre que sea la autoridad laboral o un órgano independiente la entidad con potestad para proceder a la suspensión de la huelga, el CLS se pronuncia favorablemente por la segunda posibilidad y, recomienda, como ya lo hizo anteriormente para los árbitros, que en este órgano independiente e imparcial repose la confianza de las partes.

El arbitraje aceptado por ambas partes y la consiguiente suspensión de la huelga es legítimo siempre, dado su origen voluntario y pactado, claro está. Y, al margen de este supuesto, pero en estrecha relación con él, la decisión de un tercero de suspender una huelga por un período razonable con el fin de permitir a las partes lograr una solución negociada mediante esfuerzos de mediación o conciliación no constituye en sí una violación de los principios de la libertad sindical si en estos procedimientos los interesados pueden participar en todas las etapas y los laudos dictados son imperativos y de ejecución rápida.

El CLS respecto a los trabajadores que sin ser funcionarios ni prestar servicios en la Administración pública ven su derecho de huelga suspendido porque su actividad profesional es una de las identificadas como servicios esenciales en su sentido estricto, sostiene que deben beneficiarse de garantías apropiadas destinadas a salvaguardar sus intereses; por ejemplo, negativa del derecho de cierre patronal, establecimiento de un procedimiento paritario de conciliación y, cuando ésta no logre su finalidad, la creación de un sistema paritario de arbitraje.

8. LA COMISIÓN DE EXPERTOS Y LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

La Conferencia Internacional de la OIT con la creación en 1926 de una Comisión de Expertos, integrada de juristas independientes, institucionalizó el proceso de fiscalización de las Memorias confeccionadas anualmente por los Gobiernos de los Estados miembros. Su labor fiscalizadora y asesora queda

servicio no esencial y que, en lugar de ello, se haya recurrido a un arbitraje obligatorio.

²⁸ Esta es una doctrina que se reitera en numerosos documentos de la OIT. Por todos, véase, OIT: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración, 1996*. Cuarta edición (revisada). Ginebra y OIT: *Negociación Colectiva. Guía de Políticas*, 2016, p. 14 y los estudios que cita.

reflejada, publicitada y difundida en el Informe que anualmente elaboran con el fin de «generar conciencia y orientar las reflexiones para el respeto efectivo de los principios fundamentales de la libertad sindical y del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva»

Sin duda los textos que más se ocupan de los medios extrajudiciales de solución de conflictos son los que dimanan del control de cumplimiento de las normas internacionales de trabajo por parte de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y Recomendaciones de la OIT²⁹. Es en el ejercicio de esta actividad cuando la OIT a través de estos expertos exterioriza los principios que en su consideración deben impregnar estas prácticas a las que se refiere a ellas en ocasiones como «medios amistosos de solución de conflictos».

La Comisión de Expertos evalúa el impacto de su labor de análisis y estudio de los casos que denomina «de progreso» y recoge los diferentes supuestos conflictivos con los gobiernos de los Estados miembros, exponiendo los supuestos en los que se ha pronunciado y los Estados implicados que han tenido en cuenta sus propuestas y han modificado su legislación interna.

Obviamente, su labor no se centra en exclusividad sobre los medios de solución amistosa de conflictos, ni siquiera forman parte de su preocupación esencial, pero sí da cuenta de numerosos supuestos en los que o bien ha aconsejado la implementación de estos en los diferentes sistemas de relaciones laborales en los que las controversias se han manifestado, así como, en los supuestos en los que su decisión ha sido la de proponer una sustitución de las normas internas que han configurado a estos medios atendando a los derechos a la negociación colectiva y a la huelga.

Uno de estos supuestos más exóticos es el del Reino de Eswatini, ya que se trata de un Estado con apenas un millón y medio de habitantes y porque está situado en África Austral. Este Estado es miembro de la OIT desde 1975 y ha ratificado 33 convenios de la Organización, entre ellos el Convenio núm. 87 sobre el derecho a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación. El supuesto del que conoció la Comisión de Expertos versa sobre varios artículos de la Ley de Relaciones Laborales que no se ajustaban a lo dispuesto en los artículos 2 y 3 del citado Convenio pues permitían la remisión de los conflictos laborales a procedimientos de arbitraje obligatorio de larga duración, así como sobre la supervisión obligatoria de las votaciones para declarar

²⁹ Puede consultarse la monografía, «Control del Cumplimiento de las Normas Internacionales del Trabajo. El papel fundamental de la Comisión de Expertos», OIT, Ginebra, OIT, 2019, elaborada en el contexto del Centenario de la OIT en 2019 y que también pretende, como se nos hace saber en su prólogo, «arrojar luz sobre las numerosas actividades que desarrolla la OIT» y de la que lleva a cabo uno de sus principales órganos.

una huelga por parte de una Comisión nacional de arbitraje. A raíz de la visita al país de una nueva misión de alto nivel en el 2020 se adoptó una nueva modificación de su normativa interna que reconoció el derecho de sindicación de los trabajadores domésticos, y se redujeron a 21 días los procedimientos de arbitraje obligatorio para los conflictos laborales y se garantizó que la Comisión Nacional de Arbitraje supervisara las votaciones para declarar una huelga únicamente a petición de un sindicato.

El Estado de Georgia, miembro de la OIT desde 1993 y que ha ratificado 17 convenios, incluido el Convenio núm. 87, en 2006 aprobó un nuevo Código del Trabajo que derogó las leyes anteriores sobre los convenios colectivos y los conflictos colectivos del trabajo y dotó de una nueva regulación a estos derechos que suscitaban la preocupación de la Comisión por su manifiesta incompatibilidad con los artículos 3 y 10 del indicado Convenio, pues diseñaba una huelga denominada «de advertencia» en la que a los interlocutores sociales se les imponía participar en los procedimientos de solución amistosa de conflictos y si no se llegaban a un acuerdo en un plazo de catorce días o si una de las partes evitaba participar en la búsqueda de esa solución amistosa, a la otra parte se le reconocía el derecho a remitir la controversia a un tribunal de justicia o a un tribunal de arbitraje, con lo que se corría el riesgo de que el conflicto se resolviese por medio de un procedimiento arbitral obligatorio en contra de la voluntad de uno de los interlocutores sociales.

La Comisión de Expertos resaltó que una disposición que permite a cualquiera de las partes someter unilateralmente una controversia a arbitraje obligatorio, socava en realidad el derecho de los trabajadores a emprender acciones colectivas. Consiguientemente, la Comisión afirmó que el recurso al arbitraje debería limitarse a las situaciones en las que puede permitirse una prohibición de huelga, es decir, únicamente para los servicios esenciales, para los funcionarios públicos que ejercen potestades del Estado y en caso de situaciones de emergencia acuciantes.

En relación al Convenio núm. 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949, se vio implicado el Estado de Costa Rica, que se reincorporó a la OIT en 1944 después de haber sido miembro entre 1920 y 1927, y que ha ratificado 51 Convenios de la Organización, incluido el indicado. A la comisión llegaron las denuncias de persecución sufridas por los sindicatos costarricenses, especialmente en el sector privado, donde la tasa de sindicalización es muy baja y donde los pocos sindicatos existentes a menudo se enfrentan a un trato discriminatorio por parte de los empleadores.

La Comisión de Expertos pidió al Gobierno que respondiera a esos alegatos y propusiera medidas concretas para abordar tales cuestiones. En 2005,

el Gobierno presentó un proyecto de ley previa consulta con las autoridades judiciales y con el apoyo de expertos técnicos de la OIT. En el proyecto de ley se abordó también el problema de las demoras judiciales mediante la revisión y simplificación de los procedimientos judiciales anteriores, así como la introducción de un procedimiento especial para la protección de los trabajadores afiliados a los sindicatos. Pese al apoyo de los interlocutores sociales, el Gobierno no logró aprobar el proyecto de ley y su tramitación quedó suspendida en el marco de un proceso de consultas en la Asamblea Legislativa.

No obstante, simultáneamente, el Gobierno alentó la utilización de procedimientos alternativos de solución de las controversias de hostigamiento sindical y, con ese fin, estableció un órgano de arbitraje, que permitió reducir el número de casos de discriminación antisindical que se planteaban en sede judicial. También puso en marcha programas de formación para los jueces del orden jurisdiccional social, una mayor informatización de los procedimientos y otras medidas destinadas a reducir la duración media de estos, reduciendo la acumulación de casos pendientes. La Comisión de Expertos reconoció que el arbitraje instaurado era voluntario, pues sólo podía recurrirse a él con el consentimiento mutuo de ambas partes. Además, la reforma también eliminó todos los límites sobre la duración de la huelga.³⁰

En el caso de Filipinas³¹, la Comisión valoró positivamente la iniciativa del gobierno de limitar la imposición del arbitraje obligatorio a los conflictos que se manifiesten en las industrias que prestan servicios esenciales en el sentido estricto del término. En el mismo sentido se pronunció para Guatemala³² y Malasia.

A México³³, la Comisión le recordó que el Comité de Libertad Sindical examinó alegatos de falta de imparcialidad en el funcionamiento de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, y que había invitado al Gobierno a iniciar un diálogo constructivo con los interlocutores sociales en relación con estos órganos decisorios y en relación al ejercicio de los derechos sindicales consagrados en el Convenio, solicitándole que en 2016 respondiera de manera detallada a los presentes comentarios.

³⁰ Como novedad importante nos encontramos con la creación en 2020 de un Consejo consultivo Económico Social en Costa Rica, al estilo de algunos países europeos y de América Latina que, no obstante, no han desplegado iniciativa alguna que haya trascendido por su importancia, Véase, BOLAÑOS CÉSPEDES, F.: *Diálogo social en Costa Rica*, en GARCÍA MURCIA, J. y TORRES DE LEÓN, V.: *El Diálogo social como método de programación de la política social y de elaboración de normas laborales y de Seguridad social*, Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral de Panamá, 2021, pp. 77 ss.

³¹ *Vid.* OIT: Comisión de aplicación de normas de la conferencia extractos de las actas, OIT, 2016, caso individual 15.

³² *Idem*, casos individual 17 y 29, respectivamente.

³³ *Idem*, caso individual 23,

A Reino Unido³⁴ le instó que procurara que los denominados piquetes informativos transcurrieran por cauces pacíficos y para ello, propone, entre otras medidas, la negociación de los servicios de mantenimiento de la empresa y que el recurso al arbitraje obligatorio, en los términos ya indicados, sólo tenga lugar en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, para los funcionarios adscritos a la administración del Estado o en los casos de crisis nacional aguda.

9. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Una vez que nos hemos acercado al marco normativo desplegado por la OIT en materia de solución amistosa de conflictos colectivos, seguidamente nos ocuparemos de cuál ha sido y cuál es en la actualidad el régimen jurídico de estos medios en el Estado español. Como conclusión, podemos adelantar que su régimen, al igual que ocurre en los Estados de nuestro entorno, no sólo es respetuoso con los convenios ratificados de la OIT relativos a la negociación colectiva y a la libertad sindical y con la citada Recomendación núm. 92 sobre la conciliación y el arbitraje voluntario, así como con las propuestas que se introducen en otras recomendaciones y, como no podía ser de otra forma con la doctrina de sentada por la CLS y la Comisión de Expertos. También observaremos seguidamente que la reglamentación de estos medios de solución es más detallada y completa y con presencia de más posibilidades. Y si bien es cierto que en las primeras normas que se ocuparon de estos medios amistosos de solución de conflictos se dotaba de un mayor protagonismo al Estado del que aparece en el modelo propuesto por la OIT y en contra de sus postulados el arbitraje obligatorio ha sido también un recurso avalado estatalmente. En la actualidad la situación ha cambiado. Lo que es una lógica consecuencia de la instauración y consolidación de un sistema democrático de relaciones laborales. Veamos esta evolución, siquiera sucintamente.

1. De sus orígenes a la transición democrática

En España hasta la promulgación del Estatuto de los Trabajadores en 1980 el contexto político y social precedente de casi cuatro décadas de dictadura no constituía el escenario más apropiado para desplegar una apuesta a favor de las

³⁴ *Idem*, caso individual 25.

soluciones autónomas y extrajudiciales a los conflictos laborales³⁵. Sencillamente, porque, tal como apuntamos líneas atrás, es habitual que los Estados en los que su sistema político está alejado de los cauces democráticos se muestren reticentes a cualquier cesión de parte de su soberanía. A ello se une, evidentemente, la carencia de un sistema libre de negociación colectiva mínimamente desarrollado y la inexistencia de una organización sindical auténtica, integrada y dirigida por los propios trabajadores; la prohibición del derecho de huelga y, en definitiva, la negación del conflicto colectivo. En este contexto la solución pacífica de las controversias no es autónoma, sino impuesta y judicial.

No obstante, en aras a la verdad esta situación tan genéricamente descrita no impidió que durante la Dictadura también aparecieran distintas iniciativas legislativas sobre estos temas a la luz de la Ley de convenio colectivos de 1958 que dotó de cobertura jurídica a la autonomía de las partes. Claro que, su eficacia fue exclusivamente formal y en realidad muy reducida, sino nula³⁶. Durante esta etapa política la regulación heterónoma y, por supuesto, la convencional de los diferentes medios de solución de conflictos, a diferencia de lo que ocurría (y ocurre) con la ordenación al detalle del procedimiento judicial, situaba a aquél en una posición clara de inferioridad frente a la exclusividad jurisdiccional del Estado³⁷.

Si los derechos a la libertad sindical y a la autonomía colectiva no hubieran estado anulados durante esa etapa política, la realidad española de que las primeras normas laborales se acompañaron de otras cuyo objeto era el de impulsar el arbitraje y la mediación como medios idóneos para la solución de los conflictos laborales, no cabe duda que su desarrollo y su ordenación hubiera sido más completa y su realidad empírica mucho más extendida y recurrida y enriquecedora y se hubieran superado las lógicas reticencias que una opción política impulsora de estos mecanismos de paz laboral siempre despiertan en las organizaciones sindicales con menor trayectoria.

Pese a las casi cuatro décadas de Dictadura que preceden a la CE de 1978, no podemos retener una imagen de que España era huérfana de una regulación normativa sobre los medios de solución autónoma de conflictos. Es más, parece más preciso afirmar que, sí contamos con antecedentes tanto en ésta como en otras épocas mucho más lejanas. Épocas que se remontan, incluso, a la CE de 1812. Y aunque la evolución posterior se hizo esperar hasta principios del si-

³⁵ MONTAYA MELGAR, A.: «El arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 5, 1981, p. 5.

³⁶ Como denuncia el CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: «Procedimientos autónomos de solución...», cit., p. 58.

³⁷ CREMADES, B.: «El arbitraje en los conflictos de trabajo» en *Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo*, Murcia, 1978, pp. 75-78.

glo xx, esto es, al momento en el que el Estado decide intervenir en la cuestión social y se procede a promulgar las primeras normas laborales ya desde este momento éstas se acompañan de otras que van diseñando las bases para procurar una solución autónoma y extrajudicial a los conflictos.

Tal como se ha adelantado, quizás pueda discutirse que la CE de 1812 constituye el antecedente más remoto en España del arbitraje, pues no consagró de manera explícita el derecho a la tutela judicial efectiva, ni naturalmente hacía una referencia expresa a este medio de solución de los conflictos laborales, pero sí declaraba en su artículo 280, con una terminología no totalmente clara, que «no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes». Y en el artículo 281 reconocía la ejecutividad de «la sentencia que dieren los árbitros si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho a apelar». Es más, en el artículo 282 se hacía una referencia expresa a la conciliación, que bien pudiera ser una mediación habida cuenta «que el alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto». Como es sabido, en aquella época, los trabajadores carecían de un soporte normativo laboral y en el estado liberal imperante entre los negocios civiles se encontraban, al amparo del código civil, los arrendamientos de servicios que constituían el soporte jurídico entre los empleadores y los empleados.

El primer intento serio de regulación de estos medios no llegó hasta la Ley de Consejos de Conciliación y Arbitraje Industrial, de 19 de mayo de 1908³⁸. La norma es fiel a la tradición española de institucionalizar los jurados mixtos de composición paritaria³⁹. Se promulga previamente a la Ley de 27 de abril de 1909, de huelgas y coligaciones, pero su tramitación fue simultánea y ésta es su causa. Así se reconoce expresamente en la Exposición de Motivos del Real Decreto de 25 de agosto de 1923 que vino a impulsar los procedimientos de conciliación para la resolución de los conflictos entre capital y trabajo, en la línea de la indicada Ley de 19 de mayo de 1908 que, como nos dice, estableció «el procedimiento de conciliación y arbitraje industrial para procurar soluciones en las divergencias entre patronos y obreros y evitar o poner término a las huelgas y paros» y cierres patronales (arts. 1 y 2.) A estos

³⁸ SERRANO CARVAJAL, J.: «Legislación de los conflictos colectivos de trabajo en España hasta el fuero del Trabajo» en *Quince lecciones...*, pp., 153 ss. En general, MONTERO AROCA, J.: *Los Tribunales de Trabajo, Jurisdicciones especiales y movimiento obrero*, Valencia, 1977; MONTOYA MELGAR, A.: «La Ley de Huelgas de 1909: cien años después», en GARCÍA MURCIA, J. e RODRÍGUEZ CARDO, I.: *Legislación histórica sobre huelga y conflicto colectivo de trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 31 ss.

³⁹ MERINO MERCHÁN, J. F.: *Arbitraje laboral*, Madrid, 1979, p. 26.

efectos obligaba a las partes, tras la frustración de un primer intento de acuerdo ante la Junta local, a una segunda conciliación ante el Consejo. Y si esta se frustrase también, el propio Consejo imponía un arbitraje.

Posteriormente, el Real Decreto de 25 de agosto de 1923, en la línea de sus precedentes y, específicamente, de la Real Orden de 3 de febrero de 1922, mantiene la participación activa de la Autoridad competente, pues ante los bloqueos de la negociación obligaba a ambas partes a abrir nuevamente ésta en el plazo de tres días y, de frustrarse nuevamente el acuerdo, se le reconocía competencia para designar un Comité paritario de carácter circunstancial, respetando la designación de las partes y en caso de no ser realizada por alguna de éstas, procedía a la designación directa de sus integrantes. Este Comité funcionaba primero como mediador, fijando los términos de la conciliación, incluyendo el acuerdo de someter el conflicto a un arbitraje. En este caso, el árbitro encargado de proponer «los extremos de la escritura de compromiso» podía asistirse de los asesores técnicos y de las Corporaciones que estimase oportuno. Un aspecto relevante es que a las partes se les ofrecía una amplia libertad para que en cualquier momento de la tramitación sometieran el asunto a un arbitraje oficial o, en su caso, a un arbitraje libre, llevado a cabo por cualquier otra persona (art. 23). También se preveía la intervención del Instituto de Reformas Sociales ante el fracaso de los indicados intentos previos de solución. La norma era portadora de la tradicional amenaza de sancionar a los jefes o promotores por recurrir a huelgas sorpresivas y ejercitadas sin el intento previo de solución pacífica con la mediación pública establecida.

El Real Decreto Ley, de 26 de noviembre de 1926, crea la organización corporativa nacional y, además de dotarla de las competencias normativas básicas para determinar las condiciones de reglamentación del trabajo, también se le encomendó la prevención de los conflictos industriales y de la potestad de resolver las diferencias individuales o colectivas que les fueran sometidas por las partes (art. 17).

Fiel a este estilo, la Ley, de 27 de noviembre de 1931, de creación y organización de los jurados mixtos profesionales incluyó entre sus atribuciones la prevención de conflictos y si no se hubieran podido evitar, procuraba la avenencia entre las partes. La convocatoria de una huelga o el cierre patronal debía comunicarse previamente a los Jurados Mixtos locales a fin de intentar una solución negociada y pacífica. El trámite era de obligado cumplimiento, pues sin él no podía declararse la huelga ni el cierre patronal. En aras a la consecución de una solución amistosa se establecían plazos perentorios que dotaban de una gran agilidad al procedimiento de conciliación o mediación. La conciliación podía pasar hasta por tres instancias jerarquizadas y en caso de no lograr el acuerdo en esos tres intentos los jurados mixtos podían también proponer a

las partes la posibilidad de someterse a un arbitraje voluntario de cumplimiento obligado (art. 40). Como novedad importante, en los supuestos en los que con la mediación no se alcanzase un acuerdo y las partes no aceptaran el arbitraje se preveía que los Jurados mixtos emitiesen un dictamen para el Ministerio de Trabajo, apreciando las circunstancias del caso, la actitud de las partes y una propuesta de solución, «el cual lo hará público, si así lo estima conveniente».

Estas atribuciones fueron reiteradas en el Decreto de 29 de agosto de 1935 por el que se aprueba el Texto refundido de la legislación de jurados mixtos.

La Guerra Civil iniciada en julio de 1936 y el posterior régimen dictatorial, naturalmente, acabaron con los avances alcanzados previamente en materia político socio laboral. El desplazamiento de los conflictos colectivos y las huelgas a una situación penalizada de ilegalidad y persecución en la Declaración del Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938 se mantuvo hasta con la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959⁴⁰.

La política del régimen franquista se orientó a impedir cualquier atisbo de norma paccionada y la de reprimir las reivindicaciones colectivas de aumentos salariales (manteniendo expresamente la prohibición del Decreto de 31 de marzo de 1944). Se declararon nulos los acuerdos a nivel de empresa que plasmaron dichas subidas y se mantuvo la exclusiva potestad normativa estatal en la determinación de las condiciones laborales por sectores llevada a cabo a través de las reglamentaciones de trabajo (Ley de 16 de octubre de 1942)

Esta situación se mantuvo hasta la promulgación del Decreto de 8 de junio de 1956 que permitió a las empresas la posibilidad de unilateralmente reconocer subidas salariales, evitando el movimiento hoy identificado como dumping social.

Tras este ligero avance aperturista a una determinación autónoma del salario, se promulga el Decreto 2354/1962, de 20 de septiembre, que complementa a la Ley de 24 de abril de 1958, sobre convenios colectivos sindicales. El Decreto de 1962, sobre procedimientos de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo, constituye la primera norma que en esta etapa reconoce la existencia de posibles conflictos laborales y en aras a su prevención y solución articula dos tipos de soluciones atendiendo a la existencia o no de un convenio colectivo⁴¹. Si este existe del conflicto conocía en primer lugar la comi-

⁴⁰ Como es sabido, el punto segundo de la Declaración XI del Fuero del Trabajo establecía que «los actos individuales o colectivos que de algún modo turben la normalidad de la producción o atenten contra ella serán considerados como delitos de lesa patria».

⁴¹ CRISTÓBAL RONCERO, R.: «El procedimiento de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo en el Decreto 2354/1962, de 10 de septiembre», en GARCÍA MURCIA, J. e RODRÍGUEZ CARDO, I.: *Legislación histórica...*, op. cit., pp. 83 ss.

sión del convenio y posteriormente se les abría la posibilidad de conciliar ante la Junta Sindical de Conciliación. El fracaso de estas negociaciones desembocaba en la actuación de oficio de la Autoridad Laboral que hubiera aprobado el convenio que podía directamente resolver el conflicto de intereses mediante laudo o, su caso, podía proceder a su remisión a la Magistratura para una solución judicial al mismo. En los conflictos que se manifestaban sin la existencia de convenio colectivo vigente, se articulaba un intento previo de conciliación sindical y una posterior intervención de la Autoridad Laboral en la constitución de la Comisión negociadora del convenio. Y ante una solución frustrada del conflicto la Autoridad era competente para optar por una de las dos opciones anteriores, bien dictando un laudo, bien remitiendo el conflicto a una solución judicial.

En este mismo año, a diferencia de los postulados de la OIT, la Ley 39/1962, de 21 de julio, sobre ordenación de la inspección de trabajo, les reconoce entre sus funciones la de mediar en el conflicto a voluntad de las partes y la potestad de imponer de oficio su solución extrajudicial, lo que significa que su intervención constituye un acto autoritario, no dispositivo para las partes enfrentadas.

A la estela de la Ley orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 que despenalizó la exteriorización del conflicto colectivo, se promulgan el Decreto 1376/1970, de 22 de mayo, y la Ley sindical, de 16 de febrero de 1971, que dispone, como medida preventiva, que éste se plantee ante el Sindicato o la Autoridad Laboral competente, incluido la Dirección General de Trabajo si presentasen una extrema importancia económica o social. En estos supuestos entraba en juego, para el primero la conciliación y para la autoridad laboral la mediación y el arbitraje⁴². En la conciliación se reposaba la solución de los conflictos colectivos de interpretación y aplicación de la norma. En caso de no finalizar con acuerdo se desplazaba a la Autoridad Laboral que, tras una labor informadora, incluso con la participación técnica de la inspección de trabajo y de los peritos que estimase pertinentes, mediaba entre las partes y, en caso de desacuerdo, podía transformar su función en un arbitraje y dictar un laudo de obligado cumplimiento. Otra acción de la Autoridad Laboral, en la línea de la norma precedente de 1962, era la de delegar en la Magistratura la solución judicial de la controversia. Ese procedimiento era también aplicable para la solución del conflicto colectivo de reglamentación, con la salvedad de que no podía desembocar ante la Magistratura de Trabajo dado que para estos por su naturaleza no era posible una solución judicial. Y, al igual que ocurría con el

⁴² Véase. CEINOS SUÁREZ, A.: «Decreto 1376/1970, de 22 de mayo, sobre procedimientos de formalización, conciliación y arbitraje de las relaciones colectivas de trabajo», en GARCÍA MURCIA, J. e RODRÍGUEZ CARDO, I.: *Legislación histórica...*, op. cit., pp. 97 ss.

Decreto de 1962, la Autoridad laboral podía dictar un laudo arbitral de obligado cumplimiento y dar fin al conflicto o instar al sindicato a la constitución de la comisión negociadora para concertar un convenio.

El Decreto 1376/1970, de 22 de mayo, sobre regulación de conflictos colectivos de trabajo, también atribuye a la inspección de trabajo competencia para plantear ante la Autoridad laboral, bien de oficio, o a instancia de cualquiera de las partes, o por orden de la Dirección General de Trabajo o del Delegado Provincial de Trabajo, el inicio de los procedimientos de solución de conflictos colectivos. También se le reconocía la posibilidad ya vista de mediar en el conflicto y proponer una solución al mismo.

Tres años más tarde, la Ley de Convenios Colectivos de 19 de diciembre de 1973, preveía para el supuesto de fracaso de las negociaciones un posible arbitraje voluntario (art. 15.1) y una decisión arbitral obligatoria emanada por la autoridad laboral y vinculante para todos a los que se habría aplicado el convenio de haberse pactado.

El Decreto Ley 5/1975, de 22 de mayo, de regulación de los conflictos colectivos de trabajo⁴³ constituye el precedente, habitualmente obviado, del importante y aún vigente Real Decreto ley 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo, regulador, como es sabido, del derecho de huelga y de los conflictos colectivos. El Decreto Ley de 1975 legaliza la huelga ya despenalizada y configura ésta como un medio de presión de último recurso que sólo debe ejercitarse ante el fracaso de los procedimientos de conciliación y de mediación, en la que también se preveía una posible intervención de la inspección de trabajo, de la Organización Sindical y de la Autoridad laboral competente. Si el conflicto derivaba de discrepancias en la aplicación de un convenio, la autoridad laboral podía optar entre dictar ella un laudo o remitir las actuaciones a la Magistratura de Trabajo. Si el conflicto se planteaba para establecer o modificar un convenio colectivo, la autoridad laboral dictaría laudo de obligado cumplimiento resolviendo todas las cuestiones planteadas.

2. El régimen jurídico vigente de solución extrajudicial de conflictos

El punto de partida nos lo ofrece la visión que el Tribunal Constitucional expuso en la importante sentencia 11/1981, de 8 de abril, sobre los Decretos de 20 de septiembre de 1962 y de 22 de mayo de 1970, así como del Decreto-

⁴³ GARCÍA QUIÑONES, J. C.: «El tratamiento normativo de la huelga en el Decreto-ley 5/1975, de 22 de mayo, de regulación de los conflictos colectivos de trabajo, en GARCÍA MURCIA, J. e RODRÍGUEZ CARDO, I.: *Legislación histórica...*, op. cit., pp. 107 ss.

ley de 22 de mayo de 1975 que se ocuparon del arbitraje voluntario: todas ellas son normas que carecieron de eficacia práctica⁴⁴.

Como es fácil de imaginar, la situación cambia, en plena transición democrática, con la promulgación del Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (DLRT)⁴⁵. Norma que, con un ánimo más ambicioso que su precedente de 1975 a la que deroga, ordena un sistema pacífico de solución de conflictos en el que se estructura orgánicamente un arbitraje *ad hoc* voluntario y, conjuntamente con éste, dos supuestos de arbitraje obligatorio:

a) Uno, para los supuestos de huelga con una importante relevancia económica y social, al modo en el que se estableció en el Decreto de 20 de septiembre de 1962. Como en ésta, pero ya de una forma más contundente, estableció la potestad de la Autoridad laboral para dictar un laudo de obligado cumplimiento. Este arbitraje obligatorio, (del que se ha denunciado que no es un verdadero arbitraje en cuanto que carece de un elemento esencial: su carácter voluntario⁴⁶, aparte de ser público), se regulaba en los artículos 25 b) y 26. Ambos preceptos fueron declarados inconstitucionales en el FJ 2.º, apartado g) de la STC de 11 de abril de 1981. Esa expulsión del ordenamiento jurídico no fue recibida con entusiasmo unánime y fue incluso cuestionada pues se le identificó como la causa del desmoronamiento de la sólida estructura del sistema de resolución de conflictos⁴⁷. La declaración de inconstitucionalidad también alcanzó al indicado artículo 26 que dispuso el carácter vinculante del laudo así dictado y su fuerza ejecutiva inmediata.

b) Otro, el regulado en el artículo 10.1 del RDLRT⁴⁸ que prevé el arbitraje obligatorio impuesto por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, como modo de terminación de una huelga, «teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la misma, las posiciones de las partes y el perjuicio grave para la economía nacional»⁴⁹.

⁴⁴ Véase STC 11/1981, de 8 de abril, F. J. 23.

⁴⁵ MATÍA PRIM, J.; SALA FRANCO, T.; VALDÉS DAL-RE, F. y VIDA SORIA, J.: *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 182 ss.

⁴⁶ Y es que, ciertamente, «si el conflicto se planteara para modificar las condiciones de trabajo, la Administración laboral dictará laudo de obligado cumplimiento» (art. 25. b) por lo que, como apunta MONTÓYA MELGAR, A.: *El arbitraje...*, cit., p. 15, «la Administración actúa en estos supuestos no como árbitro, sino como poder público investido de *imperium*» [...] «a través de un puro acto de autoridad». En la misma línea, DE LA VILLA GIL, L. E.: «Procedimientos pacíficos para la composición de controversias colectivas» en *Quince lecciones sobre conflictos colectivos...* cit., p. 99, considera que sin cláusula compromisoria, «cualquier otro ejemplo es una forma adulterada de arbitraje».

⁴⁷ PÉREZ ESPINOSA, F.: «El arbitraje en materia laboral» en *Jurisprudencia Constitucional y Relaciones Laborales*, Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense, Madrid, 1981, p. 324. Un estudio sobre las consecuencias de la derogación del artículo 25 b) en BALLESTER PASTOR, M. A.: *El arbitraje laboral*, MT y SS, Madrid, 1993, pp. 184 ss.

⁴⁸ Un estudio del precepto en MERINO MERCHÁN, J. F.: *Arbitraje laboral*, cit., pp. 97 y 98.

⁴⁹ BALLESTER PASTOR, M. A.: *El arbitraje laboral*, cit., pp. 198 ss.

Este arbitraje obligatorio ha sido avalado por la citada STC, de 11 de abril de 1981. En su F. J. 19, no sólo admitió la constitucionalidad de ese concreto arbitraje obligatorio como «medio idóneo de solución posible de la huelga», sino que además consideró (en una postura doctrinal de signo muy diferente a la anteriormente apuntada) que «no por ser obligatorio deja de ser verdadero arbitraje siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad de los árbitros» frente a las propias partes y al Estado. En relación a este arbitraje lo que sí se declaró inconstitucional fue la potestad atribuida a la autoridad laboral de imponer la reanudación del trabajo por un período máximo de dos meses o de modo definitivo en los supuestos de huelga teniendo en cuenta su duración, las consecuencias, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional.

Del arbitraje *ad hoc*, «voluntario puro»⁵⁰ se ocupa el artículo 24 del DLRT. Y así se califica porque el compromiso arbitral es voluntario y voluntaria y libre es también la designación del árbitro o árbitros. Al igual que ocurría con la Ley de 27 de noviembre de 1931, se prevé la posibilidad de que el trámite de apertura del arbitraje voluntario se produzca una vez que ha fracasado la conciliación ante la Autoridad Laboral. En estos casos, el compromiso arbitral, en los términos que las partes convengan, se formaliza con la intervención del funcionario público ante el que ha fracasado el intento de conciliación, recogiéndose en el acta. Permanece pues el protagonismo del Ministerio de Trabajo en la composición del conflicto. No obstante, el procedimiento no se subordina a unas exigencias legales expresas; es un arbitraje que se ha calificado de «irritual»⁵¹ en el que los árbitros únicamente tienen la obligación de «dictar su laudo en el término de cinco días» (art. 24)⁵². Laudo que, naturalmente, puede ser objeto de impugnación judicial. Se trata, por último, de un arbitraje especial, sito al margen de los que regulaba la hoy derogada Ley de 22 de diciembre de 1953 de arbitraje de derecho privado⁵³.

Una vez aprobada la CE, con el Real Decreto Ley 5/1979, de 26 de enero, que crea el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación⁵⁴ y con el Real Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre, que lo desarrolla, se sientan las bases

⁵⁰ Un examen de las distintas modalidades de arbitraje en ALAN GLADSTONE: *El arbitraje...*, cit., pp. 10 ss.

⁵¹ MONTOYA MELGAR, A.: *El arbitraje...*, cit., p. 14.

⁵² Continúa el precepto indicando que el laudo que dicten los árbitros «tendrá la misma eficacia que si hubiera habido acuerdo entre las partes», lo que efectivamente resulta del compromiso previo.

⁵³ MONTOYA MELGAR, A.: *El arbitraje...*, cit., p. 11. MERINO MERCHÁN, J. F.: *Arbitraje laboral*, cit., p. 89, defiende la especialidad del arbitraje para las controversias laborales. En esta línea, la STCT de 31 de octubre de 1986 sostiene que la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953, no resultaba norma apropiada para regular los arbitrajes que se susciten en el ámbito laboral.

⁵⁴ BARREIRO GONZALEZ, G.: «Los procedimientos de solución de conflictos: mediación, conciliación y arbitraje. Análisis del Real Decreto-ley 5/1979, de 26 de enero», en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Madrid, 1980, pp. 373 ss.

de la permanente conciliación previa especial, institucional y pública tanto para los conflictos individuales como para los colectivos, ya sean éstos «jurídicos» o de «intereses». No obstante, el arbitraje previsto en la norma no llegó a funcionar puesto que su ejercicio reposaba en los llamados «Tribunales de Arbitraje Laboral» y su creación, que correspondía al Gobierno, nunca tuvo lugar. De ahí que la referencia a estas disposiciones en cuanto al arbitraje hace referencia, se hayan calificado como «normativas inaplicadas o mal aplicadas o de prácticas fallidas»⁵⁵, además de tratarse de una normativa excesivamente dispersa⁵⁶ y no sistematizada⁵⁷. En efecto, dicha normativa se encontraba poco articulada y escasamente conectada con el sistema de negociación colectiva y de autonomía colectiva consolidado con el ET.

10. LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMOS DE CONFLICTOS EN EL ET

Desde que en 1980 se promulgó el ET los medios de solución extrajudicial de los conflictos han sido objeto de diversas reformas. La más importante fue la abordada en el último tramo del siglo xx por la Ley 11/1994, de 19 de mayo⁵⁸. No obstante, pese a los indiscutibles avances de esta norma y a prever todas las clases de arbitraje⁵⁹ con un mayor detenimiento que el dispensado a la conciliación y a la mediación, su regulación era, (y aún lo es), dispersa y entremezclada, y con importantes lagunas⁶⁰ y carencias⁶¹. Seguramente, la precipitación con la que se incorporó al arbitraje en la indicada reforma laboral en el trámite de enmienda ayudó a esa mejorable regulación. Claro que, en un

⁵⁵ Cfr. DEL REY GUANTER, S.: «Los medios de solución de los conflictos colectivos de intereses y jurídicos», *Relaciones Laborales*, T. II, 1992, p. 191.

⁵⁶ RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: «La intervención administrativa en los conflictos surgidos en la negociación colectiva», en AA. VV. *La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1989, p. 178.

⁵⁷ GONZALEZ ORTEGA, S.: «Los medios de solución de los conflictos colectivos en la función pública» en AA. VV. *Seminario sobre Relaciones Colectivas en la Función Pública*, Sevilla, 1990, p. 425.

⁵⁸ TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: «El arbitraje en el Derecho del Trabajo», *Revista Española de la Corte Española de Arbitraje*, 1996, (pp. 9-41).

⁵⁹ ALAN GLADSTONE: *El arbitraje voluntario de los conflictos de intereses*, cit., p. 91.

⁶⁰ Cfr. MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «Medios autónomos de solución y proceso laboral», en *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, cit., p. 91.

⁶¹ CASAS BAAMONDE, M. E.: *Procedimientos de solución y Reforma...*, cit., p. 53 sostiene, acertadamente, que «la tardanza del legislador (en legalizar estas cuestiones), sin embargo, no se ha debido –o no se ha compensado con– una elaboración pausada, ampliamente debatida y contrastada, y de alto valor técnico. Los trámites de discusión han sido pocos y fundamentalmente políticos. Y la calidad técnica del resultado deja bastante que desear». En el mismo sentido, CRUZ VILLALON, J.: *El arbitraje laboral en la reforma legislativa*, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 40 ss.

balance genérico fueron más los aciertos que sus defectos y estos, sino totalmente sí han sido abordados en las siguientes reformas. Claro que pese a la valoración positiva que tenemos de la regulación de los medios autónomos de solución de conflictos, aún sigue siendo criticable que no se haya abordado una regulación heterónoma más ordenada y sistemática. Fruto de ello es que en el texto vigente del ET a estos medios de solución pacífica de conflictos se refieran numerosos preceptos y no se encuentren agrupados.

El artículo 33 del ET, que regula el Fondo de Garantía Salarial, se ocupa en tres apartados de estos medios. Así, en el primero reconoce la naturaleza salarial a las deudas que por este concepto haya asumido el empresario en un acto de conciliación no necesariamente judicial, a diferencia de lo que ocurre por las deudas en concepto de indemnización por extinción del contrato en el que el FOGASA sólo queda vinculado si el reconocimiento de deuda del empresario pasa por que éste tenga lugar en un acto de conciliación judicial, no siendo útil o idóneo a estos efectos el llevado a cabo en sede administrativa ante la autoridad laboral u otro órgano privado. A los efectos de intentar evitar cualquier tipo de fraude, el apartado 8.º atribuye al FOGASA la consideración de parte en los procedimientos arbitrales, a efectos de asumir las obligaciones previstas en este artículo. Y, finalmente, en su apartado 7.º el legislador identifica como día de inicio del cómputo de plazo de prescripción para solicitarle las deudas reconocidas la fecha del acto de conciliación, sentencia, auto o resolución de la autoridad laboral en que se reconozca la deuda por salarios o se fijen las indemnizaciones, guardando silencio del arbitraje

El artículo 59.3 del ET dota de eficacia interruptiva del plazo de caducidad a la presentación de la papeleta de conciliación ante el órgano público conforme al artículo 63 de la LJS. Precepto éste que extiende estos efectos suspensivos al intento de mediación también ante el servicio administrativo o ante el órgano que asuma estas funciones conforme a los acuerdos marcos sobre esta materia, esto es, los Acuerdos de solución Autónoma de conflictos a nivel estatal o de comunidad autónoma, así como los acuerdos de interés profesional aplicables a los trabajadores autónomos conforme a los artículos 13 y 18 de su Estatuto.

Las diferentes medidas causales de flexibilidad interna y externa y de adaptabilidad que pueden imprimirse a las relaciones laborales si tienen una naturaleza colectiva, como es suficientemente conocido, requieren la apertura de un período de consultas con la comisión negociadora constituida al efecto conforme a las directrices del artículo 41.4 del ET. Pues bien, en los supuestos de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión de los contratos de trabajo, (los denominados ERTES), y despidos colectivos (ERES), las partes pueden en cualquier momento acordar su sustitución por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de

aplicación en el ámbito de la empresa. Como novedad importante frente a los otros supuestos, se prevé que para los despidos colectivos a petición conjunta de ambas partes pueda intervenir la autoridad laboral bien mediando, bien asistiéndolas con el fin de lograr un acuerdo.

En los supuestos de inaplicación parcial del convenio colectivo en el ámbito de la empresa también se precisa de la apertura de un período de consultas. En caso de bloqueo el legislador ofrece distintas posibilidades, que bien pudieran calificarse de «vía crucis»⁶². Una de carácter facultativo, como es la de someter la cuestión a la comisión del convenio para que en el plazo máximo de siete días se pronuncie. Otra, de obligado cumplimiento, si así estuviera establecido, y que se activa ante la frustración de acuerdo en la comisión o porque no se ha recurrido a ella, y es el someter el conflicto a los medios establecidos en los distintos acuerdos interconfederales de solución autónoma de conflictos laborales, bien de ámbito nacional, bien de comunidad autónoma. Entre estos medios, obviamente, está el arbitraje a cuyo laudo el ET le reconoce la misma fuerza vinculante que a un convenio colectivo. Finalmente, cuando no existe el acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos autónomos indicados o no hubieran logrado la paz, la solución se somete a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o a la correspondiente de las Comunidades Autónomas según el ámbito territorial al que se extiende el conflicto. La decisión o bien se toma en su seno o mediante la designación de un árbitro ad hoc que cuenta con un plazo de veinticinco días para adoptarla. A esta se le reconoce el valor de los acuerdos adoptados en los períodos de consultas y sólo pueden ser impugnados conforme al procedimiento y los motivos tasados en el artículo 91 del ET.

Por su parte, la Disposición Adicional 13 ET, con una rúbrica suficientemente expresiva: «solución no judicial de conflictos», permite que, en defecto de previsión en un convenio colectivo de un procedimiento de solución de las discrepancias surgidas en los períodos de consultas, se pueda acudir al establecido conforme al artículo 83 ET siempre que las partes así lo dispongan.

Finalmente, resta referirnos, siquiera brevemente, al arbitraje obligatorio para las cuestiones que se susciten en los procesos de elecciones sindicales incorporado en el artículo 76 del ET por la Ley 32/1984, y desarrollado por el Real Decreto 1844/1994. Este arbitraje electoral al ser obligatorio suscita sospechas de inconstitucionalidad⁶³ que se superan si se identifica a este medio de solución de las controversias electorales no como un falso arbitraje, sino como

⁶² DESDENTADO BONETE, A.: «Sobre los problemas procesales de los medios no jurisdiccionales de solución de conflicto», *RMTySS*, núm. 133, 2016, p. 42

⁶³ CALVO GALLEG0, F. J.: *El arbitraje en las elecciones sindicales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 30 ss.

una vía previa administrativa-sindical⁶⁴. A él se le someten, como trámite previo a la vía judicial, para resolver en derecho y no en equidad, todas las actuaciones de la mesa electoral que se impugnen, como bien pudieran ser el censo electoral, la presentación de candidaturas, la designación del número de candidatos o la determinación de su capacidad o legitimación. Este precepto estatutario se desarrolla, para su fase judicial de impugnación del laudo, en los artículos 127 a 132 de la LJS. Cabe destacar que el órgano judicial no entra a conocer de un conflicto de esta índole que no haya sido previamente dotado de una solución por laudo arbitral. Ahora bien, el órgano judicial ante el que se impugna el laudo por los motivos tasados en el artículo 128 de la LJS puede replantearse el conflicto en los mismos términos.

11. LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMOS DE CONFLICTOS Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A) La importancia de la comisión paritaria del convenio colectivo

Es fácil comprender que la comisión paritaria, en cuanto órgano de administración del convenio colectivo, es una institución propicia para entender de los conflictos que deriven de su interpretación y aplicación⁶⁵. Y aunque ese papel le fue reconocido en 1980, en la redacción originaria del artículo 91 del ET, la apuesta más decidida del legislador de configurar a las comisiones paritarias como medio más adecuado para la solución autónoma de los conflictos laborales tuvo lugar con el RDL 7/2011.

De un lado, se incorporó al vigente artículo 85.3.e) del ET el mandato de incorporar dentro del contenido mínimo del convenio colectivo la designación de una comisión paritaria para entender de los conflictos suscitados en los procedimientos para solucionar de manera efectiva las discrepancias que surjan en los períodos de consultas que preceden a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo o de la inaplicación parcial o descuelgue del convenio colectivo, así como, incluso, en los supuestos de renegociación del convenio o de su adaptación a las condiciones cambiantes, aunque no hubieran sido firmantes del mismo. Como mandato adicional se dispone que el convenio

⁶⁴ En este sentido. DESDENTADO BONETE, A.: «Sobre los problemas procesales...», cit., p. 42.

⁶⁵ PÉREZ-ESPINOSA, F.: «Presente y futuro de las comisiones paritarias de los convenios colectivos», en *Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución*, Madrid, 1985, p. 434. MUÑOZ CAMPOS, J.: «La justicia en lo laboral a través del Convenio Colectivo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 34, 1988, p. 176.

establezca los procedimientos y plazos de actuación de la comisión paritaria para garantizar su rapidez y efectividad y la salvaguarda de los derechos afectados.

De otro, con unos términos reiterativos que podrían inducir a confusión, pero que lo único que pretenden es reafirmar la función clásica de la comisión de intervenir en la interpretación y aplicación del convenio colectivo, en el artículo 91.3 del ET se establece como trámite previo al planteamiento de este conflicto en sede judicial. Así dispuesto, podría pensarse que la comisión puede actuar como un auténtico órgano instructor del conflicto, fijando los términos del debate y las posturas de las partes para su posterior planteamiento en sede judicial. La función clásica de la comisión se refuerza al conferir a sus resoluciones, cuando ostenten la legitimación suficiente para convenir, la misma eficacia jurídica y tramitación que tiene el convenio colectivo.

Esta puede actuar como mediador, en definitiva, interviniendo ante la frustrada negociación abierta por los representantes de las partes o como árbitro. Cada uno de estos medios presenta una serie de dificultades. La mediación de la comisión tiene el problema de que se reproduzca en su seno el enfrentamiento que ha impedido el acuerdo. Y en la misma línea, el arbitraje debe superar la posible pérdida de confianza, sino ausencia, al ver en la comisión un reflejo de los representantes de los intereses de cada una de las partes en conflicto. Cuestión distinta, y menos problemática, es que su intervención como mediador lo sea para alcanzar un pacto de someter a un arbitraje privado y *ad hoc* la solución al conflicto.

En cuanto al otro medio de solución de conflictos, el arbitraje, se nos muestra difícil equiparar la actuación de la comisión paritaria a la de un árbitro en cuanto que las controversias que van a conocer no puede negarse que les afectan, sino directamente, sí a sus representados, y que no pueden ser consideradas un tercero ajeno al conflicto. Las comisiones paritarias se integran normalmente de las mismas personas con las que se constituyó la comisión negociadora del convenio colectivo. Y si no es así y las personas en una u otra comisión fueran diferentes no podemos olvidar que la solución arbitral aportada por la comisión realmente siempre es consensuada, fruto de una negociación previa. De ahí la naturalidad con la que se acepta que a sus laudos se le reconozca la misma fuerza vinculante que la del convenio colectivo que le ha reconocido dicha potestad.

B) Los Acuerdos interconfederales de solución de conflictos en los ámbitos estatal y de las comunidades autónomas

La reglamentación de los medios de solución extrajudicial de conflictos encuentra su mejor acomodo en una regulación autónoma por diversas razo-

nes. Por lo pronto, porque desde su origen, estos medios de solución de conflictos colectivos se han vinculado a la huelga, bien como medios preventivos y neutralizadores de la misma, bien como medios que incentivan, promueven y perfeccionan la adopción de acuerdos y la solución pacífica y autónoma del conflicto. Ello supone fortalecer el derecho a la negociación colectiva que pasa a ocupar el lugar que le corresponde como medio más eficaz para la búsqueda de una solución al conflicto y para proceder a la reglamentación del procedimiento para su búsqueda. De otro lado, porque dada la variedad de conflictos a los que pueden extenderse estos medios autónomos de solución y dada su diversa naturaleza, así como el diferente contexto e intereses que entran en juego o se ven afectados, la autonomía de las partes es la que con mayor inmediatez, implicación y flexibilidad permite una salida pacífica al mismo. Finalmente, porque en nuestro sistema de relaciones laborales la regulación heterónoma de estos medios tras la transición democrática no fue todo lo detallada que cabría esperar y esa insuficiencia o desatención fue en gran parte paliada por las propias organizaciones sindicales y empresariales a través de los acuerdos interconfederales sobre esta materia en concreto.

El primero de estos fue el denominado Acuerdo Básico Interconfederal, suscrito por UGT y CEOE el 10 de julio de 1979. Identificado como el precursor de nuestro modelo de concertación social, incluyó como parte de su contenido normativo el compromiso de incentivar la utilización de los medios no jurisdiccionales de solución de los conflictos de trabajo. Posteriormente, el Acuerdo Marco Interconfederal (AMI), suscrito el 5 de enero de 1980, dedicaba un capítulo a la mediación, a la conciliación y al arbitraje e instituía un Comité Paritario Interconfederal al que atribuía dichas funciones y al que por voluntad de ambas partes o de una de ellas se podía acudir para disolver sus diferencias. El Acuerdo Interconfederal (AI) de 17 de febrero de 1983, reiteró el contenido del anterior y, además, dejó constancia de la coincidencia de todos los firmantes «en la conveniencia de potenciar procedimientos voluntarios de mediación y arbitraje para resolver los conflictos». En el Acuerdo Económico y Social (AES) de 9 de octubre de 1984, tras recordar los compromisos adquiridos y no cumplidos sobre este punto en los acuerdos interconfederales precedentes, y tras exponer sus aspectos mejorables, (como por ejemplo, que en los anteriores pactos no han quedado establecidos unos criterios suficientemente definidos en base a los cuales pudiera operar la mediación y el arbitraje voluntarios), las partes firmantes asumen el compromiso «de tratar de concluir en el más breve plazo posible un Acuerdo Interconfederal específico sobre procedimientos voluntarios para la solución de conflictos», con adecuación a lo establecido en la Recomendación número 92 de la OIT y artículo 6 de la Carta So-

cial Europea que en el reconocimiento expreso al derecho a la negociación colectiva y al derecho de huelga, incluyen el compromiso de las partes de «fomentar el establecimiento y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje voluntarios para la solución de conflictos laborales»

Aunque esa expresa voluntad de potenciar los medios autónomos de solución de conflictos fue manifestada en los indicados acuerdos marcos de ámbito estatal, los primeros que de esta naturaleza se pactaron lo fueron en el ámbito de las Comunidades Autónomas⁶⁶. Este es el caso del País Vasco⁶⁷, Cataluña⁶⁸, Galicia⁶⁹, Valencia⁷⁰, Madrid⁷¹ y Canarias⁷² que con una regulación, composición, funcionamiento y gestión con sus peculiaridades propias crearon los Consejos de Trabajo y Relaciones Laborales⁷³ y los Consejos Económicos y Sociales⁷⁴, reconociendo entre sus funciones la promoción de medios no judiciales de solución de conflictos⁷⁵, fundamentalmente los colectivos. No obstante, también en algunos acuerdos, (País Vasco y Galicia) con una convicción más ambiciosa en torno a las posibilidades de una solución pacífica o consensuada al conflicto se recogió el compromiso de constituir una Comi-

⁶⁶ GONZÁLEZ BIEDMA, E.: «Los procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos de trabajo en las Comunidades Autónomas», en *XI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, 1994.

⁶⁷ Acuerdo Interconfederal sobre procedimientos voluntarios de resolución de conflictos colectivos de 22 de junio de 1990.

⁶⁸ Acuerdo sobre el Reglamento de funcionamiento del Tribunal Laboral de Conciliación, Mediación y Arbitraje de Cataluña de 7 de noviembre de 1990.

⁶⁹ Acuerdo Interprofesional Gallego sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos de Trabajo de 4 de marzo de 1992.

⁷⁰ Acuerdo Interprofesional sobre solución extrajudicial de conflictos de la Comunidad Valenciana de 1992.

⁷¹ Acuerdo Interprofesional sobre la creación del sistema de solución extrajudicial de conflictos y del Instituto laboral de la Comunidad de Madrid, de 22 de noviembre de 1994.

⁷² Acuerdo Interprofesional canario sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo de 13 de mayo de 1994.

⁷³ El primer Consejo en aparecer fue el de Cataluña (1978), al que siguió el del País Vasco (1981), Andalucía (1983), Castilla-La Mancha (1983), Madrid (1984), Murcia (1984), Valencia (1987) y Galicia (1988).

⁷⁴ Semejantes al previsto para el ámbito estatal en la Constitución Española. Entre otros, los de la Rioja (1989), Castilla y León (1991) y Extremadura (1991).

⁷⁵ V. gr. La Ley reguladora del Parlamento de Andalucía 4/1983, de 27 de junio, que encomienda expresamente al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales «facilitar y promover la mediación y el arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo». GARCÍA BECEDAS, G.: «El Consejo de Relaciones Laborales del País Vasco», *Revista de Trabajo*, núm. 69, 1983; MARTÍN VALVERDE, A. y RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.: «Los Consejos de Trabajo y Relaciones Laborales de Cataluña, País Vasco y Andalucía» en AA. VV. *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, volumen III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984; ROJO TORRECILLA, E.: «Los Consejos de Relaciones Laborales de las Comunidades Autónomas (un instrumento de ayuda para la salida de las crisis) en AA. VV. *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, U. C. M., Facultad de Derecho, 1984; SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El Consejo de Relaciones Laborales como institución autonómica», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 12, 1982. Sobre los Consejos Económicos y sociales puede verse la obra colectiva AA. VV.: *Los Consejos Económicos y Sociales*, Trotta, Madrid, 1992.

sión que elaborase una propuesta de procedimientos de resolución de los de carácter individual y otros, sencillamente, los incluyeron como conflictos susceptibles de solución autónoma (Cataluña, Madrid y Canarias).

El Acuerdo Marco a nivel estatal se hizo esperar. El 25 de enero de 1996 se formaliza a nivel estatal el primer Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos (ASEC). Con éste los interlocutores sociales no solo procedieron a dotar de una reglamentación más detallada a estos medios de solución, que hasta entonces contaba con un texto de corte más programático que sustancial, también como hito importante bajo su cobertura el 22 de julio de 1997 se creó el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), como soporte de la gestión y administración de los procedimientos y como espacio para el diálogo y la negociación. Este órgano constituye una Fundación del Sector Público (de ahí que se le conozca también bajo las siglas SIMA_FSP) tutelada y financiada por el Ministerio de Trabajo lo que permite que su actuación sea gratuita para las partes. Principio básico para una mayor eficacia y eficiencia.

En la actualidad está vigente el VI Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos (ASAC), suscrito el 26 de noviembre de 2020, que se presenta con la nueva denominación implementada en el V ASAC, de 2012, optando por la calificación de la solución como «autónoma» y no «extrajudicial» con el ánimo, según se nos adelanta en la Exposición de Motivos del VI ASAC, de resaltar el origen convencional de estos medios de solución alternativos a la vía judicial y potenciadores de la negociación colectiva.

En cuanto a su contenido, en una valoración global, puede afirmarse que las partes, como corresponde a unos medios de solución de conflictos calificados como autónomos, optan por el recurso a una mediación como procedimiento previo al arbitraje. Para ambos diseñan un procedimiento de forma detallada, flexible y ágil.

El VI ASEC extiende la mediación a todo tipo de conflictos, (excepto a los individuales) y, por supuesto, a los derivados de las discrepancias que surjan de los períodos de consultas en las decisiones colectivas de movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensiones de los contratos de trabajo, despido colectivo o inaplicación parcial del convenio colectivo o descuelgue, así como a los que surgen con ocasión de las huelgas y dentro de éstas de la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento. Naturalmente, la mediación se configura como medio idóneo para desbloquear cualquier proceso de negociación colectiva, incluidos los diagnósticos y planes de igualdad.

La mediación no requiere acuerdo previo de ambas partes, con que lo solicite una de ellas se torna en un medio obligatorio para la otra. El arbitraje está configurado de forma distinta, pues éste en todo caso es voluntario y sólo

es posible si ambas partes de mutuo acuerdo lo solicitan por escrito. Como excepción, aunque no deja de ser en origen voluntario, nos encontramos con el arbitraje obligatorio para la renovación de un convenio colectivo denunciado si en éste se establece que debe recurrirse al arbitraje una vez superado un determinado plazo de negociación sin resultado alguno.

Asimismo, se reglamenta la intervención obligada y reservada de la comisión paritaria del convenio colectivo y se diseñan los principios a los que debe someter su intervención, que será preceptiva cuando se traten de controversias surgidas en los indicados períodos de consultas si así se establece en el convenio colectivo o si una de las partes lo solicita. En el Anexo se recogen una serie de recomendaciones para que su funcionamiento sea rápido y efectivo. Son propuestas que afectan a su composición (que sea lo menos numerosa posible) a los beneficios que se desprenden de programar reuniones periódicas frecuentes, al uso de medios telemáticos, a la brevedad de los plazos y a la simplificación de los trámites y la adopción de acuerdos por mayoría simple, entre otros.

Cada nuevo ASAC se ha beneficiado de las experiencias previas de los acuerdos que le han precedido y se ha adaptado a la evolución de las relaciones laborales y a sus innovaciones legislativas. El actualmente vigente ha incorporado novedades de gran calado. Ha universalizado su ámbito de aplicación, alcanzando a todas las empresas y sectores «sin necesidad de un instrumento de ratificación o adhesión expresa» y permite que de la labor de la Fundación pública se beneficien los empleados públicos y las personas trabajadoras autónomas económicamente dependientes siempre que unos y otros lo soliciten mediante acuerdo de adhesión expresa.

12. A MODO DE CONCLUSIÓN: SÍNTESIS VALORATIVA

El presente estudio no pretende un análisis comparado entre el marco jurídico de los medios de solución autónoma de conflictos laborales, en su dimensión histórica, con la preocupación desplegada sobre ellos por la OIT. Sobradamente conocido es que los estándares que la normativa interna española despliega sobre estos son mucho más precisos, detallados y, en consecuencia, más útiles y eficaces. Y ello, en un proceso que se presenta por igual en los principales Estados industrializados, tal como se pone de manifiesto con rigurosidad por Ojeda Avilés ⁷⁶.

⁷⁶ OJEDA AVILÉS, A.: *Mediación y arbitraje en conflictos laborales. Una perspectiva internacional*, Aranzadi, 2021.

La OIT en su recomendación núm. 92, de 1951 se ocupa exclusivamente de la conciliación y el arbitraje voluntarios, sin prohibir los obligatorios. El Estado español previamente había promulgado una gran cantidad de normas que estimulaban la negociación entre las partes y al arbitraje como medio de solución. Pero no tenían una misma configuración, pues, en algunos momentos también el arbitraje se presentaba con un carácter obligatorio, no negado ni prohibido por la citada Recomendación y, como es sabido, avalado por la doctrina del CLS y de la Comisión de Expertos de la OIT ante supuestos de huelga en servicios esenciales en el sentido estricto el término. Doctrina que, lógicamente, no podía ser aplicada al estado español.

Naturalmente, con la instauración de la dictadura y la ilegalización de las huelgas, de los conflictos colectivos y de las organizaciones sindicales puras los medios amistosos de solución de conflictos dejaron de existir. La explicación se encuentra en la negación del Estado al conflicto en gran parte heredera de la imposibilidad de abrir procesos de negociación colectiva. Los medios autónomos de solución de conflictos no tenían razón de ser en un régimen en el que se negaba su existencia. No obstante, en las dos últimas décadas de la dictadura, aparecieron tímidos reconocimientos de que pudieran darse los conflictos colectivos, como es lógica consecuencia de los intentos de apertura hacia la negociación colectiva. Ello llevó a intervenir y procurar mecanismos de solución pacífica para los supuestos de bloqueo de esta. No obstante, tales normas no fueron más que un brindis al sol, un posicionamiento político de un régimen autárquico que buscaba un reconocimiento internacional de esa posición aperturista. Tal opción progresista en modo alguno fue eficaz para nuestro sistema de relaciones laborales, pese a la despenalización de la exteriorización de los conflictos colectivos en 1967. Si tuviéramos que destacar qué aspectos son los relevantes en las normas que se promulgaron en esta época sobre la materia que nos ocupa, sólo haríamos referencia a dos: al protagonismo gubernamental en la gestión del conflicto y a su apuesta por el arbitraje obligatorio.

Durante la transición democrática el legislador promulgó el RDLRT de 1977, sobre el Derecho de Huelga y los Conflictos Colectivos y el Tribunal Constitucional avaló su vigencia con la interpretación auténtica que del mismo diseñó en la sentencia 11/1981. Esta sentencia realizó diversos pronunciamientos de inconstitucionalidad. El primero afectó al arbitraje obligatorio establecido en los supuestos de conflictos suscitados para modificar las condiciones de trabajo y, el segundo, a la facultad que se reconocía al Ministerio de Trabajo para proceder a la reanudación de la actividad laboral en los supuestos de las huelgas perjudiciales para la economía nacional.

Posteriormente, el Estatuto de los Trabajadores y los propios interlocutores sociales en los hasta ahora seis Acuerdos Interconfederales sobre los medios de solución autónomos de conflictos, como es fácil de imaginar, conforman un régimen jurídico mucho más completo y ambicioso que el genéricamente esbozado por la OIT. Tenemos que reconocer que aún queda camino por recorrer para que los recursos a estos medios de solución de conflictos constituyan un recurso habitual y natural, y que se consideren medios prestigiosos y vinculantes, y que su uso se extienda también hacia los conflictos individuales. Pero creo que las iniciativas legislativas están muy avanzadas y puede presumirse que están dotadas de un óptimo desarrollo autónomo para que su uso se generalice.

A la OIT se le puede reprochar su actitud contenida en esta materia y que bien podría proceder a la adopción de un convenio y a estimular su ratificación por los Estados miembros que pudieran mostrar algún tipo de reticencia a través de esa labor «pedagógica» que despliega con la publicación de sus diferentes guías y de las recopilaciones de las decisiones y propuestas de la Comisión de Expertos y del CLS.

LA OIT Y LAS RELACIONES DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UNA RELECTURA EN CLAVE CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

ALBA GARCÍA TORRES

Profesora Contratada Doctora de Derecho
del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. *La protección de las relaciones de trabajo en la Administración Pública en el marco de la OIT: de la aplicación de los convenios generales a la codificación de las relaciones en el sector.*-2. *La influencia de los convenios de la OIT en el reconocimiento inicial de los derechos colectivos de los funcionarios públicos.*-3. *Una relectura constitucional de los derechos colectivos de los empleados públicos a través de los convenios de la OIT.*-4. *Bibliografía.*

1. LA PROTECCIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DE LA OIT: DE LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS GENERALES A LA CODIFICACIÓN DE LAS RELACIONES EN EL SECTOR

La influencia de los Convenios de la OIT en la regulación de las relaciones laborales en el sector público puede estudiarse en dos etapas claramente diferenciadas: la primera sobre la posibilidad y conveniencia de aplicar los Convenios generales sobre protección de derechos colectivos a la Administración Pública (Convenios núm. 87, de 9 de julio de 1948 y 98 de la OIT, de 1 de julio de 1949), y una segunda en la que ya se encuentran Convenios específicos de aplicación a este sector (Convenios núm. 151, de 27 de junio de 1978, sobre

la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública y núm. 154, de 3 de junio de 1981 de la OIT, sobre el Fomento de la Negociación Colectiva).

En la primera etapa se debatió sobre la idoneidad de aplicar el Convenio núm. 87 de la OIT¹, relativo a la «libertad sindical y a protección del derecho de sindicación» y el Convenio núm. 98 de la OIT², «sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva» a las relaciones de prestación de servicios habidas en el seno de la Administración.

El Convenio 87 establece derechos de sindicación y reunión básicos de «las organizaciones de trabajadores y de empleadores», sin hacer distinción alguna en función del sector de actividad o del tipo de vínculo. El convenio establecía, fundamentalmente, un concepto amplio de libertad sindical (arts. 1-9), así como la obligación por parte de los Estados de adoptar mecanismos de protección del citado derecho (art. 11)³.

Por ello, se entendió, sin mayores controversias, que el Convenio 87 se aplica a los empleados públicos con carácter general, en la medida en que solo se preveía como posible excepción determinados colectivos de funcionarios, como «las fuerzas armadas» y «la policía». Así, el artículo 9 del Convenio 87 de la OIT prevé que «La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio»⁴.

Esta interpretación inclusiva de los empleados públicos es la que ha mantenido, a su vez, el Comité de Libertad Sindical, que en sucesivas decisiones han ido reforzando esta idea al entender que las «normas contenidas en el Convenio núm. 87 se aplican a todos los trabajadores «sin ninguna distinción» y, por consiguiente, amparan a los empleados del Estado». En efecto, se ha considerado que no sería equitativo establecer una distinción en materia sindical entre los trabajadores del sector privado y los agentes públicos, ya que, unos y otros, deben gozar del derecho a organizarse para defender sus intereses⁵. En este mismo sentido, se ha precisado que cuando el artículo 2 del Convenio núm. 87 establece «que todos los trabajadores sin distinción deben gozar del derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes» debe entenderse que los trabajadores de la Administración Pública también

¹ Ratificado por España el 13 de abril de 1977.

² Ratificado por España el 13 de abril de 1977.

³ Vid. ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 48.

⁴ Vid. DE LAS HERAS BORREDO, F. M., «La sindicación de los funcionarios públicos en Europa», *Revista de Política Social*, núm. 122, abril/junio, 1979.

⁵ Vid. Informe 348, párrafo 675; Informe 362, párrafo 840; Informe 370, párrafos 385-488.

deben gozar del mismo derecho, en los mismos términos que los del sector privado⁶.

En este sentido, el comité de Libertad Sindical entiende qué si el derecho de los empleados públicos no fuera reconocido en los mismos términos que se hace en el sector privado, y se obligara a que en este sector se crearan «asociaciones» –que no pueden tener las mismas ventajas y privilegios que las de un sindicato– supondría una discriminación de este colectivo respecto de los trabajadores del sector privado y sus organizaciones. Esta situación no tendría cabida en los límites del artículo 2 del Convenio núm. 87, a cuyo tenor los trabajadores «sin ninguna distinción» tienen derecho a constituir, sin autorización previa, las organizaciones que estimen convenientes y a afiliarse a ellas⁷.

La regulación establecida en el texto del Convenio se introdujo de manera prácticamente idéntica en el derecho interno español. Así, la Constitución Española, aprobada un año después de la ratificación por España del Convenio 87⁸, reconoció el derecho de todos los trabajadores a sindicarse libremente, especificándose que «la ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios público» (art. 28 de la Constitución Española).

En lo que respecta al Convenio 98 de la OIT, relativo al derecho de sindicación y de negociación colectiva, la inclusión de los empleados públicos en su ámbito de aplicación fue más confusa, ya que inicialmente parece que excluye a los funcionarios públicos de su protección, aunque no les niega directamente el derecho a negociar condiciones de trabajo y empleo, ya que, según su artículo 6, el Convenio «no trata de la situación de los funcionarios públicos en la Administración del Estado». No obstante, la Comisión de Expertos de la OIT consideró que la exclusión contenida en el convenio sólo comprendería a aquellos sujetos que estuvieran investidos de «autoridad».

En efecto, la Comisión de Expertos para la aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT concluyó que los preceptos del convenio eran de aplicación al personal funcionario, y que la citada exclusión debía limitarse a aquellos que ejercieran funciones de autoridad, ya que entenderla de manera extensiva y excluir a todas las personas empleadas por el Estado o el sector

⁶ Vid. Informe 342, párrafo 89.

⁷ Vid. Informe 367, párrafo 65; Informe 355, párrafo 887; Informe 360, párrafo 59; Informe 363, párrafo 154.

⁸ Instrumento de Ratificación de España del Convenio número 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, adoptado el 9 de julio de 1948, «BOE» núm. 112, de 11 de mayo de 1977.

público sería contrario al propio sentido del convenio⁹. Por consiguiente, la Comisión de Expertos estimó esencial establecer una distinción entre los funcionarios públicos dedicados «directamente» a gestionar los asuntos públicos, y los funcionarios de menos categoría con funciones meramente auxiliares, así como aquellas otras personas empleadas por el gobierno, por empresas públicas o por instituciones públicas autónomas. Sólo los primeramente citados, en opinión de la Comisión de Expertos, quedarían excluidos de la aplicación del Convenio 98, ya que una interpretación opuesta iría contra el propio sentido del documento adoptado¹⁰.

La libertad sindical, que se reconoció sin problemas a los empleados públicos, comprende tanto el «derecho de organización sindical como el derecho a ejercer actividades sindicales dentro y fuera de los centros productivos», encontrándose la negociación colectiva entre esas actividades. Además, el Convenio 98 de la OIT ordena la adopción de medidas adecuadas para estimular y fomentar «el pleno desarrollo y el uso de procedimientos de negociación voluntaria con objeto de reglamentar, por medio de convenios colectivos, las condiciones de empleo» (art. 4).

Sin embargo, en el ordenamiento español, se mantuvo la situación de «omisión» respecto de la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Esta circunstancia suscitó un fuerte debate doctrinal –como se verá más adelante– sobre el posible reconocimiento constitucional del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos, y su eventual encaje en las previsiones del artículo 37.1 de la CE, en el que se establece que «La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios».

Un segundo estadio de análisis se abre tras la aprobación del Convenio núm. 151 de la OIT, «sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública» (ratificado por España el 22 de junio de 1984). El Convenio 151 de la OIT es la norma internacional más concreta y de mayor espectro aplicativo sobre los derechos colectivos de los funcionarios, ya que se aprobó recordando las disposiciones del Convenio núm. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; del Convenio núm. 98 sobre el derecho de

⁹ Vid. BLASCO ESTEVE, A., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 52, 1986, pp. 535-536 y MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., «Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 39, 1989, p. 466.

¹⁰ Vid. DE LAS HERAS BORREDO, F. M., «La sindicación de los funcionarios públicos en Europa», *Revista de Política Social*, núm. 122, abril-junio, 1979.

sindicación y de negociación colectiva, y del Convenio núm. 135 sobre los representantes de los trabajadores.

El Convenio fue aprobado, según su propio preámbulo, debido a la considerable expansión de los servicios prestados por la Administración Pública en muchos países y de la necesidad de que existan sanas relaciones laborales entre las autoridades y las organizaciones de empleados públicos.

Este convenio tiene carácter programático y exige un desarrollo normativo por parte de los Estados. El Convenio reconoce la protección del derecho de sindicación, con una reproducción prácticamente literal a lo establecido en el Convenio 98 de la OIT, sobre la protección del derecho de sindicación que no resultaba –como se precisó– *a priori* de aplicación al personal de las Administraciones. Así se fijan facilidades que deben darse a las organizaciones de empleados públicos (art. 6), procedimientos para la determinación de las condiciones de trabajo (art. 7) y solución de conflictos (art. 8)¹¹.

Por último, también resulta de aplicación el Convenio núm. 154 de la OIT, sobre el fomento de la negociación colectiva, aplicable a todos los sectores de actividad¹². El objeto del convenio es adoptar medidas que se adecuen a las condiciones nacionales con el fin de para fomentar la negociación colectiva entre todos los empleadores y todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad, reforzándose las reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y la de los trabajadores.

2. LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS DE LA OIT EN EL RECONOCIMIENTO INICIAL DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Como se vio, tras la ratificación por parte de España del Convenio 98 de la OIT, se incorporó a nuestro ordenamiento interno una interpretación restrictiva respecto del reconocimiento del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos.

Esta concepción respecto del derecho de negociación colectiva de los servidores públicos se engarza con las dos tesis contrapuestas defendidas por la doctrina sobre cómo debe ser interpretado el artículo 37 de la Constitución: hay autores que entienden que la Constitución ni reconoce ni impide este de-

¹¹ Vid. CASTILLO BLANCO, F. A., «Los Derechos individuales de los empleados públicos», en VV. AA., SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, p. 150.

¹² Ratificado por España el 26 de julio de 1985.

recho a ningún colectivo de trabajadores, sino que remite a la ley la regulación íntegra de esta materia, incluida su titularidad¹³. Sin embargo, la mayoría de la doctrina ha defendido que la titularidad del Derecho a la negociación colectiva se configura en la propia norma fundamental.

No obstante, de este postulado inicial se desprenden dos interpretaciones divergentes. Por un lado, un sector doctrinal minoritario entendió que el artículo 37 de la Constitución es aplicable a los funcionarios públicos, y que, por tanto, su derecho a la negociación colectiva es de origen constitucional¹⁴. Sin embargo, el sector mayoritario, refrendado por abundante jurisprudencia constitucional, defiende que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios no deriva de un reconocimiento constitucional, sino que se integra como una de las facultades de la libertad sindical¹⁵, desplazando su fundamento constitucional del artículo 37.1 al 28.1 de la Constitución Española¹⁶.

En este sentido, la exclusión de los funcionarios del ámbito de aplicación del derecho a la negociación colectiva se ha construido principalmente sobre dos fundamentos jurídicos, basados en la literalidad del precepto. Por un lado, en relación con el alcance del término «laboral» y, por otro, el de «representantes de los trabajadores y empresarios».

En lo que se refiere al adjetivo «laboral», este puede hacer referencia a los sujetos intervinientes en la negociación, entendiendo entonces que nuestro texto constitucional se refiere solo a la negociación de aquel personal vinculado por un contrato de trabajo. Pero también es posible interpretar el adjetivo «laboral» respecto al contenido de la negociación. En este supuesto se estaría aludiendo a un sentido amplio del término, que englobaría todas las cuestiones que afectan a las relaciones laborales¹⁷. La doctrina mayoritaria defiende que cuando la Constitución hace referencia al «derecho a la negociación colectiva

¹³ Vid. ARENILLA SÁEZ, M., *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, La Ley, Madrid, 1993, p. 87; BLASCO ESTEVE, A., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 52, 1986, pp. 509 ss.; DEL REY GUANTER, S., *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, INAP, Madrid, 1986, pp. 110-115.

¹⁴ Vid. MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., «Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 39, 1989, pp. 445 ss.

¹⁵ Vid. ROQUETA BUJ, R., *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, p. 26.

¹⁶ Vid. APARICIO TOVAR, J., «La contratación colectiva de los funcionarios públicos», en VV. AA., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, CEC, Madrid, 1983, p. 307 y ss; con VALDÉS DAL RE, F., «Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 86, 1997, p. 844.

¹⁷ Vid. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 89.

laboral» se está refiriendo al ámbito objetivo¹⁸, sin prejuzgar para nada su ámbito subjetivo¹⁹.

Sin embargo, más problemas conlleva el inciso final del artículo 37 de la CE, que hace referencia al ámbito subjetivo, y que lo limita a «los representantes de los trabajadores y empresarios».

En lo que respecta a la parte empresarial, parece difícil encuadrar dentro del concepto genérico de empresario a la Administración Pública. En efecto, el artículo 37 está haciendo referencia a las asociaciones empresariales, cuya regulación se contiene en la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, y de la que no forma parte la Administración.

Un sector doctrinal ha entendido que las Administraciones Públicas no pueden afiliarse a las asociaciones empresariales, puesto que lo contrario podría suponer un acto de injerencia en el derecho de libertad de organización patronal del que gozan las asociaciones de empresarios. En efecto, este sector doctrinal entiende que la intervención de la Administración sería un acto de injerencia en el citado derecho en la medida en que se erigiría como el mayor grupo empresarial del país, y fácilmente podría dominar aquellas asociaciones. Esta práctica se encuentra prohibida por el artículo 3.2 del Convenio núm. 87 de la OIT que establece que «las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal», desde el momento que, al ser el mayor grupo empresarial del país, fácilmente podría dominar aquellas asociaciones²⁰.

Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo con esta interpretación, ya que no existe ninguna disposición expresa que prohíba la adhesión de

¹⁸ Sin embargo, hay autores que entiende que el empleo del término «laboral» por parte de la Constitución está haciendo referencia al ámbito subjetivo, abarcando en exclusiva la relación de trabajo por cuenta ajena sometida a la legislación laboral. Vid. DURÁN LÓPEZ, F., «El contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema (constitucional) de relaciones laborales», en VV. AA., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 533 y APARICIO TOVAR, J., «La contratación colectiva de los funcionarios públicos», en VV. AA., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, CEC, Madrid, 1983, p. 314.

¹⁹ Vid. ALONSO OLEA, M., «La negociación colectiva», en VV. AA., ALZAGA VILLAAMIL, Ó., *Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*, III, Edersa, Madrid, 1983, p. 673; ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 35; MONEREO PÉREZ, J. L., «El Derecho a la negociación colectiva», en VV. AA., MOLINA NAVARRETE, C., MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, N. (coords.), *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 630; RIVERO LAMAS, J. y DE VAL ARNAL, Á. L., «El Derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales», en VV. AA., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 659; RIVERO LAMAS, J. y DE VAL ARNAL, Á. L., «El Derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social*, núm. 68, 2007, p. 199 y ROQUETA BUJ, R., *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 25-26.

²⁰ Vid. LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 398-399.

las Administraciones Públicas, ni en la Ley 19/1977, ni en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público²¹. Además, consideran que tal asociación no supondría un acto de injerencia de la Administración en la vida asociativa empresarial, dado que en estos casos su afiliación sería como sujeto de relaciones jurídico-privadas y la prohibición del artículo 3.2 del Convenio núm. 87 de la OIT hace referencia a su vertiente de autoridad²².

En lo que respecta al término «trabajadores», y en una interpretación sistemática con otros preceptos constitucionales –artículo 7 y 28 CE–, debe entenderse que se está haciendo referencia a un sentido amplio, en el que se engloba también a los funcionarios²³.

No obstante, la doctrina mayoritaria ha entendido que la alusión a los «representantes de los trabajadores y de los empresarios» se refiere exclusivamente a las partes de la relación jurídico laboral, sin que pueda extenderse a la relación funcionarios-Administración Pública²⁴.

Esta opinión doctrinal mayoritaria fue refrendada por el Tribunal Constitucional, que negó el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. En concreto, el Alto Tribunal afirmó que «la Constitución no reconoce a los funcionarios públicos el derecho a la negociación colectiva de sus condiciones de empleo» (STC 57/1982, de 27 de julio). En este sentido, el Tribunal Constitucional no solo negó el derecho a la negociación colectiva como un derecho originario, sino también su realización a través del derecho de libertad sindical.

La doctrina constitucional entendió inicialmente que el derecho a la negociación colectiva debía de ser autónomo y, por tanto, debía desgajarse de otros derechos conexos, como el de sindicación y huelga. En concreto, el Tribunal estableció que «del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva y menos todavía con efectos vinculantes, porque no existe un racional nexo causal que

²¹ Las referencias de la doctrina en este punto se realizaban a la derogada Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común, pero materialmente no ha cambiado nada en las leyes posteriores.

²² Vid. SALA FRANCO, T., «Los derechos colectivos de los trabajadores de la Administración Pública», en VV. AA., MOLINER TAMBORERO, G. (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: La Administración como empresario, aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de la Administración Pública*, Madrid, 2000, pp. 457-458.

²³ Vid. RIVERO LAMAS, J. y DE VAL ARNAL, Á. L., «El Derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social*, núm. 68, 2007, p. 197.

²⁴ Vid. ALONSO OLEA, M., «La negociación colectiva», en VV. AA., ALZAGA VILLAAMIL, Ó., *Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*, III, Edersa, Madrid, 1983, p. 680; LÓPEZ GANDÍA, J., «Las relaciones colectivas en el empleo pública y la Constitución Española», *Revista de Derecho Público*, núm. 83, 1981, p. 403; LAHERA FORTEZA, J., *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, CES, Madrid, 2000, p.; DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 89-90.

conduzca con exclusividad aquellas consecuencias al no ser obligado en lógica y en derecho que de la agrupación de los funcionarios en defensa de sus intereses derive como única solución el celebrar un convenio obligatorio, haciendo perder la supremacía a la Administración con graves consecuencias» (STC 57/1982, de 27 de julio).

En este primer estadio, nuestro Alto Tribunal denegó el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos basándose en el artículo 14 CE —«principio de igualdad»—, ya que de la propia Constitución se desprende que los funcionarios y los trabajadores no son colectivos análogos o equiparables que deben ser tratados con uniformidad. En efecto, la propia dicción de sus artículos 35.2 y 103.3 CE remiten a diferentes leyes la regulación de uno y otro colectivo, por un lado, del «Estatuto de los Trabajadores» y, por otro, al «Estatuto de los funcionarios públicos». Esta divergencia en los regímenes de regulación parte de que la Carta fundamental considera una y otra relación diferentes, tanto por su contenido, como por su función y actuación y por eso independiza y diversifica su actuación legislativa, sometién dose a regulaciones diferenciadas que no parecen irrazonables (STS 57/1982, de 27 de julio)²⁵.

Por ello, continua la STC 57/1982, de 27 de julio, la libertad sindical no garantiza a los sindicatos de funcionarios un trato específico por parte de los poderes públicos, sin perjuicio de la competencia que pudiera corresponder al legislador ordinario para establecer las condiciones, medios y efectos a través de los cuales los sindicatos puedan hacer efectiva la defensa y promoción de los intereses de los funcionarios ante las Administraciones Públicas.

Esta negación del derecho constitucional de los funcionarios públicos a la negociación colectiva, tanto de manera autónoma, por la vía del artículo 37 de la CE, como derivado de la libertad sindical, a través del artículo 28, supone a juicio de algunos autores «una quiebra de índole subjetiva» con relación a la doctrina mantenida por el mismo Tribunal sobre el contenido esencial de la libertad sindical²⁶.

La trascendencia de este pronunciamiento se ha querido disminuir aduciendo que la decisión adoptada venía referida a un conflicto de competencias y no a un recurso de amparo en el que se hubiera afrontado directamente el fundamento constitucional de la negociación colectiva de los funcionarios pú-

²⁵ Vid. CRUZ VILLALÓN, J., «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas laborales: Revista Andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 117, 2012, p. 17.

²⁶ Vid. ROQUETA BUJ, R., *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, p.40.

blicos, destacándose que dicho pronunciamiento se adoptaba en una etapa temprana de consolidación de la doctrina constitucional sobre la conexión existente entre el derecho de libertad sindical y el derecho de negociación colectiva²⁷.

En este contexto, cabe recordar que el artículo 28 de la CE establece que «Todos tienen derecho a sindicarse libremente [...] La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas». Si bien en el enunciado constitucional no se recoge de forma expresa como parte del derecho ni la acción sindical ni la negociación colectiva, la doctrina constitucional ha incluido en su contenido esencial ambas facultades, ya que la letra del artículo 28 no es ni exhaustiva, ni taxativa.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha considerado que «por muy detallado y concreto que parezca el enunciado del artículo 28, número 1, de la Constitución Española, a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerarse como exhaustivo o limitativo sino meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad» (STC 23/1983, de 25 de marzo).

Posteriormente, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de abordar el tema directamente, al resolver un recurso de amparo por vulneración del derecho de libertad sindical en relación con el contenido del derecho a la negociación colectiva. Así, la STC 80/2000, de 27 de marzo, reitera la peculiar naturaleza del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, de la que no se deriva necesariamente un derecho a la negociación colectiva. Ahora bien, esta sentencia matiza la postura inicial contenida en la STC 57/1982, de 27 de julio, y prevé que una vez que se reconoce el derecho a los sindicatos de negociar las condiciones de trabajo en el sector público, este derecho se integraría en el contenido adicional del derecho de libertad sindical, con la configuración otorgada por el legislador.

En definitiva, la doctrina del Tribunal Constitucional excluyó la aplicación del artículo 37 de la CE a los funcionarios públicos y, por ende, la fuerza vinculante de los acuerdos que este colectivo pudiera adoptar, al menos en términos análogos o equiparables a los reconocidos a los trabajadores y em-

²⁷ Vid. MAURI MAJÓS, J., «Naturaleza y función de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 41, 2005, pp. 175-178.

presarios por el artículo 37.1 de la Constitución Española (SSTC 224/2000, de 2 de octubre y 85/2001, de 26 de marzo²⁸)²⁹.

Por tanto, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva por parte de los funcionarios públicos debe ajustarse a las previsiones legales³⁰. A pesar de que estas sentencias reconocen una amplia habilitación al legislador para condicionarlo, se precisa que una vez este derecho ha sido reconocido y consolidado tiene un contenido mínimo que el legislador debe respetarse en todo caso³¹. Estas consideraciones llevan a algunos autores a afirmar que los titulares de este derecho –tanto funcionarios como la propia Administración–, no son libres para ejercerlo de modo incondicionado, pues la ley no deja la configuración de la negociación colectiva a la plena libertad de los sindicatos y de la Administración concernidas³².

En este contexto, es necesario perfilar la evolución legal del derecho de negociación colectiva en las normas de función pública. El legislador ha ido introduciendo, paulatinamente, el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en nuestro ordenamiento jurídico, pero sin que en ninguna de norma se equiparara a la negociación colectiva laboral. En un primer momento, el artículo 3.2 b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, LMRFP, estableció la competencia del Gobierno para determinar «las instrucciones a que deberán atenerse los representantes de la Administración del Estado cuando proceda la negociación con la representación sindical de los funcionarios públicos de sus condiciones de empleo, así como dar validez y eficacia a los acuerdos alcanzados mediante su aprobación expresa y formal, estableciendo las condiciones de empleo para los casos en que no se produzca acuerdo en la negociación» [art.3.2 b)].

A pesar de que se trataba de un precepto de atribución competencial³³, lo cierto es que indirectamente estaba reconociendo el derecho de los funciona-

²⁸ La STC 85/2001, de 26 de marzo, fijó ciertos límites a la negociación de los funcionarios públicos. En concreto, esta sentencia advertía la capacidad del legislador para configurar intensamente el sistema de negociación colectiva, estableciendo directamente los órganos negociales, los ámbitos materiales de la negociación, las líneas generales del procedimiento negocial y los efectos personales y jurídicos de los acuerdos colectivos. En este marco se estableció el derecho del sindicato a exigir la negociación colectiva en los términos y las condiciones establecidas por el legislador, pero se cerró toda posibilidad de disponer de un proceso de negociación al margen de los procedimientos establecidos por la ley.

²⁹ Vid. RIVERO LAMAS, J. y DE VAL ARNAL, Á. L., «El Derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social*, núm. 68, 2007, p. 199.

³⁰ Vid. MAURI MAJÓS, J., *op.cit.*, pp. 175-178; «Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», 25 de abril de 2007, p. 163.

³¹ Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, 25 de abril de 2007, p. 163.

³² Vid. RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011, p. 432.

³³ Vid. BLASCO ESTEVE, A., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 52, 1986, p. 523; MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., «Alcance y efectos

rios de la AGE a negociar sus condiciones de empleo, aunque su virtualidad era limitada, ya que los acuerdos suscritos carecían de eficacia normativa, en tanto que para alcanzar validez y eficacia se requería la aprobación expresa y formal por parte del Gobierno³⁴.

La aprobación de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, supuso el reconocimiento normativo de la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Sin embargo, materialmente no supuso un avance significativo en su regulación, ya que LOLS remitía la concreción del régimen de negociación a las normas específicas de cada colectivo. Así, el artículo 2.2 d) establece que las organizaciones sindicales –también las funcionariales– tienen derecho «a la negociación colectiva (...) en los términos previsto en las normas correspondientes». A su vez, el artículo 6.3. c) establece que los sindicatos más representativos gozarán de capacidad representativa a todos los niveles para «participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo de las Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta y negociación».

Finalmente, fue la Ley 9/1987, de 12 de junio –LORAP– la que reguló el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. No obstante, el reconocimiento se hizo de manera gradual, ya que en una primera versión no se incluía el derecho de negociación *stricto sensu*, sino que únicamente se posibilitaba o facilitaba que las Administraciones y la representación legal de los funcionarios llegarán a ciertos acuerdos. La LORAP no reconoció el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos de forma expresa hasta la modificación operada por la Ley 7/1990, de 19 de julio.

La aprobación del La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), sí que supuso un hito en la materia, en la medida en que se reconoce de manera expresa y rotunda la negociación colectiva de todos los empleados públicos. Así, el artículo 15 establece que «Los empleados públicos tienen los siguientes derechos individuales que se ejercen de forma colectiva: b) A la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo».

El reconocimiento de esta nueva fuente de Derecho supone, a juicio de algún autor, una quiebra en la tesis estatutaria³⁵, ya que, al admitir esta nueva

de la capacidad convencional colectiva en la función pública española», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 39, 1989, p. 462.

³⁴ Vid. ROQUETA BUJ, R., *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 61-62.

³⁵ Vid. BLASCO ESTEVE, A., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 52, 1986, pp. 509-510 y 549-550.

vía de regulación de las condiciones de trabajo, se abandona la idea tradicional de que la relación de los funcionarios públicos se define únicamente por disposiciones de carácter legal y/o reglamentaria. En efecto, la concepción tradicional de la función pública entendía que los funcionarios únicamente tenían, respecto de la Administración, los derechos y deberes señalados en las leyes y reglamentos que regulan su régimen jurídico, es decir, su Estatuto. Esta concepción impedía, al menos teóricamente, la admisión de técnicas convencionales, en la medida en que la negociación supone que las condiciones de empleo y trabajo no se determinan unilateralmente, sino que se fijan de mutuo acuerdo por ambas partes.

Resulta claro, que el reconocimiento de la negociación colectiva supone una «nueva fuente» de producción de Derecho, de naturaleza bilateral y negociada, cuyo objeto sería la regulación de condiciones de trabajo y empleo propias del régimen estatutario. De esta manera, la negociación colectiva de los funcionarios públicos se configura como un procedimiento administrativo especial por el que se producen Pactos y Acuerdos, en cuanto a instrumentos *sui generis* de Derecho Público, con eficacia normativa sobre el régimen estatutario de los funcionarios. Y es que, por mucha que haya sido la influencia o inspiración del Derecho Laboral, la negociación colectiva de los funcionarios ni es de naturaleza laboral, ni menos aún se sujeta a aquel Derecho³⁶.

3. UNA RELECTURA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS DE LA OIT

Como se acaba de ver, la aprobación de la Ley 7/2007, del 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público supuso un gran avance para el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos, en la medida en que se reconoce de manera expresa y rotunda la negociación colectiva de todos los empleados públicos [art. 15.b) EBEP].

Hasta la aprobación del EBEP el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios se configuraba como un derecho con anclaje constitucional, a través de la libertad sindical³⁷, pero susceptible de una intensa configuración por el legislador ordinario, que podía determinar la representatividad exigida a

³⁶ Vid. FUENTETAJA PASTOR, J. Á., «El Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre, 2007, p. 479.

³⁷ Vid. GARCÍA BLASCO, J., «La negociación colectiva en las administraciones públicas», en VV. AA., *Serie Claves del Gobierno Local*, 2, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, Zaragoza, 2003, p. 212.

las organizaciones sindicales para participar en la negociación³⁸, las instancias de negociación, sus ámbitos materiales, sus procedimientos y sus efectos sobre el estatuto de los funcionarios públicos (SSTC 80/2000, de 27 de marzo y 85/2001, de 26 de marzo).

Una de las diferencias fundamentales en las que se materializan estas consideraciones es el diferente régimen jurídico –relativo a su naturaleza y eficacia– respecto de la negociación colectiva de los funcionarios y la negociación colectiva laboral, tanto en referencia a la del sector privado como a la del personal laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas. En efecto, también en el ámbito del sector público los convenios colectivos del personal laboral, de un modo análogo a lo que ocurre con los de los trabajadores del sector privado, cuentan con las notas de fuerza vinculante (art.37 de la CE) y eficacia normativa (art. 82.3 del ET).

Sin embargo, la nueva regulación, y la propia consideración que el EBEP otorga a la negociación colectiva, al reconocerlo como un derecho de carácter básico, ha llevado a algún autor a plantear si tras su entrada en vigor puede seguir considerándose el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos como un derecho de mera configuración legal³⁹.

De esta manera, se propone una relectura de este derecho, no a través del de la libertad sindical, al que tradicionalmente se había vinculado, sino utilizando todo el marco jurídico español, incluyendo los convenios internacionales. En concreto, se propone una interpretación constitucional del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos a través del artículo 10 de la CE, que obliga a interpretar los derechos fundamentales a través de los tratados internacionales suscritos por España.

³⁸ En este contexto deben de tenerse en cuenta las SSTC 224/2000, de 2 de octubre y la SSTC 85/2001, de 26 de marzo y 89/2003, de 19 de mayo, que atribuyeron el derecho de negociación colectiva a las mesas de negociación. Esta atribución imposibilitaba reconocer al sindicato una legitimación propia para reclamar su derecho a negociar con la Administración. Esta desconexión entre el sindicato y el derecho a la negociación colectiva obstaculizaba la relación entre el derecho a la negociación colectiva y el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, impidiendo al sindicato accionar a través del recurso de amparo y de los sistemas jurisdiccionales de protección de derechos fundamentales en defensa de su capacidad de acción colectiva. Sin embargo, esta jurisprudencia pronto varió y la STC 224/2000, de 2 de octubre, asevera categóricamente el derecho de los sindicatos más representativos a participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos a través de los procedimientos de consulta o negociación y la comprensión de este derecho en el artículo 28.1 de la CE. Más concretamente, las SSTC 84/2001, de 26 de marzo y 89/2003, de 19 de mayo, subrayan la impropiedad de atribuir a la mesa de negociación la legitimación para negociar, por considerarla un órgano no personificado, integrado por la representación de la administración pública y de los sindicatos.

³⁹ Vid. MOLINA NAVARRETE, C., «La vertiente convencional del EBEP: El nuevo régimen de la negociación colectiva en el Empleo Público», en VV. AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pp. 102-103

En este sentido, se aboga por una dimensión constitucional del precepto a través del Convenio núm. 151 de la OIT, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en las Administraciones Públicas, así como el Convenio núm. 154 de la OIT, relativo al fomento de la negociación colectiva. Si bien es verdad que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado a este respecto, y su jurisprudencia en la materia se mantiene inalterable (STC 57/1982, de 27 de julio), lo cierto es que en otros pronunciamientos ha abogado por una interpretación de los derechos fundamentales integrando las normas internacionales, lo que podría conllevar la necesidad a una revisión de su doctrina tradicional⁴⁰.

Esta opinión no es unánime en la doctrina, ya que otros autores consideran que los términos utilizados por los Convenios de la OIT 151 y 154 son genéricos y ambiguos, lo que permite al Parlamento optar con libertad entre un amplio abanico de posibilidades en cuanto al régimen de participación de los funcionarios públicos en la fijación de las condiciones de trabajo⁴¹.

A pesar de estas discrepancias doctrinales, lo que sí resulta claro es que el reconocimiento de la negociación colectiva de los funcionarios públicos abre vías de convergencia entre las figuras del trabajo en régimen de contratación laboral y de función pública. Así, la posibilidad jurídica de la negociación colectiva de los empleados públicos, con independencia de la naturaleza del régimen jurídico de trabajo, implica cuestionar el esquema clásico basado en la contraposición estática entre trabajo público y privado⁴².

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, M., «La negociación colectiva», en VV. AA., ALZAGA VILLAAMIL, Ó., *Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*, III, EDESA, Madrid, 1983.
- APARICIO TOVAR, J., «La contratación colectiva de los funcionarios públicos», en VV. AA., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, CEC, Madrid, 1983.
- ARENILLA SÁEZ, M., *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, La Ley, Madrid, 1993.

⁴⁰ Vid. MOLINA NAVARRETE, C., «La vertiente convencional del EBEP: El nuevo régimen de la negociación colectiva en el Empleo Público», en VV. AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pp. 102-103.

⁴¹ Vid. CRUZ VILLALÓN, J., «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar social*, núm. 117, 2012, p. 18.

⁴² Vid. MACEDO DE BRITTO PEREIRA, R. J., *La negociación colectiva en la función pública: una aproximación constitucional*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.

- BLASCO ESTEVE, A., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 52, 1986, p. 535-536.
- CASTILLO BLANCO, F. A., «Los Derechos individuales de los empleados públicos», en VV. AA., SÁNCHEZ MORÓN, M.(Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid.
- CRUZ VILLALÓN, J., «El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar social*, núm. 117, 2012.
- DE LAS HERAS BORREDO, F. M., «La sindicación de los funcionarios públicos en Europa», *Revista de Política Social*, núm. 122, abril/junio, 1979.
- DEL REY GUANTER, S., *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, INAP, Madrid, 1986.
- DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
- DURÁN LÓPEZ, F., «El contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema (constitucional) de relaciones laborales», en VV. AA., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.
- FUENTETAJA PASTOR, J. Á., «El Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre, 2007.
- LAHERA FORTEZA, J., *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, CES, Madrid, 2000.
- LÓPEZ GANDÍA, J., «Las relaciones colectivas en el empleo pública y la Constitución Española», *Revista de Derecho Público*, núm. 83, 1981.
- LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995.
- MACEDO DE BRITTO PEREIRA, R. J., *La negociación colectiva en la función pública: una aproximación constitucional*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., «Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 39, 1989.
- MOLINA NAVARRETE, C., «La vertiente convencional del EBEP: El nuevo régimen de la negociación colectiva en el Empleo Público», en VV. AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007.
- MONEREO PÉREZ, J. L., «El Derecho a la negociación colectiva», en VV. AA., MOLINA NAVARRETE, C., MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, N., (coords.), *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.
- RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011.
- RIVERO LAMAS, J. y DE VAL ARNAL, Á. L., «El Derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales», en VV. AA., *El modelo so-*

- cial en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- RIVERO LAMAS, J. y DE VAL ARNAL, Á. L., «El Derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 68, 2007.
- ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007.
- SALA FRANCO, T., «Los derechos colectivos de los trabajadores de la Administración Pública», en VV. AA., MOLINER TAMBORERO, G. (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: La Administración como empresario, aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de la Administración Pública*, Madrid, 2000.

TRABAJO ASOCIADO EN COOPERATIVAS

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. *El interés originario de la OIT por las cooperativas: la Recomendación 127/1966, sobre las cooperativas en los países en vías de desarrollo.*—2. *La Recomendación 193/2002, sobre la promoción de las cooperativas.*—3. *La aplicación de la normativa de la OIT al trabajo asociado cooperativo.*—4. *El trabajo en cooperativas en el ordenamiento laboral español.*—5. *La libertad sindical de los socios trabajadores de cooperativas: la STS de 8 de mayo de 2019.*

1. EL INTERÉS ORIGINARIO DE LA OIT POR LAS COOPERATIVAS: LA RECOMENDACIÓN 127/1966, SOBRE LAS COOPERATIVAS EN LOS PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO

Parece claro que las cooperativas pueden conformar un ámbito teórico ideal de realización de los fines de justicia social y pleno empleo propios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹, enunciados en la Declaración

¹ No obstante, en ocasiones se utiliza el trabajo asociado-cooperativo como mecanismo de huida del Derecho del Trabajo, particularmente a través de contratas y subcontratas irregulares y cesiones ilegales de trabajadores. Sobre el particular, MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., «Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002, pp. 229 ss., y las SSTSSJ de Cataluña, de 12 de marzo de 2003 (rec. 3804/2002) y de Andalucía (Málaga), de 30 de abril de 2003 (rec. 351/2003). Véase, igualmente, la Recomendación de la OIT núm. 204, de 2015, sobre la transición de la economía informal a la economía formal, y el papel que representan las cooperativas al respecto.

de Filadelfia de 1944², anexa a su vigente Constitución, y en gran medida coincidentes con los principios y valores de autoayuda, igualdad, equidad y solidaridad, identitarios de aquellas entidades de economía social, de acuerdo con la Alianza Cooperativa Internacional (ACI)³.

A los más generales, vinculados al logro del «bienestar material» y del «desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades» de las personas, pero también a los más específicamente laborales y asistenciales⁴. Como entidades personalistas mutualísticas o de ayuda mutua, proveedoras de servicios para sus asociados, consumidores, usuarios o profesionales, y, especialmente, como empleadoras de trabajadores o, en su caso, de socios, generadoras de empleo de calidad⁵.

Así, conforme al referido marco identitario consolidado por la Alianza Cooperativa Internacional en la Declaración de Manchester de 1995⁶, la cooperativa es «una asociación autónoma de personas que se han unido voluntariamente para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes por medio de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente controlada»; se rige por los principios de adhesión volunta-

² Son principios fundamentales de la OIT: «a) el trabajo no es una mercancía; b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante; c) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común» (epígrafe I Declaración de Filadelfia).

³ OIT, *Informe final. Reunión de Expertos en Cooperativas*, Ginebra, 1993, preámbulo.

⁴ «La Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan: a) lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida; b) emplear trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común; c) conceder, como medio para lograr este fin y con garantías adecuadas para todos los interesados, oportunidades de formación profesional y medios para el traslado de trabajadores, incluidas las migraciones de mano de obra y de colonos; d) adoptar, en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección; e) lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas; f) extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa; g) proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones; h) proteger a la infancia y a la maternidad; i) suministrar alimentos, vivienda y medios de recreo y cultura adecuados; j) garantizar iguales oportunidades educativas y profesionales» (epígrafe III Declaración de Filadelfia).

⁵ OIT, *La historia de la Recomendación de la OIT sobre la promoción de las cooperativas*, 2002 (núm. 193), Ginebra, 2016, p. 2.

⁶ Alianza Cooperativa Internacional, *Notas de orientación para los principios cooperativos*, 2015. Un extracto de la Declaración sobre la identidad cooperativa de 2005 se incluye como anexo en la Recomendación 193/2002, de la OIT, sobre la promoción de las cooperativas, con su mismo valor jurídico, por tanto (OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Provisionales, 23, Nonagésima reunión, Ginebra, 2002 párrafo 313).

ria y abierta⁷, gestión democrática por parte de los socios⁸, participación económica de los socios⁹, autonomía e independencia¹⁰, educación, formación e información¹¹, cooperación entre cooperativas¹², e interés de la comunidad¹³, y se basa en los valores de autoayuda, auto responsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad, así como en los «valores éticos» de honestidad, transparencia, responsabilidad y vocación social¹⁴.

En el ámbito de la actuación de la Organización Internacional del Trabajo, esta comunidad de intereses ha venido plasmándose desde sus inicios¹⁵, en los años veinte del pasado siglo, en los que incluso llegó a plantearse una composición cuatripartita de la OIT, con inclusión de las cooperativas, junto con

⁷ «Las cooperativas son organizaciones voluntarias, abiertas a todas las personas capaces de utilizar sus servicios y dispuestas a aceptar las responsabilidades de ser socio, sin discriminación social, política, religiosa, racial o de sexo».

⁸ «Las cooperativas son organizaciones gestionadas democráticamente por los socios, los cuales participan activamente en la fijación de sus políticas y en la toma de decisiones. Los hombres y mujeres elegidos para representar y gestionar las cooperativas son responsables ante los socios. En las cooperativas de primer grado, los socios tienen iguales derechos de voto (un socio, un voto), y las cooperativas de otros grados están también organizadas de forma democrática».

⁹ «Los socios contribuyen equitativamente al capital de sus cooperativas y lo gestionan de forma democrática. Por lo menos parte de ese capital normalmente es propiedad común de la cooperativa. Normalmente, los socios reciben una compensación, si la hay, limitada sobre el capital entregado como condición para ser socios. Los socios asignan los excedentes para todos o alguno de los siguientes fines: el desarrollo de su cooperativa posiblemente mediante el establecimiento de reservas, de las cuales una parte por lo menos sería irrepartible; beneficiando a los socios en proporción a sus operaciones con la cooperativa; y el apoyo de otras actividades aprobadas por los socios».

¹⁰ «Las cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda, gestionadas por sus socios. Si firman acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o si consiguen capital de fuentes externas, lo hacen en términos que aseguren el control democrático por parte de sus socios y mantengan su autonomía cooperativa».

¹¹ «Las cooperativas proporcionan educación y formación a los socios, a los representantes elegidos, a los directivos y a los empleados para que puedan contribuir de forma eficaz al desarrollo de sus cooperativas. Ellas informan al gran público, especialmente a los jóvenes y a los líderes de opinión, de la naturaleza y beneficios de la cooperación».

¹² «Las cooperativas sirven a sus socios lo más eficazmente posible y fortalecen el movimiento cooperativo trabajando conjuntamente mediante estructuras locales, nacionales, regionales e internacionales».

¹³ «Las cooperativas trabajan para conseguir el desarrollo sostenible de sus comunidades mediante políticas aprobadas por sus socios».

¹⁴ Sobre la contribución de las cooperativas a la mejora del empleo y al trabajo decente, especialmente en determinados ámbitos en los que tienen mayor implantación y repercusión, véase los siguientes números de la Revista de la propia OIT, *Cooperativas y mundo del trabajo*: 1/2015 («Cómo utilizar la ventaja de las cooperativas en favor del empoderamiento de las mujeres y la igualdad de género»), 2/2015 («Cooperar para salir del aislamiento: las cooperativas de trabajadoras y trabajadores domésticos»), 5/2016 («Garantizar los derechos, crear puestos de trabajo y lograr la sostenibilidad: una manera cooperativa de empoderar a los pueblos indígenas»), 13/2021 («Las cooperativas y la economía social y solidaria en general como medios para lograr el trabajo decente en el sector cultural y creativo») y 15/2022 («Alianzas entre los sindicatos y la economía social y solidaria para apoyar a los trabajadores de la economía informal»).

¹⁵ Conforme al artículo 12.3 de la Constitución de la OIT: «La Organización Internacional del Trabajo podrá adoptar cuantas medidas estime necesarias para efectuar consultas, cuando lo considere conveniente con las organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas, comprendidas las organizaciones internacionales de empleadores, de trabajadores, de agricultores y de cooperativistas».

sus tres integrantes originarios: gobiernos y organizaciones de trabajadores y de empleadores. Y pese a no adoptarse dicha estructura cuaternaria, en la tercera reunión de su Consejo de Administración, en 1921, se acordó la creación, en el seno de la Organización, de un «Servicio Cooperativo», posteriormente reconfigurado en varias ocasiones hasta la actual «Unidad de Cooperativas»¹⁶.

Desde entonces y más allá de sus actividades de estudio, información y asistencia técnica en materia de cooperativas¹⁷, la primera intervención normativa de la OIT en este ámbito fue la Recomendación número 127, de 1966, sobre las cooperativas en los países en vías de desarrollo¹⁸. Un acto que posiblemente excede de las competencias más propias y específicas de esta Organización, relativas al trabajo, de ahí, seguramente, su formalización como Recomendación y no como Convenio, y que alcanza también, incluso en mayor medida, a otros aspectos finalistas, estructurales, organizativos y promocionales de las cooperativas.

Pese a constituir un hito al respecto, se trata, no obstante, de una disposición de eficacia, alcance y contenido limitados, con un objeto y finalidad más promocional y de asistencia técnica que de propuesta de regulación¹⁹. En primer lugar, por adoptarse como Recomendación y no como Convenio, con una obligatoriedad, por tanto, más débil (art. 6 Constitución OIT). En segundo lugar, por su ámbito territorial de vigencia, los países en vías de desarrollo, como precisa su mismo título, en una ya caduca expresión, y en un contexto histórico de descolonización y de frecuente focalización de muchas de las actuaciones de la OIT en Estados con organizaciones autónomas embrionarias y emergentes, demandantes de atención y estímulo específicos. En tercer lugar, por su campo objetivo de aplicación, que, pese a la inicial declarada extensión respecto de «toda clase de cooperativas» (1)²⁰, se reorienta fundamentalmente en relación con las del ámbito agrario, a las que dedica, en exclusiva, el más completo y sustancial anexo. Por último, por su contenido, centrado especialmente en la promoción de medidas legislativas y de fomento (y control), par-

¹⁶ OIT, *La historia de la Recomendación de la OIT sobre la promoción de las cooperativas*, 2002 (núm. 193), Ginebra, 2016, pp. 5 y 6.

¹⁷ Véase, OIT, *Dirección y administración de cooperativas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

¹⁸ «En los países en vías de desarrollo, el establecimiento y la expansión de las cooperativas deberían ser considerados como uno de los factores importantes del desarrollo económico, social y cultural, así como de la promoción humana» (2).

¹⁹ OIT, *Informe final. Reunión de Expertos en Cooperativas*, Ginebra, 1993, p. 27.

²⁰ «La presente Recomendación se aplica a toda clase de cooperativas, tales como las siguientes: cooperativas de consumo, cooperativas para el mejoramiento de las tierras, cooperativas agrícolas de producción y de transformación, cooperativas rurales de aprovisionamiento, cooperativas agrícolas de venta de productos, cooperativas de pescadores, cooperativas de servicios, cooperativas de artesanos, cooperativas obreras de producción, cooperativas de trabajo, cooperativas de ahorro y de crédito mutuo y bancos cooperativos, cooperativas de vivienda, cooperativas de transporte, cooperativas de seguros y cooperativas sanitarias».

ticularmente administrativas y financieras, de las cooperativas, y sin apenas referencia al trabajo cooperativo²¹.

En un contexto de reforma agraria, como se insinuó, resulta más ambicioso el contenido del citado anexo, dedicado a las cooperativas en el medio agrícola, si bien más centrado en las de servicios (abastecimiento y comercialización), que en las de producción y trabajo. En múltiples dimensiones: concentración y puesta en común de tierras, mano de obra y equipos; organización de servicios y operaciones comunes; sistemas cooperativos de cultivo; programas de colonización; cooperativas de ahorro y de crédito mutuo, y bancos cooperativos; cooperativas de abastecimiento, de comercialización de productos²², o de fines múltiples²³; incluso con carácter mancomunado entre distintas localidades.

Pero en el más específico ámbito del trabajo cooperativo, y con el «objeto de mejorar las oportunidades de empleo, las condiciones de trabajo y los ingresos de los trabajadores agrícolas sin tierras», recomienda, además, que «se los debería ayudar, cuando fuese apropiado, para organizarse voluntariamente en cooperativas de contratación de mano de obra» (11), y también insta al «estímulo y desarrollo de otros sistemas de actividades cooperativas que puedan proporcionar empleo no agrícola, a tiempo completo o a tiempo parcial, a los miembros de las familias de los agricultores (por ejemplo, artesanía, industrias caseras o a domicilio), y asegurar la distribución adecuada de géneros de consumo y de servicios sociales que el Estado no está siempre en condiciones de suministrar (por ejemplo, en materia de sanidad, educación, cultura, recreo o transportes)» (13).

No es fácil determinar la influencia que tuvo esta primera Recomendación en los desarrollos legislativos sobre cooperativas en el mundo, y, menos aún, en el crecimiento del movimiento cooperativista y en el establecimiento, consolidación e incremento de estas entidades de economía social²⁴, aunque la pro-

²¹ Para esta Recomendación, son características esenciales de la cooperativa: «la de ser una asociación de personas que se agrupan voluntariamente para lograr un objetivo común mediante la formación de una empresa controlada democráticamente, que aportan una cuota equitativa del capital que se requiere y aceptan una justa parte en los riesgos y beneficios, y en cuyo funcionamiento los socios participan activamente» (11).

²² «9. Debería estimularse el desarrollo de cooperativas de abastecimiento, de comercialización de productos o de fines múltiples, para: a) la compra y el abastecimiento conjuntos de enseres agrícolas de buena calidad y en condiciones ventajosas; b) la provisión de las necesidades domésticas básicas para todas las categorías de trabajadores agrícolas; c) el acondicionamiento, transformación y comercialización conjuntos de los productos agrícolas».

²³ «10. Debería estimularse el desarrollo de cooperativas que proporcionen a los agricultores otros servicios, tales como la utilización conjunta de la maquinaria agrícola, la electrificación, la cría de ganado, la provisión de servicios veterinarios y de control de sanidad agrícola, facilidades para el riego y seguros de cosechas y ganado».

²⁴ La consideración de las cooperativas como empresas de economía social ha sido una cuestión muy debatida en el ámbito de la OIT y en sus Estados miembros. Al respecto, OIT, *Informe final. Reunión de Expertos en Cooperativas*, Ginebra, 1993, p. 47; OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas

pia OIT se ha mostrado reiteradamente optimista al respecto, especialmente en el continente africano²⁵. En cualquier caso, su limitado ámbito de aplicación geográfico regional, a los «países en vías de desarrollo», impide seguramente apreciar alguna repercusión en los ordenamientos europeos y, en particular, en el español, que ya cuenta con leyes especiales de cooperativas desde 1931²⁶.

Por lo demás, la propia existencia de la Alianza Cooperativa Internacional, organización no gubernamental integrada por cooperativas, pero sin representación de los Estados, creada en 1895, antes incluso que la OIT, cabalmente pudo eclipsar la influencia de esta en este ámbito, tangencial pese a su originario, constante y efectivo interés. Sin perjuicio, también, de la temprana y mantenida colaboración entre ambas organizaciones internacionales²⁷, y del mayor peso de la OIT como tal²⁸, con competencias normativas en la elaboración de Convenios y Recomendaciones²⁹.

2. LA RECOMENDACIÓN 193/2002, SOBRE LA PROMOCIÓN DE LAS COOPERATIVAS

Los relevantes cambios geopolíticos, sociales y económicos vividos en el mundo desde que en 1966 se adoptó la Recomendación 127, sobre las cooperativas en los países en vías de desarrollo, y, en particular, el desmantelamiento de los países comunistas de la Europa del Este y la consecuente reducción del intervencionismo estatal en las cooperativas, así como la diversificación funcional y sectorial de estas entidades y su acercamiento competitivo a las empresas societarias capitalistas en una economía de mercado globalizada,

Provisionales, 23, Nonagésima reunión, Ginebra, 2002, pp. 23 ss., y OIT (Hagen Henrý), *Orientaciones para la legislación cooperativa*, Ginebra, 2013, pp. 36 ss.

²⁵ OIT, *Informe final. Reunión de Expertos en Cooperativas*, Ginebra, 1993, pp. 20 ss.; ILO (Stirling Smith), *Promoting cooperatives: An information guide to ILO Recommendation núm. 193*, revised second edition, Geneva, 2014, pp. 9 y 10, y OIT, *La historia de la Recomendación de la OIT sobre la promoción de las cooperativas, 2002* (núm. 193), Ginebra, 2016, pp. 12 ss.

²⁶ Decreto Ley de 4 de julio de 1931 (*Gaceta de Madrid* de 7 de julio), Ley de Cooperación, de 2 de enero de 1942 (BOE de 12 de enero), Ley 52/1974, de 19 de diciembre, General de Cooperativas (BOE de 21 de diciembre), Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas (BOE de 8 de abril), y Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, vigente.

²⁷ OIT, *Informe final. Reunión de Expertos en Cooperativas*, Ginebra, 1993, pp. 35 y ss., y OIT, *La historia de la Recomendación de la OIT sobre la promoción de las cooperativas, 2002* (núm. 193), Ginebra, 2016, p. 26.

²⁸ La OIT constituye un Organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas y la ACI tiene reconocido el estatus consultivo de la misma [ILO (Stirling Smith), *Promoting cooperatives: An information guide to ILO Recommendation núm. 193*, revised second edition, Geneva, 2014, pp. 48 y 49].

²⁹ ACOSTA ESTÉVEZ, J. B. *El Sistema Jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho Español*, Cedecs, Barcelona, 1997, 46 ss.

impulsaron a la OIT al análisis de la adecuación y de la necesidad de actualización y sustitución de aquella norma³⁰.

Con el cambio de milenio, se proyectó un nuevo instrumento normativo con seis orientaciones: universalidad (en su ámbito de aplicación geográfico), autosuficiencia (e independencia de los poderes públicos), identidad (frente a su progresiva confusión con las sociedades de mercado), recursos humanos (profesionalizados), marco jurídico (legislación específica y promocional), y valores y principios elementales (conforme a los consolidados en la ACI)³¹, remitiendo una encuesta a los Gobiernos de los Estados miembros, con la previsión de su consulta con las organizaciones de empresarios y de trabajadores, y, en su caso, de cooperativas nacionales, sobre la forma, alcance, objeto y contenidos de un nuevo instrumento internacional sobre cooperativas³², que culminaría con la Recomendación 193, de 2002, sobre la promoción de las cooperativas³³.

A pesar de contar con un relevante y consolidado precedente, la Recomendación de 1966, y con una larga trayectoria de interés y actuación en el ámbito de las cooperativas, la OIT optó de nuevo por una Recomendación en lugar de un Convenio³⁴. Quizá todavía no era el momento, o quizá nunca lo sea, dado el carácter tangencial de su competencia en esa materia³⁵. Un instrumento, por tanto, de directrices no vinculantes³⁶, no generador de obligaciones jurídicas directas

³⁰ OIT, *Informe final. Reunión de Expertos en Cooperativas*, Ginebra, 1993, p. 4, y OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 89.ª reunión 2001, Informe V (1), *Promoción de las cooperativas*, Ginebra, 2000, pp. 11 ss.

³¹ OIT, *La historia de la Recomendación de la OIT sobre la promoción de las cooperativas*, 2002 (núm. 193), Ginebra, 2016, p. 16.

³² El cuestionario se estructuró en los siguientes ítems: I. Forma del instrumento internacional, II. Preámbulo, III. Objetivo, ámbito de aplicación y definición, IV. El papel de los gobiernos, de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de las organizaciones cooperativas, V. Marco político, VI. Medidas para aplicar las políticas destinadas a la promoción de las cooperativas, y VII. Cooperación internacional. Y las respuestas se encuentran sintetizadas y sistematizadas en el documento: OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 90.ª reunión, 2002, Informe IV (2A), *Promoción de las cooperativas*, Ginebra, 2002.

³³ El proyecto de Recomendación se incluye en el documento: OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 90.ª reunión, 2002, Informe IV (1), *Promoción de las cooperativas*, Ginebra, 2001, y las aportaciones, enmiendas y debates para la aprobación de la Recomendación 193, de 2002, en los documentos: OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 90.ª reunión, 2002, Informe IV (2A), *Promoción de las cooperativas*, Ginebra, 2002, y OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Provisionales, 23, No-nagésima reunión, Ginebra, 2002.

³⁴ BONET PÉREZ, J., *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 134 ss.

³⁵ «Cuando la Conferencia se pronuncie a favor de la adopción de proposiciones relativas a una cuestión del orden del día, tendrá que determinar si dichas proposiciones han de revestir la forma: a) de un convenio internacional, o b) de una recomendación, si la cuestión tratada, o uno de sus aspectos, no se prestare en ese momento para la adopción de un convenio» (art. 19.1 Constitución OIT).

³⁶ GARCÍA MURCIA, J., «La legislación laboral internacional: mandato y función de la Organización Internacional del Trabajo», *Documentación Laboral*, núm. 116, 2019, pp. 13 y 14, y OIT, *Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, Ginebra, 2019, p. 18.

para los Estados miembros en el plano internacional³⁷, sino, tan solo, en último término, «de someter la recomendación a la autoridad o autoridades competentes», y de «informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en la recomendación, precisando en qué medida se han puesto o se propone poner en ejecución las disposiciones de la recomendación, y las modificaciones que se considere o pueda considerarse necesario hacer a estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas» (art. 19.6.d Constitución OIT)³⁸. Incluso con una más difusa virtualidad interpretativa respecto de los Convenios de la propia Organización, por tratarse de una Recomendación autónoma y no complementaria de un Convenio³⁹, como ocurre en relación con otras intervenciones normativas de la OIT que adoptan la doble vía, aunque seguramente pueda asociarse, a esos efectos complementarios, a otros Convenios de la Organización, atendiendo a su contenido⁴⁰.

La Recomendación 193, de 2002, se estructura en seis epígrafes, aparte de un preámbulo, característico de los actos normativos de la OIT, en el que se subraya la relevancia de las cooperativas en la creación de empleos, el desarrollo económico y social, y la «distribución más equitativa de los beneficios de la globalización», y se invocan algunos de los principales instrumentos de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo y sobre materias asociadas al ámbito cooperativo⁴¹, y de un anexo, en el que incluye un extracto de la Declaración sobre la identidad cooperativa adoptada por la Asamblea General de la Alianza Cooperativa Internacional en 1995.

³⁷ Aunque en OIT (Hagen Henry), *Orientaciones para la legislación cooperativa*, Ginebra, 2013, pp. 53 ss., se considera que la Recomendación 193 constituye derecho cooperativo internacional público vinculante, quizá de un modo un tanto voluntarista.

³⁸ ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, Laborum, Murcia, 2002, pp. 76 ss., y ELKIN, N. y VICENTE PALACIO, A., «Las recomendaciones de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, pp. 113 ss.

³⁹ SSTC 38/1981, de 23 noviembre, y 191/1998, de 29 septiembre.

⁴⁰ La STS de 8 de mayo de 2019 (rec. 42/2018) utiliza, al respecto, la Recomendación 193/2002 de la OIT, como criterio interpretativo de sus Convenios sobre libertad sindical 87/1948 y 98/1949, para reconocer el derecho de libertad sindical a los socios trabajadores de cooperativas.

⁴¹ Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998; Convenio 29/1930, sobre el trabajo forzoso; Convenio 87/1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; Convenio 98/1949, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; Convenio 100/1951, sobre igualdad de remuneración; Convenio 102/1952, sobre la seguridad social (norma mínima); Convenio 105/1957, sobre la abolición del trabajo forzoso; Convenio 111/1958, sobre la discriminación (empleo y ocupación); Convenio 122/1964, sobre la política de empleo; Convenio 138/1973, sobre la edad mínima; Convenio 141/1975 y Recomendación 149/1975, sobre las organizaciones de trabajadores rurales; Convenio 142/1975 y Recomendación 150/1975, sobre desarrollo de los recursos humanos; Recomendación 169/1984, sobre la política de empleo (disposiciones complementarias); Recomendación 189/1998, sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas, y Convenio 182/1999, sobre las peores formas de trabajo infantil.

El epígrafe I se refiere al «ámbito de aplicación, definición y objetivos». El primero pretende ser omnicompreensivo: a todos los Estados miembros y a «todos los tipos y formas de cooperativas» (1), a diferencia de la precedente Recomendación de 1966, aplicable a los países «en vías de desarrollo» y destinada especialmente a las cooperativas del ámbito agrario. En cuanto a la definición⁴², valores y principios cooperativos⁴³, la Recomendación hace suyos los consagrados en la Alianza Cooperativa Internacional y reiterados en el anexo. Y respecto de los objetivos, concreta en cierta medida, aun genérica, los enunciados en el preámbulo, entre los que destacan, en relación con el trabajo, el de creación y desarrollo de «actividades generadoras de ingresos y empleo decente y sostenible» (4.a), el de establecimiento y expansión de «un sector social distintivo de la economía, viable y dinámico, que comprenda las cooperativas y responda a las necesidades sociales y económicas de la comunidad» (4.h), y el de capacitación «a las cooperativas, como empresas y organizaciones inspiradas en la solidaridad, para responder a las necesidades de sus socios y de la sociedad, incluidas las necesidades de los grupos desfavorecidos, con miras a lograr su inclusión social» (5).

En el epígrafe II, sobre el «marco político y papel de los gobiernos», complementado por el III, sobre «aplicación de las políticas públicas de promoción de las cooperativas», se pretende un equilibrio entre la autonomía e independencia de las cooperativas y su supervisión por los poderes públicos, destacando el principio de igualdad de trato respecto de otras empresas de mercado, sin perjuicio de la posible promoción de las cooperativas «que respondan a determinados objetivos de política social y pública, como la promoción del empleo o el desarrollo de actividades en beneficio de los grupos o regiones desfavorecidos» (7.2), es decir, más por los fines que persigue que por su forma de organización. De manera más específica, y en el marco de los objetivos de las políticas nacionales, son especialmente significativas las referidas al trabajo: promover la aplicación de las normas fundamentales de la OIT «a todos los trabajadores de las cooperativas sin distinción alguna», velar para que las cooperativas no se utilicen de manera fraudulenta para eludir la legislación laboral⁴⁴, y promover la igualdad

⁴² «A los fines de esta Recomendación, el término «cooperativa» designa una asociación autónoma de personas unidas voluntariamente para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común a través de una empresa de propiedad conjunta, y de gestión democrática» (2).

⁴³ Son valores cooperativos, los de «autoayuda, responsabilidad personal, democracia, igualdad, equidad y solidaridad, y una ética fundada en la honestidad, transparencia, responsabilidad social e interés por los demás». Y principios, los de «adhesión voluntaria y abierta; gestión democrática por parte de los socios; participación económica de los socios; autonomía e independencia; educación, formación e información; cooperación entre cooperativas, e interés por la comunidad».

⁴⁴ La utilización fraudulenta de cooperativas se reflejó reiteradamente en las deliberaciones previas a la elaboración de la Recomendación 193/2002 (OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Pro-

de género, la aplicación de «las mejores prácticas laborales en las cooperativas, incluido el acceso a la información pertinente»⁴⁵, y «la adopción de medidas relativas a la seguridad y salud en el lugar de trabajo» (8.1.a, b, c, d y g).

En el mismo contexto de lo laboral incide especialmente el epígrafe IV, sobre el «papel de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de las organizaciones cooperativas, y relaciones entre ellas», que parte, seguramente, de la tácita consideración de las cooperativas como entidades mixtas, en las que sus socios pueden tener la doble condición de empleadores y trabajadores, estableciendo un marco general de asociación y colaboración, con expresas previsiones de su contribución «a la creación o al mantenimiento de empleos, incluso en los casos en que se contemple el cierre de empresas» (16.d) y del interés de promover en ellas «el ejercicio de los derechos de los trabajadores asociados de las cooperativas» (16.g).

Por último, el epígrafe V, sobre «cooperación internacional», muestra la evidente doble dimensión de la OIT y del propio movimiento cooperativo, y la disposición final incluida en el epígrafe VI dispone que la Recomendación «revisa y reemplaza» la de 1966, sobre cooperativas en países en vías de desarrollo.

Sobre la virtualidad e influencia de la nueva y vigente Recomendación de 2002, pese a tratarse de un instrumento más ambicioso que su precedente, tanto por su ámbito de aplicación universal, para todos los Estados miembros y para todos los tipos de cooperativas, como por su más completo contenido, son también difícilmente contrastables⁴⁶. Al menos en el ámbito europeo, aun cuando resulte casi coetánea con la adopción del Reglamento (CE) 1435/2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea, y de la Directiva 2003/72/CE, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, ambos del Consejo, de 22 de julio de 2003, en cuyos textos no se hace referencia a aquella Recomendación ni a ningún otro instrumento de la OIT⁴⁷. Y también en el

visionales, 18, Octogésimo novena reunión, Ginebra, 2001, párrafo 34, y Actas Provisionales, 23, Nonagésima reunión, Ginebra, 2002, párrafo 193).

⁴⁵ En las deliberaciones previas a la elaboración de la Recomendación 193/2002 se sugirió que los «socios que a la vez eran empleados de una cooperativa deberían ser equiparados a los trabajadores que fuesen accionistas de una empresa y que tuviesen derecho a sindicarse y a negociar colectivamente (OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Provisionales, 18, Octogésimo novena reunión, Ginebra, 2001, párrafo 24). Aunque la propuesta fue enmendada y se limitó finalmente al derecho a la información (OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Provisionales, 23, Nonagésima reunión, Ginebra, 2002, párrafos 198 a 201).

⁴⁶ En este caso, al igual que respecto de la anterior Recomendación de 1966, la OIT también se muestra optimista. Al respecto, OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 99.ª reunión, 2010, Informe III (Parte 1B), *Estudio general sobre los instrumentos relativos al empleo*, Ginebra, 2010, pp. 115 ss. (párrafos 437 ss.).

⁴⁷ No obstante, la Recomendación 193 de la OIT fue aprobada por la práctica totalidad de los países de la Unión Europea, así como por la mayoría de sus organizaciones nacionales representativas de empre-

español⁴⁸, en el que ninguna de las leyes de cooperativas, ni la estatal (Ley 27/1999, de 16 de julio) ni las diecisiete de las comunidades autónomas⁴⁹, invocan la Recomendación de la OIT, y sí, por el contrario, las declaraciones identitarias y de principios de la Alianza Cooperativa Internacional⁵⁰.

3. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE LA OIT AL TRABAJO ASOCIADO COOPERATIVO

Las normas constitutivas de la Organización Internacional del Trabajo (Constitución y Declaración de Filadelfia) no contienen una definición general de lo que deba entenderse por trabajo a efectos de delimitar su ámbito competencial y de actuación. Posiblemente por asumir un tácito consenso mundial a partir del trabajo asalariado, dependiente y por cuenta ajena, nacido de la revolución industrial y causante de las normas y los ordenamientos laborales nacionales, y quizá también por establecer un marco de actuación amplio⁵¹, flexible y no determinante que facilitara ese mismo consenso en una compleja organización internacional y tripartita con intereses contrapuestos y superpuestos entre Estados, organizaciones empresariales y sindicatos, así como la

sarios y trabajadores [Consejo Económico y Social Europeo y CIRIEC (CHAVES ÁVILA, R. y MONZÓN CAMPOS, J. L.), *La economía social en la Unión Europea*, Núm. CESE/COMM/05/2005, p. 81].

⁴⁸ Tangencial y recientemente sí puede constatarse la influencia de la Resolución relativa al trabajo decente y la economía social y solidaria de la OIT, de 2022, en la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027 (Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de abril de 2023, BOE de 1 de junio de 2023).

⁴⁹ Por orden de disposiciones vigentes de carácter general: Galicia (Ley 5/1998, de 18 de diciembre), La Rioja (Ley 4/2001, de 2 de julio), Castilla y León (Ley 4/2002, de 11 de abril), Región de Murcia (Ley 8/2006, de 16 de noviembre), Navarra (Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre), Asturias (Ley 4/2010, de 29 de junio), Castilla-La Mancha (Ley 11/2010, de 4 de noviembre), Andalucía (Ley 14/2011, de 23 de diciembre), Cantabria (Ley 6/2013, de 6 de noviembre), Aragón (Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto), Comunidad Valenciana (Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo), Cataluña (Ley 12/2015, de 9 de julio), Extremadura (Ley 9/2018, de 30 de octubre), País Vasco (Ley 11/2019, de 20 de diciembre), Canarias (Ley 4/2022, de 31 de octubre), Comunidad de Madrid (Ley 2/2023, de 24 de febrero), e Islas Baleares (Ley 5/2023, de 8 de marzo).

⁵⁰ De las referidas leyes vigentes sobre cooperativas, tan solo la de Cantabria y la del País Vasco citan a la Organización Internacional del Trabajo. La primera de forma genérica, en su preámbulo, para recordar que «Las sociedades cooperativas gozan del reconocimiento de las instituciones de la Unión Europea, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)». La segunda, al regular el régimen de trabajo en las cooperativas, fuera, por tanto, del marco específico de estas entidades de economía social, al referirse al respeto a las «condiciones laborales dignas y los estándares laborales mínimos establecidos por la Organización Internacional del Trabajo». Y llama especialmente la atención que, en algunas Leyes autonómicas de cooperativas anteriores, derogadas y sustituidas por las vigentes, se cite expresamente las Recomendaciones precedentes de la OIT sobre cooperativas (Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi), y, en particular, la de 1966 (Ley 11/1985, de 25 de octubre, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana).

⁵¹ ACOSTA ESTÉVEZ, J. B. *El Sistema Jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho Español*, Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 48 ss.

aplicación de sus normas a diferentes y evolutivas formas de trabajo humano remunerado y en numerosos países con distintos grados de desarrollo⁵².

Tampoco la mayoría de los Convenios y Recomendaciones de la OIT suelen delimitar con carácter general el trabajo (prestación, contrato o relación con ese objeto) que determina su ámbito de aplicación, más allá de los que tienen un alcance sectorial, con la correspondiente delimitación referida a esos exclusivos efectos (agricultura, mar, industria, comercio, oficinas, minería, obras públicas, edificación, transporte, hostelería, empleo público, etc.). Sin perjuicio de que algunos de sus instrumentos se declaren expresamente aplicables o, más bien, insten a los Estados a su aplicación al trabajo por cuenta propia, especialmente en los sectores de agricultura, mar o pesca, construcción y transporte por carretera, y particularmente en materia de protección social, y seguridad y salud en el trabajo⁵³.

Solo tardíamente, la Recomendación sobre la relación de trabajo número 198, de 2006, delimita indirectamente el trabajo asalariado, al instar a los Estados «a clarificar y a adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo», principalmente a partir de «los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador», y en relación con la subordinación jurídica y económica, identificada, en su caso, a través de indicios⁵⁴. Pero, en cualquier caso, no se trata de una norma

⁵² VEGA RUIZ, M. L., «Trabajo, relación de trabajo y derecho del Trabajo: ¿crisis o renacimiento?», en VV. AA., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, pp. 90 ss.

⁵³ Convenio 70/1946, sobre la seguridad social de la gente de mar (art. 1.2); Convenio 71/1946, sobre las pensiones de la gente de mar (art. 2); Convenio 78/1946, sobre el examen médico de los menores (trabajos no industriales) (art. 7); Convenio 79/1946, sobre el trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales) (art. 6); Recomendación 121/1964, sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (art. 3); Convenio 141/1975, sobre las organizaciones de trabajadores rurales (arts. 2 y 3); Recomendación 149, sobre las organizaciones de trabajadores rurales (art. 2); Recomendación 156/1977, sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones) (art. 1); Convenio 153/1979, sobre duración del trabajo y períodos de descanso (transportes por carretera) (art. 1); Recomendación 161/1979, sobre duración del trabajo y períodos de descanso (transportes por carretera) (art. 1); Convenio 167/1988, sobre seguridad y salud en la construcción (arts. 1 y 8); Recomendación 175/1988, sobre seguridad y salud en la construcción (arts. 3 y 4); Recomendación 177/1990, sobre los productos químicos (art. 4); Convenio 184/2001, sobre la seguridad y la salud en la agricultura (art. 6); Recomendación 192/2001, sobre la seguridad y la salud en la agricultura (arts. 12 ss.), y Convenio 188/2007, sobre el trabajo en la pesca (art. 34).

⁵⁴ «13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes: (a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del traba-

vinculante ni de una delimitación directa del trabajo asalariado a efectos de determinar el ámbito competencial y de aplicación de las normas de la OIT.

En este contexto, no es clara la consideración del trabajo societario cooperativo a efectos de aplicación de las normas de la Organización Internacional del Trabajo. Sin perjuicio de que las cooperativas puedan actuar como empleadoras ordinarias mediante la contratación laboral de trabajadores asalariados, en cuyo caso serán aplicables las correspondientes normas laborales, tratándose del trabajo realizado por los socios cooperativistas para su propia cooperativa o por cuenta de ella para terceros, su condición como trabajadores asalariados y la consecuente aplicación de la normativa laboral resultan dudosas, como consecuencia de su titularidad conjunta de la cooperativa, y del título y causa societarios de su prestación de servicios, no fácilmente compatibles con la subordinación y ajenidad propias del trabajo asalariado⁵⁵.

En el ordenamiento de la propia OIT parece distinguirse igualmente, en el ámbito cooperativo, entre el trabajo contratado o asalariado y el trabajo asociado⁵⁶. Así puede desprenderse, en primer lugar, de la Recomendación 193 de 2002, en cuyo artículo 16.g) se insta a los sindicatos «a promover el ejercicio de los derechos de los trabajadores asociados de las cooperativas»⁵⁷. Y también de otros Convenios y Recomendaciones que se declaran expresamente aplicables al trabajo en cooperativas, reconocimiento innecesario si se considerase indistinto⁵⁸.

Por su parte, como se vio, la propia Recomendación 193/2002, sobre la promoción de las cooperativas, invoca o insta la aplicación de la normativa

jador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y (b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador».

⁵⁵ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., *El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 70 ss.

⁵⁶ Esta posición mixta del trabajo cooperativo, entre el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena, también puede reconocerse en la Recomendación núm. 170, de 1985, sobre estadísticas del trabajo, y en la Recomendación núm. 204, de 2015, sobre la transición de la economía informal a la economía formal.

⁵⁷ Así se desprende igualmente de los debates que precedieron a la adopción de la Recomendación 193/2002, sobre la promoción de las cooperativas, incluidos en: OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Provisionales, 23, Nonagésima reunión, Ginebra, 2002, párrafos 212 a 214 y 286.

⁵⁸ Así por orden cronológico, el Convenio y la Recomendación 121/1964, sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (arts. 4.1 y 3.1, respectivamente), el Convenio 129/1969, sobre la inspección del trabajo en la agricultura (art. 5.1), el Convenio 150/1978, sobre la administración del trabajo (art. 7), el Convenio 161/1985, sobre los servicios de salud en el trabajo (art. 3.1), la Recomendación 171/1985, sobre los servicios de salud en el trabajo (art. 2), el Convenio 162/1986 y la Recomendación 172/1986, sobre el asbesto (arts. 2.f y 3.f, respectivamente), y la Recomendación 192/2001, sobre la seguridad y la salud en la agricultura (art. 15.c).

laboral en ese ámbito. No solo mediante el recordatorio o consideración de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998⁵⁹, y de sus normas, principios y derechos fundamentales, así como de algunos de sus Convenios y Recomendaciones, expresamente citados en su preámbulo y antes enumerados⁶⁰; entre los que, en algún caso, se encuentran delimitaciones de un ámbito de aplicación más amplio que el trabajo asalariado en sentido estricto⁶¹. Sino también, recomendando a los poderes públicos la promoción de «las mejores prácticas laborales en las cooperativas, incluido el acceso a la información pertinente», y de «la adopción de medidas relativas a la seguridad y salud en el lugar de trabajo» (8).

Sin embargo, persiste la duda sobre la aplicación de la normativa laboral de la OIT al trabajo asociado cooperativo. Por su cuestionable consideración como trabajo dependiente y por cuenta ajena a tales efectos; por su explícita inclusión en el ámbito de aplicación de tan solo unos pocos de sus Convenios y Recomendaciones; por el débil carácter vinculante de la Recomendación 193/2002, sobre la promoción de las cooperativas, y por la ambigua y limitada invocación, en ella, como simple recordatorio o consideración, a un reducido número de normas de la Organización Internacional del Trabajo, aun fundamentales⁶².

Desde esta perspectiva, seguramente deba ser la legislación nacional de los Estados la que determine la consideración del trabajo asociado cooperativo a

⁵⁹ La Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT es aplicable a todos los Estados sin necesidad de ratificación, y establece como estándares y derechos laborales mínimos y universales, con remisión a los correspondientes Convenios de la propia Organización: la libertad de asociación, sindical y de negociación colectiva (Convenios OIT 87, de 1948, y 98, de 1949), la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio (Convenios OIT 29, de 1930, y 105, de 1957), la abolición del trabajo infantil (Convenios OIT 138, de 1973, y 182, de 1999), y la eliminación de la discriminación en el empleo y en la ocupación (Convenios OIT 100, de 1951, y 111, de 1958). En 2022 incluyó entre ellos, el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable. Sobre la misma, BONET PÉREZ, J., *Principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, y CASAS BAAMONDE, M. E., «Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, pp. 51 ss.

⁶⁰ El preámbulo de la Recomendación 193 «recuerda», igualmente, «el principio contenido en la Declaración de Filadelfia, según el cual «el trabajo no es una mercancía», y que «el logro del trabajo decente para los trabajadores, dondequiera que se encuentren, es un objetivo primordial de la Organización Internacional del Trabajo».

⁶¹ Particularmente en el Convenio 87/1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, aplicable a «Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción» (art. 2); en el Convenio 102/1952, sobre la seguridad social (norma mínima), que promueve el reconocimiento de algunas de sus prestaciones no solo a los «asalariados», sino también a «la población económicamente activa», o en el Convenio 141/1975 y la Recomendación 149/1975, sobre las organizaciones de trabajadores rurales, aplicable también a las «personas que trabajan por cuenta propia».

⁶² En las deliberaciones previas a la elaboración de la Recomendación 193/2002 se sugirió que «los socios empleados de una cooperativa deberían tener, en la aplicación de las normas internacionales del trabajo y de la legislación laboral nacional, los mismos derechos que otros trabajadores» (OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Provisionales, 18, Octogésimo novena reunión, Ginebra, 2001, párrafo 24).

efectos de aplicación del ordenamiento laboral en su conjunto y, en él, consecuentemente, del acervo normativo de la Organización Internacional del Trabajo⁶³.

4. EL TRABAJO EN COOPERATIVAS EN EL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL

Conforme a los referentes internacionales expuestos, la legislación española de cooperativas, y, en particular, la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio (LCE), define la cooperativa como «una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional» (art. 1). En este mismo marco normativo, se contempla la existencia de diferentes tipos de cooperativas, susceptibles de clasificarse en dos grandes grupos: de producción o de trabajo asociado, y de servicios. Estas, bien como consumidores y usuarios (cooperativas de viviendas, de crédito, de seguros, sanitarias, de enseñanza, de consumidores y usuarios...), bien como profesionales o empresarios (cooperativas agrarias, del mar, de servicios, de transporte...). Sin perjuicio de su posible superposición (cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, de enseñanza o sanitarias).

De acuerdo con la propia ley estatal, el trabajo en las cooperativas puede desarrollarse por trabajadores asalariados, vinculados a ellas a través de un contrato de trabajo, aun con ciertos límites en algún caso (art. 80.7 LCE), o a través de socios trabajadores (art. 80.1 LCE) o socios de trabajo (art. 13.4 LCE), personas integradas en la cooperativa a través de un vínculo societario, con la correspondiente participación en el capital social, cuya participación principal a la cooperativa es, precisamente, su prestación personal de servicios.

Aunque tanto los socios trabajadores como los socios de trabajo son socios cooperativistas cuya aportación a la actividad cooperativizada se constituye por su prestación personal de servicios, y el régimen jurídico de tal prestación es sustancialmente común (arts. 13.4 y 95.2 LCE), la denominación o

⁶³ En el ámbito de la Unión Europea, la consideración del trabajo asociado cooperativo a efectos del reconocimiento de un permiso parental, se plantea con carácter prejudicial por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, en el asunto C-351/14, inadmitido por la STJUE de 16 de junio de 2016, aunque en relación con la delimitación objetiva de aquel derecho y no con la de su ámbito subjetivo y la del trabajo. No obstante, de la inadmisión de la cuestión, por entenderse que el permiso debatido no se encontraba en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, sin expreso pronunciamiento sobre su eventual aplicación al trabajo asociado cooperativo, pese a que esta fue la primera de las cuestiones prejudiciales expresamente propuestas, podría deducirse una tácita respuesta afirmativa y extensiva en cuanto al tratamiento de este trabajo como al asalariado, a estos efectos.

condición de socio trabajador se reserva legalmente para las cooperativas de producción (de trabajo asociado, de explotación comunitaria de la tierra y asimiladas), es decir, aquellas cuyo objeto cooperativo consiste en el desarrollo de una actividad productiva, mientras que la de socio de trabajo se refiere a las cooperativas de servicios (de consumidores o usuarios, o de servicios mutuos e instrumentales a profesionales o empresarios).

En la mixta o superpuesta posición de los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, como socios titulares y como trabajadores, la legislación española ha optado por la prevalencia del vínculo societario sobre el contractual laboral o asalariado, como causa o título de su prestación de servicios (arts. 80.1, 80.5, 13.4 y 95 LCE)⁶⁴, por lo que, en principio, se les excluye del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo⁶⁵.

A este respecto y pese a que, en el marco constitucional español, la competencia legislativa en materia de cooperativas les corresponde a las comunidades autónomas⁶⁶, la calificación y encuadramiento del trabajo cooperativo, en referencia al trabajo asalariado, es facultad del Estado, a quien corresponde la competencia exclusiva en materia de legislación laboral (art. 149.1.7.^a CE), y también de legislación básica de Seguridad Social (art. 149.1.17.^a CE). De este modo, un tanto paradójico, la calificación, por la Ley estatal, del trabajo cooperativo como societario y no como asalariado, conlleva que su regulación sea competencia de las comunidades autónomas. Sin perjuicio de que, en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de sus Convenios y la asunción de los correspondientes compromisos sea competencia del Estado (arts. 93 ss. y 149.1.3.^a CE), aun en el marco y con las particularidades derivadas de la organización y competencias casi federales de las comunidades autónomas (art. 7 Constitución OIT).

En este complejo marco competencial, la aplicabilidad de la normativa materialmente laboral en el trabajo asociado en cooperativas dependerá funda-

⁶⁴ SSTs de 15 de noviembre de 2005 (rec. 3717/2004), 13 de julio de 2009 (rec. 3554/2008) y 23 de octubre de 2009 (rec. 822/2009).

⁶⁵ Los antecedentes normativos inmediatos (Ley 52/1974, de 19 de diciembre, desarrollada por RD 2710/1978, de 16 de noviembre, y Ley 3/1987, de 2 de abril), no eran tan explícitos, aunque en ellos también podía deducirse la preponderancia y la calificación societaria-cooperativa del vínculo, al preverse también la posibilidad de contratación de trabajadores asalariados, diferentes de los socios trabajadores o de trabajo, con derecho, además, en determinadas condiciones, a incorporarse a la cooperativa como socios trabajadores o de trabajo.

⁶⁶ La atribución de la competencia legislativa en materia de cooperativas a las comunidades autónomas se deriva de las ambiguas previsiones constitucionales, en las que no se establece expresamente una reserva legal a favor del Estado, así como del heterogéneo o dudoso encuadramiento jurídico de las cooperativas, como sociedades civiles, mercantiles o mutualistas (arts. 148 y 149 CE y STC 72/1983, de 29 de julio). Al respecto, GARCÍA JIMÉNEZ, M., *Autoempleo y trabajo asociado. El trabajo en la economía social*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001, pp. 73 ss.

mentalmente, por tanto, de la legislación cooperativa de las comunidades autónomas, y, supletoriamente y para las cooperativas cuya actividad se desarrolle en el ámbito territorial de varias comunidades autónomas o en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, de la Ley estatal (arts. 149.3 CE y 2 LCE). No así de la normativa de Seguridad Social ni de la procesal, competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.5.^a, 6.^a y 17.^a CE).

A este respecto, las leyes de cooperativas suelen contener un régimen específico de regulación del trabajo asociado-cooperativo bastante detallado, con indudable inspiración en la legislación laboral común (trabajo de menores, período de prueba, régimen disciplinario, tiempo de trabajo, vicisitudes laborales, etc.), y con frecuentes remisiones para su desarrollo mediante la normativa interna (estatutos, reglamentos de régimen interno, acuerdos asamblearios...), y, en su caso, a la propia legislación laboral, especialmente y de manera generalizada en materia de prevención de riesgos, y seguridad y salud en el trabajo⁶⁷. Aunque, el diferente marco competencial de las legislaciones laboral y cooperativa puede generar ciertas disfunciones, particularmente en relación con algunos derechos laborales y de Seguridad Social emergentes, que no llegan a trasladarse al ámbito cooperativo autonómico o lo hacen forzada o asincrónicamente⁶⁸.

Por otra parte, el reconocimiento legal de la competencia de la jurisdicción social para la resolución de los conflictos entre «la cooperativa y sus socios trabajadores, por su condición de tales» (art. 87 LCE), con aplicación «preferente» de la normativa cooperativa, incluida la interna, permite a los correspondientes órganos judiciales la aplicación secundaria (no preferente), cabalmente supletoria o subsidiaria, y posiblemente complementaria y analógica, de la normativa laboral⁶⁹.

Desde esta perspectiva, indirecta, puede deducirse que la legislación cooperativa española relativa al trabajo asociado cumple, con carácter general, con los estándares mínimos de la Organización Internacional del Trabajo, en términos semejantes a los del conjunto del ordenamiento laboral. Por la vía de la inspiración de sus reglas en las propiamente laborales, de la expresa remisión

⁶⁷ Extensamente, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., *El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 76 ss., y 84 ss.

⁶⁸ Un ejemplo reciente puede constatarse en la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, cuya disposición adicional duodécima regula los planes de igualdad de las cooperativas de trabajo asociado y otras cooperativas con socios y socias de trabajo.

⁶⁹ DE NIEVES NIETO, N., *Cooperativas de trabajo asociado: aspectos jurídico-laborales*, CES, Madrid, 2005, p. 150.

a ellas, o de su aplicación jurisdiccional supletoria, subsidiaria, complementaria o analógica⁷⁰. Aunque, en todo caso, sin reconocimiento explícito.

5. LA LIBERTAD SINDICAL DE LOS SOCIOS TRABAJADORES DE COOPERATIVAS: LA STS DE 8 DE MAYO DE 2019

De lo expuesto hasta ahora podría desprenderse y concluirse una muy limitada incidencia de los instrumentos normativos de la OIT en el ámbito del trabajo asociado-cooperativo en España. Y no solo en el marco de la legislación interna, como se vio, sino también en el de la actividad jurisdiccional de nuestros tribunales⁷¹.

A ello contribuye, en primer lugar, el carácter no propiamente laboral-asalariado de los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas. En segundo lugar, la debilidad o la ambigüedad de las disposiciones de la OIT sobre cooperativas o sobre la aplicación en ellas del resto de su acervo normativo. En tercer lugar, el carácter mínimo de la mayoría de tales instrumentos y su general superación en niveles de protección por nuestro ordenamiento interno⁷². Si no es natural la aplicación judicial de normas propiamente laborales en el trabajo cooperativo, ni frecuente, la de normas de la OIT en litigios sobre trabajo asalariado, menos aún lo es la aplicación de estas en el trabajo asociado-cooperativo.

A este respecto, no obstante, seguramente la única o más señalada excepción a esta limitada incidencia de la normativa de la OIT en el trabajo asociado-cooperativo en nuestro país afecta a la libertad sindical⁷³. Reconocida, conjuntamente con la libertad de asociación y el derecho de negociación colectiva, entre los principios y derechos fundamentales en el trabajo en la correspondiente Declaración de esta Organización de 1998, en un elenco mínimo o básico en el que solo se incluye la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, del traba-

⁷⁰ SANTIAGO REDONDO, K. M., *Socio de cooperativa y relación laboral*, Ibidem, Madrid, 1998, pp. 272 ss., y LÓPEZ GANDÍA, J., *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 23 ss.

⁷¹ Con carácter general, sobre la incidencia de los instrumentos de la OIT en el ordenamiento español, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo», y MIRANDA BOTO, J. M., «La OIT en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: un panorama reciente», ambos en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, pp. 39 ss., y 509 ss.

⁷² CASAS BAAMONDE, M. E., «El sistema normativo de la Organización Internacional del Trabajo y la Unión Europea», *Relaciones Laborales*, núm. 8, 1996, pp. 1 y 2.

⁷³ Sobre las dificultades del ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en las nuevas formas de empleo, MARTÍNEZ MORENO, C., «La autonomía colectiva y sus medios de expresión», y BAYLOS GRAU, A., «Crisis y reconfiguración de la autonomía colectiva en el futuro del trabajo», ambos en VV. AA., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, pp. 277 ss.

jo infantil y de la discriminación en materia de empleo y ocupación, y, más recientemente (2002), el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable. Regulada, fundamentalmente, en los Convenios 87/1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, y 98/1949, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, y, matizadamente, en los Convenios 141/1975, sobre las organizaciones de trabajadores rurales, y 154/1981, sobre la negociación colectiva⁷⁴. Y reconocida específicamente, con particularidades, en la Recomendación 193/2002, sobre la promoción de las cooperativas, como se vio, así como, reiterada y más claramente, en relación con los socios trabajadores, en la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la propia OIT⁷⁵.

La doble o mixta condición de los socios trabajadores, como titulares de la cooperativa y prestadores de servicios personales, profesionales y continuados por cuenta y en el ámbito de organización de ella, retribuidos mediante anticipos societarios, a cargo y como reparto previo de los resultados excedentes o beneficios de la actividad conjunta y cooperativizada (arts. 48 y 80.4 LCE); el carácter asociativo de su relación, y la configuración y organización personalista y democrática de las cooperativas, resultan, en principio, extrañas a la contraposición de intereses propia de las relaciones contractuales de intercambio de trabajo por salario en las empresas capitalistas, y dificultan el reconocimiento o el ejercicio de los derechos de autotutela colectiva de carácter laboral, como la sindicación, la negociación colectiva o la huelga, entre cuyos titulares no se incluyen legalmente de forma expresa a los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas⁷⁶.

Sin embargo, en el trabajo asociado cooperativo concurren o pueden concurrir elementos de dependencia o de subordinación, de inserción en un ámbito organizativo ajeno y grupal, y de alteridad u otredad, no identificable, no obstante, con la tradicional ajenidad asalariada, que pueden generar una contraposición colectiva de intereses referidos a la prestación de servicios, materialmente laborales, por tanto, y no solo societarios o asociativos, entre los socios y la sociedad, y que, por ello, pueden no encontrar un cauce de expresión adecuado o suficiente en las estructuras internas de representación de la cooperativa, aun democráticas, o en el Derecho común o societario, y requerir un uso alternativo de medios tradicional y naturalmente reconocidos a los tra-

⁷⁴ Numerosos Instrumentos de la OIT se refieren igualmente a los derechos de libertad sindical. Al respecto, OIT (ODERO, A. y GUIDO, H.), *Derecho sindical de la OIT. Normas y procedimientos*, Ginebra, 1995.

⁷⁵ Informes 342/2006 (párrafo 405), 344/2007 (párrafo 818), 348/200/2007 (párrafo 76), 349/2008 (párrafo 50), 350/2008 (párrafo 415) y 354/2009 (párrafo 679).

⁷⁶ ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F. N., «El futuro del sindicalismo a tenor del centenario de la OIT: autoempleo y economía digital», en VV. AA., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Comunicaciones*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, pp. 1542 ss.

bajadores asalariados. Especialmente en las cooperativas de cierta dimensión y número de socios, en las que se produzca una mayor separación-alteridad y una menor identificación entre sociedad y socios⁷⁷.

El reconocimiento del derecho a la libertad sindical de los socios trabajadores de cooperativas se plantea a la luz, precisamente, de los instrumentos normativos de la Organización Internacional del Trabajo, aunque no solo ni seguramente de manera decisiva, en el caso resuelto por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 8 de mayo de 2019, en recurso de casación ordinaria interpuesto frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 2017, en un proceso y demanda de tutela de derechos fundamentales promovido por la Confederación Nacional del Trabajo, desestimado en instancia y estimado parcialmente en casación⁷⁸.

El supuesto parte de un prolongado y litigioso conflicto en una cooperativa de trabajo asociado, «Servicarne», con más de 4.000 socios trabajadores, que presta servicios de sacrificio, despiece y procesamiento de animales y carne para el consumo humano, a través de contrataciones con diferentes empresas a lo largo de todo el territorio español, para cuya ejecución integra socios trabajadores locales, organizados en equipos de trabajo. El conflicto se proyecta sobre el derecho de libertad sindical de los socios trabajadores cooperativistas, al afiliarse algunos de ellos a organizaciones sindicales y ejercer medidas de conflicto colectivo (denuncias, reclamaciones, demandas, paros, boicots...) frente a la cooperativa o sus órganos rectores, o frente a las empresas contratantes de sus servicios, cuestionando su actividad y las contrataciones como cesión ilegal de trabajadores⁷⁹. En este contexto, en el caso concreto de las citadas sentencias se controvierte si determinadas comunicaciones públicas de la cooperativa, criticando las actuaciones del sindicato y sus afiliados, y cuestionando sus posibles consecuencias para el empleo, constituyen una lesión del derecho de libertad sindical, cuyo presupuesto es, precisamente, el previo reconocimiento de ese derecho fundamental en el trabajo asociado cooperativo.

En el marco de la legislación interna, fundamentalmente de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), la Sentencia de la

⁷⁷ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Cooperativas de trabajo asociado y derechos laborales colectivos de los socios cooperativistas», *Revista de Derecho Social*, núm. 49, 2010, p. 98.

⁷⁸ STS 347/2019, de 8 de mayo (rec. 42/2018) y SAN 166/2017, de 17 de noviembre (proc. 277/2017).

⁷⁹ Sobre la consideración de la actividad de *Servicarne* como cesión ilegal de trabajadores, véase la STS de 17 de diciembre de 2001 (rec. 244/2001) y la SAN (Cont.-Adm.) de 15 de marzo de 2023 (rec. 356/2019). Sobre la conflictiva situación suscitada, la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 18 de octubre de 2016 (rec. 2335/2016). Y sobre la limitación de la subcontratación con cooperativas en el convenio colectivo del sector de mataderos de aves y conejos, las SSTS de 7 de noviembre de 2001 (rec. 2/2001) y 21 de enero de 2020 (rec. 159/2018).

Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 2017, considera que los socios trabajadores de las cooperativas no son titulares del derecho de libertad sindical⁸⁰. Ni con carácter completo, como trabajadores asalariados (art. 1.1 LOLS), condición que no reúnen como consecuencia de la prevalencia y calificación legal del vínculo y causa societarios de su prestación de servicios⁸¹, ni parcial, como trabajadores por cuenta propia (art. 3.1 LOLS), por no reunir tampoco sus notas tipológicas, y, en particular, la autonomía personal y organizativa de su trabajo, conforme a la delimitación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (art. 1)⁸².

En el marco de los instrumentos normativos de la OIT, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional recuerda que sus Convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva (87, 98 y 154) no reconocen expresamente el derecho de libertad sindical de los socios trabajadores de cooperativas, y considera que sus Recomendaciones, no especificadas, «no son propiamente instrumentos normativos, porque no se someten a ratificación, ni crean obligaciones de adaptación legislativa por parte de los Estados miembros, ni tienen, por consiguiente, un contenido normativo susceptible de ser aplicado por los órganos judiciales». Subrayando, en fin, la distorsión y el desequilibrio que conllevaría en las estructuras democráticas y participativas de las sociedades cooperativas una intermediación sindical, que considera innecesaria en ese contexto.

En sentido contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2019, parte de que ni la normativa interna ni la de la OIT se refieren a la inclusión o exclusión de los socios trabajadores de cooperativas de la titularidad de la libertad sindical, por lo que, tratándose de un derecho fundamental, no cabe una interpretación restrictiva y excluyente⁸³. Por otro lado, considera que el carácter societario de su relación no empece la subordinación organizativa de su prestación de trabajo ni, en consecuencia, la concurrencia de in-

⁸⁰ La disposición adicional primera del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, excluye expresamente a los socios cooperativistas de las elecciones a representantes de los trabajadores en las cooperativas, limitando la posible cualidad de electores y elegibles a los trabajadores asalariados a su servicio.

⁸¹ SSTS de 15 de noviembre de 2005 (rec. 3717/2004), 13 de julio de 2009 (rec. 3554/2008) y 23 de octubre de 2009 (rec. 822/2009).

⁸² El Estatuto del Trabajo Autónomo, no incluye en su ámbito de aplicación a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, frente a la versión inicial de la comisión de expertos designados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de octubre de 2005, aun cuando los menciona en su exposición de motivos, entre las formas de trabajo «heterogéneo», diferentes del trabajo autónomo «clásico». Posiblemente ello responda a la distribución constitucional de competencias legislativas en la materia, o a que el trabajo cooperativo cuenta tradicionalmente con un régimen jurídico prestacional propio, de origen y carácter cooperativo, muy prolijo e inspirado en el del trabajo asalariado.

⁸³ STC 101/1991, de 13 de mayo, y SSTS de 11 de junio de 1997 (rec. 3863/1996) y 26 de noviembre de 2002 (rec. 1056/2002).

tereses contrapuestos entre los socios trabajadores y la cooperativa en la que desarrollan su actividad, propiamente laborales y diferentes de los estrictamente societarios «para cuya defensa pueden resultar notoriamente insuficientes los cauces de participación en los órganos de gobierno de las cooperativas derivados de su condición de socios. Especialmente en cooperativas –como la demandada– de dimensiones importantes donde los órganos de dirección pueden estar alejados de los intereses de los socios que derivan del trabajo que prestan». Destaca, en fin, la doble o mixta condición de los socios trabajadores, y su asimilación a los trabajadores a determinados efectos y derechos⁸⁴, y, «con mucho mayor motivo», en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical, así como en los de tutela jurisdiccional, respecto de su prestación de servicios [art. 2.c) LJS], en la que los sindicatos tienen un relevante papel.

Respecto de los instrumentos de la Organización del Trabajo, subraya la amplitud del ámbito subjetivo del reconocimiento del derecho de libertad sindical en sus Convenios 87 y 98, al igual que en el artículo 28.1 de la Constitución española, que «no admite restricciones en aquellos supuestos, como el examinado, en donde hay una prestación de trabajo subordinada, aunque las notas de dependencia y, especialmente, la de ajenidad, ofrezcan un perfil menos intenso que el de la relación laboral típica o común». Reconoce el valor esclarecedor de «las recomendaciones e informes de la OIT que, aunque no resulten directamente aplicables, son –como afirma el Tribunal Constitucional– textos orientativos, que sin eficacia vinculante, pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios». Y con base, aun genérica, en los informes de su Comité de Libertad Sindical, y expresa referencia a la Recomendación 193, sobre la promoción de las cooperativas, en la que «se recoge que debería alentarse a las organizaciones de trabajadores a orientar y prestar asistencia a los trabajadores de las cooperativas para que se afilien a dichas organizaciones», deduce «que el principio del que se parte en los citados Convenios OIT no es otro que el reconocimiento del derecho a la libertad sindical de los trabajadores cooperativistas», concluyendo que⁸⁵:

«En consecuencia, procede la estimación de esta parte del recurso habida cuenta de que la Sala entiende, no sólo que los socios trabajadores de una coope-

⁸⁴ SSTs de 27 de noviembre de 2013 (rec. 3128/2012), 10 de diciembre de 2013 (rec. 3256/2012), 10 de diciembre de 2018 (rec. 3407/2016), 19 de diciembre de 2018 (rec. 2233/2017) y 7 de febrero de 2019 (rec. 649/2017).

⁸⁵ Como se dijo, el fallo de la sentencia estima parcialmente el recurso y la demanda, por apreciar que los comunicados públicos de la cooperativa constituyen una vulneración del derecho de libertad sindical, puesto que no se limitan a «defender una determinada postura empresarial o rebatir argumentos

rativa de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse libremente al sindicato de su elección, sino, también, lo que a los presentes efectos resulta más importante: que los sindicatos legalmente constituidos tienen derecho al libre ejercicio de la actividad sindical en las Cooperativas de Trabajo Asociado donde tengan afiliados socios trabajadores de las mismas, tal como se desprende del texto constitucional (artículo 28.1 CE) y, específicamente, de los artículos 1.1 y 3.1 LOLS.»

Aunque la Sentencia de instancia de la Audiencia Nacional deja claro que los socios trabajadores de las cooperativas no son titulares del derecho de libertad sindical, ni plenamente, como trabajadores por cuenta ajena (art. 1 LOLS), ni limitadamente, como trabajadores por cuenta propia (art. 3.1 LOLS), por no reunir ni una ni otra condición, el pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo resulta más ambiguo, quizá por el limitado objeto del recurso, pues, pese a citar ambos preceptos, parece constreñir la libertad sindical de los socios trabajadores al derecho de afiliación, asimilándolos, por tanto, aun tácitamente, a los autónomos. Incluso el más amplio reconocimiento del derecho al ejercicio de la actividad sindical en el ámbito de las cooperativas, respecto de los sindicatos que cuenten con socios trabajadores afiliados, circunscrito, en el supuesto litigioso, a medidas inespecíficas de conflicto y presión, no es claro que alcance a los dos derechos instrumentales más relevantes y específicos de la libertad sindical: la negociación colectiva y la huelga⁸⁶.

A este respecto, el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo reconoce expresamente el derecho de libertad sindical de los socios trabajadores de cooperativas, con independencia de su consideración como trabajadores dependientes o independientes. Tanto en su dimensión de afiliación como en la de constitución de organizaciones sindicales, diferenciadas de la propia cooperativa⁸⁷. Más matizadamente, su derecho de negocia-

sindicales –lo que sería perfectamente lícito», sino que, «al contrario, ... contienen expresiones que, en su propio contexto, implican un acentuado nivel de desprestigio de la actividad sindical», así como «una velada amenaza» relacionada con el empleo. Y condena a la cooperativa al pago de 30.000 euros en concepto de indemnización por daños morales, reduciendo, no obstante, los 100.000 euros solicitados por el sindicato demandante y recurrente.

⁸⁶ En relación con la negociación colectiva, véase la STS de 18 de septiembre de 2004 (rec. 75/2003), la STS (Civil) de 6 de julio de 2004 (rec. 4455/1999) y la SAP de Madrid, de 3 de febrero de 2017 (rec. 111/2015), y con la huelga, la STS (Civil) de 30 de enero de 1999 (rec. 1731/1994).

⁸⁷ El Comité «considera que las cooperativas de trabajo asociado (cuyos integrantes son sus propios dueños) no pueden ser consideradas ni de hecho ni de derecho como «organizaciones de trabajadores» en el sentido del Convenio núm. 87, es decir como organizaciones que tienen por objetivo fomentar y defender los intereses de los trabajadores. En estas circunstancias, habida cuenta de lo previsto en el artículo 2 del Convenio núm. 87, el Comité recuerda que la noción de trabajador incluye no sólo al trabajador dependiente sino también al independiente o autónomo y considera que los trabajadores asociados en cooperativas deberían poder constituir las organizaciones sindicales que estimen conveniente y afiliarse a las mismas» [Informes 342/2006 (párrafo 405), 344/2007 (párrafo 818), 348/2007 (párrafo 76), 349/2008 (párrafo 50), 350/2008 (párrafo 415) y 354/2009 (párrafo 679)].

ción colectiva⁸⁸, y quizá tácitamente, por su vinculación necesaria a la libertad sindical, el derecho de huelga⁸⁹.

Desde esta perspectiva, podría plantearse la viabilidad de proyectar los derechos colectivos materiales laborales de los socios trabajadores de cooperativas, fuera de la organización interna societaria-cooperativa, no tanto o no solo en el marco de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, sino también y con mayor naturalidad en el de la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, compatible con la mixta condición de aquellos, como socios titulares y trabajadores de la cooperativa⁹⁰, y también con los Convenios de la OIT sobre libertad sindical, aplicables tanto a las organizaciones de trabajadores como a las de empleadores o empresarios⁹¹. Aunque, en todo caso, con el difícil acomodo de los derechos de negociación colectiva y huelga en el ordenamiento interno español, tanto en el Derecho del Trabajo, como el Derecho cooperativo o en el Derecho contractual común⁹². Pero quizá no tanto en las más genéricas provisiones constitucionales sobre los derechos a la negociación colectiva y a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37 CE)⁹³, reconocidos indistintamente a los trabajadores y a los empresarios, y a sus representantes, y no agotados legalmente en el Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto-ley 17/1977, como puso de relieve, paradigmáticamente, en relación con el derecho a la negociación colectiva, la admisión de los denominados convenios colectivos extraestatutarios⁹⁴.

⁸⁸ Informe 354/2009 (párrafo 679).

⁸⁹ Informes 344/2007 (párrafo 891), 346/2007 (párrafos 1532), 349/2008 (párrafo 419), 354/2009 (párrafo 1114) y 362/2011 (párrafo 1077).

⁹⁰ En este sentido, la STC 98/1985, de 29 de julio.

⁹¹ Esta Ley y el anterior Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, que aún regula el derecho de huelga en España, son coetáneos con la ratificación en nuestro país de los Convenios 87 y 98 de la OIT, por Instrumento de 20 de abril de 1977. Véase ARGÜELLES BLANCO, A. R., «Recepción en España y dificultades de aplicación de los Convenios fundamentales de la OIT: en particular, sobre los Convenios núm. 87 y núm. 98», *Documentación Laboral*, núm. 116, 2019, p. 3.

⁹² Al respecto, REGA RODRÍGUEZ, A. L., «Conflicto colectivo y acción sindical en el ámbito de las cooperativas de trabajo asociado», en VV. AA. (dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Huelga y conflicto colectivo de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, KRK, Oviedo, 2021, pp. 709 ss.

⁹³ En sentido crítico, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Cooperativas de trabajo asociado y derechos laborales colectivos de los socios cooperativistas», *Revista de Derecho Social*, núm. 49, 2010, pp. 114 ss., y CABEZA PEREIRO, J., «cooperativismo, sindicalismo y participación de los trabajadores en las empresas de economía social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 37, 2014, pp. 8 ss.

⁹⁴ Véase, entre otras, las SSTC 70/1982, de 29 noviembre, 4/1983, de 28 enero, y 108/1989, de 8 junio, y las SSTS de 27 de septiembre de 1984 (RJ 1984\4487), 12 de noviembre de 1987 (RJ 1987\7861), 1 de febrero de 1991 (RJ 1991\786), 30 de mayo de 1991 (rec. 1356/1990) y 20 de septiembre de 1993 (rec. 2724/1991).

EL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO EN LA NORMATIVA DE LA OIT. POSIBLES INFLUENCIAS EN LA CONSTRUCCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL NACIONAL

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. *Planteamiento general.*—2. *Las primeras aproximaciones de la OIT al accidente de trabajo. Ordenación de la reparación del daño en los Convenios 12, 17 y 19.*—3. *Posible repercusión en la legislación nacional de la época. Normativa sobre accidentes de trabajo (1900-1933).*—4. *La acción normativa de la OIT de los años sesenta en la conformación de un concepto de accidente laboral. El Convenio y la Recomendación 121 (integración del trayecto y de las proximidades laborales).*—5. *La no ratificación por España del bloque normativo 121. Formulación de un sistema legal autónomo.*—6. *Valoración de la situación legal vigente en el ordenamiento español. Características del modelo legal.*—7. *Acotamiento del tiempo y del lugar de trabajo en los casos de accidente en sentido estricto. Interpretación jurisprudencial flexible que permite la aproximación a los términos de la Recomendación 121.*—8. *Extensión jurisprudencial de la presunción general de laboralidad a las enfermedades manifestadas en tiempo y lugar de trabajo. Compatibilidad con las reglas de la Recomendación 121.*—9. *La aproximación jurisprudencial del concepto legal de accidente in itinere a la formulación internacional.*—10. *Aplicación judicial de las presunciones en el accidente en misión. Otra senda para llegar a la Recomendación 121.*—11. *Breve reflexión final. A la ratificación de facto por la interpretación jurisprudencial.*

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La protección de los trabajadores frente a las consecuencias de los riesgos laborales ha preocupado a la OIT prácticamente desde su fundación

en 1919¹. Esta inquietud se ha materializado en la elaboración de instrumentos normativos diversos, que van desde los relativos a la seguridad y salud laboral, pasando por los atinentes a estructuras de vigilancia y control de la prevención de riesgos, o a la tutela frente a las enfermedades profesionales, etc. De todas formas, de entre todos los riesgos profesionales la protección frente al accidente de trabajo ha merecido siempre particular atención para esta Organización. De hecho, el propio preámbulo del texto constitutivo de la OIT consideraba urgente mejorar la protección contra los «accidentes de trabajo».

Amén de los instrumentos de prevención de riesgos laborales, a la hora de diseñar su política normativa respecto del accidente de trabajo, la OIT ha optado por reforzar varios ejes de actuación, destacando fundamentalmente por lo que aquí interesa, de una parte, la formulación de una obligación de reparación de los daños derivados del accidente laboral, con identificación de sus términos (contingencias reparables, alcance económico y de otra índole de la reparación, etc.)² y, de otra parte, la concreción de qué situaciones merecen la consideración de accidente y, por ende, deben acompañarse de las reparaciones pertinentes³. Este esfuerzo se ha traducido en la producción de dos

¹ En esta fecha la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo, integrada por representantes de gobiernos, sindicalistas y universitarios, presentó un proyecto de acuerdo sobre la creación de esta Organización, que culminó con su incorporación en la Parte XIII del Tratado de Paz de Versalles de la misma fecha (sobre los antecedentes de la OIT, PLÁ RODRÍGUEZ A., *Los convenios internacionales del trabajo*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1965, pp. 38-39). Los motivos y fines de la Organización fueron posteriormente actualizados, mediante la Declaración de Filadelfia adoptada en 1944 (incorporada a la Constitución), tras los estragos de la Segunda Guerra Mundial. El mandato original encargado a la OIT, de conformidad con lo dispuesto en el Tratado de Paz, se limitaba a la mejora de las condiciones de trabajo. La «Carta del Trabajo», que se incluía en el Tratado, enumeraba nueve métodos y principios especialmente importantes y urgentes para la política social de los Estados miembros de la Sociedad de Naciones, pero no preveía ninguna competencia en materia económica. La Declaración de Filadelfia amplió este mandato, atribuyendo a la Organización competencia en sectores que superaban con creces la fijación de condiciones de trabajo. Ello se tradujo en la ampliación de las tareas de la OIT aproximándola a las políticas económicas nacionales e internacionales, para poder influir en el empleo y en el bienestar de los trabajadores. La OIT se integró en la ONU en 1945. *Vid.* sobre la configuración de la OIT como una agencia especializada de la ONU, ACOSTA ESTÉVEZ J. B., *El sistema jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 35-37. Sobre el contenido de la Declaración, LEE E., «Orígenes y vigencia de la Declaración de Filadelfia», *RIT*, núm. 4, 1994, pp. 535-537.

² Véase, además de los que son objeto de análisis en este trabajo, por ejemplo, el Convenio núm. 32, sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (revisado), 1932; el Convenio núm. 55, sobre las obligaciones del armador en caso de enfermedad o accidentes de la gente de mar, 1936; el Convenio núm. 134 sobre la prevención de accidentes (gente de mar), 1970 –ninguno de ellos en vigor hoy–; o el Convenio núm. 174 sobre la prevención de accidentes industriales mayores, 1993 (no ratificado por España).

³ Vaya por delante que la principal aportación que en la definición o conceptualización del accidente laboral contiene la normativa de la OIT se localiza, precisamente, en una Recomendación, no así en un Convenio, toda vez que, salvo para sectores concretos, la apuesta de la Organización ha sido abstenerse de formular una concepción unitaria del accidente, dejando esta labor en manos de cada legislador nacional y limitándose a proporcionar criterios sobre algunos concretos sucesos (accidente *in itinere*, esencialmente) que deben en todo caso merecer la consideración de accidente laboral. Conviene recordar, en este

bloques de normas: –Convenios y Recomendaciones sobre responsabilidad empresarial por accidente (en general y respecto de sectores concretos de producción); y, –Convenios y Recomendaciones sobre prestaciones derivadas de contingencia profesional (con la consiguiente identificación de las situaciones merecedoras de la consideración de accidente a tales efectos).

Pues bien, a lo largo de las páginas siguientes abordaremos el impacto que en nuestra normativa ha podido tener esta producción de la OIT en la concreta cuestión de la configuración del concepto de accidente de trabajo. Para lo cual es imprescindible tener presente desde ahora que nuestro país ha mantenido diferente posición respecto de uno y otro bloque normativo, en concreto, ha ratificado los pertenecientes al primero, pero no ha hecho lo propio con los del segundo, que son precisamente los que formulan una «definición» del accidente laboral. Resulta de máximo interés analizar las razones que pueden estar detrás de este diferente posicionamiento nacional, pero también evaluar hasta qué punto la jurisprudencia ha sabido colmar el vacío que la falta de ratificación de esos Convenios ha podido provocar en nuestro ordenamiento.

En todo caso, nótese que el tema que aquí nos concita no es el relativo al alcance de las reparaciones por accidente, ni a los mecanismos de exigencia de responsabilidad o control empresarial, sino únicamente el concepto mismo de accidente de trabajo, si bien ofreciendo también un inaugural balance del impacto que tuvieron los primeros Convenios de la OIT sobre reparación del accidente de trabajo, que si bien no ofrecían un concepto general de accidente sí sirvieron entonces para acotar algunas cuestiones clave en esta materia, que resultaron luego de interés en la final configuración de nuestro modelo de protección social frente al accidente laboral.

Para la mejor comprensión de la potencial influencia que la normativa de la OIT tuvo en nuestro país es aconsejable recordar que España fue uno de los primeros países que apoyó la creación de la OIT, incorporándose a ella en la fecha de su constitución. Las primeras ratificaciones datan de 1922, y coinciden con la campaña de difusión de la OIT en España⁴. La consecución de los objetivos de la OIT se paralizó en nuestro país con la Dictadura de Primo

sentido, que las Recomendaciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo son una guía para la acción de los Gobiernos en un determinado campo y se comunican a todos los Estados miembros de la OIT para su examen y posterior ejecución por medio de la legislación nacional, pero al contrario que los convenios, las Recomendaciones no necesitan ratificación por parte de los Estados, no siendo tampoco, por ello, de observancia obligada. En la mayoría de los casos la OIT cuando aprueba un Convenio lo acompaña de una Recomendación, que de algún modo le sirve de acompañamiento o de guía. Así ha sido también en la materia que nos ocupa.

⁴ Los primeros convenios ratificados en esta fecha fueron el núm. 2 y el núm. 3, relativos al paro forzoso y a la protección de la maternidad, respectivamente.

de Rivera (1923-1930). En esta etapa apenas se ratificaron convenios y la política social del régimen fue de un claro continuismo, que ignoraba los cambios sociales que se estaban fraguando en el ámbito internacional asumidos por la OIT. Superada esta fase, se inició con la II República una etapa de reafirmación de la relevancia del papel de la OIT.

A la fructífera relación consolidada durante la II República siguió un largo período de distanciamiento e incluso enfrentamiento que se prolongó durante buena parte de la Dictadura franquista. Distanciamiento que se materializó en 1941, cuando España se retiró de la Sociedad de Naciones, sin hacer mención expresa a su deseo de permanecer en la OIT⁵. A mediados de la Dictadura volvieron a reanudarse tímidamente las relaciones, hasta que finalmente en 1956 España se reincorporó a la Organización. Era de esperar que con esta reincorporación nuestro país retomase el ritmo de ratificaciones que había abandonado en los años anteriores, pero no fue así. Hasta los primeros años de la década de los setenta sólo se ratificaron algunos convenios que no exigían grandes modificaciones de nuestra normativa interna.

Superada esa fase, en los años setenta se ratificaron la mayoría de los Convenios, y en concreto todos los relativos a derechos fundamentales, salvo los que regulaban el derecho de libertad sindical, por manifiesta incompatibilidad con el sistema político propio del régimen⁶. Finalmente, tras la promulgación de la Constitución se inició una nueva etapa caracterizada por la ratifi-

⁵ Esta retirada coincidió en el tiempo con la de otros países como Alemania (1935), Italia (1939) y Japón (1940).

⁶ Los convenios ratificados en esa etapa fueron los siguientes: Convenio núm. 42, relativo a la indemnización por enfermedades profesionales (ratificado en 1958); Convenio núm. 45, relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas (ratificado en 1958); Convenio núm. 62, relativo a prescripciones de seguridad en la industria de la edificación (ratificado 1958); Convenio núm. 81, relativo a la inspección de trabajo en la industria y el comercio (1960); Convenio núm. 88, relativo a la organización del servicio del empleo (ratificado en 1960); Convenio núm. 89, relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (ratificado en 1958); Convenio núm. 95, relativo a la protección del salario (ratificado en 1958); Convenio núm. 97, relativo a los trabajadores migrantes (ratificado en 1967); Convenio núm. 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo igual (ratificado en 1967); Convenio núm. 103, relativo a la protección de la maternidad (1965); Convenio núm. 105, relativo a la abolición del trabajo forzoso (ratificado en 1967); Convenio núm. 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (ratificado en 1967); Convenio núm. 112, relativo a la edad mínima de admisión al trabajo de los pescadores (ratificado en 1961); Convenio núm. 113, relativo al examen médico de los pescadores (ratificado en 1961); Convenio núm. 114, relativo al contrato de enrolamiento de los pescadores (ratificado en 1961); Convenio núm. 115, relativo a la protección de los trabajadores contra las radiaciones ionizantes (ratificado en 1962); Convenio núm. 123, relativo a la edad mínima de admisión al trabajo subterráneo en las minas (ratificado en 1967); Convenio núm. 126 relativo al alojamiento a bordo de los barcos pesqueros (ratificado en 1968); y Convenio núm. 127, relativo al peso máximo de la carga que puede ser transportada por un trabajador (ratificado en 1969). En el período que transcurre desde 1971 hasta 1977 se acelera el desmantelamiento del régimen autoritario, al tiempo que se incrementa la protesta obrera y se refuerzan los movimientos clandestinos sindicales. En esa época se ratificaron numerosos convenios (no los de libertad sindical).

cación de buena parte de los Convenios que faltaban por incorporar. Ese proceso de dinámica ratificación se ha venido manteniendo desde entonces, en términos generales, acentuado aún más en los últimos tiempos.

Desde esta perspectiva, la evaluación de la repercusión que en la legislación nacional haya podido tener el acervo normativo de la OIT en materia de accidente de trabajo exige tener en cuenta estas idas y venidas de la relación mantenida con la Organización Internacional, y en particular las fases de ausencia de ratificaciones⁷.

2. LAS PRIMERAS APROXIMACIONES DE LA OIT AL ACCIDENTE DE TRABAJO. ORDENACIÓN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN LOS CONVENIOS 12, 17 Y 19

Los primeros movimientos normativos de la OIT respecto del accidente de trabajo se produjeron en los albores mismos de su constitución. Así entre 1921 y 1925 se aprobaron tres Convenios sobre esta temática. El primero sobre reparación del daño derivado del accidente en el entorno agrario (Convenio núm. 12, aprobado en 1921), que obligaba a los Estados a extender a «todos» los asalariados agrícolas el beneficio de las leyes y reglamentos que tuviesen por objeto indemnizar a las víctimas de «accidentes sobrevenidos a causa del trabajo o durante la ejecución del mismo». Este Convenio no pretendía imponer a los Estados firmantes la obligación de reparar el daño derivado del accidente, sino simplemente exigir a quienes preveían dicha protección su extensión también a los trabajadores agrícolas, y en concreto, a todos ellos.

A esta inicial actuación siguió, curiosamente, el Convenio núm. 17, sobre la indemnización por accidente de trabajo de 1925, que ya sí imponía a los Estados firmantes la obligación de reparar los daños derivados del accidente laboral⁸. En concreto, obligaba a los Estados que lo ratificasen «... a garanti-

⁷ No son objeto de examen en este trabajo convenios como el núm. 155, relativo a la seguridad y salud en el trabajo y Medio Ambiente de Trabajo, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1981, ratificado por España el 26 de julio de 1985, que alude al accidente, pero desde la perspectiva estrictamente preventiva, obligando a la realización de estudios estadísticos, etc. Entendiendo que este Convenio referencia una suerte de deber genérico de protección, puede verse la STS 26-5-09, Rec. 2304/2008, en la que se dice «en el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 22 de junio de 1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que "los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores"». También, la STS 30/06/03, Rec. 2403/2002.

⁸ Este Convenio se acompaña del núm. 18, sobre las enfermedades profesionales, de 1925, que impone a los Estados la obligación de extender a las enfermedades profesionales la misma tutela reparativa que a los accidentes de trabajo.

zar a las víctimas de accidentes del trabajo, o a sus derechohabientes, una indemnización cuyas condiciones serán por lo menos iguales a las previstas en el presente Convenio»⁹. Alcanzando esta obligación a la reparación de los accidentes sufridos por «obreros, empleados o aprendices que trabajen en empresas, explotaciones o establecimientos de cualquier naturaleza, públicos o privados», si bien autorizando la excepción nacional de algunas actividades¹⁰. El Convenio no se aplicaba a la gente de mar, ni a los pescadores y equivalentes, pues la reparación de sus accidentes quedaba encomendada a un Convenio específico, y también se dejaba fuera el trabajo agrícola que seguía rigiéndose por el Convenio antes dicho (art. 4), que en lugar de formular un grueso mínimo de reparación se limitaba, como se ha dicho, a extender a este ámbito la legislación nacional reguladora del accidente (fuese esta la que fuese)¹¹.

En todo caso, se trató de un Convenio (el 17) francamente relevante, en tanto que contenía las siguientes obligaciones de calado. Primero, si el accidente derivaba en el fallecimiento del trabajador o le provocaba una incapacidad permanente se debían garantizar el pago a la víctima o a sus derechohabientes en forma de renta. Aunque esas indemnizaciones podían pagarse total o parcialmente en forma de capital cuando se garantizase a las autoridades competentes un empleo razonable del mismo. Segundo, en caso de incapacidad, la indemnización se concedería, a más tardar, a partir del quinto día después del accidente, ya fuese el empleador, una institución de seguro contra accidentes o una institución de seguro contra enfermedades el obligado al pago. Tercero, se concedería una indemnización suplementaria a las víctimas de accidentes que quedasen incapacitadas y necesitasen la asistencia constante de otra persona. Cuarto, las víctimas de accidentes del trabajo tendrían derecho a la asistencia médica y a la asistencia quirúrgica y farmacéutica que se considerase «necesaria» a consecuencia de los accidentes, corriendo de cuenta

⁹ Sobre el contenido de este Convenio, MORALES VALEZ C., «Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo 1925 (núm. 17)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. extra, 2019 (ejemplar dedicado a: Conmemoración del Centenario de la OIT, 2019), pp. 568-582; DE LAS FUNTES LACAVEX G. A., «Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo 1925 (núm. 17)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. extra, 2019 (ejemplar dedicado a: Conmemoración del Centenario de la OIT, 2019), pp. 548-566.

¹⁰ Se permitía dejar fuera de la reparación por daño a las personas que realizasen trabajos ocasionales ajenos a la empresa del empleador; los trabajadores a domicilio; los miembros de la familia del empleador que trabajen exclusivamente por cuenta de éste y que vivan con él; y los trabajadores no manuales cuyas ganancias excediesen del límite que fijase la legislación nacional.

¹¹ Este Convenio se completa con dos Recomendaciones: Recomendación sobre la indemnización por accidentes del trabajo (importe mínimo), 1925 (núm. 22) y Recomendación sobre la indemnización por accidentes del trabajo (jurisdicción), 1925 (núm. 23), referidas ambas a cuestiones concretas que no son objetivo de análisis en este estudio.

del empleador, de las instituciones de seguro contra accidentes o de las instituciones de seguro contra enfermedad o invalidez. Quinto, las víctimas de accidentes del trabajo tendrían derecho al suministro y a la renovación normal, por el empleador o por el asegurador, de los aparatos de prótesis y de ortopedia cuyo uso se considerase necesario (aunque con admisión de excepciones nacionales, y remitiendo a las legislaciones nacionales el establecimiento de lo relativo a la renovación de los aparatos, las medidas de control necesarias para evitar abusos o para garantizar el debido uso de las indemnizaciones suplementarias). Sexto, el establecimiento, según la legislación nacional, de medidas para garantizar, en toda circunstancia, el pago de la indemnización a las víctimas de accidentes y a sus derechohabientes, y para garantizarlos contra la insolvencia del empleador o del asegurador.

Ese mismo año (1925), la OIT aprobó otro Convenio de alcance general (no sectorial) en materia de accidentes de trabajo, el núm. 19, este sobre la igualdad de trato, cuyo principal objetivo era obligar a los Estados a garantizar a los extranjeros la misma protección frente al accidente de trabajo que a los nacionales¹². Aunque también contenía alguna otra previsión de interés de alcance más global, como la contenida en su artículo 3, según el cual los «Miembros que ratifiquen el presente Convenio y no posean un régimen de indemnización o de seguros a tanto alzado de accidentes del trabajo convienen en instituir un régimen de este género, dentro de un plazo de tres años a partir de su ratificación»¹³.

Estos fueron los primeros convenios que la OIT aprobó en la materia que nos ocupa. Conviene tener en cuenta que en ellos no se proporcionaba un concepto o definición del accidente de trabajo, pareciendo así que se dejaba en manos de cada Estado la decisión de cómo hacerlo¹⁴, pero no hay que pasar

¹² Sobre el contenido de este Convenio, RUBIO VELASCO M. F., «Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo) 1925 (núm. 19)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. extra, 2019 (ejemplar dedicado a: Conmemoración del Centenario de la OIT, 2019), pp. 596-611.

¹³ El Convenio se acompaña de la Recomendación núm. 25, sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925.

¹⁴ A estos Convenios se sumaron en esa época el Convenio núm. 32 sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (revisado), 1932 y el Convenio núm. 55 sobre las obligaciones del armador en caso de enfermedad o accidentes de la gente de mar, 1936 (núm. 55). El primero ya no está en vigor por Denuncia automática el 3 marzo 1983 por el Convenio núm. 152, y el segundo tampoco por Denuncia automática el 4 febrero 2011 por Convenio MLC, 2006. Conviene recordar que el Convenio núm. 17 de la OIT, sobre la indemnización por accidentes de trabajo, no se aplica «a la gente de mar ni a los pescadores» (artículo 3.1), pero tanto el Texto Refundido de la legislación de Accidentes de Trabajo de la Industria, como el Reglamento de la Ley de Accidentes de Trabajo en la Industria se refirieron al ámbito marítimo-pesquero. Sobre el particular, ARRIETA IDIAKEZ F. J., «El accidente de trabajo en el mar: génesis y evolución de su protección en el ordenamiento jurídico español», *Estudios de Deusto*, vol. 54/2, julio-diciembre 2006, pp. 11-59.

por alto la referencia que se hacía en el Convenio núm. 12 a la obligación de extender la protección por los «accidentes sobrevenidos a causa del trabajo o durante la ejecución del mismo» a los trabajadores agrícolas, lo que era, aunque fuese de un modo indirecto, una forma de presentar la concepción que la Organización tenía del accidente laboral, esto es: el acaecido a causa del trabajo o durante su ejecución. La fórmula que se acaba de reproducir, sin duda, rememora dos situaciones diferentes, la relación de causalidad y la producción del accidente durante la prestación de servicios.

3. POSIBLE REPERCUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL DE LA ÉPOCA. NORMATIVA SOBRE ACCIDENTES DE TRABAJO (1900–1933)

Por obvias razones temporales, no puede sostenerse que aquella concepción del accidente hubiese sido determinante en la configuración del mismo en la primera norma española de accidentes de trabajo –Ley de Accidentes de Trabajo de 1900–, que imputaba al patrono la responsabilidad «de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen, a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente» (artículo 2). Y en particular, disponía que acaecidos estos el patrono había de indemnizar a los «obrerros en las situaciones de incapacidad de trabajo absoluta o parcial, temporal o perpetua, en la forma y cuantía que establece la propia Ley» (artículo 4). En efecto, aunque la regulación nacional se aproximaba en cierto modo a las previsiones del Convenio núm. 17 (en cuanto a las situaciones protegidas y a la obligación de reparación), nuestra Ley Dato lo precedió en un par de décadas, e incluía reglas especiales, de exención de la responsabilidad empresarial en caso de fuerza mayor, que no se contenían en los Convenios de la OIT aquí señalados.

En todo caso, y por lo que aquí importa, recién estrenado el siglo xx ya regía en nuestro país la idea de reparación de los daños sufridos por accidente, incluyendo una definición del accidente de trabajo, que era «toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena; por patrono, el particular o Compañía propietario de la obra, explotación o industria donde el trabajo se preste». Es decir, se incluía ya entonces una causalidad directa (por consecuencia) y una indirecta (con ocasión), que si bien se acercaba a la conceptualización formulada de modo indirecto por la OIT –«a causa del trabajo o durante la ejecución del mismo»–, no coin-

cidía plenamente con ella, pues la referencia temporal –«durante la ejecución»– no aparecía en nuestro sistema¹⁵.

Años más tarde, la incorporación a la OIT de nuestro país sí conllevó cierto proceso de influencia en la normativa española de los años veinte. Por ejemplo, la Ley de 10 de enero de 1922 de Accidentes del Trabajo¹⁶, añadió la referencia al trabajador extranjero (inexistente en la Ley Dato). A buen seguro esta precisión procede del Convenio 19 sobre igualdad de trato en la indemnización por accidente¹⁷. Es cierto que el Convenio data de 1925, pero también lo es que recién iniciado el año 1922 se publicó el Proyecto de Convenio, ratificado por la OIT el 22 de febrero de 1922, relativo a «Igualdad de trato a los

¹⁵ Concepto al que se añadía el de operario, como «todo el que ejecuta habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena». Desde la misma óptica, la responsabilidad que la norma preveía alcanzaba entonces a un largo número de industrias o trabajos, que, por cierto, se enumeraban expresamente en el tercer artículo de la ley, y que incluía, entre otros muchos, los trabajos agrícolas aunque de un modo muy restringido –aunque no así el trabajo en el mar. En concreto, se decía que los trabajos que daban lugar a la responsabilidad del patrono eran: «1.º Las fábricas y talleres y los establecimientos industriales donde se hace uso de una fuerza cualquiera distinta de la del hombre. 2.º Las minas, salinas y canteras. 3.º Las fábricas y talleres metalúrgicos y de construcciones terrestres o navales. 4.º La construcción, reparación y conservación de edificios, comprendiendo los trabajos de albañilería y todos sus anexos: carpintería, cerrajería, corte de piedras, pintura, etc. 5.º Los establecimientos donde se producen o se emplean industrialmente materias explosivas o inflamables, insalubres o tóxicas. 6.º La construcción, reparación y conservación de vías férreas, puertos, caminos, canales, diques, acueductos, alcantarillas y otros trabajos similares. 7.º Las faenas agrícolas y forestales donde se hace uso de algún motor que accione por medio de una fuerza distinta á la del hombre. En estos trabajos, la responsabilidad del patrono existirá sólo con respecto al personal, expuesto al peligro de las máquinas. 8.º El acarreo y transporte por vía terrestre, marítima y de navegación interior. 9.º Los trabajos de limpieza de calles, pozos negros y alcantarillas. 10. Los almacenes de depósito y los depósitos al por mayor de carbón, leña y madera de construcción. 11. Los teatros, con respecto de su personal asalariado. 12. Los cuerpos de bomberos. 13. Los establecimientos de producción de gas o de electricidad y la colocación y conservación de redes telefónicas. 14. Los trabajos de colocación, reparación y desmonte de conductores eléctricos y de pararrayos. 15. Todo el personal encargado en las faenas de carga y descarga. 16. Toda industria ó trabajo similar no comprendido en los números precedentes».

¹⁶ Conocida como Ley Matos (por el apellido del Ministro de Trabajo de entonces), la Ley de 1922 introdujo dos novedades importantes respecto de su predecesora: incorporar la imprudencia profesional entre los riesgos a que llegaba la responsabilidad patronal, y crear un fondo de garantía para que en los casos de insolvencia patronal, no faltase la debida indemnización al trabajador.

¹⁷ El Convenio preveía la referencia a que en el país de origen existiese similar reconocimiento. Con base en ello, la STS 21-1-13, Rec. 106/2009, denegó las prestaciones por incapacidad permanente derivadas de accidente de trabajo a un trabajador extranjero sin autorización para residir ni para trabajar y que había suplantado la personalidad de otro, habiendo sido dado de alta y cotizado por el empleador con esa personalidad equívoca facilitada por el propio accidentado, que había sufrido un accidente. Ello porque en el país de origen (Guinea) no se producía ese reconocimiento. Por su parte, la STS 9-6-03, Rec. 4217/2002, sostiene respecto al reconocimiento del derecho a prestaciones a trabajadores extranjeros en situación irregular, que el Convenio 19 de la OIT «subordina la obligación de dispensar el mismo trato a los extranjeros que a los súbditos nacionales, el que país del trabajador lo haya ratificado. Y si bien España lo ratificó (*Gaceta* del 26 de mayo de 1928) Ecuador no se halla entre los 119 países que lo han hecho. Pero en nuestra legislación, extendiendo el principio que lo inspira en esta materia de accidente de trabajo, estableció en el artículo 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966, que «la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional». En similar sentido, también la STS 07/10/03, Rec. 2153/2002.

trabajadores extranjeros y a las nacionales en materia de reparación de Accidentes del Trabajo». Por tanto, es muy probable que el contenido de aquel Proyecto hubiese influido en el precepto de la Ley de 1922, aunque el Convenio en cuestión no hubiese sido ratificado formalmente por nuestro país hasta febrero de 1929¹⁸. Lo mismo cabe decir, seguramente, de la creación en la Ley Mato de 1922 de un fondo de garantía para los casos de insolvencia patronal, que sin duda rememora el artículo 11 del Convenio núm. 17¹⁹.

Por su parte, la normativa de II República supuso un relevante avance en materia de accidentes de trabajo, encontrando buena parte de su inspiración precisamente en los Convenios de la OIT²⁰. Recuérdese que nuestro país ratificó en febrero de 1929 el Convenio núm. 17 y el núm. 19, y en octubre de 1931 el Convenio núm. 12. Estas ratificaciones se acompañaron pronto de reformas en lo que aquí interesa. Así, en 1932 se aprobó la Ley de Bases, de 4 de julio, a cuyo tenor debía estructurarse una nueva Ley reparadora de los accidentes de trabajo en la industria. Con base en ella vieron la luz, en primer lugar la Orden de 8 de octubre de 1932, mediante la cual se decretaba el Texto Refundido de la legislación de Accidentes de Trabajo en la Industria, y, después, el Decreto

¹⁸ En todo caso, la ratificación en esa fecha se tradujo en la referencia en la norma de 1931 a que los «operarios extranjeros gozarán de los beneficios del presente Reglamento, así como sus derechohabientes “que residan en territorio español al ocurrir el accidente”. Los derechohabientes que residan en el extranjero gozarán de dichos beneficios, en el caso de que la legislación de su país los otorgue en análogas condiciones a los súbditos españoles, o cuando así se haya estipulado en Tratados especiales». Lo que básicamente coincide con la regla del Convenio de la OIT, pues si bien se dice que «Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo». Acto seguido se añade que «Esta igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes sin ninguna condición de residencia. Sin embargo, en lo que se refiere a los pagos que un Miembro, o sus nacionales, tengan que hacer fuera de su propio territorio en virtud de este principio, las disposiciones que hayan de tomarse se regirán, si fuere necesario, por acuerdos especiales celebrados con los Miembros interesados».

¹⁹ No hay que olvidar, en este punto, que la virtualidad práctica de la Ley Dato fue relativa en tanto que no se acompañaba de una obligatoriedad de aseguramiento, ni de un instrumento de garantía del percibo de la indemnización en caso de insolvencia. La Ley Mato, aunque mantuvo ese carácter opcional del aseguramiento, creó un fondo específico de garantía, en la línea del señalado Convenio núm. 17 («Las legislaciones nacionales establecerán las disposiciones que, de acuerdo con las condiciones particulares de cada país, sean más adecuadas para garantizar, en toda circunstancia, el pago de la indemnización a las víctimas de accidentes y a sus derechohabientes, y para garantizarlos contra la insolvencia del empleador o del asegurador»). Como todo el mundo sabe, hubo que esperar a la II República para que la obligatoriedad del aseguramiento se impusiese legalmente. En el concreto caso de los accidentes en la industria se impuso el aseguramiento obligatorio para los casos de incapacidades permanentes y de muerte, manteniendo la voluntariedad para la incapacidad temporal y la asistencia médica.

²⁰ Téngase en cuenta que en este época se aprobó la ley de Enfermedades Profesionales que introdujo el seguro obligatorio en las industrias con riesgo de exposición, el establecimiento de un fondo de garantía y la primera lista española de enfermedades profesionales, que incluía todas las contenidas en el Convenio 18 de la OIT.

de 31 de enero de 1933, por el que se aprobaba el Reglamento de la Ley de Accidentes de Trabajo en la Industria.

También tuvo su influencia el Convenio núm. 12 sobre indemnización del accidente en el mundo agrícola²¹. Así el 12 de junio de 1931 se promulgó el Decreto de aprobación del Reglamento para la aplicación a la agricultura de la ley de Accidentes del Trabajo, que partiendo de la misma definición general de accidente de trabajo, perfilaba las responsabilidades patronales en caso de producirse este en el ámbito agrícola, garantizando con ello su aplicación íntegra, no restringida a los minoritarios supuestos de las leyes precedentes.

Tal extensión trajo causa, sin duda, en el Convenio núm. 12 de la OIT. Ello porque aunque la ratificación del Convenio núm. 12 fue formalmente posterior a la aprobación de esta norma, consta que en 1921 las delegaciones españolas en la tercera Conferencia Internacional del Trabajo habían dado su voto a este Convenio, con lo que conocían y compartían su contenido, que si bien no se llevó como pudiera haberse hecho a la norma de 1922 sí se hizo lo propio con la de 1931. Por tanto, aunque ese Convenio no fue ratificado por España hasta octubre de 1931, su contenido fue determinante en la formulación del Decreto de junio de 1931.

En todo caso, por lo que a este estudio interesa, la normativa de la II República no varió ni un ápice la definición de accidente de trabajo contenida ya en aquella vieja norma de 1900 (que por cierto es que misma que sigue formulándose hoy en nuestro sistema, esto es: «lesión producida con ocasión o como consecuencia de la actividad laboral»). Es decir, no se incorporó entonces la indirecta definición del Convenio núm. 12, que ya se ha dicho aludía a la causalidad y también a los accidentes acaecidos durante la ejecución del trabajo, por lo tanto, aunque el accidente se produjese durante la jornada laboral el trabajador o los causahabientes tenían que probar siempre la relación de causalidad (directa o indirecta) para poder obtener una compensación económica por el accidente de trabajo. En este punto concreto (definición de accidente), la repercusión de la normativa de la OIT fue entonces escasa²².

²¹ Como se ha dicho, la Ley Dato alcanzaba a los trabajos agrícolas, pero solamente protegía a los obreros agrícolas ocupados en faenas donde se utilizasen motores accionados por fuerza distinta a la humana (dejando por ello una parte importante de las faenas agrícolas fuera de protección). La Ley de 10 de enero de 1922 de Accidentes del Trabajo, mantuvo la referencia que en la Ley Dato se hacía a este sector de actividad (entonces referido a las actividades agrarios, forestales y pecuarias), añadiendo incluso más restricciones a su aplicabilidad, al limitarla a los patronos que ocupaban permanentemente al menos a seis trabajadores, además de mantener la limitación de la responsabilidad a los accidentes de los operarios en el uso de máquinas con motores animados. Sobre el particular, ESPEJO GARCÍA J., *Análisis de la ley de accidentes del trabajo y su aplicación en la agricultura 1900-1922*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2019.

²² Respecto del entramado protector de la enfermedad profesional sí jugó el acervo de la OIT un papel claro y notorio en esa época. Esta protección se concebía anudada al accidente laboral y así lo inter-

De todos modos, es justo señalar que el ascendente de los Convenios 12, 17 y 19, en nuestro sistema, aunque menor en lo que al concepto mismo se refiere, no se agotó en la producción normativa de la época de su ratificación, pues parte de su contenido continúa rememorándose aún hoy por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, el Convenio núm. 17 ha sido empleado en tiempos recientes para fundamentar el derecho del trabajador a la obtención de la reparación del daño causado por el accidente en lo que «sea necesario», más allá incluso de lo que resulte estrictamente de nuestra normativa legal²³.

pretaba la jurisprudencia que las protegía como manifestaciones de aquél (LOZANO MONTERO, M., *El Seguro Obligatorio de Enfermedades Profesionales*, RESS, núm. 11, 1947, pp. 794-797, HERNÁINZ MÁRQUEZ, M., *Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1945, pp. 514-515). Sin embargo, en la época de la II República comenzó un proceso de protección específica, separada del accidente de trabajo, de estas enfermedades, que sin duda trajo buena parte de su causa en los Convenios ratificados en esos momentos. En concreto, hubo que esperar a la ratificación por las Cortes Generales de la II República del convenio de la OIT núm. 18 (de 1925), que hacía hincapié en la necesidad de extender a las enfermedades profesionales las indemnizaciones concedidas en la legislación sobre accidentes de trabajo, para encontrar una primera intervención legal al respecto (el convenio fue ratificado por Ley de 8 de abril de 1932). Así con inspiración en este convenio se aprobó la ley de bases de enfermedades profesionales de 13 de julio de 1936. Si bien su entrada en vigor se vio truncada por el estallido de la Guerra Civil. Poco después, en la Declaración X del Fuero del Trabajo de 1938, se contuvo la siguiente indicación: «habrán de incrementarse los seguros sociales ... de enfermedades profesionales... tendiendo a la implantación de un seguro total. En aplicación de esta indicación se dio una protección especial a la silicosis, mediante la aprobación de un seguro específico contra la silicosis (creado por Decreto de 3 de septiembre de 1941), por el problema que su extendida producción en algunas industrias generaba. Algunos años después este seguro especial se subsumió en el seguro de enfermedades profesionales, aprobado en 1947, que aparentemente, de forma progresiva, aspiraba a alcanzar «la cobertura de todos los riesgos derivados de las enfermedades profesionales», pero que durante bastante tiempo limitó su protección en cuanto a prestaciones económicas a los riesgos derivados de la silicosis, ampliándose únicamente en 1951 al nistagmus de los mineros. Hasta la promulgación del Decreto 792/1961, de 13 de abril, la implantación de la protección prestacional específica frente a enfermedades profesionales quedó limitada a dos de las posibles (silicosis y nistagmus), a partir de esa norma se ofrece ya una regulación completa y segregada de las enfermedades profesionales. En su aprobación pudo influir la ratificación el 24 de junio de 1958, del Convenio núm. 42 sobre las enfermedades profesionales (revisado), de 1934. Sobre la protección de la enfermedad profesional en esta época, MENÉNDEZ SEBASTIÁN P., «Seguro de enfermedad (y enfermedades profesionales)», en VV. AA., *Legislación histórica de previsión social*, Aranzadi, 2009, pp. 183-209. No sucedió lo mismo con la tutela de la enfermedad común, que no se hizo acreedora de protección, a través de un seguro social obligatorio, hasta 1942, en concreto, hasta la promulgación de la Ley de 14 de diciembre de 1942 (desarrollada por el Reglamento de 11 de noviembre de 1943), que creó un seguro obligatorio de enfermedad (SOE). Esta demora resultaba particularmente llamativa si se tenía en cuenta que nuestro país había ratificado diez años antes los convenios 24 y 25 de la OIT (1927), Convenio relativo al Seguro de Enfermedad de los Trabajadores de la Industria, del Comercio y del Servicio Doméstico, y relativo al Seguro de Enfermedad de los Trabajadores Agrícolas, respectivamente (Decretos de 8 de abril de 1932).

²³ Véase la STS 10-10-2019, Rec. 3494/2017, en la que se sostiene que procede el reintegro de la prótesis de mano mioeléctrica y el consiguiente tratamiento de adiestramiento, en caso de accidente de trabajo, aunque no esté incluida en el catálogo general de material ortoprotésico, pues pese a la derogación del Decreto 2766/1967, mientras el ordenamiento no lo excluya de forma clara, sigue rigiendo el principio de reparación íntegra de las secuelas, siendo esta solución la más acorde con Convenio de la OIT núm. 17 y previsiones de la LGSS en materia de asistencia sanitaria. Como razona la sentencia «El viejo Convenio núm. 17 de la OIT sobre indemnización en caso de accidentes de trabajo (1925), que sigue vigente, prescribe en su artículo 9.º que las víctimas de accidentes del trabajo tendrán derecho «a la asistencia médica

4. LA ACCIÓN NORMATIVA DE LA OIT DE LOS AÑOS SESENTA EN LA CONFORMACIÓN DE UN CONCEPTO DE ACCIDENTE LABORAL. EL CONVENIO Y LA RECOMENDACIÓN 121 (INTEGRACIÓN DEL TRAYECTO Y DE LAS PROXIMIDADES LABORALES)

Se acaba de señalar que las primeras decisiones normativas de la OIT en materia de accidente de trabajo se dirigieron a garantizar la reparación de los daños, pero que ello se hizo sin ofertar de forma general y directa un concepto de accidente, que sólo podía extraerse del Convenio núm. 12 sobre extensión de la protección del accidente a la agricultura. La situación varió sólo parcialmente en los años sesenta, cuando en 1964 se aprobó el Convenio 121, sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales [Cuadro I modificado en 1980]. Este Convenio, además de enumerar las prestaciones básicas a reconocer en caso de accidente y enfermedad profesional, incluía, por lo que aquí importa, una exigencia en su artículo 7, para que todo Estado miembro prescribiera «una definición del accidente del trabajo, incluyendo las condiciones bajo las cuales un accidente sufrido en el trayecto al o del trabajo es considerado como un accidente del trabajo»²⁴. Es decir, remitía a las legislaciones nacionales la fijación de la definición de accidente²⁵.

y a la asistencia quirúrgica y farmacéutica que se considere necesaria a consecuencia de los accidentes [...]. En ese sentido, es ilustrativo que ya en 1925 el Convenio de la OIT previera el suministro y renovación de prótesis «cuyo uso se considere necesario». Con posterioridad, el Convenio 121 OIT (1964), sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, sin ratificar por España, ha matizado que cuando el Estado proporcione asistencia médica y servicios conexos por medio de un régimen general de sanidad «podrá especificar en su legislación que dicha asistencia se prestará, en las mismas condiciones que a las demás personas con derecho a ella, a las personas que hayan sufrido un accidente del trabajo o una enfermedad profesional, siempre y cuando las normas sean establecidas en tal forma que eviten privaciones a los interesados». B) La norma de 1967 cuya derogación propicia la existencia de doctrinas contradictorias se expresaba en unos términos («aparatos de prótesis y ortopedia que se consideren necesarias») del todo parangonables con los acogidos en el vigente y venerable Convenio núm. 17 de la OIT («aparatos de prótesis y de ortopedia cuyo uso se considere necesario»). Por lo tanto, si nuestra doctrina se ha construido bajo la vigencia de una previsión muy pareja a la que mantiene su vigencia resulta muy apresurado deducir que la derogación del Decreto de 1967 comporta la minoración del nivel de atención sanitaria a quienes padecen un accidente laboral. C) La propia formulación del principio que nuestras sentencias han venido acogiendo advertía la posibilidad de abandonarlo, pero requiriendo una previsión específica al respecto. Esta elemental cautela (por cierto, concordante con lo dispuesto en el no ratificado Convenio 121 de la OIT), aunque formulada sin prever la situación actual (derogación del Decreto de 1967 y carencia de una norma interna con la misma literalidad) juega también en contra del criterio asumido por la doctrina que abraza a sentencia recurrida».

²⁴ Se añadía que cada Estado debía «precisar los términos de dicha definición en las memorias sobre la aplicación de este Convenio que habrá de presentar en cumplimiento del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo».

²⁵ Con la única indicación de que esta debía incluir el accidente *in itinere*, aunque sin exigencia de «incluir en la definición de accidentes del trabajo las condiciones bajo las cuales debe considerarse como

Este mandato suponía, básicamente, la renuncia de la OIT a formular un concepto global y unitario de accidente, probablemente desde el convencimiento de que como en cada país se tenía una concepción propia, resultaba muy difícil ofrecer una homogénea y llevarla a un Convenio con fuerza vinculante²⁶. Ciertamente es, no obstante, que se podría haber optado por una fórmula similar a la empleada en el tantas veces citado Convenio núm. 12 o incluso una próxima a la empleada por nuestro sistema (con ocasión o como consecuencia), que por cierto es la que empleó la propia organización respecto del accidente de trabajo en el mar. Así en el Convenio núm. 134 sobre la prevención de accidentes (gente de mar), 1970, se decía que a «los efectos del presente Convenio, la expresión accidentes del trabajo se aplica a los accidentes sobrevenidos a la gente de mar “a causa o con ocasión de su empleo”».

Pero no sucedió así y el Convenio 121 en lugar de formular un concepto de accidente y enumerar todas o parte de las situaciones en él incardinables, optó por referenciar únicamente una clara orden de inclusión en el concepto de accidente del sufrido *in itinere* y dejar la tarea de mayor concreción a la Recomendación núm. 121 de 1964, sobre las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuyo artículo 7 advierte que todos los Estados deben considerar accidentes del trabajo los siguientes:

— Los accidentes sufridos durante las horas de trabajo en el lugar de trabajo o cerca de él, o en cualquier lugar donde el trabajador no se hubiera encontrado si no fuera debido a su empleo, sea cual fuere la causa del accidente.

— Los accidentes sufridos durante períodos razonables antes y después de las horas de trabajo, y que estén relacionados con el transporte, la limpieza, la preparación, la seguridad, la conservación, el almacenamiento o el empaquetado de herramientas o ropas de trabajo.

— Los accidentes sufridos en el trayecto directo entre el lugar de trabajo y: –La residencia principal o secundaria del asalariado; –El lugar donde el asalariado toma habitualmente sus comidas; –El lugar donde el asalariado percibe habitualmente su remuneración.

tal un accidente sufrido en el trayecto si, independientemente de los sistemas de seguridad social que cubren los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, hay otros sistemas distintos que cubren tales accidentes sufridos en el trayecto, y que conceden prestaciones que en su conjunto son por lo menos equivalentes a las que establece este Convenio».

²⁶ Las prácticas nacionales varían considerablemente en lo que se refiere a los términos y definiciones utilizados en materia de accidentes y lesiones profesionales. Algunos países no poseen una definición, y en su legislación simplemente se hace referencia a accidentes que sobrevienen en el lugar de trabajo, por ejemplo en Botswana, Myanmar y Reino Unido, o a lesiones que se producen durante la realización del trabajo, por ejemplo Noruega. Otros, como los Estados Unidos, cuentan con una definición que comprende una referencia explícita a un suceso repentino o inesperado, así como a actos violentos.

Como se aprecia a simple vista, frente a la timidez del Convenio, la Recomendación se muestra mucho más arriesgada, llegando a conformar un catálogo de situaciones merecedoras de la condición de accidente de trabajo que supera, con creces, el contenido en nuestro ordenamiento vigente en algunos puntos. Aunque en los últimos tiempos la jurisprudencia ha ido ampliando tanto el concepto de accidente de trabajo que ya no resulta tan difícil reconducirlo a esta concepción dilatada de la Recomendación²⁷.

5. LA NO RATIFICACIÓN POR ESPAÑA DEL BLOQUE NORMATIVO 121. FORMULACIÓN DE UN SISTEMA LEGAL AUTÓNOMO

Nuestro país no ratificó en su día (tampoco después) el Convenio 121 y ello probablemente ha sido determinante en la conformación legal del concepto de accidente de trabajo. Es cierto que se venía protegiendo jurisprudencialmente al trabajador frente al accidente *in itinere* incluso antes de que se aprobase el Convenio 121²⁸. De hecho, se data la conformación de la doctrina sobre el accidente *in itinere* en una sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1954 (aunque otras sentencias previas ya lo habían mantenido indirectamente, incardinándolo en la ocasionalidad relevante contenida en la formulación general)²⁹. Pero esta circunstancia no empaña la realidad normativa nacional

²⁷ En alguna sentencia se referencia incluso el Convenio 121, como si lo hubiésemos ratificado. Véase por ejemplo la STS 22/02/18, Rec. 1647/2016.

²⁸ En general, sobre la evolución del concepto legal de accidente por parte de la jurisprudencia, MARTÍN VALVERDE, A., «El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal», en VV. AA., *Cien años de Seguridad Social ...*, op. cit., pp. 219-256.

²⁹ En realidad, muchos años antes, tomando la fórmula de la Ley Dato de 1900, la jurisprudencia consideró laborales algunos accidentes que podían entenderse en trayecto. Tal acontece, por ejemplo, con la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha de 11 de julio de 1908, que empleando la fórmula «con ocasión» consideró accidente de trabajo el sufrido por un operario en la travesía que debía recorrer para alcanzar el barco en el que prestaba sus servicios, en este caso se valoró que el trabajador en el momento de subir a la embarcación ya estaba realizando actos precisos para ejecutar su ulterior tarea. Algunos años más tarde, una sentencia de 17 de julio de 1917, cambió el criterio al considerar que «sufrido el accidente después de haber cesado el obrero en su trabajo, es extraño al mismo y no comprendido en la ley». Una posterior sentencia de 3 de octubre de 1924 concluyó: «Se declara que el obrero, que con el único fin de dirigirse al lugar de trabajo y hallarse en él a la hora reglamentaria, sigue desde su domicilio la vía única al efecto practicable y, como tal, siempre utilizada por él y sus compañeros de trabajo de igual vecindad, realiza un acto al que el trabajo le obliga y, por tanto, el accidente, ocurrido durante su práctica tiene con tal trabajo conexión de causa a efecto, ya que con su ocasión y solo por ella el obrero ha sufrido el mal de cuya reparación le da derecho la vigente legislación sobre accidentes de trabajo». Dos años más tarde en sentencia de 20 de enero de 1926 estimó accidente el acaecido cuando el actor regresaba en bicicleta a su domicilio y se precipitó en una zanja. Sobre el particular, DEL PESO Y CALVO, C., «Pasado, presente y futuro del accidente in itinere», *RIBSS*, núm. 2, Madrid, 1968, p. 246; DEL PESO Y CALVO, C., «Accidentes in itinere», *RIBSS*, núm. 1, Madrid, 1961, p. 87.

que rodea, aún hoy, al accidente de trabajo, y que sólo la jurisprudencia ha ido mejorando.

No debe olvidarse, en este sentido, que dos años después de que se aprobasen el Convenio y la Recomendación 121, España promulgó el Decreto 907/1966, de 21 de abril, que aprobaba el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, cuyo artículo 84 formulaba una protección frente al accidente, consistente, básicamente, en mantener la definición clásica (la de 1900) –se «entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena»– (apartado primero), añadir una presunción de laboralidad para los sufridos en tiempo y lugar de trabajo³⁰; y mencionar una serie de supuestos que igualmente se consideraban accidente laboral (apartado quinto), entre ellos el accidente *in itinere*³¹, pero sin alcanzar el elevado grado de protección que se prevé en la Recomendación. El sistema no varió con la promulgación de la Ley de Seguridad Social de 1974, ni con las posteriores, y, a grandes rasgos, es el que persiste hoy en el artículo 156 LGSS.

Por tanto, se puede sostener con rotundidad que nuestra ordenación legal del accidente laboral no cubre las exigencias de la legislación de la OIT (en

³⁰ El apartado sexto formulaba la presunción de laboralidad que hoy contiene el tercero: «Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidentes de trabajo las lesiones que se sufran durante el tiempo y en el lugar del trabajo». El apartado segundo excluía de la consideración de accidente la fuerza mayor, el dolo y la imprudencia temeraria, en términos prácticamente idénticos a los vigentes; el apartado tercero aludía a la imprudencia profesional en equivalentes términos a los vigentes, y el cuarto a la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, también como la regulación vigente.

³¹ Decía la norma: «Tendrán la consideración de accidentes de trabajo: a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo, siempre que concurren las condiciones que reglamentariamente se determinen; b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter Sindical o de gobierno de las Entidades Gestoras; así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos, siempre que concurren las condiciones a que se refiere el apartado a) de este número; c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa; d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo; e) Las enfermedades comunes que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo». Catálogo que se completaba con la referencia en el apartado séptimo a las enfermedades intercurrentes –«Todas las prestaciones serán debidas, aunque las consecuencias del accidente resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo, o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación»–, y a las patologías previas agravadas por un accidente laboral –«Análogo criterio se observará en el supuesto de que, como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente, se agraven enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador»–.

especial de la Recomendación 121), ni en lo que respecta al accidente *in itinere*, ni en lo que atañe a la presunción de laboralidad del tiempo y lugar de trabajo. Es verdad que las Recomendaciones han de servir de guía a los Estados, sin necesidad de ratificación, y que no tienen efecto vinculante directo aún cuando se ratifiquen los Convenios a los que acompañan. Pero no es menos cierto que, de algún modo, rechazar un Convenio puede explicar la paralela inobservancia de su Recomendación, y esto es a buen seguro lo que ha sucedido con la normativa que ahora nos ocupan.

En efecto, respecto del accidente *in itinere*, la decisión de mantenerse al margen de la normativa 121 de la OIT explica que la fórmula legal no haya incluido nunca una concreción de los «términos» en los que se considera laboral el siniestro acaecido en el trayecto, como manda el Convenio, más allá de la mención a la ida y vuelta del trabajo. Pero sobre todo que la legislación española nada diga sobre otros puntos de trayecto igualmente tutelados, a saber: –la residencia secundaria del asalariado; –el lugar donde el asalariado toma habitualmente sus comidas; –el lugar donde el asalariado percibe habitualmente su remuneración, que sí aparecen en la Recomendación 121.

Algo similar puede decirse respecto de la presunción de laboralidad para los sucesos producidos en tiempo y lugar de trabajo. Es cierto que la incorporación ese año 1966 de esta presunción general, que no aparecía en el Decreto de 22 de junio de 1956³², pudo ser influencia de la previsión de la Recomendación, a cuyo tenor se consideran laborales los accidentes sufridos «durante las horas de trabajo en el lugar de trabajo», pero ahí se acaba la recepción de la norma internacional. Pues el artículo 5.1 de la Recomendación es ostensiblemente más amplio en el grado de tutela que recomienda adoptar a los Estados, en tanto que el precepto no sólo incluye la tutela durante las horas de trabajo en el lugar de trabajo, sino también «o cerca de él, o en cualquier lugar donde el trabajador no se hubiera encontrado si no fuera debido a su empleo, sea cual fuere la causa del accidente». Nada similar se recoge en nuestro sistema, que tampoco incorpora la referencia a los «sufridos durante períodos razo-

³² Esta norma, por la que se aprobó el texto refundido regulador de la Ley y del Reglamento de accidentes de trabajo, mantenía únicamente la definición ordinaria de accidente formulada ya en 1900 –Artículo 1.º «A los efectos de la presente Ley, se entiende por accidente toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena»– y simplemente contenía (en cuanto a la concepción del accidente) referencias a la fuerza mayor, y a la imprudencia profesional. Se decía, de forma similar a cómo se recoge hoy (art. 3 de la parte segunda, de aplicación del reglamento) que «La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del patrono o de una tercera persona no impide la calificación del hecho como accidente del trabajo a todos los efectos de la Ley, salvo que se estime la excepción de fuerza mayor extraña al trabajo» (en su artículo 4 de la parte dedicada a la aplicación del Reglamento de seguro de accidentes); y a la protección de las enfermedades intercurrentes (art. 5 de la misma parte).

nables antes y después de las horas de trabajo, y que estén relacionados con el transporte, la limpieza, la preparación, la seguridad, la conservación, el almacenamiento o el empaquetado de herramientas o ropas de trabajo» (ar. 5.b de la Recomendación 121).

6. VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN LEGAL VIGENTE EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. CARACTERÍSTICAS DEL MODELO LEGAL

Tal como se acaba de comprobar, nuestro ordenamiento no ha querido acomodar sus previsiones legales a las de la normativa 121 de la OIT, pero eso no significa nos hayamos mantenido plenamente al margen de sus contenidos. En este sentido, el papel de nuestros tribunales se ha antojado desde entonces imprescindible en la correcta delimitación de los contornos del accidente de trabajo, al asumir muy eficazmente, como se verá a continuación, la integración de las reglas de la Recomendación vía interpretación flexible del artículo 156 LGSS. Ahora bien, el análisis de esta jurisprudencia exige de alguna precisión técnica sobre el verdadero alcance de las formulaciones del señalado precepto.

Ya hemos dicho que, desde la Ley Dato de 1900, se considera en España accidente de trabajo la lesión producida con ocasión o como consecuencia de la actividad laboral (hoy art. 156.1 LGSS). Definición, que en cuanto exige a la parte una prueba de la relación de causalidad entre el daño y la actividad laboral, ha quedado relegada a un segundo plano por el juego de la presunción de laboralidad de lo sucedido en tiempo y lugar de trabajo. En todo caso, téngase en cuenta que, aunque aparentemente el apartado 2 del artículo 156 LGSS contiene varias presunciones, en realidad, salvo la propia del accidente *in itinere*, lo que ha hecho el legislador español es diseñar mecanismos específicos de llevada de la situación al concepto del apartado primero³³. En efecto, sólo

³³ Con frecuencia se viene sosteniendo que los supuestos contenidos en el artículo 156.2 LGSS son constitutivos de accidente, lo que vendría a suponer que respecto de ellos la norma formula una suerte de presunción *iuris et iure*. De hecho, la Sala Cuarta del TS ha llegado a admitir en alguna ocasión que «el número 2 relaciona una serie de supuestos que legalmente integran accidentes de trabajo (*in itinere*; ejercicio de cargos electivos de carácter sindical; tareas profesionales distintas; actos de salvamento; y diversas enfermedades), que se formulan de forma positiva y considerándose *ex lege* como accidente de trabajo, no como meras presunciones que admitan prueba en contrario» (SSTS 04/04/84 y 09/05/06, Rec. 2932/04; 27/02/08, Rec. 2716/06; 24/02/14, Rec. 145/13; 23/06/15, Rec. 944/14). En este sentido, MENÉNDEZ SEBASTIÁN P., «Deconstrucción del concepto de accidente de trabajo. ¿Quién y qué hay que probar en cada caso?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, núm. 427, 2018, pp. 19-62; GIRELA MOLINA B., «Accidente *in itinere* enfermedad preexistente agravada: Senda posible pero problemática para calificar de accidente de trabajo», *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, número extraordinario, 2015, pp. 63 ss.

el accidente *in itinere* queda protegido por una presunción, al menos si se entiende ésta como la formulación de una regla probatoria que exige de la acreditación de la relación de causalidad con el trabajo. El resto de los supuestos enunciados en el apartado segundo del precepto son simples concreciones de la definición legal contenida en el primero de sus apartados, formulados para supuestos que pudieran resultar dudosos por la falta de conexión clara y directa con la actividad laboral. No en vano, todos ellos requieren de una prueba de causalidad, que pesa sobre quien pretende obtener una declaración de laboralidad (al menos en el tenor de la norma).

Así sucede con los accidentes de trabajo acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga (art. 156.2.d LGSS), siempre que la parte pruebe cierta «conexión con el trabajo»³⁴; con las lesiones sufridas por el trabajador «con ocasión o como consecuencia» del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos» [letra b) del art. 156.2 LGSS]; los «ocurridos con “ocasión o por consecuencia de las tareas” que, aun siendo distintas a las de su grupo profesional, ejecute el trabajador» cumpliendo órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa [art. 156.2, letra c) LGSS]³⁵. Lo mismo sucede respecto

³⁴ Si el accidente en acto de salvamento o similar tiene lugar en tiempo y lugar de trabajo le alcanza la presunción del artículo 156.3. Así las cosas, los sucesos a los que se refiere la letra d) del artículo 156.2 han de ser aquellos que acaecen fuera de la presunción expuesta, lo que explica la exigencia de prueba que el precepto contiene. Sobre este concreto supuesto, CRUZ VILLALÓN J., «El accidente de trabajo más allá del ejercicio de la actividad profesional», en VV. AA., *Cien años de Seguridad Social, Fraternidad-Mu-prespa*, UNED, Madrid, 2000, pp. 292 ss.; SELMA PENALVA A., «Los actos de salvamento: la modalidad menos estudiada de los accidentes de trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, núm. 445, 2020, pp. 27-50.

³⁵ Si el suceso se produce en tiempo y lugar de trabajo o en el trayecto correspondiente entrarán en juego las presunciones legales del apartado tres y dos.a) respectivamente, aunque el trabajador no esté ejecutando exactamente las tareas laborales que le son propias, pues parece evidente que las encomiendas hechas por el empresario —o realizadas espontáneamente por el trabajador para el funcionamiento de la empresa—, aún ajenas a la actividad habitual, son trabajo al fin y al cabo, al que resultan de aplicación las mismas presunciones que a la actividad productiva ordinaria. Pero de esta realidad resulta que la regla del apartado segundo sólo tiene lógica fuera de estos supuestos, es decir, respecto de sucesos producidos fuera del tiempo y lugar de trabajo, no amparados por ello por la presunción legal. Por tanto, cuando el accidente se produce «con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su grupo profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa», su calificación como laboral requerirá previamente de la prueba de que la actividad ordenada por el empresario o voluntariamente asumida por el bien de la empresa ha sido la causa de la lesión. Dicho de otro modo, la letra c) no contiene tampoco una presunción de laboralidad en sentido estricto. Nótese que la jurisprudencia ha aplicado la presunción de laboralidad en los casos en los que el infarto o al incidente cardiovascular se produce durante la celebración de actos o reuniones a los que el trabajador asiste por orden de la empresa —cual es «la asistencia de un delegado de ventas, en representación y por encargo de la empresa, al entierro de la madre de otro delegado de ventas de la propia empresa» en la que el trabajador sufre hemorragia cerebral que le causó la muerte (STS 18/12/96, Rec. 2343/96)—, o en lugares a los que el trabajador acude por indicación empresarial —se

de las enfermedades a las que alude el artículo 156.2 LGSS, que se formulan con similares o más estrictas exigencias probatorias –tanto para las enfermedades del trabajo³⁶, como para las intercurrentes–, y las enfermedades agravadas por un accidente³⁷.

Esta exigencia probatoria que funciona para todos los supuestos del artículo 156.2 LGSS tiene mal encaje con la referencia que la primera letra del artículo 5 de la Recomendación hace a «los accidentes sufridos durante las horas de trabajo en el lugar de trabajo o cerca de él, o en cualquier lugar donde el trabajador no se hubiera encontrado si no fuera debido a su empleo, “sea cual fuere la causa del accidente”». Es cierto que en nuestro caso el único modo de salvar la exigencia probatoria de la relación de causalidad es incardinar el supuesto en liza en el apartado tercero o en el segundo a) del artículo 156.1 LGSS, que, por ello, han asumido el protagonismo absoluto en la temática que nos ocupa. Pero tampoco cabe sostener, ni mucho menos, que la regla del artículo 156.3 LGSS suponga aceptar que todo lo que sucede en tiempo y lugar de trabajo es accidente de trabajo con independencia de que medie o no causalidad laboral.

A tenor de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 156 LGSS «se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo». Esta presunción facilita la protección del trabajador frente a cualesquiera

considera ocurrido en el tiempo y lugar de trabajo el infarto de miocardio acaecido a un oficial mecánico en la ruta seguida para la reparación de un automóvil de la empresa por encargo del empresario (STS 11/07/00, Rec. 3303/99)–. Ello, sin duda, recuerda la primera letra del artículo 5 de la Recomendación: «los accidentes sufridos durante las horas de trabajo en el lugar de trabajo o cerca de él, o en cualquier lugar donde el trabajador no se hubiera encontrado si no fuera debido a su empleo, sea cual fuere la causa del accidente». La única singularidad es que la legislación española exige esa prueba de causalidad, lo que no hace la Recomendación que llega a sostener que esta consideración se producirá sea cual sea la causa del accidente.

³⁶ El ejemplo más claro es el que se contiene en la letra e), cuya carga probatoria se antoja tan pesada que termina haciendo prácticamente inútil el precepto, pues resulta mucho más sencillo reconducir la pretensión al apartado primero, esto es: a la causalidad directa o mediata (con ocasión o como consecuencia). En efecto, la norma impone a quien alega la laboralidad de la enfermedad el gravamen de probar que la patología en cuestión trae causa «exclusiva» en el trabajo, lo que deja fuera cualquier dolencia en la que de un modo más o menos directo pudieran coadyuvar condiciones personales del sujeto (tales como sobrepeso, tabaquismo, o hipertensión) o elementos externos a la actividad productiva (SSTS 27/02/08, Rec. 2716/06; 23/06/15, Rec. 944/14).

³⁷ Son enfermedades normalmente de etiología común, preexistentes (f) o posteriores al accidente (g), que reciben la protección reforzada porque sin la actividad productiva no se habría producido el accidente y sin éste, a su vez, no se habría contraído, manifestado o agravado la enfermedad (relación de causalidad). La carga probatoria impuesta a la parte que pretende la calificación como accidente de trabajo alcanza a un doble extremo, a saber: la constatación del accidente, y la acreditación de relación de agravación o de interurrencia con él, con lo que tampoco puede entenderse que haya querido el legislador formular una presunción de laboralidad en sentido estricto para estos casos. Véanse, SSTS 27/02/08, Rec. 2716/06; 23/06/15, Rec. 944/14.

lesiones corporales (heridas, golpes, laceraciones o similares) causadas por un agente externo en el entorno laboral, eximiéndole de la prueba del nexo causal entre la lesión y el trabajo³⁸. Pero no es que en estos casos no sea preciso que el suceso guarde la necesaria relación causal con la actividad productiva, sino que ésta se presume³⁹, por la lógica propia de la cadena de responsabilidades empresariales. Dicho de otro modo, los sucesos ocurridos en el entorno laboral, en tanto que producidos en el contexto que domina o debe dominar el empresario, resultan plenamente amparados por su obligación de preservación de la salud y la integridad física de los empleados⁴⁰. Partiendo de esta realidad, quien pretenda obtener una declaración de laboralidad únicamente habrá de acreditar el hecho básico de la presunción –que la lesión se produjo en el lugar y en el tiempo de trabajo–⁴¹.

De este modo, la probada concurrencia de los dos factores señalados exige de cargas adicionales. De todas formas, conviene insistir en que no se trata de una presunción *iuris et de iure*, y, por tanto, puede suceder que lo acaecido en tiempo y lugar de trabajo no se considere accidente laboral, precisamente porque en nuestro sistema no es intrascendente la causa del accidente. Ahora bien, es justo señalar que la destrucción de la presunción de laboralidad exige una prueba suficiente y nada sencilla que «desvirtúe plenamente» el nexo causal⁴².

Pero ello es así por la acción de la jurisprudencia, no del legislador. En efecto, la jurisprudencia ha querido atribuir tanta fuerza a la presunción legal⁴³, especialmente cuando se trata de accidentes en sentido estricto, que aunque formalmente puede probarse la concurrencia de hechos que evidencien a todas luces la absoluta carencia de relación entre el trabajo que el operario realizaba, con todos los matices físicos y psíquicos que lo rodean, y el siniestro⁴⁴, su admisión es prácticamente nula, quedando reservada esta posibilidad para los casos de homicidios o lesiones sufridas por el trabajador en tiempo y lugar de trabajo, cuando entre éste y el responsable criminal exista una relación personal, siendo dicha relación, ajena al trabajo, la causa real y única

³⁸ Véase la STS 26/04/16, Rec. 2108/14.

³⁹ Normalmente subyace en las presunciones una máxima de experiencia, que el legislador acoge para dotar de seguridad jurídica a determinadas situaciones de difícil prueba (SSTS 27/02/08, Rec. 2716/06; 27/01/14, Rec. 3179/12; 06/07/15, Rec. 2990/13). También, ARETA MARTÍNEZ, M., *La presunción en el sistema de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 232.

⁴⁰ SSTS 09/05/06, Rec. 2932/04; 27/01/14, Rec. 3179/12.

⁴¹ La Sala ha mantenido que el desconocimiento de los términos exactos del accidente no imposibilita la entrada de la presunción del artículo 156.3 LGSS (STS 02/11/17, Rec. 3256/15).

⁴² Véase, por ejemplo, STS 26/04/16, Rec. 2108/14.

⁴³ SSTS 09/05/06, Rec. 2932/04; 15/06/10, Rec. 2101/09.

⁴⁴ SSTS 22/03/1985; 15/02/96 Rec. 2149/95.

desencadenante del suceso⁴⁵. De hecho, se mantiene la aplicación de la presunción si la agresión en tiempo y lugar de trabajo se debe a causa distinta, por ejemplo, a caso fortuito⁴⁶.

7. ACOTAMIENTO DEL TIEMPO Y DEL LUGAR DE TRABAJO EN LOS CASOS DE ACCIDENTE EN SENTIDO ESTRICTO. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL FLEXIBLE QUE PERMITE LA APROXIMACIÓN A LOS TÉRMINOS DE LA RECOMENDACIÓN 121

Tal como ha señalado, además de la laboralidad de los accidentes «sufridos durante las horas de trabajo en el lugar de trabajo», la Recomendación 121 alude también a los accidentes sufridos «cerca» del lugar de trabajo y a «los accidentes sufridos durante períodos razonables antes y después de las horas de trabajo, y que estén relacionados con el transporte, la limpieza, la preparación, la seguridad, la conservación, el almacenamiento o el empaquetado de herramientas o ropas de trabajo». Ninguna de estas previsiones encuentra cobijo legal expreso en la dicción de nuestro artículo 156, tampoco en su apartado tercero, pues la exigencia locativa (lugar) y temporal (jornada) supone mantener al margen de la presunción los sucesos que acontezcan, por ejemplo, en vestuarios o en zonas de descanso en el centro de trabajo fuera de las horas laborales⁴⁷.

No obstante, la jurisprudencia ha venido apostando por una interpretación de ambos parámetros que aunque puede resultar excesivamente dúctil si nos atenemos a la dicción literal del precepto, permite incorporar, por la vía judicial, la Recomendación 121 que nos ocupa, particularmente cuando se trata de accidentes en sentido estricto. En efecto, del examen de la jurisprudencia,

⁴⁵ Así, superado el criterio contrario inicial (STS 27/12/75 Ar. 4824), se ha venido manteniendo en las últimas sentencias (STS 20/02/06, Rec. 4145/04; 14/10/14, Rec. 1786/13).

⁴⁶ STS 20/02/06, Rec. 4145/04; 14/10/14, Rec. 1786/13.

⁴⁷ Se ha venido entendiendo que los vestuarios pueden incluirse en el concepto de lugar de trabajo (SSTS SG 20/12/05, Rec. 1945/04; 14/07/06, Rec. 787/05; 20/11/06, Rec. 3387/05; 22/11/06, Rec. 2706/05; 25/01/07, Rec. 3641/05; 14/03/07, Rec. 4617/05; 22/12/10, Rec. 719/10; 14/03/12, Rec. 494/11; 04/10/12, Rec. 3402/11). Ahora bien, para que la citada presunción pueda tener efecto se exige el elemento temporal, que acontezca durante el tiempo de trabajo. En síntesis, se ha entendido que con carácter general, el tiempo de trabajo no alcanza a quienes se hallan en los vestuarios antes del inicio de la jornada; y para la determinación del concepto de «tiempo de trabajo» se aplican los parámetros del artículo 34.5 ET, que requiere que el operario se encuentre en su puesto de trabajo y que haya comenzado a realizar algún tipo de actividad o esfuerzo (SSTS 06/10/03, Rec. 3911/02; 20/12/05, Rec. 1945/04; 14/07/06, Rec. 787/05; 20/11/06, Rec. 3387/05; 22/11/06, Rec. 2706/05; 25/01/07, Rec. 3641/05; 05/02/07, Rec. 3521/05; 14/03/07, Rec. 4617/05; 22/12/10, Rec. 719/10).

entre líneas, se deduce que siempre que el accidente suceda en el estricto entorno laboral (lugar de trabajo) puede funcionar la presunción aunque no se esté en tiempo efectivo de trabajo (sin desproporcionado alejamiento, claro está), en atención al riesgo empresarial creado, pues es obligación del empresario preservar la seguridad de sus trabajadores no sólo en el concreto espacio físico/temporal de la prestación de servicios, sino también en el entorno laboral en sentido más amplio (vestuarios, zonas internas de descanso, comedores, etc.), en tanto que conforman el lugar de trabajo⁴⁸.

Es más, esta teoría ha contaminado incluso a los sucesos acaecidos fuera del tiempo de trabajo y del lugar estricto de actividad por la vía de la reconducción al concepto del artículo 156.1 LGSS. En este sentido, puede apreciarse un punto de inflexión en la STS 13/12/18, Rec. 398/17 (a la que han seguido otras), que califica como accidente de trabajo un suceso producido en las proximidades del centro de trabajo durante el descanso dentro de la jornada⁴⁹. Desde luego, nuevamente es una forma de integración de la Recomendación, cuando alude a la consideración como accidentes de los sufridos «en cualquier lugar donde el trabajador no se hubiera encontrado si no fuera debido a su empleo». Aunque el Tribunal Supremo no referencie la norma internacional en ningún momento.

Téngase en cuenta, por lo demás, que estos criterios jurisprudenciales se refieren esencialmente a accidentes en sentido estricto, que es en lo que piensa la OIT, precisamente porque su forma de afrontar la consideración de una enfermedad relacionada con el trabajo como profesional es más dúctil que la propia de nuestro sistema⁵⁰. En nuestro caso, por el contrario, se ha optado por

⁴⁸ Ejemplos claros de ello son la admisión de la aplicación de la presunción del apartado tercero al fallecimiento de un trabajador de la construcción por la caída de un muro mientras comía en el lugar de trabajo (STS 09/05/06, Rec. 2932/04), o al fallecimiento de un trabajador al ser aprisionado por una carretilla en el centro de trabajo durante la pausa de medio día una vez finalizado el descanso-comida, estando autorizado para comer en la empresa (STS 27/01/14, Rec. 3179/12).

⁴⁹ Es cierto que en la sentencia se dice que al supuesto no resulta de aplicación la presunción de laboralidad del apartado 3 (tampoco la del *in itinere*), y que tal consideración deriva de que el accidente se produjo por una relación de «ocasionalidad relevante» con el trabajo, pues si bien los elementos generadores del accidente no son específicos o inherentes al trabajo, el trabajo o las actividades normales de la vida del trabajo han sido condición sin la que no se hubiese producido el evento. Lo que teniendo en cuenta que la Sala no exigió a la parte actora la prueba de dicha ocasionalidad, sino que la dedujo directamente de las circunstancias concurrentes, en realidad, es tanto como extender soterrada o indirectamente la presunción del artículo 156.3 a los «entornos» laborales. Esta doctrina se reitera en las SSTs 13/10/20 Rec 2648/18 y 20/04/21, Rec. 4466/18.

⁵⁰ Nótese, en este sentido, por ejemplo, que el artículo 6 de la Recomendación 121 aconseja «considerar como enfermedades profesionales las que se sabe provienen de la exposición a sustancias o condiciones peligrosas inherentes a ciertos procesos, oficios u ocupaciones. El origen profesional de estas enfermedades debería presumirse, salvo prueba en contrario, cuando el trabajador:(a) haya estado expuesto al riesgo por lo menos durante un período determinado; y(b) haya mostrado síntomas de la enfermedad dentro de un período determinado siguiente a la terminación del último empleo en que haya estado expuesto al riesgo».

una formulación más estricta de la enfermedad profesional, que ha de estar listada para merecer tal consideración, pero a cambio se han reconducido a la presunción de accidente de trabajo las enfermedades manifestadas en tiempo y lugar, si bien tal reconducción la ha ya llevado a cabo la jurisprudencia, que ha mantenido con rotundidad que la presunción *iuris tantum* del artículo 156.3 LGSS se extiende también a las enfermedades que se manifiestan en tiempo y lugar de trabajo. Ahora bien, la fuerza de la presunción no puede ser la misma que en los accidentes en sentido estricto, pues mientras en aquellos la conexión con la actividad laboral es, con carácter general, evidente y notoria (de ahí la dificultad de la prueba en contrario), en el caso de las enfermedades esa conexión puede ser más que dudosa. No en vano, las enfermedades más directamente relacionadas con el trabajo quedan protegidas por otras vías.

Partiendo de esta realidad, la jurisprudencia ha aclarado, por ejemplo, que la presunción del artículo 156.3 LGSS sólo puede alcanzar a las enfermedades de manifestación súbita, ya sea por su aparición, ya sea por tratarse de un algia de puntual materialización. Pues, obviamente, no se trata de presumir laborales cualesquiera estados patológicos que manifiestan en el entorno laboral todo o parte de su sintomatología. Precisamente por ello, si en el caso del accidente en sentido propio la prueba en contrario resultaba harto inviable, para las enfermedades puede ser factible acreditar la ausencia de relación con el trabajo que excluya la consideración como laboral⁵¹. Esta prueba, según ha entendido la jurisprudencia, debe demostrar de manera suficiente la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado, bien porque se trate de una enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal⁵².

Es decir, la presunción permitirá considerar accidentes de trabajo aquellas enfermedades que por su propia naturaleza puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo⁵³, o respecto de las cuales la ejecución de la actividad laboral guarde conexión⁵⁴, bastando con que el nexo causal, indispensable

⁵¹ STS 24/05/90, recurso en interés de ley, Ar. 4498.

⁵² SSTs 24/05/90, recurso en interés de ley, Ar. 4498; 27/10/92, Rec. 1901/91; 27/12/95, Rec. 1213/95; 15/02/96, Rec. 2149/95; 18/10/96, Rec. 3751/95; 18/12/96, Rec. 2343/96; 27/02/97, Rec. 2941/96; 20/03/97, Rec. 2726/96; 14/07/97, Rec. 892/96; 11/12/97, Rec. 1215/97; 23/01/98, Rec. 979/97; 04/05/98, Rec. 932/97; 18/03/99, Rec. 5194/97; 23/11/99, Rec. 2930/98; 11/07/00, Rec. 3303/99; 10/04/01, Rec. 2200/00; 07/10/03, Rec. 3595/02; 13/10/03, Rec. 1819/02; 03/11/03, Rec. 4078/02; 27/12/05, Rec. 1213; 27/02/08, Rec. 2716/06; 20/10/09, Rec. 1810/08; 18/12/13, Rec. 726/13; 10/12/14, Rec. 3138/13; 08/03/16, Rec. 644/15.

⁵³ SSTs 16/12/05, 22/12/10, Rec. 719/10; 14/03/12, Rec. 4360/10; 18/12/13, Rec. 726/13; 10/12/14, Rec. 3138/13.

⁵⁴ Tiene dicho el TS que para que la enfermedad pueda calificarse de accidente de trabajo no se exige que la lesión sea consecuencia del trabajo prestado, sino que haya surgido en el lugar de trabajo y con ocasión de prestarse el mismo (SSS 27/09/07, Rec. 853/06; 18/12/13, Rec. 726/13; 10/12/14, Rec. 3138/13).

siempre en algún grado, se dé, sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante. O lo que es lo mismo cuando no aparezca sobradamente acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre la actividad profesional y la dolencia⁵⁵. La clave no está, por tanto, únicamente en la etiología de la enfermedad, pues el hecho de que la lesión tenga etiología común no excluye que el trabajo pueda ser factor desencadenante o coadyuvante⁵⁶. Es más, la presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciese la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de empezar a trabajar⁵⁷.

Por lo dicho, la trascendencia práctica de la presunción alcanza sus cotas más elevadas cuando la patología en cuestión es de ordinario de origen común, pero se manifiesta súbitamente en el entorno laboral, como sucede con frecuencia con las lesiones coronarias con síntomas de manifestación súbita (infartos, crisis cardíacas, arritmias, soplos, insuficiencias cardíacas, cardiopatía isquémicas, anginas de pecho, etc.), y con los accidentes cerebro vasculares. Si estas dolencias generan una lesión concreta⁵⁸, en tiempo y lugar de trabajo, su consideración como no laboral únicamente resultará posible si se demuestra fehacientemente que el trabajo no ha tenido repercusión de ninguna índole en su generación⁵⁹.

Ahora bien, no hay que olvidar, en este sentido, que aunque el trabajo no sea la causa única y directa del accidente, el nexo causal no debe estar ausente en ningún caso⁶⁰. Recuérdese que en nuestro sistema los accidentes laborales son los que guardan relación con el trabajo. Por ello, el TS se ha esmerado en aclarar que a estos procesos se les aplica la presunción del artículo 156.3, porque se trata de enfermedades en las que, si bien, no puede afirmarse un origen estrictamente laboral⁶¹, tampoco cabe descartar que puedan desencadenarse

⁵⁵ SSTS 25/03/86; 22/09/86; 07/10/03, Rec. 3595/02; 09/05/06, Rec. 2932/04; 09/07/09, Rec. 1814/08, en *obiter dicta*, 15/06/10, Rec. 2101/09; 03/12/14, Rec. 3264/13; 06/07/15, Rec. 2990/13; 06/12/15, Rec. 2990/13; 20/03/18, Rec. 2942/16; 25/04/18, Rec. 4123/15.

⁵⁶ SSTS 23/11/99, Rec. 2930/98; 10/04/01, Rec. 2200/00; 25/04/18, Rec. 4123/15.

⁵⁷ SSTS 18/12/13, Rec. 726/13; 10/12/14, Rec. 3138/13; 08/03/16, Rec. 644/15.

⁵⁸ REMIGIA PELLICER, V. D., *Infarto y accidente de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 32-34.

⁵⁹ SSTS 27/12/95 Ar. 9846; 27/02/97 Rec 2941/96; 20/03/97 Rec. 2726/96; 14/07/97 Rec. 892/96; 11/12/97 Rec. 1215/97; 23/01/98 Rec. 979/97; 04/05/98 Rec. 932/97; 18/03/99 Rec. 5194/97; 23/11/99 Rec. 2930/98; 11/07/00, Rec. 3303/99; 10/04/01 Rec. 2200/00; 24/09/01, Rec. 3414/00; 03/11/03 Rec. 4078/02; 16/12/05 Rec. 3344/04; 27/09/07, Rec. 853/06; 12/02/14, Rec. 1212/13. Si, por el contrario, se materializan fuera del entorno laboral, habrá de ser quien pretenda una declaración de laboralidad el que asuma la compleja prueba de demostrar que el trabajo ha sido la causa directa o indirecta del suceso (STS 04/04/18, Rec. 2191/16).

⁶⁰ Por todas, SSTS 20/11/06, Rec. 3387/05; 04/04/18, Rec. 2191/16.

⁶¹ También puede decirse lo mismo de los edemas pulmonares o de las embolias de este carácter, en los que no cabe excluir ese elemento laboral en el desencadenamiento (STS 14/03/12, Rec. 4360/10).

como consecuencia de esfuerzos o tensiones que tienen lugar en la ejecución del trabajo⁶². Sin que destruyan la presunción circunstancias tales como el tabaquismo del sujeto, la obesidad, la hipertensión, etcétera⁶³. En los últimos tiempos a estas patologías clásicas, la Sala ha sumado las lesiones oculares manifestadas en tiempo y lugar de trabajo, tales como el desprendimiento de retina (STS 21/06/18, Rec. 3144/16), cuando no se prueba la ruptura de la relación de causalidad presumida⁶⁴.

⁶² Pues el trabajo con frecuencia es un factor desencadenante o coadyuvante en la producción del infarto de miocardio (STS 27/12/95, Rec. 1213/95; 20/03/18, Rec. 2942/16; 05/04/18 Rec 3504/16) o de los accidentes cerebro vasculares (STS 10/12/14, Rec. 3138/13); ya que «las lesiones cardíacas no son por sí mismas extrañas a las relaciones causales de carácter laboral» (STS 14/07/97, Rec. 892/96; 27/02/08, Rec. 2716/06; 20/10/09, Rec. 1810/08; 20/03/18, Rec. 2942/16; 25/04/18, Rec 4123/15). Ello aunque se trate de enfermedades congénitas (STS 10/12/14, Rec. 3138/13).

⁶³ Ha sostenido el TS que la presunción no se destruye por el simple hecho de tener antecedentes de tabaquismo y haber padecido «episodios anginosos desde hace 15 días» (STS 23/11/99 Ar. 9341); o por sufrir previamente «dolor retroesternal opresivo que se irradiaba a cuello, encías y brazo izquierdo» (STS 29/09/86 Ar. 5202); o que «el trabajador, fumador antiguo con disnea a medianos esfuerzos y cardiopatía coronaria, se había despertado el día del infart. con una molestia opresiva precordial persistente, acompañada de disnea, náuseas y sudoración fría» (STS 27/12/95 Ar. 9846); ni que sufriese «arterioesclerosis coronaria» (STS 15/02/96 Ar. 1022); ni que se tratase de «fumador antiguo con disnea a medianos esfuerzos y cardiopatía coronaria, se había despertado el día del infart. con una molestia opresiva precordial persistente, acompañada de disnea, náuseas y sudoración fría» (STS 23/01/98 Ar. 1008); o que fuese «fumador de 20 cigarrillos al día e hiperlipemia con tratamiento con dieta y fármacos» (STS 18/03/99 Ar. 3006); o que se tuviesen «antecedentes de dolor precordial con angor y fumador de más de veinte cigarrillos diarios» (STS 12/07/99 Ar. 5790); o «el hecho de que exista con anterioridad una enfermedad cardíaca» [SSTS 27/12/95 Ar. 9846; 15/02/96 Ar. 1022; 23/01/98 Ar. 1008; STS 23/11/99 Ar. 9341]. Es más, se sostiene también que «El juego de la presunción haría irrelevantes los factores de riesgo previos [obesidad, tabaquismo y enolismo] que no sirven para romper aquella pues lo decisivo es el infarto mismo y no la eventual propensión a la lesión cardíaca del fallecido» (STS 22/12/10, Rec. 719/10; 04/10/12, Rec. 3402/12). En la misma línea, STS 25/04/18, Rec 4123/15, para un fumador de tres cajetillas diarias.

⁶⁴ En otro orden de cosas y precisamente por esa necesaria conexión con la actividad laboral, puede generar dudas qué debe producirse en el tiempo y lugar de trabajo, si la materialización de la «lesión» (el daño concreto) o la aparición de la sintomatología –dolor, mareos, sudoración, opresión, etcétera–. Obviamente, en tanto que el artículo 156.3 LGSS habla de las «lesiones», las manifestaciones súbitas de la patología acaecidas en tiempo y lugar de trabajo quedarían siempre protegidas, aun cuando los síntomas iniciales se hubiesen producido con anterioridad (STS 08/03/16, Rec. 644/15). Pero la jurisprudencia ha estimado pertinente extender también la presunción a los supuestos en los que sin llegar a materializarse en el entorno laboral la lesión concreta (el infarto, el derrame, etc.), comienzan a manifestarse allí sus síntomas, y ello porque en estas patologías puede transcurrir un intervalo temporal, más o menos dilatado, entre los primeros síntomas y el desenlace final, y parece evidente que la valoración del trabajo como desencadenante es predicable de esas primigenias manifestaciones. Muestra clara de esta tesis jurisprudencial es, sin duda, la STS 20 de marzo de 2018, Rec. 2942/16, que considera aplicable la presunción de laboralidad al fallecimiento de un abogado dándose la circunstancia de que comienza a sentirse mal en el trabajo, pero el infarto que acaba con su vida se produce en el gimnasio (también SSTS 25/04/18, Rec 4123/15 y 5/04/18, Rec. 3504/16). Más recientemente llama la atención la STS07/09/22, Rec. 2047/2019, que considera derivado de accidente de trabajo un infarto de miocardio que sobrevino en tiempo y lugar de trabajo, dándose la circunstancia de que durante las tres semanas anteriores a la manifestación del infarto el trabajador había venido sufriendo episodios de dolor centrotorácico.

8. EXTENSIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PRESUNCIÓN GENERAL DE LABORALIDAD A LAS ENFERMEDADES MANIFESTADAS EN TIEMPO Y LUGAR DE TRABAJO. COMPATIBILIDAD CON LAS REGLAS DE LA RECOMENDACIÓN 121

De otra parte, tradicionalmente parecía desprenderse de la jurisprudencia que las enfermedades (no accidentes) manifestadas en vestuarios, como infartos de miocardio o accidentes vasculares⁶⁵; paradas cardio-respiratorias⁶⁶; o ictus cerebrales⁶⁷, no quedaban protegidas por la presunción del artículo 156.3 LGSS, por falta de concurrencia de un riesgo específico creado por la parte empresarial⁶⁸. De esta regla sólo se apartaban aquellos casos en los que el trabajador no estaba en el vestuario simplemente para cambiarse de ropa⁶⁹, y aquellos otros en los que concurría alguna circunstancia particular que permitiese considerar ese tiempo como de trabajo, por destinarse al pertrecho de los equipos de seguridad⁷⁰, o a la preparación del arma reglamentaria en el caso del personal de seguridad⁷¹.

Esta interpretación puede considerarse acorde, precisamente, con la regla que se formula en la Recomendación 121 según la cual deberían considerarse laborales «los accidentes sufridos durante períodos razonables antes y después de las horas de trabajo, y que estén relacionados con el transporte, la limpieza, la preparación, la seguridad, la conservación, el almacenamiento o el empaquetado de herramientas o ropas de trabajo».

Es cierto que la Recomendación está pensando más en accidentes en sentido estricto que en enfermedades, pero desde la ya explicada singularidad del sistema español la extensión a estos casos de enfermedades, resulta apropiado y acorde con la norma internacional, aunque las respectivas sentencias no aludan a ella⁷². Es más, recientemente la jurisprudencia ha mantenido incluso la

⁶⁵ STS 20/12/05, Rec.1945/2004; 14/07/06, Rec. 787/2005; 20/11/06, Rec. 3387/2005; 22/11/06, Rec. 2706/2005; 14/03/07, Rec. 4617/05; 22/12/10, Rec. 719/10.

⁶⁶ STS 14/03/12, Rec. 494/11.

⁶⁷ Aunque ello no significase que una enfermedad manifestada en el vestuario no pudiera considerarse laboral si se acreditaba la incidencia de la actividad productiva en el desenlace (STS 25/01/07, Rec. 3641/05).

⁶⁸ STS 16/07/20, Rec. 1072/18.

⁶⁹ STS 22/12/10, Rec. 719/10.

⁷⁰ STS 04/10/12, Rec. 3402/11.

⁷¹ SSTS de 18/9/2000, Rec. 1696/99; 04/10/12, Rec. 3402/11.

⁷² Téngase en cuenta que esta misma jurisprudencia nacional había venido entendiendo que fuera de esos particulares casos, las enfermedades manifestadas en los vestuarios se situaban extra muros de la protección reforzada del artículo 156.3 LGSS, no quedándole al interesado más opción legal que la reconducción del caso a la definición legal del apartado primero (con ocasión o como consecuencia) con la consiguiente carga probatoria o a la acreditación de que se trataba de una enfermedad causada en exclusi-

extensión de la presunción a las enfermedades manifestadas fuera del tiempo y lugar estricto de trabajo, por ejemplo, durante la «pausa del bocadillo»⁷³, o en los lugares próximos al centro de trabajo⁷⁴, lo que constituye sin duda un modo de integrar (aunque sin referenciarlo) la previsión de la Recomendación sobre la consideración como accidente de trabajo de los sufridos «cerca» el lugar de trabajo o en un lugar «donde el trabajador no se hubiera encontrado si no fuera debido a su empleo», aunque sin el añadido de que sea cual sea la causa (que se integra por la vía indirecta de la inexistencia de la prueba de causalidad)⁷⁵.

va por el trabajo (STS 20/11/06, Rec. 3387/05). Equivalente criterio jurisprudencial se había venido manteniendo para las enfermedades manifestadas en las conocidas como guardias localizadas en el domicilio del trabajador porque «la situación de disponibilidad, cuando el trabajador debe estar localizable, no presupone la realización de trabajo alguno», lo que imposibilita, en principio, presumir que la actividad productiva ha sido desencadenante de algún modo del suceso morboso (SSTS 07/02/01 Rec 132/2000; 09/12/03 Rec. 2358/02)

⁷³ Destaca en este sentido la STS 16/07/20, Rec. 1072/18, que expresamente extiende a una lesión cardio-vascular manifestada durante ese intervalo de descanso la presunción de laboralidad del apartado tercero, partiendo de que la jurisprudencia ha entendido que «la calificación como laboral de la dolencia depende exclusivamente de si ha ocurrido durante el tiempo de trabajo». La clave está, por tanto, en la valoración que se haga del descanso desde la perspectiva laboral, para lo cual la Sala destaca su relación con la seguridad y salud laboral, pues hay una implícita conexión con el esfuerzo (físico y mental) de quien presta su actividad; así como su breve duración y, sobre todo, la necesidad de reanudar inmediatamente la actividad productiva, de todo lo cual se deduce que se trata de un tiempo vinculado al contenido del contrato de trabajo. Lo que permite extenderle la presunción de laboralidad del accidente.

⁷⁴ El ejemplo más significativo de esta doctrina puede encontrarse en la polémica sentencia de STS 1/12/17, Rec. 3892/15, referida a un infarto de miocardio sufrido por una tripulante de cabina de pasajeros cuando se encontraba en el parking del aeropuerto de la base operativa a la que había sido desplazada temporalmente, para dirigirse al hotel donde se hospedaba. Aunque carece de un extenso proceso de fundamentación y razonamiento, y en algún pasaje puede llevar a confusión, el fallo se construye sobre la reconducción del caso a la ocasionalidad indirecta del artículo 156.1 LGSS. Ahora bien, como no exige a la parte la prueba de esa ocasionalidad, el resultado final es el mismo que si se aplicase directamente el apartado tercero del precepto. No en vano, imponer a la parte que niega la laboralidad la prueba de que no concurre esa ocasionalidad, es tanto como crear una novedosa presunción *ad hoc* o extender la prevista en el apartado tercero, lo que desde luego no está en la dicción de la norma y resulta absolutamente extraño cuando se trata de enfermedades de etiología común.

⁷⁵ De todos modos, y sin ningún género de dudas, este proceso de dilatación del concepto de accidente de trabajo ha alcanzado sus cotas más reprobables en el entorno marítimo. En este contexto laboral se han llegado a calificar como accidente laboral, mediante la aplicación, sin más, del artículo 156.3 LGSS, enfermedades de etiología desconocida o claramente común que no se manifiestan en tiempos estrictos de actividad laboral, por el mero hecho de que el trabajador se encuentre en el buque (STS 1/12/17, Rec. 3892/15). El caso más controvertido puede encontrarse en la STS 4/02/2015, Rec. 197/14, que lleva a tal convicción respecto del fallecimiento de un patrón de pesca por edema pulmonar debido a cirrosis hepática. Y lo hace en aplicación de la presunción del apartado tercero pese a constar que el trabajador vivía en el barco porque éste estaba embargado, sin que se hubiese podido producir prestación efectiva de servicios de ningún tipo porque el buque llevaba tiempo sin navegar. Con ello se excede, con creces, el alcance del concepto de accidente de trabajo al que aludía en su día el Convenio núm. 134 sobre la prevención de accidentes (gente de mar), 1970, que calificaba con accidentes de trabajo los «sobvenidos a la gente de mar a causa o con ocasión de su empleo».

9. LA APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO LEGAL DE ACCIDENTE «IN ITINERE» A LA FORMULACIÓN INTERNACIONAL

Ya dijimos que el artículo 156.2.a) LGSS formula una presunción legal cuando afirma que son laborales los accidentes acaecidos *in itinere*, presunción que responde a la irreprochable lógica de que el desplazamiento viene impuesto por la obligación de acudir al trabajo⁷⁶. Se trata, por tanto, de la constatación legal de la relación de causalidad entre el trabajo y la lesión en términos próximos a los del apartado 3 del precepto. Ahora bien, la presunción de nuestro sistema sólo alcanza a una concepción estricta del accidente *in itinere*, esto es: el que se produce entre el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador⁷⁷, y siempre que no se rompa la relación de causalidad. En este punto la jurisprudencia ha sido en general generosa⁷⁸, admitiendo que la causalidad no se rompe si «la conducta normal del trabajador responde a patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes»⁷⁹; que tampoco ha de excluirse la cualidad de accidente de trabajo por «la posibilidad de alguna gestión intermedia razonable»⁸⁰; y que ha de admitirse la razonabilidad de ampliaciones en la protección, atendiendo a «criterios de normalidad dentro de los que se produce una conexión también normal entre el desplazamiento y el trabajo»⁸¹.

De hecho, se ha calificado de accidente *in itinere*, por ejemplo, el producido al bajar las escaleras comunes del portal del inmueble en el que está situa-

⁷⁶ De modo que todo siniestro que no obedezca a esta causa podrá ser calificado de accidente de tráfico o otra naturaleza, pero no de accidente de trabajo (SSSTS 17/12/97, Rec. 923/97; 19/01/05, Rec. 6543/03; y 20/09/05, Rec. 4031/04). Por todas, STS 17/04/18, Rec. 1777/16.

⁷⁷ SSTS 29/09/97, Rec. 2685/96; 19/01/05, Rec. 6543/2003; 20/09/05, Rec. 4031/04; 29/03/07, Rec. 210/06; 10/12/09, Rec. 3816/08; 14/02/11, Rec. 1420/10; 15/04/13, Rec. 1847/12; SG 26/12/13, Rec. 2315/12.

⁷⁸ SSTS 19/01/05, Rec. 6543/2003; 20/09/05, Rec. 6543/03; 29/03/07, Rec. 210/06; 10/12/09, Rec. 3816/08; 14/02/11, Rec. 1420/10; 15/04/13, Rec. 1847/12; 14/02/17, Rec. 838/15; 17/04/18, Rec. 1777/16. Dicho de otro modo, la parte interesada en obtener la calificación de laboral ha de probar que concurren *prima facie* los rasgos configuradores del accidente *in itinere*, y si tal circunstancia se produce, en tanto que la presunción legal en cuestión no admite prueba en contrario –el precepto califica estos accidentes de laborales, sin alusión alguna a la posibilidad de desvirtuar tal consideración– la consecuencia necesaria será la consideración del accidente como profesional. Por tanto, sólo si se acredita que no concurren las notas del accidente *in itinere* o que no puede considerarse accidente por el juego del artículo 156.4 (fuerza mayor, dolo o imprudencia temeraria), o del artículo 156.5 *in fine* (responsabilidad criminal o civil de un tercero, ajena al trabajo), el suceso podrá valorarse como derivado de contingencia común. Recuérdese la STS 20/02/06, Rec. 4145/04, a propósito de una agresión *in itinere* motivada por la relación personal entre agresor y agredido.

⁷⁹ STS 21/05/84 Ar. 3054; y 17/12/97, Rec. 923/97.

⁸⁰ STS 14/02/17, Rec. 838/15.

⁸¹ STS 26/12/13, Rec. 2315/12.

da la vivienda⁸²; el sufrido por el trabajador que una vez que había terminado de comer en su domicilio cogió la motocicleta para dirigirse al trabajo y antes de salir de la finca de su casa para incorporarse a la carretera general resbaló cuando llevaba la motocicleta de la mano y se cayó dentro de su propiedad⁸³; el accidente de tráfico que se produce en domingo por la noche al regresar del domicilio familiar donde descansaba el trabajador los fines de semana, hasta su lugar de residencia en donde vivía durante los días laborales de la semana, situado a 350 km, y donde moraba por razones de proximidad a su centro de trabajo, para incorporarse a la empresa al día siguiente⁸⁴; el supuesto de trabajadora que al regresar del centro de trabajo a su domicilio fue asaltada en la calle, sin que existiese relación previa entre la víctima y el autor del robo⁸⁵; el padecido por un trabajador que se desvía de su trayecto para recoger, como era habitual, a unos compañeros de trabajo, pese a existir un intervalo de varios minutos en el que no se sabe a ciencia cierta qué hizo⁸⁶, o, más recientemente, el accidente de tráfico que sufre una trabajadora al regresar a su domicilio pese a no iniciar el regreso directamente al detenerse en un centro comercial a comprar unos yogures⁸⁷.

Todas estas extensiones jurisprudenciales recuerdan, sin duda y aunque en las sentencias no se explicita, a la fórmula de la Recomendación 121, que como ya dijimos, aconseja incluir entre los accidentes laborales los «sufridos en el trayecto directo entre el lugar de trabajo y:(i) la residencia principal o secundaria del asalariado; o (ii) el lugar donde el asalariado toma habitualmente sus comidas ...». Nótese en este sentido que, por ejemplo, la sentencia sobre la segunda residencia⁸⁸, y la del desvío para recoger a unos compañeros⁸⁹, aluden expresamente al Convenio 121 de la OIT, no a la Recomendación.

No existe, sin embargo, ninguna sentencia hasta la fecha que haya integrado la tercera de las circunstancias locativas a las que se refiere la Recomendación, esto es: el accidente producido en el trayecto directo entre el lugar de trabajo y «el lugar donde el asalariado “percibe” habitualmente su

⁸² STS 26/02/08, Rec. 1328/07.

⁸³ STS 14/02/11, Rec. 1420/10.

⁸⁴ STS SG 26/12/13, Rec. 2315/12. Sobre esta problemática, GARCÍA ORTEGA, J., «Accidente *in itinere*: lesiones sufridas en los desplazamientos de fin de semana por razones familiares», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 46, 2017.

⁸⁵ STS 14/10/14, Rec. 1786/13.

⁸⁶ STS 14/02/17, Rec. 838/15.

⁸⁷ STS 17/04/18, Rec. 1777/16.

⁸⁸ SSTs SG 26/12/13, Rec. 2315/12; 14/02/17, Rec. 838/15.

⁸⁹ STS 14/02/17, Rec. 838/15.

remuneración», quizá porque en nuestro territorio son excepcionales los casos en los que el trabajador recibe su remuneración en un lugar específico, distinto al centro de trabajo, que es en lo que parece estar pensando la Recomendación.

Por lo demás, quizá convenga aclarar que no parece tampoco contravenir el sentido de la Recomendación, que como ya dijimos parece más pensada para el accidente en sentido estricto, la jurisprudencia que mantiene la inaplicabilidad de la presunción del artículo 156.2.a) LGSS⁹⁰, a las enfermedades⁹¹. De este modo, la única forma de considerar las enfermedades o dolencias como el infarto de miocardio acaecidas *in itinere* como laborales, es que se acredite la concurrencia del preceptivo nexo causal, pero esto nos sitúa en el apartado primero del artículo 156 LGSS, con la consiguiente carga probatoria para quien pretende obtener la calificación de contingencia profesional⁹².

Es cierto que se han calificado como laborales las dolencias comunes cuando el trabajador comienza a sentirse mal en el lugar y tiempo de trabajo, y es cuando vuelve a su domicilio cuando finalmente la dolencia se manifiesta de formar súbita⁹³, pero en estos casos no lo será por la aplicación la regla del artículo 156.2.a), sino del artículo 156.3 LGSS, por la diferenciación entre los síntomas y la lesión, particularmente cuando puede identificarse en el entorno laboral el elemento potenciador o desencadenante concreto —una discusión, un esfuerzo físico puntual, etcétera.—⁹⁴.

⁹⁰ Así se ha dicho que estos dos procedimientos técnicos de extensión de la protección de los accidentes de trabajo (la presunción *iuris tantum* y la inclusión expresa de un supuesto de frontera) son claramente diferenciados y no deben mezclarse (SSTS 24/06/10, Rec. 3542/09; 18/06/13, Rec. 1885/12; 16/09/13, Rec. 2965/12, en *obiter dicta*). Sobre el alcance de esta exclusión, DE SOTO RIOJA, S., «Las enfermedades del trabajo y su manifestación *in itinere*», RDS, n.º6, 2000, pp. 158 ss..

⁹¹ SSTS 04/07/95, Rec. 1499/94; 21/09/96, Rec. 2983/93; 20/03/97, Rec. 2726/96; 16/11/98, Rec. 502/98; 14/12/98, Rec. 1139/98; 21/12/98, Rec. 722/98; 30/05/00, Rec. 468/99; 11/12/00, Rec. 4181/99; 30/06/04, Rec. 4211/03; 16/07/04, Rec. 3484/03; 06/03/07, Rec. 3415/05; 08/10/09, Rec. 1871/08; 24/06/10, Rec. 3542/09 (para insuficiencia cardíaca con insuficiencia respiratoria por edema de pulmón); 14/03/12, Rec. 4360/10. La referida consideración como contingencia común no se enerva porque el trabajador hubiera sufrido un primer infarto calificado como accidente de trabajo (STS 3/12/94, Rec. 54/04).

⁹² Como tiene dicho la jurisprudencia, no cabe presumir laboral la patología manifestada en el trayecto porque la razón de ser de su presunción *ex artículo* 156.3 es precisamente la idea de que ha podido incidir en su materialización la efectiva ejecución del trabajo, inexistente en el desplazamiento (SSTS 11/12/00, Rec. 4181/99; 04/07/95, Rec. 1499/94; 21/09/96, Rec. 2983/93; 20/03/97, Rec. 2726/96; 16/11/98, Rec. 502/98; 21/12/98, Rec. 722/98; 30/05/00, Rec. 468/99; 02/06/99, Rec. 4702/98; 14/12/98, Rec. 1139/98; 24/06/10, Rec. 3542/09; 18/01/11, Rec. 3558/09).

⁹³ Así se ha considerado accidente de trabajo la muerte producida por insuficiencia respiratoria aguda por embolia pulmonar —edema pulmonar— cuando el trabajador se dirigía a su casa desde el trabajo en el que ya se había encontrado indispuesto, consultando a los servicios médicos que le indicaron que se marchara a casa (STS 14/03/12, Rec. 4360/10).

⁹⁴ Recuérdese, por todas, la STS 20/03/18, Rec. 2942/16.

10. APLICACIÓN JUDICIAL DE LAS PRESUNCIONES EN EL ACCIDENTE EN MISIÓN. OTRA SENDA PARA LLEGAR A LA RECOMENDACIÓN 121

La última referencia que procede realizar aquí es la posible integración de la previsión de la Recomendación 121 para el accidente en misión. En un primer momento la jurisprudencia mantuvo que la presunción de laboralidad desplegaba su manto protector a todo el tiempo en que el trabajador desplazado para ejecutar la prestación de servicios consistente en la misión aparecía sometido a las decisiones de la empresa⁹⁵. Posteriormente, se abandonó esta doctrina para fijar con mejor criterio los contornos de la misión y de las lesiones sufridas en su desarrollo⁹⁶. Así, hoy, se puede entender que la misión tiene, desde la perspectiva de la protección que aquí interesa, tres tiempos diferenciados, a saber: el de desplazamiento –ya sea al lugar concreto de la misión desde el punto de origen, ya sea el traslado en el lugar de destino al/desde el centro de trabajo al lugar de descanso–; el de efectiva ejecución de las tareas en que consiste la misión encomendada; y el resto que «ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral»⁹⁷.

Partiendo de esta distribución de tiempos, la protección frente a los accidentes y las enfermedades sufridas o manifestadas durante el lapso temporal que dura la encomienda fuera del domicilio habitual se acomoda a las reglas vistas sin ninguna dificultad. De este modo, en los tiempos de desplazamiento el trabajador quedará protegido frente a los accidentes en sentido estricto por asimilación de la regla del accidente *in itinere* (art. 156.2.a LGSS)⁹⁸. Cuando se produzca el accidente o se manifieste la enfermedad en el tiempo y el lugar de ejecución de la actividad laboral, la lesión quedará amparada por la presunción del artículo 156.3⁹⁹, aunque la misión en cuestión no sea la actividad estrictamente ordinaria del trabajador¹⁰⁰.

⁹⁵ Entre otras, SSTS 18/12/96, Rec. 2343/96; 4/05/98, Rec. 932/1997, 11/07/00 Rec 3303/99, 24/09/01, Rec. 3414/00.

⁹⁶ SOBRINO GONZÁLEZ, F., «El infarto de miocardio como accidente laboral *in itinere* y como accidente laboral en misión», *RL*, Tomo I, 2004, pp. 583 ss..

⁹⁷ SSTS 08/10/09, Rec. 1871/08; 16/09/13, Rec. 2965/12; 24/02/14, Rec. 145/13; 23/06/15, Rec. 944/14. POQUET CATALÁ, R., «Últimos perfiles del accidente de trabajo en misión», *Lex social: revista de los derechos sociales*, núm. 1, 2017, pp. 241 ss..

⁹⁸ SSTS SG 06/03/07, Rec. 3415/05; 08/10/09, Rec. 1871/08; 16/09/13, Rec. 2965/12; 24/02/14, Rec. 145/13; 20/04/15, Rec. 1487/14; 7/02/17, Rec. 536/15.

⁹⁹ A propósito de un infarto de miocardio, tiene dicho la Sala que «El lugar y el tiempo de trabajo de ayuda en carretera no se circunscriben al espacio y al acto estricto de arreglo de la avería, sino que se extienden también al desplazamiento y a la ruta seguida para poder efectuar la reparación» [STS 11/07/00, Rec. 3414/00; 16/09/13, Rec. 2965/12; lo recuerda la de 24/02/14, Rec. 145/13].

¹⁰⁰ Véanse las ya señaladas, SSTS 18/12/96, Rec. 2343/96 y 11/07/00, Rec. 3303/99.

El resto –enfermedades manifestadas en los desplazamientos y accidentes o enfermedades sufridas o manifestadas en tiempos de descanso o de actividades de carácter personal o privado–, quedan fuera de cualquier presunción de laboralidad¹⁰¹, precisamente porque no todo lo que acontece durante la misión ha de guardar conexión o relación con el trabajo encomendado. Por tanto, quien pretenda probar el carácter laboral del suceso habrá de acreditar «una conexión necesaria con el trabajo»¹⁰², es decir, la relación causal con la prestación laboral: bien porque se trate de enfermedad exclusivamente causada por el trabajo, bien porque se haya contraído con ocasión o como consecuencia de la misión encomendada¹⁰³. La falta de prueba a tal fin aboca al fracaso la pretensión de laboralidad¹⁰⁴, aunque es justo admitir que en algunos casos la jurisprudencia se ha mostrado particularmente generosa a la hora de entender acreditada esa relación de causalidad (ocasionalidad relevante), formulando una suerte de prueba indiciaria, que en buena medida supone, por mucho que formalmente pretenda llevarse por el apartado primero del artículo 156 LGSS, crear cierta presunción de laboralidad para cuanto acontece en la misión sin mostrar signos claros, evidentes y manifiestos de desconexión con la actividad laboral¹⁰⁵.

Con esta jurisprudencia podría entenderse integrada la previsión que la Recomendación 121 hace a la consideración de los accidentes sufridos «duran-

¹⁰¹ SSTS 08/10/09, Rec. 1871/08; 16/09/13, Rec. 2965/12; 24/02/14, Rec. 145/13; 23/06/15, Rec. 944/14.

¹⁰² SSTS 08/10/09, Rec. 1871/08; 16/09/13, Rec. 2965/12; 24/02/14, Rec. 145/13; 23/06/15, Rec. 944/14.

¹⁰³ SSTS SG 06/03/07, Rec. 3415/05; 08/10/09, Rec. 1871/08; 16/09/13, Rec. 2965/12; 24/02/14, Rec. 145/13; 20/04/15, Rec. 1487/14; 7/02/17, Rec. 536/15.

¹⁰⁴ Así, la Sala ha excluido la laboralidad de sucesos tales –por ejemplo– como la hemorragia encefálica en transportista, durante el descanso en un hotel al regreso de su actividad (STS 6/03/07, Rec. 3415/05); el infarto sufrido por un viajante cuando descansaba en un hotel, durante un viaje de negocios (STS 8/10/09, Rec. 1871/08, también descansando en su hotel: STS 07/02/17, Rec. 536/15); el infarto cerebral que acaece a trabajador –sector de la construcción– que «se dirigía en coche de ocupante desde su domicilio en Galicia a Madrid, a prestar servicios en una obra sita en dicho lugar» (STS 16/09/12, Rec. 2965/12); el ictusisquémico cerebral que sufre un trabajador en la habitación del hotel donde se encontraba descansando, en Tel Aviv, realizando un trabajo encomendado por la empresa (STS 11/02/14, Rec. 42/13); o el episodio cardiovascular parecido por el interventor de Renfe que descansa en su hotel para proseguir ruta al día siguiente (STS 20/04/15, Rec. 1487/2014).

¹⁰⁵ Esta línea jurisprudencial tuvo en la STS 23/07/2015, Rec. 944/14, un manifiesto arranque, aunque en aquella ocasión se trataba de una legionella contraía por un trabajador en Bangkok, a donde había sido enviado por la empresa, dándose la singularidad de que no resultaba posible saber a ciencia cierta el momento y lugar concretos en que se produjo el contagio, y de que además las características climatológicas del destino y las particularidades de contagio de esta bacteria permitían presumir que la probabilidad de haberla contraído en España hubiese sido muy remota. Aunque, con supuesto sustento en esta sentencia otras resoluciones posteriores han ido claramente más lejos (STS 1/12/17, Rec. 3892/15, que considera accidente de trabajo el infarto que sufre una tripulante de cabina de pasajeros cuando se encontraba en el parking del aeropuerto de la base operativa a la que había sido desplazada temporalmente, para dirigirse al Hotel donde se hospedaba).

te las horas de trabajo en el lugar de trabajo o cerca de él, o “en cualquier lugar donde el trabajador no se hubiera encontrado si no fuera debido a su empleo, sea cual fuere la causa del accidente”». Es cierto que la Recomendación parece aludir a cualquier accidente que pudiera sufrir el trabajador en misión, sea cual sea su causa, si acontece en tiempo de trabajo, y que aparentemente esto podría exceder los contornos de nuestra jurisprudencia respecto de la relación de causalidad¹⁰⁶, pero en realidad como al tiempo de trabajo nuestra doctrina jurisprudencial extiende la presunción general (art. 156.3 LGSS), cuya destrucción en caso de accidente en sentido estricto es harto difícil, el resultado final puede resultar bastante compatible con la Recomendación¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Recientemente puede aludirse a la STS 18/04/23, Rec. 3119/20, que declara no laboral el accidente de autos. Se trataba de una trabajadora que se hallaba, enviada por su empresa, a una ciudad distinta de la que habitualmente constituía el lugar de prestación de servicios, habiendo sufrido una caída mientras tomaba una ducha en el hotel contratado por la empresa a efectos logísticos. La sentencia evalúa la concurrencia o no de «ocasionalidad relevante» en las circunstancias concurrentes a fin de decidir si merece o no la calificación de accidente. Para ello, destaca que no hay indicación alguna sobre anomalía en las instalaciones hoteleras (suelo deslizante, ausencia de iluminación adecuada, etc.), ni aparecen datos fácticos relacionados con la misión de la trabajadora que pudieran indicar que estaba afectada por alguna circunstancia (cambio sobrevenido de horarios, escaso tiempo disponible para el descanso, etc.) que pudiera explicar su apresuramiento en las operaciones de aseo, o cualquier otro aspecto psicofísico (relacionado con la misión) que influyera en la caída. Así las cosas, sostiene la sentencia que para que lo que normalmente no sería un accidente laboral se convierta en uno de tal índole es necesario que concurra un dato o indicio que permita entenderlo. La aportación de ese dato corresponde a quien sostiene su laboralidad, sin que los hechos probados o el debate casacional hayan puesto de relieve circunstancia alguna en tal sentido. Por lo que al no operar la presunción de laboralidad (art. 156.3), ni tratarse de un accidente in itinere (art. 156.2.a) la laboralidad requiere que conste una conexión entre trabajo realizado y dolencia, o que conste que éste tiene en aquél su origen. Condición que no concurre en este caso, pues se trata de una lesión sufrida durante un proceso de aseo personal e íntimo, fuera del tiempo de trabajo, sin mayores conexiones de laboralidad.

¹⁰⁷ Por último, la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta requiere de alguna matización añadida en la actividad de transporte por carretera, en la que la encomienda consiste precisamente en un desplazamiento. Pues bien, atendiendo a esta realidad, la sentencia de Pleno de 6 de marzo de 2007, Rec. 3415/05, había conseguido conformar –corrigiendo doctrina previa– una coherente doctrina respecto de las enfermedades manifestadas de forma súbita (esencialmente, dolencias cardíacas o cerebro vasculares) durante la misión de transporte, construida sobre la distribución de tiempos vista: –aplicación de la presunción del apartado tercero a las manifestaciones patológicas acaecidas en la ejecución estricta de la actividad laboral de transporte o en los periodos en los que el trabajador está a disposición del empresario; e –inexistencia de regla protectora específica para las enfermedades manifestadas en el resto de tiempos (de descanso o de desarrollo de actividades de carácter personal causalmente desconectadas del trabajo en misión), sin perjuicio de la posibilidad genérica de probar ex apartado primero la relación de causalidad (SSTS 06/03/07, Rec. 3415/05; 08/10/09, Rec. 1871/08; 07/02/17, Rec. 536/15). De esta jurisprudencia se desprende que sin acreditación probatoria de la relación de causalidad (art. 156.1 LGSS), la lesión producida durante el tiempo de descanso, aunque dicho descanso por exigencias del tipo de trabajo ocurra siempre fuera del ámbito privado normal del trabajador, se considerará enfermedad común (SSTS 06/03/07, Rec. 3415/05; 08/10/09, Rec. 1871/08; 07/02/17, Rec. 536/15). Aunque no debe perderse de vista que esta inicial referencia al tiempo de descanso se acompasó después con precisiones respecto de los tiempos de presencia. Puede verse en este sentido, por ejemplo, la STS 22/07/10, Rec. 4049/09, que declaró accidente de trabajo el fallecimiento de un trabajador por muerte súbita por isquemia cardíaca, durante el descanso nocturno, mientras dormía en el camión que conducía, sobre la base de que el trabajador pernoctaba en el vehículo con la intención además de descansar, de vigilancia tanto del

11. BREVE REFLEXIÓN FINAL. A LA RATIFICACIÓN «DE FACTO» POR LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

De cuanto se ha dicho resulta que la influencia de la normativa de la OIT en la conceptualización del accidente de trabajo ha sido relevante, pero se ha venido produciendo de forma indirecta, es decir, no tanto por la ratificación de sus Convenios, cuanto por la integración jurisprudencial de sus contenidos o líneas de tendencia. En tal sentido, es preciso recordar que en un principio se ratificaron los Convenios sobre reparación del daño (12, 17 y 19), que no incluían (con la matización del 12), un concepto de accidente de trabajo, pero no sucedió lo mismo con el bloque normativo 121 (Convenio y Recomendación), que sí aludía ya a situaciones necesariamente integradas en la protección frente al accidente laboral, que, por ello, incidían en la concepción misma del siniestro profesional. De hecho, nuestra normativa de entonces y de hoy ofrece un concepto de accidente de trabajo o una identificación de las situaciones protegidas que queda ostensiblemente por debajo que la ofertada por el bloque normativo internacional.

Sin embargo, este apartamiento legal de la normativa internacional no ha evitado que la jurisprudencia, aún no estando vinculada por ese cuerpo normativo (por la falta de ratificación), haya ido engordando el concepto de accidente de trabajo de tal modo para permite acercar nuestro sistema de protección social al diseñado por la Recomendación 121, de la que voluntariamente había prescindido el legislador. Dicho de otro modo, la jurisprudencia, consciente o inconscientemente, ha asumido *de facto* los amplios contenidos de la normativa de la OIT, que *de iure* había rechazado el legislador.

Un efecto harto curioso, que permite una evaluación positiva de nuestra doctrina judicial, que de otro modo pudiera resultar reprobable, pues el progresivo desbordamiento judicial del concepto de accidente de trabajo ha hecho que resulte hoy difícilmente enmarcable en el corsé legal del artículo 156 LGSS¹⁰⁸. En síntesis, esta jurisprudencia nacional sin costuras ha permitido confeccionar un concepto de accidente de trabajo ciertamente próximo al de la OIT.

vehículo como de la mercancía, por lo que en realidad se trataba de un lapso temporal de presencia, pues aunque no se prestase trabajo efectivo de conducción, se estaba realizando servicio de guardia y vigilancia dentro del camión.

¹⁰⁸ En este sentido, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «Desbordamiento del concepto de accidente de trabajo mediante la aplicación jurisprudencial de las presunciones legales», en VV. AA., *Liber Amicorum en homenaje a Aurelio Desdentado Bonete*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 341-373.

EL IMPACTO DE LA OIT EN LA FORMACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO

Profesor Titular de Universidad

Universidad de Oviedo

Experto nacional en la *European Labour Law Network*

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *Los convenios y las recomendaciones de la OIT en el ámbito de la seguridad social.*–3. *España ante la OIT: convenios sobre seguridad social ratificados y observaciones de la CEACR.*–4. *La escasa incidencia de la OIT en la gestación de la normativa de seguridad social.*–5. *La OIT en la jurisprudencia sobre seguridad social.* 6. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Como es natural, la seguridad social ha ocupado históricamente una posición relevante entre las preocupaciones de la OIT, si bien, y cabe advertirlo desde un primer momento, nunca ha sido su objetivo principal. Por supuesto, la OIT parte de la premisa de que la seguridad social es un derecho humano que merece la pertinente tutela¹, pero tradicionalmente ha concebido ese derecho, y el entramado institucional que ha de garantizarlo, con un carácter instrumental. Ello no supone exactamente que el derecho a la seguridad social quede supeditado al mercado de trabajo o a la legislación laboral, pero sí que se convierte en un mecanismo o herramienta que, junto con otros, debe dispensar una protección integral al trabajador. En cierto modo, la seguridad social se concibe, por un lado, como una condición más de empleo o de trabajo, con el

¹ <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/social-security/lang--es/index.htm>.

fin de proporcionar a los trabajadores la adecuada cobertura ante circunstancias que temporal o definitivamente impiden la prestación de servicios, y, por otro, y más modernamente, como un instrumento de la política social para proteger a las personas más vulnerables.

El acercamiento a la labor de la OIT en materia de seguridad social tras sus más de cien años de historia podría efectuarse desde diversas perspectivas. La más habitual consiste en el análisis de su actividad, en sí misma considerada, centrándose en su evolución, líneas de tendencia y proyecciones futuras. Evidentemente, cabría realizar esa valoración a partir de todo el bagaje acumulado por la OIT, o bien centrarse en ramas o riesgos concretos, proporcionando un mayor detalle o especialización.

En un segundo nivel, y quizá esta es la opción más habitual entre la doctrina académica, se encontraría la comparación entre un sistema nacional y el estándar de la OIT, con el fin de comprobar desajustes o puntos de fricción. Esta es una labor que exige mayor cuidado, porque requiere contrastar textos internacionales, en ocasiones plagados de reglas genéricas, y hasta difusas, con sistemas de seguridad social nacionales, que responden a unas pautas y a unas dinámicas propias y que se encuentran muy condicionados por las características y situación del país correspondiente. Sin embargo, la constatación de que el ordenamiento interno cumple, o mejora, los mínimos establecidos por la OIT constituye siempre una buena carta de presentación, y quizá incluso pudiera proporcionar réditos políticos, mientras que el incumplimiento de estos estándares se convierte en una mácula para el prestigio del concreto país.

En fin, y en un tercer nivel, el análisis puede adoptar una dimensión prioritariamente interna, con el propósito no de comprobar el grado de cumplimiento de esos mínimos marcados por la OIT, sino de valorar en qué medida esa organización se erige como un impulso decisivo para acometer reformas. Dicho de otro modo, cuál es el impacto real de la OIT en la construcción del sistema de seguridad social y en su evolución y hasta qué punto, por consiguiente, el legislador, o en su caso los tribunales, han acudido a la labor de la OIT como faro para diseñar el recorrido por el que debe transitar la protección de riesgos sociales. Esa es una perspectiva mucho menos explorada hasta el momento por la doctrina, y en la que por tanto conviene detenerse.

2. LOS CONVENIOS Y LAS RECOMENDACIONES DE LA OIT EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como es bien conocido, a lo largo de sus más de cien años de historia la OIT ha aprobado 191 convenios, 6 protocolos y 208 recomendaciones, amén

de una serie de informes sobre el estado de las distintas parcelas que constituyen el objeto de su atención². Entre los convenios, se distinguen los de carácter «fundamental», los «de gobernanza» o «prioritarios» y los técnicos. Ese notable acervo, lógicamente, cubre la totalidad de la rama social del Derecho, y no descuida la seguridad social, aunque, como se anticipó, esta es una materia que quizá ocupa un lugar secundario y no ha constituido una auténtica prioridad para la OIT, más centrada en otras problemáticas³.

A modo de evidencia, se consideran «fundamentales»⁴ los convenios núm. 29 sobre el trabajo forzoso, de 1930, al que acompaña el Protocolo de 2014; núm. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948; núm. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949; núm. 100 sobre igualdad de remuneración, de 1951; núm. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, de 1957; núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958; núm. 138 sobre la edad mínima, de 1973; núm. 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981; núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999; y núm. 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, de 2006.

Ninguno de ellos se refiere a la seguridad social, omisión que también se produce en los convenios de gobernanza, aunque obviamente con mayor justificación. En efecto, los convenios núm. 81 sobre la inspección del trabajo, de 1947; núm. 122 sobre la política del empleo, de 1964; núm. 129 sobre la inspección del trabajo (agricultura), de 1969; y núm. 144 sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), de 1976, cuentan con una finalidad estructural, y no tan sustantiva, y por ello no afectan a la configuración de los mecanismos de protección social.

Ahora bien, y como se anticipó, la OIT nunca descuidó esa faceta de la protección social, hasta el punto de que las normas internacionales –no sólo las de la OIT– se han convertido en «garantía» del derecho a la seguridad social⁵, si bien en un primer momento esa organización asumió un papel de impulso para la construcción de los pilares sobre los que habría de erigirse la previsión

² En relación con la seguridad social, *vid.* LÓPEZ SANGUOS, D., BUDIA ALDANA, P. J., y SANTOS CUENCA, L., «La seguridad social en el informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico», *RMESS*, núm. 119, 2015, pp. 67 ss.

³ *Vid.* GARCÍA MURCIA, J., «La legislación laboral internacional: mandato y función de la organización internacional del trabajo», *Documentación Laboral*, núm. 116, 2019, pp. 9 ss.

⁴ *Vid.* OIT, *Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo*, OIT, Ginebra, 2022, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_095897.pdf.

⁵ *Cfr.* MONEREO PÉREZ, J. L., «La garantía internacional y europea de los derechos a la seguridad social y asistencia social», en AA. VV., *Estudios sobre seguridad social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 187 ss.

social, como demuestra el listado de convenios técnicos, y, de forma sintomática, que ya en 1919 los convenios núm. 2 y 3 se dedicaran al «desempleo» y a la «protección de la maternidad». Desde entonces han sido aprobados otros muchos convenios que afectan a la protección social, aunque quedarán fuera de análisis, por ser objeto de otros capítulos de esta obra, los relativos a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (*v.gr.*, convenios núm. 18, núm. 19, núm. 42 y núm. 121), trabajadores del mar (*v.gr.*, convenios núm. 8, núm. 55, núm. 56, núm. 70, núm. 71, núm. 164, núm. 165 y núm. 188, amén del Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006), trabajadores agrícolas (*v.gr.*, convenios núm. 25, núm. 36, núm. 38 y núm. 40) y protección de la maternidad (Convenio núm. 3, núm. 103 y núm. 183).

Por supuesto, conviene distinguir entre los convenios dedicados, total o parcialmente, a la seguridad social, de aquellos otros que se dirigen a establecer el marco para un colectivo, sector o ámbito concreto y que, en ese contexto, reconocen el derecho a disfrutar de prestaciones de seguridad social adecuadas, o cuando menos equivalentes a las de un trabajador ordinario, como sucede, por ejemplo, en los convenios núm. 82 sobre política social (territorios no metropolitanos), de 1947; núm. 149 sobre el personal de enfermería, de 1977; núm. 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, de 1981; núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989; núm. 172 sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), de 1991; núm. 175 sobre el trabajo a tiempo parcial, de 1994; núm. 177 sobre el trabajo a domicilio, de 1996; y núm. 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, de 2011 (núm. 189), amén de las previsiones que reconocen el derecho a la protección adecuada en caso de extinción del contrato en el Convenio núm. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982. Se trata en este caso de normas que tienen como propósito bien el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, bien la mejora de las condiciones del colectivo pertinente, y no tanto una actuación directa sobre la configuración de los instrumentos de protección social. Tampoco sorprende que el Convenio núm. 117 sobre política social (normas y objetivos básicos), de 1962, mencione explícitamente en su preámbulo la seguridad social.

En cuanto a las normas más directamente dirigidas a la seguridad social, cabe apreciar dos motivaciones distintas en la OIT, al menos durante sus intervenciones más tempranas. La primera de ellas se centraba en la protección del trabajador migrante, porque era frecuente que los extranjeros no pudieran disfrutar de derechos de seguridad social en el país de acogida, precisamente por su condición de extranjeros, ni tampoco en su país de origen, en el que ya no residían y trabajaban. La segunda de esas motivaciones o finalidades consistía

en incentivar la puesta en marcha de instrumentos de protección frente a determinados riesgos sociales cuya actualización generaba un evidente desamparo para la persona trabajadora.

Los convenios núm. 2 y 3 dan buena muestra de ambas motivaciones. El Convenio núm. 2 no exigía la creación de un seguro de desempleo, pero, cuando hubiera sido establecido, se reconocía a los trabajadores extranjeros el derecho a la no discriminación con los nacionales. El Convenio núm. 3, en cambio, no tiene como finalidad garantizar la igualdad de trato y no discriminación, sino exigir la implantación de un seguro de maternidad para compensar la ausencia de salario durante el descanso obligatorio de seis semanas que debía respetarse, amén del derecho a la asistencia sanitaria. De una u otra manera, la actividad de la OIT en materia de seguridad social durante los años siguientes responde a una de esas finalidades.

En efecto, con la primera de ellas conecta el Convenio núm. 48 sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, de 1935, que regulaba las técnicas de totalización de períodos de cotización y exportación de prestaciones, con el fin de garantizar, respectivamente, tanto los derechos en curso de adquisición como los derechos adquiridos. Y también el Convenio núm. 97 sobre los trabajadores migrantes (revisado), de 1949, que consagraba, en su artículo 6.1.b), el principio de no discriminación en materia de seguridad social por razón de «nacionalidad, raza, religión o sexo». Esas reglas fueron posteriormente desarrolladas y precisadas en el Convenio núm. 118 sobre la igualdad de trato en materia de seguridad social, de 1962⁶, amén de que también se recogía ese derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el Convenio núm. 143 sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), de 1975.

No obstante, durante la primera etapa de la OIT fueron muy frecuentes las normas dirigidas a incentivar, o directamente exigir, la creación de mecanismos obligatorios de previsión social. En esta línea, el Convenio núm. 24, de 1927, requirió la implantación, y precisó las condiciones mínimas, de un «seguro de enfermedad obligatorio» en la industria, el comercio, el trabajo a domicilio y el servicio doméstico. A ese seguro siguió el de vejez (para el mismo ámbito, aunque incluyendo a las profesiones liberales) mediante el Convenio núm. 35, de 1933⁷; el de invalidez (Convenio núm. 37 del mismo año 1933);

⁶ Vid. FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., «Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social) 1962 (núm. 118)», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, volumen 7, número especial, 2019, pp. 953 ss.

⁷ Vid. CAMOS VICTORIA, I., «La protección de la vejez en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo», *Relaciones Laborales*, tomo II, 2001, pp. 277 ss.; MORRO LOPEZ, J. J., «La protección de la jubilación en los convenios de la organización internacional del trabajo», en AA. VV., *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 601 ss.

el de muerte (Convenio núm. 39, también de 1933); y el de desempleo (Convenio núm. 44, de 1934), aunque en este caso con mayor flexibilidad, pues no sólo se admitía la fórmula del seguro obligatorio, sino también la del seguro voluntario, e incluso la posibilidad de completar el seguro con un «sistema de asistencia»⁸. Lógicamente, la mayoría de esos instrumentos más antiguos se han visto desplazados («superados», en terminología de la OIT, que no exactamente derogados) por otros más modernos y adaptados a la evolución socioeconómica, de modo que esos convenios iniciales ya no están abiertos a nuevas ratificaciones⁹.

El punto de inflexión, y quizá el mayor hito, lo constituye el Convenio núm. 102 sobre norma mínima de seguridad social, de 1952, que si bien ofrece varias configuraciones, en último término pretende garantizar que todos los Estados parte de la OIT no sólo dispongan de un instrumento público de protección de riesgos sociales, sino que la amplitud del ámbito subjetivo y la intensidad y extensión de la acción protectora se ajusten a unas pautas mínimas comunes. De alguna manera, se pretendía homogeneizar, hasta cierto punto, los distintos sistemas de seguridad social que, en ese momento, mitad del siglo XX, se encontraban en pleno proceso de expansión y desarrollo, aunque no siempre se asentaban en los mismos pilares, ni tampoco coincidían en el grado de evolución y perfeccionamiento¹⁰.

La actividad posterior al Convenio núm. 102 es, curiosamente, mucho más modesta, quizá porque el cumplimiento efectivo de esa norma a escala mundial se consideraba, de por sí, un gran progreso. En realidad, muchas de esas intervenciones posteriores comparten el propósito del Convenio núm. 102, pero en ámbitos más localizados, como concretas prestaciones, para las que se establecen reglas de mínimos de obligado cumplimiento. Se trata de convenios que de algún modo vienen a actualizar ese suelo o garantía mínima del Convenio núm. 102, que con el tiempo ha quedado «obsoleto»¹¹ por razones distin-

⁸ Vid. GUTIÉRREZ PÉREZ, M., «Convenio sobre el desempleo 1934 (núm. 44)», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, volumen 7, número especial, 2019, pp. 662 ss.

⁹ <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12000::NO::>

¹⁰ Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., «El Convenio 102 de la OIT de norma mínima de la seguridad social», *Revista de trabajo*, núm. 98, 1990, pp. 87 ss.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «El Convenio 102 de la OIT, sobre norma mínima de la seguridad social», *Relaciones Laborales*, núm. 23, pp. 64 ss.

DEL VALLE VILLAR, J. M., y USHAKOVA, T., «El derecho a la seguridad social y el convenio número 102 de la Organización Internacional Trabajo», en AA. VV., *Estudios sobre seguridad social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 265 ss.

¹¹ Cfr. OJEDA AVILÉS, A., «Tratados internacionales y convenios bilaterales y multilaterales», en MONEREO PÉREZ, J. L., y RODRÍGUEZ INIESTA, J. L. (Dir.), *Tratado de la seguridad social*, Laborum, Murcia, 2017, p. 162. En el mismo sentido, vid. MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., «El Convenio OIT núm. 102 de 1952 sobre norma mínima de seguridad social como delimitador del estándar

tas, pero que sobre todo entroncan con una concepción de la seguridad social conectada con un sistema de producción fordista¹². Sea como fuere, esas eventuales deficiencias han tratado de ser corregidas posteriormente, por ejemplo a través del Convenio núm. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 1967¹³; del núm. 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, de 1969; y del núm. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, de 1988. Por su parte, también se modernizaron las reglas sobre protección de los trabajadores migrantes mediante la aprobación del convenio 157 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, de 1982¹⁴. Todo ese proceso supone que, en realidad, el número de convenios de la OIT que actualmente pueden considerarse operativos en el ámbito de la seguridad social, y susceptibles de verdadera aplicación, es muy reducido, y no llega a la decena¹⁵.

Bien mirado, quizá las actuaciones modernas más reseñables se han producido por la vía de las recomendaciones, y no de los convenios. Por supuesto, pueden encontrarse recomendaciones de interés desde los mismos orígenes de la OIT, vinculadas a las motivaciones y a los convenios citados, que en algunos casos constituyen un complemento a un convenio ya aprobado, posiblemente convirtiendo en recomendación algún aspecto que no fue posible introducir en el texto del convenio ante la falta de consenso, y en otros casos un anticipo de regulación que posteriormente se incorporaría a un texto vinculante. A estas finalidades más complementarias o de refuerzo responden recomendaciones como la núm. 2 sobre reciprocidad de trato, de 1919; la núm. 29 sobre seguro de enfermedad, de 1927; la núm. 43 sobre el seguro de invalidez, vejez y muerte, de 1933; las núm. 44 (1933) y 45 (1934), ambas sobre el desempleo, aunque la segunda centrada en los menores (núm. 43); la núm. 67 sobre la seguridad de los medios de vida, de 1944; la núm. 69 sobre asistencia médica, de 1944; la núm. 100 sobre la protección de los trabajadores migrantes en

mundial y sus límites actuales», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, volumen 7, número especial, 2019, pp. 96-97.

¹² Vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «La seguridad social y la OIT», en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M. N. (coords.), *La seguridad social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Comares, Granada, 2008, pp. 184 ss.

¹³ Vid. TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., «Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes 1967 (núm. 128)», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, volumen 7, número especial, 2019, pp. 1005 ss.

¹⁴ Vid. VICENTE PALACIO, M. A., y TRUJILLO PONS, F., «Protección social de los trabajadores migrantes. Grado de adecuación de la normativa española a los Convenios OIT núm. 97 (1949) y núm. 157 (1982) y sus concordantes en materia de seguridad social», *RMESS*, núm. 117, 2015, pp. 107 ss.

¹⁵ Vid. ALFONSO MELLADO, C. L., «Los instrumentos de la OIT en materia de seguridad social», en MONEREO PÉREZ, J. L., y RODRÍGUEZ INIESTA, J. L. (Dir.), *Tratado de la seguridad social*, Laborum, Murcia, 2017, pp. 148-149.

países insuficientemente desarrollados, de 1955; la núm. 131 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 1967; la núm. 134 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, de 1969; la núm. 167 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, de 1983; la núm. 176 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, de 1988; la núm. 182 sobre el trabajo a tiempo parcial, de 1994; la núm. 184 sobre el trabajo a domicilio, de 1996; y la núm. 201 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, de 2011.

Más específicas, y quizá de mayor interés por cuanto suponían de apertura a nuevos campos o realidades, fueron las recomendaciones núm. 68 sobre la seguridad social en las fuerzas armadas, de 1944; la núm. 200 sobre el VIH y el sida, de 2010, que introduce en ese ámbito la prohibición de discriminación; y la núm. 168 sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas, de 1983, toda vez que se incluía una obligación para los sistemas de seguridad social de «asegurar programas de formación, colocación y empleo (incluido el empleo protegido) y de servicios de readaptación profesional para personas inválidas, con inclusión de servicios de asesoramiento en materias de readaptación, o contribuir a su organización, desarrollo y financiación».

No obstante, las tres recomendaciones más relevantes, debido a la implementación de nuevos objetivos y líneas de actuación, son la recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, de 2012; la núm. 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal, de 2015; y la núm. 205 sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, de 2017. De entre ellas conviene destacar en este momento la de 2012, basada en los denominados «pisos de protección social» que se definen como «conjuntos de garantías básicas de seguridad social definidos a nivel nacional que aseguran una protección destinada a prevenir o a aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social», un nuevo estándar de protección que de alguna manera vendría a modernizar el establecido en el Convenio núm. 102, a partir de principios como la universalidad de la protección –lo que explica la insistencia reciente de la OIT acerca del establecimiento de rentas mínimas para todas las personas–, la inclusión social de quienes trabajan en la economía informal o la solidaridad en la financiación, amén de muchos otros de carácter instrumental, como procedimientos adecuados de reclamación. A tal fin, y como se indica en la Recomendación núm. 205, deben superarse con la mayor rapidez posible los efectos de las últimas crisis económicas y los sistemas de seguridad social han de proteger adecuadamente a las personas afectadas por esos escenarios negativos.

3. ESPAÑA ANTE LA OIT: CONVENIOS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL RATIFICADOS Y OBSERVACIONES DE LA CEACR

Como es conocido, España ingresó en la OIT en 1919, pero perdió su condición de miembro en 1941 y no se reincorporó nuevamente hasta 1956. Al margen de esa interrupción, España ha sido un Estado razonablemente activo e involucrado en el cumplimiento de los estándares de esa organización, como demuestra el alto número de convenios ratificados. Como reconoce la propia OIT, España se ha convertido en el «país miembro con mayor número de Convenios Internacionales del Trabajo ratificados y uno de los países que mayor volumen de fondos viene aportando a los programas de cooperación técnica de la OIT, con destino básicamente a países de América Latina»¹⁶. En concreto, España es parte de todos los convenios fundamentales y de gobernanza, y de los 176 convenios técnicos ha ratificado 123 (siguen en vigor un total de 89). Las últimas ratificaciones afectan al Convenio núm. 190 sobre violencia y acoso de 2019 (ratificado el 25 de mayo de 2022 y que entró en vigor un año después) y a los Convenios núm. 188 y 189 (sobre trabajo en la pesca de 2007 y sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos de 2011, respectivamente), que fueron ratificados el 28 de febrero de 2023 y entrarán en vigor el 29 de febrero de 2024.

Por lo que aquí interesa, y en el ámbito de la seguridad social, España asumió obligaciones desde una etapa muy temprana, pues ya en 1923 ratificó los Convenios núm. 2, sobre el desempleo, y núm. 3, sobre la protección de la maternidad, ambos de 1919. La actividad de ratificación se intensificó a finales de la década de los 20 y comienzos de la década de los 30, referida principalmente a los convenios sobre protección de las contingencias profesionales, que ya por aquel entonces contaban con un bagaje notable de legislación interna que parecía acomodarse bien al estándar internacional proporcionado por la OIT, aunque en 1932 también se ratificó el Convenio núm. 24 sobre seguro de enfermedad en la industria, de 1927. Resulta curioso, por cierto, que en plena guerra civil, el 8 de julio de 1937, España ratificase el Convenio núm. 48 sobre la conservación de los derechos de pensión de los trabajadores migrantes, de 1935.

Ese fue, en verdad, el último convenio sobre seguridad social ratificado en las siguientes dos décadas, toda vez que, como se dijo, España fue excluida de la OIT en 1941, pero se reincorporaría en 1956, un año después de que se admitiera su entrada en la ONU. Como es fácil de imaginar, esa nueva etapa no

¹⁶ Cfr. <https://www.ilo.org/madrid/oit-en-espa%C3%B1a/lang-es/index.htm>.

se desarrolló sin tensiones, porque las premisas y pilares sobre los que se asienta la OIT colisionaban con los valores y estructuras de un Estado en el que no existía libertad de sindicación, pues el denominado sindicato vertical no podía cumplir una función equivalente a los sindicatos tradicionales, ni permitía considerar como plenamente respetados los compromisos asumidos en los convenios fundamentales. Fueron años, por tanto, muy centrados en el derecho de libertad sindical, y donde la ratificación de convenios conectados con la seguridad social sería prácticamente anecdótica.

En este sentido, la ratificación del Convenio núm. 42 sobre enfermedades profesionales, de 1934, tendría lugar en 1958, y seguramente cabe entenderlo como un gesto de buena voluntad para con la OIT, al no generar, en apariencia, notables obligaciones para un Estado que ya contaba con abundante normativa sobre riesgos profesionales, y con un listado de las mismas en el Decreto de 10 de enero de 1947, por el que se crea el seguro de enfermedades profesionales. En un sentido similar, merecen también reseñarse la ratificación del Convenio núm. 103 sobre la protección de la maternidad, de 1952¹⁷, que tuvo lugar en 1965, del Convenio núm. 97, sobre trabajadores migrantes de 1949, realizada en 1967, y del Convenio núm. 44 sobre el desempleo, de 1934, que se produjo en 1971. Con carácter tangencial, también podía afectar potencialmente a la seguridad social, aunque sin obligaciones concretas, la ratificación en 1973 del Convenio núm. 117 sobre política social, de 1962, cuyo artículo 1 advertía que «toda política deberá tender en primer lugar al bienestar y al desarrollo de la población y a estimular sus propias aspiraciones para lograr el progreso social»¹⁸.

De forma particularmente significativa, el Estado español no ratificó en ese momento el Convenio núm. 102 sobre norma mínima, pese a que se había aprobado en 1952, poco tiempo antes de la reincorporación. Las razones parecen fácilmente comprensibles. Esa era una época de crecimiento de la previsión social en España, donde los seguros sociales convivían con el mutualismo laboral y tanto la normativa como la gestión resultaban, hasta cierto punto, caóticas. Era necesaria una reordenación, que se acometería en la década de los 60 con la aprobación, primero, de la Ley de Bases de 1963 y, después, de la Ley articulada de seguridad social de 1966. El propósito era muy ambicioso y los cam-

¹⁷ Vid. BALLESTER PASTOR, M. A., «Protección de la maternidad y protección de la mujer en la OIT: avances y contradicciones», *RMES*, núm. 117, 2015, pp. 75 ss.; QUINTERO LIMA, M. G., «Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado) 1952 (núm. 103)», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, volumen 7, número especial, 2019, pp. 864 ss.

¹⁸ Vid. SANZ SÁEZ, C., «Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos) 1962 (núm. 117)», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, volumen 7, número especial, 2019, pp. 937 ss.

bios de una dimensión considerable, por lo que es razonable que, más allá de las tensiones políticas, el Estado español prefiriera no asumir unas obligaciones que quizá no pudiera cumplir. De hecho, las reformas internas llevadas a cabo en 1972 daban fe de que el diseño inicial no había sido óptimo y que la puesta en marcha y consolidación del Sistema de Seguridad Social debía caminar a un ritmo asumible, sosegado y conforme a los condicionamientos internos.

En cualquier caso, todas esas razones no explican que la ratificación de ese Convenio se demorase hasta 1988, ni tampoco que España, entre el contenido electivo u optativo, sólo se obligase en relación con la asistencia sanitaria (Parte II), las «prestaciones monetarias por enfermedad» (Parte III), las prestaciones por desempleo (Parte IV) y las prestaciones en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional (Parte VI), apostando, de este modo, por un compromiso prácticamente de mínimos, sin que posteriormente se haya atendido a las reiteradas peticiones de la OIT para ampliar esas obligaciones a otras partes del convenio que se entendían poco comprometedoras, por su equivalencia con los compromisos que afectan a España en virtud del Código Europeo de Seguridad Social aprobado en el seno del Consejo de Europa en 1974¹⁹.

Por consiguiente, no parece que el Estado español, en estos últimos años, considere los convenios de la OIT como una referencia principal para planificar o programar el futuro del Sistema de Seguridad Social, y no ha asumido obligaciones particularmente intensas, que desde luego no derivan de la ratificación en 1993 del Convenio núm. 172 sobre las condiciones de trabajo en hoteles y restaurantes, de 1991 (que impide la exclusión de estos trabajadores del ámbito de aplicación de la seguridad social), ni de la ratificación en 2007 del Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989, que exige la extensión de los mecanismos de protección social a estos colectivos sin discriminación alguna, ni de la ratificación en 2022 del Convenio núm. 177 sobre el trabajo a domicilio, de 1996, que se produjo, significativamente, tras la aprobación de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

Potencialmente podría haber contado con mayor impacto la ratificación en 1985 del Convenio 157, sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, de 1982, pero los numerosos convenios bilaterales y multilaterales suscritos por España, y los reglamentos de coordinación que comenzaron a operar en el seno de las Comunidades Europeas desde los años 50 del siglo pasado –con el decidido apoyo de la jurisprudencia del TJUE–, minimizan de al-

¹⁹ Vid. OIT, *Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Ginebra, 2011, p. 44. Disponible en [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2011-100-1B\)326.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2011-100-1B)326.pdf).

gún modo la relevancia de este convenio²⁰, máxime si se toma en consideración que sólo ha sido ratificado por otros tres países (Filipinas, Kirguistán y Suecia).

Ahora bien, resultan significativas las omisiones, pues España, por ejemplo, no ha ratificado el Convenio núm. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, de 1988, conformándose con ratificar el Convenio núm. 44, de 1934, cuyas exigencias son más sencillas de cumplir en un escenario con mejores posibilidades económicas casi cien años después. En cambio, el Convenio núm. 168 exigiría a buen seguro una reforma legislativa de mejora de la protección por desempleo, y es práctica habitual que la ratificación de un convenio de la OIT únicamente se produzca una vez que se alcanza la razonable certeza de que se cumple el estándar mínimo y que no es necesaria una modificación legal²¹. No es esta, desde luego, una práctica imputable exclusivamente a España, debido seguramente a que la seguridad social es una institución muy sensible a los cambios y muy dependiente de las disponibilidades económicas, así que cualquier incremento del gasto debe venir precedido de un análisis detenido sobre sus potenciales repercusiones. Quizá así se explique que, a nivel global, el porcentaje de ratificación de los convenios de la OIT específicos sobre seguridad social haya sido «raquítico» hasta el momento²².

Esas reticencias a la ratificación de convenios de la OIT sobre seguridad social conectan asimismo con un cierto cambio de perspectiva en el seno de esa organización. Si durante sus primeras tres décadas de existencia se había centrado en la promoción de los seguros sociales obligatorios, y sobre esas premisas se construyó la previsión social española, a partir del final de la II Guerra Mundial se aprecia un cambio de orientación a favor de principios más vinculados al modelo anglosajón propugnado por Beveridge, y esa universalidad subjetiva, ya fuera en relación con la asistencia sanitaria, ya contara con un ámbito más general, generó lógicas inquietudes a los Estados y poca voluntad de asumir compromisos que podrían resultar difíciles de cumplir²³.

²⁰ En general, *vid.* ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 14 ss.

²¹ *Vid.* VIQUEIRA PÉREZ, C., «La protección por desempleo en los convenios de la OIT», *RMESS*, núm. 117, 2015, pp. 150-151; ALFONSO MELLADO, C. L., «Los instrumentos de la OIT en materia de seguridad social», en MONEREO PÉREZ, J. L., y RODRÍGUEZ INIESTA, J. L. (Dir.), *Tratado de la seguridad social*, Laborum, Murcia, 2017, p. 154.

²² *Cfr.* OJEDA AVILÉS, A., «Tratados internacionales y convenios bilaterales y multilaterales», en MONEREO PÉREZ, J. L., y RODRÍGUEZ INIESTA, J. L. (Dir.), *Tratado de la seguridad social*, Laborum, Murcia, 2017, p. 165.

²³ *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L., y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., «El Convenio OIT núm. 102 de 1952 sobre norma mínima de seguridad social como delimitador del estándar mundial y sus límites actuales», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, volumen 7, número especial, 2019, pp. 96-97; CALLAU DALMAU, P., «La seguridad social: un elemento fundamental del mandato de la OIT desde su creación en 1919», *Lan Harremanak*, núm. 39, 2018, pp. 28 ss.

En relación con los mecanismos de control, el procedimiento de informes ante la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) no ha puesto de manifiesto grandes disfunciones en lo relativo al marco normativo, aunque en alguna ocasión se han pedido explicaciones a España sobre las prácticas nacionales, por ejemplo en relación con la suspensión de las prestaciones de desempleo ante la negativa a realizar trabajos de colaboración social²⁴. Lo habitual, no obstante, es que se soliciten datos estadísticos para poder efectuar una mejor evaluación, por ejemplo en relación con el copago sanitario –procurando evitar que no suponga un gravamen excesivo para alguna persona–, con la efectividad del complemento de pensión para reducir la brecha de género (en conexión con el Convenio núm. 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares)²⁵ o con el número de trabajadores protegidos en el marco del Convenio núm. 102 de norma mínima²⁶. Quizá como excepción, la CEACR cuestiona, a partir del Convenio núm. 103 sobre protección de la maternidad, la suficiencia del importe del subsidio por nacimiento y cuidado del menor en el caso de que la trabajadora no reúna el período de carencia, supuesto especial regulado en los artículos 181 ss. LGSS²⁷. En verdad, un recorrido por los informes de la Comisión de Expertos²⁸ demuestra que la OIT no pone verdaderos reparos a la legislación española de seguridad social, ni desde la perspectiva de la amplitud de su ámbito subjetivo, ni desde la óptica de la extensión e intensidad de la acción protectora, y se limita a un papel de observación y vigilancia, reclamando información para poder constatar que no se produce un empeoramiento de las condiciones, a menudo alertada por las organizaciones sindicales y patronales en los informes que periódicamente presentan y en los que ponen de manifiesto potenciales disfunciones²⁹.

²⁴ Solicitud directa (CEACR) – Adopción: 2019, Publicación: 109.ª reunión CIT (2021); disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:4022231,102847:NO.

²⁵ Observación (CEACR) – Adopción: 2021, Publicación: 110.ª reunión CIT (2022), disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:4118751,102847:NO.

²⁶ Solicitud directa (CEACR) – Adopción: 2016, Publicación: 106.ª reunión CIT (2017), accesible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:3300128,102847:NO.

²⁷ Vid. Solicitud directa (CEACR) – Adopción: 2013, Publicación: 103.ª reunión CIT (2014), disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:3147385,102847:NO.

²⁸ Accesibles desde https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:4118751,102847:NO.

²⁹ Vid. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:14101::NO:14101:P14101_COUNTRY_ID,P14101_ARTICLE_NO:102847,22.

En algún caso, por cierto, también se muestra la «satisfacción» ante ciertas reformas normativas, como por ejemplo la que propició la extensión de la protección por desempleo al contrato para la formación³⁰. Y también preocupación por las consecuencias negativas para los trabajadores de ciertas situaciones, como el incumplimiento empresarial en el abono del subsidio de IT, en particular durante los primeros quince días en el caso de contingencias comunes, máxime si la Entidad Gestora queda exonerada de cualquier responsabilidad³¹; o, ya en otros tiempos, la ausencia de subsidio ante bajas por enfermedad inferiores a siete días³². También en el pasado se ubica la insistencia en la extensión de las prestaciones de seguridad social a los extranjeros³³ o en la necesidad de introducir modificaciones legales destinadas a garantizar a los trabajadores migrantes los derechos a la totalización de períodos de cotización y a la exportación de prestaciones³⁴.

En general, durante el período previo a 1980 las observaciones de la CEACR contaban con un enfoque más estructural, debido, por un lado, al momento de desarrollo del Sistema de Seguridad Social y a las peculiaridades propias del contexto sociopolítico y la forma de Estado y, por otro, a que la información proporcionada a la OIT, no siempre abundante, procedía principalmente del Gobierno (aunque también se encuentra alguna referencia a la Organización Sindical Española). Más modernamente, las organizaciones sindicales, sobre todo, se han implicado notablemente en ofrecer información, y denunciar posibles incumplimientos o desajustes, y con ello la CEACR ha sido más incisiva en la petición de datos y explicaciones al Gobierno, aunque la protección social no es el ámbito más afectado, desde luego. En cualquier caso, es fácilmente constatable que los distintos Gobiernos de España no han sido especialmente diligentes en atender esas peticiones, que se han venido reiterando en el tiempo ante la falta de explicaciones por parte de España. Significativo resulta, qué duda cabe, el silencio en relación con la regulación de nuevos grados de IP —o cuando menos una nueva definición de los grados— que, en apariencia, debería haberse producido tras la Ley 24/1997. No es sólo

³⁰ *Vid.* Informe CEACR III (parte 1.ª) de 2012 ([https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2012-101-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2012-101-1A).pdf)).

³¹ *Vid.* Informe CEACR III (Parte 1.ªA) de 2002, pp. 460 ss. ([https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2002-90\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2002-90).pdf)).

³² *Vid.* Informe CEACR III (parte 4.ª) de 1970, p. 63 ([https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1970-4\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1970-4).pdf)).

³³ *Vid.* Informe CEACR III (parte 4.ª) de 1957, p. 55, e Informe CEACR III (Parte 4.ª) de 1968, p. 52 ([https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1968-4\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1968-4).pdf)).

³⁴ *Vid.* Informe CEACR III (parte 4.ª) de 1960, p. 40 ([https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1968-4\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1968-4).pdf)).

que tal reforma legal no haya tenido lugar un cuarto de siglo después, sino que ni siquiera los informes del Gobierno español aclaraban esa circunstancia pese a la insistencia de la OIT en recibir una actualización³⁵.

4. LA ESCASA INCIDENCIA DE LA OIT EN LA GESTACIÓN DE LA NORMATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL

Como premisa de partida, cabe afirmar que no es sencillo determinar la influencia de la OIT en la construcción y evolución del Sistema de Seguridad Social español. Por supuesto, el impacto podría resultar más o menos directo o explícito, o más o menos estructural. En efecto, el legislador podría remitir o aludir expresamente a esa organización, o alguno de los productos que derivan de su actividad, para justificar las reformas, o, aun sin esa referencia directa, cabría detectar la huella de la OIT en alguna parcela del Sistema. En otro sentido, esa influencia podría repercutir en los pilares mismos de la seguridad social, en sus bases fundacionales, o limitarse a alguna prestación o algún otro aspecto relevante en la configuración del Sistema.

En verdad, esa presencia de la OIT es relativamente sencilla de identificar en los orígenes de la previsión social. Lógicamente, no se puede descartar que en la voluntad y en la mente de quienes han elaborado las distintas normas a lo largo de los años se encontrase el deseo de respetar esos estándares mínimos sentados por una organización de tanto prestigio y tan relevante, pero parece seguro concluir que la OIT no ha sido el faro que ha guiado la evolución del Sistema de Seguridad Social en las décadas más recientes. Otros valores y otros condicionantes han resultado, incuestionablemente, mucho más decisivos.

Sin embargo, una mirada al pasado, a los inicios de la previsión social, ofrece otra impresión, toda vez que el nacimiento de la OIT, y la aprobación de sus convenios más antiguos, coincide en el tiempo con los primeros seguros sociales obligatorios en España (el Instituto Nacional de Previsión se crea en 1908 y el Retiro Obrero en 1919). Desde luego, la previsión social nace en el contexto de la legislación obrera, de las leyes de fábricas, en el marco por tanto de la II Revolución Industrial. La Comisión de Reformas Sociales, sustituida después por el Instituto de Reformas Sociales, comenzó a operar en 1883 para hacer frente a las consecuencias de la «cuestión social». Por evidentes razones cronológicas, las medidas adoptadas no venían impulsadas por orga-

³⁵ Vid. MARTÍNEZ GIRÓN, J., y ARUFE VARELA, A., «La seguridad social, en general, en los convenios de la OIT», *RMESS*, núm. 112, 2014, p. 46.

nismos internacionales, sino por la insatisfacción de la clase obrera, y, en realidad, las iniciativas de algunos otros países de nuestro entorno, algo más avanzados porque a ellos había llegado antes la Revolución Industrial, resultaron determinantes, como demuestra el Preámbulo del RD de 18 de marzo de 1919, sobre seguro de paro forzoso, que alude expresamente a la «experiencia del extranjero», mencionando a Dinamarca, Francia, Inglaterra y Noruega³⁶.

Sin embargo, muy poco tiempo después la actividad de la OIT va a tomar protagonismo y se convertirá en una referencia, pues la Ley de 13 de julio de 1922 autorizaría al Gobierno, precisamente, para ratificar el Convenio núm. 2 de la OIT sobre desempleo, de 1919, ratificación, que, como se dijo, tuvo lugar en 1923. En concreto, esa Ley de 1922 facultaba al Ministerio de Trabajo para «introducir en las Leyes y disposiciones relativas al paro forzoso las modificaciones derivadas del proyecto de Convenio ratificado», en clara muestra de la voluntad de ajustarse a esos mínimos marcados por la OIT. Cierzo es que esos primeros intentos de crear un seguro social de desempleo en España fracasarían³⁷, y no culminarían hasta la Ley 62/1961, por lo que en este punto cabe considerar que no se cumplía con el mandato del Convenio núm. 2³⁸.

Sea como fuere, España se sumó de forma entusiasta a la OIT, como refleja el Real Decreto-ley de 29 de abril de 1924, en el que se habilitaba al Gobierno para «ratificar determinados proyectos de convenio de la Organización Internacional de Trabajo»³⁹, y cuyo Preámbulo destacaba la «intervención muy activa de España» en las reuniones celebradas en el seno de esa organización, con «iniciativas y colaboraciones» que «obtuvieron la consideración y el aplauso de los demás Estados miembros». El compromiso con la OIT se tradujo en un «sentimiento de solidaridad y de aportación» y la ratificación de diferentes convenios se realizaba bajo la premisa de que «no perturbarían la

³⁶ Vid. MARTÍN VALVERDE, A., «Estudio Preliminar. La formación del Derecho del Trabajo en España», en AA. VV., *La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pp. 26 ss.; ALONSO OLEA, M., «Cien años de seguridad social», *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982, pp. 108 ss.; MONTOYA MELGAR, A., «La seguridad social española: notas para una aproximación histórica», *Revista de Trabajo*, núm. 54-55, 1976, pp. 11 ss.; PERSIANI, M., *Diritto della Previdenza Sociale*, Novena Edición, CEDAM, Pádova, 1997, pp. 7 ss.; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho del Trabajo e ideología*, Quinta Edición, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 57 ss.

³⁷ Por ejemplo, vid. Real Orden de 25 de abril de 1928 (*Gaceta* de 28 de abril) y Decreto de 25 de mayo de 1931, que mencionan asimismo el Convenio núm. 2 de la OIT como fuerza motriz.

³⁸ Vid. JORDANA DE POZAS, L., «Previsión contra el paro forzoso. Antecedentes y Anteproyecto de Bases», en *Estudios Sociales y de Previsión*, tomo II, vol. 1.º, Ministerio de Trabajo (INP), Madrid, 1961, pp. 175 ss.

³⁹ Edad mínima de admisión de los niños en el trabajo marítimo, indemnización de paro por causa de naufragio, prohibición del empleo de la cerusa en la pintura, descanso semanal en los establecimientos industriales, edad mínima de admisión de los niños en los trabajos de pañoles y calderas y examen médico obligatorio de los menores empleados a bordo.

vida nacional, sino, antes al contrario, perfeccionarían, por decirlo así, aquellas disposiciones ya existentes cuyo objetivo es garantizar los derechos de todos los ciudadanos».

No es sorprendente, así pues, que el Preámbulo del Real Decreto-Ley de 22 de marzo de 1929, por el que se constituía el seguro obligatorio de maternidad⁴⁰, calificase explícitamente el Convenio núm. 3 sobre protección de la maternidad de «origen próximo» y manifestase la voluntad de reconocer «todos los derechos de la obrera», en los términos de ese Convenio. No obstante, las limitaciones subjetivas de los seguros sociales obligatorios, cuyo acceso estaba condicionado a la obtención de rentas que no superasen un determinado umbral y de los que permanecían excluidos los extranjeros que no pudieran beneficiarse de la aplicación de cláusulas de reciprocidad, merecerían posteriormente la reprobación de la OIT, pero ya a partir de la reincorporación de España a esa organización en los años 50⁴¹. Como es sabido, las modificaciones normativas para atender ambos reproches poco tuvieron que ver con la OIT, y mientras la supresión de límites de ingresos para acceder al campo de aplicación no se produjo hasta la efectiva implantación del Sistema de Seguridad Social el 1 de enero de 1967, la equiparación por razón de nacionalidad habría de esperar hasta la Ley Orgánica 4/2000.

En cualquier caso, la OIT marcaría de algún modo la agenda de los legisladores de previsión social en esa fase inicial de construcción, pues los distintos seguros sociales obligatorios nacían para aquellas ramas que la OIT identificaba como prioritarias en sus distintos convenios. En efecto, y ya en la Segunda República, el Decreto de 9 de mayo de 1931 ratificaría el Convenio núm. 12 sobre accidentes de trabajo en la agricultura, paso previo a que apenas un mes después el Decreto de 12 de junio de 1931 estableciera las «bases para la aplicación a la agricultura de la Ley de Accidentes de Trabajo». Los seguros sociales, constreñidos originalmente al proletariado, comenzaban a extenderse a otros sectores.

La influencia de la OIT se deja sentir notablemente en este período, como muestra la Ley de 4 de julio de 1932, que modificó el artículo 168 del Código de Trabajo para adaptar las indemnizaciones debidas en caso de accidente de trabajo en los términos de los Convenios núm. 12 y 17 OIT, que habían sido ratificados, respectivamente, en 1931 y 1929. Son normas que pasarían al De-

⁴⁰ Comenzó a aplicarse el 1 de octubre de 1931, como estableció el Decreto-Ley de 26 de mayo de 1931, cuyo Preámbulo también mencionaba explícitamente la «primera Conferencia Internacional del Trabajo» y el éxito que supuso el acuerdo «tomado por cuarenta Estados» para implantar la protección por maternidad.

⁴¹ Vid. Informe CEACR III (parte 4.ª) de 1957, p. 25 ([https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1968-4\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1968-4).pdf)).

creto de 8 de octubre de 1932, que aprobó el Texto refundido sobre accidentes de trabajo, incorporando así pues esas novedades, aunque el accidente de trabajo es objeto de otro capítulo de esta obra y no procede aquí mayor desarrollo.

Es probable que en los años siguientes hubiera continuado esa tendencia, pero la Guerra Civil, y el consiguiente cambio de régimen político, alterarían sustancialmente la dinámica. El Régimen de Subsidios Familiares, que fue instaurado por una Ley de Bases de 18 de julio de 1938 y un Decreto de 20 de octubre de 1938, antes por tanto del fin de la contienda, dan muestra de que las prioridades habían cambiado, y el impulso ya no proviene del exterior, sino de normas internas, y en este caso concreto del Fuero del Trabajo. Obviamente, la expulsión de España de la OIT en 1941 haría más patente la distancia entre la actividad de esa organización y la evolución de la previsión social.

Esa es una distancia que, en verdad, ha continuado hasta la actualidad. Es cierto que la reincorporación de España a la OIT en 1956 vino seguida de cierta actividad en la ratificación de convenios, alguno con incidencia en el marco de la previsión social, como el Convenio núm. 42 sobre las enfermedades profesionales o el Convenio núm. 103 sobre la protección de la maternidad, pero los mecanismos de protección contra riesgos sociales seguían ya su propia dinámica, y su evolución estaba muy marcada por las circunstancias y condicionantes internos. El tránsito de los seguros sociales al Sistema de Seguridad Social en la década de los 60 nada tiene que ver con la actividad de la OIT, y el hecho de que durante toda esa etapa no se ratificase el Convenio núm. 102 sobre norma mínima es buena muestra de que España prefería no asumir compromisos internacionales que pudieran interferir con la puesta en marcha de un entramado muy complejo y que iba a requerir tiempo para su implantación y para la correcta valoración de sus fortalezas y debilidades. Ese Convenio no fue ratificado hasta 1988, y la misma cautela cabe apreciar respecto de otro instrumento similar, como el Código Europeo de Seguridad Social elaborado en el seno del Consejo de Europa. Pese que España se adhirió a ese organismo en 1977⁴², el Código no sería ratificado hasta 1995⁴³, señal inequívoca de la prudencia con la que se opera en esta materia, donde la asunción de obligaciones únicamente tiene lugar cuando se entienden sustancialmente cumplidas las exigencias y la ratificación no requiere de cambios profundos.

En ese sentido, ni siquiera la Ley 62/1961, de 22 de julio, por la que se implantó el Seguro Nacional de Desempleo, mencionaba a la OIT, a diferencia de los ya citados intentos pretéritos. La única referencia internacional, en

⁴² El Instrumento de adhesión se publicó en el BOE de 1 de marzo de 1978.

⁴³ El Instrumento de ratificación se publicó en el BOE de 17 de marzo de 1995.

su Preámbulo, indicaba que esta nueva prestación «permite a España relacionarse en el campo de la seguridad social con los restantes países en una amplitud de contactos que hasta ahora no fué posible lograr», pero las motivaciones para su implantación descansan en argumentos meramente internos.

No es sorprendente, así pues, que la Ley de Bases de 1963 citase en su Preámbulo el Fuero del Trabajo, el Fuero de los Españoles y el Plan de Desarrollo, omitiendo cualquier referencia al ámbito internacional, en la línea antes apuntada. El Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprobó la Ley que pondría en marcha el Sistema de Seguridad Social a partir de 1 de enero de 1967, únicamente remitía a la Ley de Bases, mientras que la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la seguridad social, haría hincapié en el «carácter esencialmente dinámico de la seguridad social» para justificar modificaciones sobre la configuración inicial, y en la habilitación para elaborar un nuevo texto refundido no mencionaría, tampoco seguramente resultaba procedente, ninguna influencia internacional, de modo que la actividad de la OIT no afectó tampoco a Ley General de la Seguridad Social aprobada por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo. Como también se dijo, los eventuales reproches de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones durante esa época, referidos en materia de seguridad social al ámbito de aplicación del seguro de maternidad y a la falta de información sobre la aplicación de las normas en los territorios no metropolitanos, no eran atendidas.

Es probable que en los inicios del proceso democrático pueda detectarse la huella de la OIT en ciertas actuaciones, y en particular en relación con la participación de organizaciones sindicales y empresariales en la gestión de la seguridad social, reconocida en el artículo 129 CE y que se articuló, previa habilitación del artículo 3 del Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la seguridad social, la salud y el empleo, a través del RD 3064/1978, de 22 de diciembre, por el que se regula provisionalmente la participación en la seguridad social, la salud y el empleo, y de una serie de órdenes ministeriales referidas a las distintas entidades gestoras⁴⁴. Sería, en todo caso, una influencia indirecta, que conectaría con el Convenio núm. 144 sobre la consulta tripartita de 1976, cuya proximidad en el tiempo no cabe ignorar. Ahora bien, es un convenio que España no ratificaría hasta 1984 y, por la ausencia de referencias legales expresas, no es fácil imputar a la OIT ningún grado de influencia. A la postre, la promoción de la actividad, intervención y participación de los sindicatos, más que por impulso de la OIT, se derivaba del

⁴⁴ Vid. OO. MM. de 17-1-1980, 8-7-1981, 16-11-1981 y 11-5-1983.

nuevo contexto social, jurídico y político de la Transición y de la pretensión de modificar las estructuras e inercias del pasado reciente.

A partir de ese momento puede encontrarse alguna alusión más decidida al impulso internacional, pero la OIT ya no actuaría como principal referencia, sino que habría de compartir protagonismo con otras organizaciones, como el Consejo de Europa y las Comunidades Europeas. En realidad, la UE ha relegado tanto a la OIT como al Consejo de Europa a una posición secundaria en las motivaciones del legislador de seguridad social. Como excepciones, la ampliación a 16 semanas del permiso por maternidad⁴⁵ se apoyaba expresamente en las «directrices de la Organización Mundial de la Salud» y en el Convenio núm. 103 de la OIT⁴⁶, mientras que la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, expresamente afirmaba su intención de cumplir los «compromisos adquiridos desde la ratificación del Convenio número 44 de la OIT», que había tenido lugar en 1971. En un análisis más fino, cabe identificar dos líneas de tendencia durante las últimas tres décadas, una para las intervenciones en la modalidad contributiva y otra en relación con las prestaciones no contributivas.

En el ámbito contributivo, ni la LGSS 1994 ni sus modificaciones posteriores han prestado especial atención a la OIT. Es más, desde la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, parece evidente que las reformas estructurales no vienen impulsadas por la necesidad de adaptarse a compromisos jurídicos asumidos en convenios internacionales o por la pertenencia a organizaciones supranacionales, sino por razones principales de sostenibilidad. Las reformas de seguridad social ya no se conciben como meros ajustes técnicos, o paramétricos, sino que hace años se han convertido en un elemento más de contienda política. Precisamente por ello, esas reformas se canalizan a través del denominado Pacto de Toledo, reforzado habitualmente por el diálogo social, con el fin de conseguir la paz social, de modo que la aceptación de los ciudadanos, que se entiende garantizada por el consenso entre los distintos actores políticos y sociales, resulta mucho más relevante que cumplir con las directrices que puedan emanar de una organización internacional.

Es evidente, sin lugar a dudas, que alguna de esas reformas venía muy influenciada por las recomendaciones efectuadas por esas organizaciones in-

⁴⁵ Cfr. Exposición de motivos de la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo.

⁴⁶ Vid. CASTRO ARGÜELLES, M. A., y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La protección social de la singularidad biológica de la mujer trabajadora en los convenios de la OIT y su desarrollo en el ordenamiento español», en AA. VV., *El futuro del Derecho del Trabajo: cien años de la OIT*, MTMSS, Madrid, 2019, pp. 836 ss.

ternacionales, y también por las experiencias de otros países, pero en general se prescinde de menciones concretas. En este sentido, el Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, y posteriormente la Ley 35/2002, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, se limitaban a remitir al Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social de 9 de abril de 2001, que, por su parte, únicamente aludía a «los países de nuestro entorno político-geográfico y, concretamente, en el ámbito de la Unión Europea». En cambio, se omitiría cualquier referencia al ámbito internacional en el Acuerdo sobre medidas en materia de seguridad social de 2006, que constituyó la base para la posterior aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social, que transformaba en reglas y mandatos jurídicos esos acuerdos.

Esa es una tendencia que se mantendría en el futuro, más allá de referencias anecdóticas y con escaso peso, por ejemplo en el Preámbulo de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos⁴⁷. Desde luego, ninguna mención a la OIT se encuentra en la que a buen seguro es la reforma de la seguridad social más relevante en este siglo, la acometida a través de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social, con el apoyo de los agentes sociales plasmado en el Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones de 2011. En el Preámbulo de esa Ley sí se alude al contexto internacional, pero no a la OIT, sino a los «Consejos europeos», que desde hace años «promueven como prioridades la prolongación de la vida activa y la desincentivación de la jubilación anticipada», advirtiendo que «países de nuestro entorno han realizado reformas legales en el sentido de reducir los estímulos al abandono prematuro de la vida activa y algunos han establecido la edad legal en los 67 años».

En esta línea, y como se advirtió, las justificaciones de las reformas descansan sobre argumentos principalmente internos, y cuando se menciona el ámbito internacional el legislador atiende exclusivamente a la actividad de la Unión Europea, como demuestra el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajado-

⁴⁷ «En este marco, es necesario constatar que la protección social para el trabajo independiente en el plano internacional se ha regulado, en la gran mayoría de Estados desarrollados del mundo occidental, atendiendo a las tradicionales formas de actividad autónoma de los sectores agrícola, comercial, industrial, de servicios, de artesanía y de las profesiones liberales. En este sentido, en 1944 la Organización Internacional del Trabajo, en su Recomendación 67 sobre la seguridad en los medios de vida, proclamó el aseguramiento de los trabajadores independientes contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte en las mismas condiciones que los trabajadores asalariados».

res de mayor edad y promover el envejecimiento activo, que se apoyaba en la Estrategia Europa 2020, en el «Libro Blanco 2012: Ayuda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles», así como en el «Informe de envejecimiento 2012» y en el documento «Adecuación de las pensiones en la UE 2010-2050».

Como es natural por la naturaleza de la norma, el Texto Refundido de la LGSS de 2015, actualmente vigente, no efectúa referencia alguna al ámbito internacional, y las modificaciones que hasta el momento se han producido no responden tampoco a la labor de la OIT. Por supuesto, cabría aducir que la exclusión de la protección por desempleo de las personas que se dedican al servicio del hogar resultaba contraria al Convenio núm. 189 OIT y a la Recomendación 201⁴⁸, pero ese Convenio no fue ratificado por España hasta 2023 y no entrará en vigor hasta finales de febrero de 2024⁴⁹, mientras que la modificación legal que trae causa del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, fue debida a la necesidad de cumplir con la doctrina del TJUE. Esa es una norma, por cierto, que sí menciona esos instrumentos de la OIT, pero parece evidente que sin el reproche efectuado por la STJUE CJ, de 24 de febrero de 2022⁵⁰, la extensión de la protección por desempleo a ese colectivo se habría demorado más en el tiempo, amén de que esos desajustes en la protección –tanto laboral como de seguridad social– eran, precisamente, la razón para que la ratificación de ese Convenio núm. 189 no se hubiera producido todavía.

En cualquier caso, no es la única ocasión en que el legislador ha debido intervenir para adecuar las normas internas de seguridad social a las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión, como por ejemplo ha tenido lugar en relación con el complemento por maternidad/brecha de género⁵¹ o las reglas dirigidas al trabajo a tiempo parcial⁵². Las reformas más recientes se enmarcan genéricamente en el «Plan de Recuperación para Europa *NextGenerationEU*», y en su traslación interna, en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, esto es, en los compromisos de reformas estructurales para poder acceder a esos fondos, como sucede con las nuevas reglas de cotización para los

⁴⁸ Vid. CABEZA PEREIRO, J., «El trabajo doméstico en la normativa de la OIT», *Trabajo y Derecho*, núm. extra 9, 2019 (smarteca).

⁴⁹ El instrumento de adhesión fue publicado en el BOE de 3 de abril de 2023.

⁵⁰ Asunto C-389/20.

⁵¹ Vid. Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la seguridad social y económico.

⁵² Vid. Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, y Real Decreto 950/2018, de 27 de julio.

trabajadores autónomos⁵³ o las reformas de 2021⁵⁴ y 2023⁵⁵. Los convenios y recomendaciones de la OIT no parecen actuar como motor de cambios en ningún caso.

Por su parte, las reformas relativas a las prestaciones de carácter asistencial o no contributivo se asientan en otros pilares, toda vez que el Pacto de Toledo y el diálogo social centran sus esfuerzos en la sostenibilidad de la modalidad contributiva. Las prestaciones de carácter no contributivo siguen otras dinámicas, y su financiación por vía impositiva, así como su importe ligado a mínimos de subsistencia, las sitúa en un segundo plano, al menos hasta la aprobación del ingreso mínimo vital. No obstante, y en lo que parece una línea común, las motivaciones del legislador en la implantación y reforma de estas prestaciones suelen conectar sustancialmente con consideraciones políticas e ideológicas, y en ese marco las iniciativas o recomendaciones internacionales se invocan como apoyo o refuerzo.

En esa línea, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la seguridad social prestaciones no contributivas, afirmaba en su Preámbulo que esa clase de prestaciones constituyen una «manifestación de solidaridad» que «sintoniza, además, con las más recientes orientaciones que se dan en el ámbito internacional», puesto que las «diferentes Organizaciones inter o supranacionales vienen recomendando que la seguridad social extienda su ámbito, con el doble propósito de garantizar a los trabajadores el mantenimiento de ingresos proporcionales a los obtenidos durante su vida activa y, al propio tiempo, asegurar a los ciudadanos, particularmente a quienes se encuentran en estado de necesidad, unas prestaciones mínimas». Es posible, desde luego, pensar que la Recomendación núm. 162 sobre trabajadores edad, de 1980, o la núm. 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, de 1981, pudieran contar con alguna influencia en ese momento, pero esas llamadas a atender situaciones de necesidad por vejez, incapacidad o hijos a cargo han sido también realizadas por otras organizaciones, y difícilmente cabe considerar una actuación de ese tipo como decisiva ni para la implantación de las prestaciones no contributivas ni para su correcta configuración. Además, si el impacto de los convenios de la OIT parece haberse reducido en las últimas décadas, el de las recomendaciones resulta casi intrascendente.

⁵³ Vid. Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad.

⁵⁴ Vid. Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

⁵⁵ Vid. Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

En fin, el Real Decreto-ley 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la seguridad social, tampoco aludió a los trabajos de esa organización, pese a que el Convenio núm. 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares podría haber resultado pertinente en cierto modo, aun cuando las prestaciones no contributivas prescindan de la condición de trabajador. Y, pese a su decisiva apuesta reciente por la implantación de rentas mínimas, tampoco se encuentra ninguna referencia a la OIT en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, que prefiere remitirse al Pilar Europeo de Derechos Sociales y a las recomendaciones del Consejo Europeo. Y otras normas que incluyen medidas destinadas a trabajadores o beneficiarios en situación de vulnerabilidad económica se apoyan en la OCDE o la ONU, y no en la OIT⁵⁶, además, obviamente, de la omnipresente Unión Europea, cuyos criterios, por ejemplo, han de servir asimismo para «delimitar los umbrales de pobreza» que deben utilizarse para «reorientar las políticas públicas dirigidas a su erradicación»⁵⁷.

5. LA OIT EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

Como afirmación general, la OIT no ha contado con gran presencia, o cuando menos con presencia decisiva, en la doctrina elaborada por el TC y por el TS en relación con el ordenamiento de la seguridad social. Obviamente, los convenios de la OIT, por su condición de tratados internacionales, prevalecen sobre la normativa interna, pero tampoco conviene olvidar que en la mayor parte de las ocasiones esos convenios contemplan obligaciones para los Estados, y no estrictamente derechos subjetivos para los interesados, lo que supone, en último término, que el eventual incumplimiento del legislador no genera automáticamente el derecho a determinadas prestaciones, sino que más bien habilita a reclamar por los cauces para la exigencia de las pertinentes responsabilidades.

En relación con el TC, su doctrina, ya consolidada, ha advertido reiteradamente que «la eventual colisión entre la Ley interna y el Tratado Internacional [...] no es problema que pueda ser suscitado ante la jurisdicción constitucional salvo que esté en juego el respeto de las normas constitucionales», criterio que explícitamente se aplicó cuando se cuestionó la compatibilidad de algunas reglas de seguridad social, y en concreto sobre participación en la

⁵⁶ *Vid.* Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

⁵⁷ Cfr. DA 21.ª Ley 27/2011.

gestión, con el Convenio núm. 102 de la OIT⁵⁸. En este sentido, el TC recuerda que el artículo 10.2 de la CE no convierte a los acuerdos internacionales, y en particular los convenios de la OIT, en «canon autónomo de la validez de las normas o los actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales; el canon está integrado por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad»⁵⁹. Por consiguiente, no corresponde al TC, «al conocer en recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia *per se* de textos internacionales que obliguen a España, sino tan sólo comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo»⁶⁰.

En líneas generales, cabe afirmar que las menciones de la jurisprudencia constitucional a la OIT en el ámbito de la seguridad social son más bien incidentales y escasamente determinantes para el resultado final –también en materias conexas, como la mal llamada jubilación forzosa⁶¹–, y no siempre resultan de la previa invocación de alguna de las partes, sino que el propio tribunal trae a colación la actividad de la OIT como apoyo de sus conclusiones⁶², e incluso para aclarar que esos convenios no contemplan reglas para solventar un concreto litigio⁶³. Es significativo, quizá, que en relación con las prestaciones por muerte y supervivencia el TC acuda al Convenio núm. 102 de la OIT como refuerzo, pese a reconocer que las reglas concretas no resultaban aplicables a España, que no había ratificado el Convenio en esa parte, y a continuación advierte que la Recomendación 67 había apostado, ya en 1944, por la extensión a las parejas de hecho de esta protección. El Tribunal minimiza los efectos de esta Recomendación advirtiendo que «la propia OIT no ha terminado por recoger [ciertos derechos o reglas] en sus convenios, conscientemente de que los mismos conforman mínimos normativos, cuya mejora en el sentido de lo recomendado es deseable y en cuanto tal se impulsa por la Organización Internacional, pero sin imponerlo a las legislaciones nacionales»⁶⁴.

En cuanto a la jurisprudencia del TS, es claro que la actividad de la OIT ha influido notablemente en la doctrina relativa a las contingencias profesionales, por ejemplo en relación con el alcance del reintegro de gastos por adquisi-

⁵⁸ Cfr. STC 37/1994, de 10 de febrero.

⁵⁹ Cfr. STC 77/1995, de 22 de mayo.

⁶⁰ Cfr. ATC 64/2004, de 26 de febrero.

⁶¹ Vid. STC 22/1981, de 2 de julio.

⁶² V.gr., ATC 573/1986 de 2 julio, en relación con la distinta protección en función de las contingencias, o SSTC 111 y 138/2018, sobre diferencias en la protección de la maternidad entre hombres y mujeres.

⁶³ Vid. STC 234/2005, de 26 de septiembre, en relación con la exclusión de la protección por desempleo de los cargos representativos de sindicatos.

⁶⁴ Cfr. STC 184/1990 de 15 noviembre.

ción de material ortoprotésico⁶⁵, el recargo de prestaciones⁶⁶ o la extensión de las prestaciones derivadas de esas contingencias a los extranjeros en situación irregular⁶⁷, pero no procede aquí su desarrollo, por cuanto esas cuestiones son tratadas en otros capítulos de esta obra. Además, no resultan especialmente significativas las menciones a convenios de la OIT que tienen lugar por la mera recepción de la jurisprudencia del TC, como sucede en relación con las diferencias en la protección de la maternidad y la paternidad⁶⁸ o con la extinción del contrato por razón de edad⁶⁹; lo relevante aquí no es en sí mismo el instrumento de la OIT, sino el cumplimiento de la doctrina constitucional.

En una línea similar, resultan habituales las menciones *ex abundancia* a convenios y recomendaciones de esa organización, eludiendo deducir consecuencias de esos instrumentos⁷⁰, que se incluyen en la sentencia con el mero propósito de completar el panorama normativo, como demuestra que en ocasiones se deja constancia expresa de que no ofrecen una respuesta al litigio planteado⁷¹. Y también es frecuente que se incorporen en la argumentación como refuerzo o apoyo, pero sin que pueda conocerse el peso real que han tenido en la decisión, que desde luego parece menor⁷². Es más, se ha llegado a mencionar el Convenio núm. 102 para traer a colación una «curiosidad histórica», prueba de la escasa relevancia de esa cita en la solución final⁷³.

Sin embargo, en algunas ocasiones el TS se pronuncia expresamente sobre el carácter vinculante de esos compromisos, y, en relación con las recomendaciones, deja claro que se trata de «invitaciones que no permiten eludir la normativa vigente en la actualidad»⁷⁴ o «simples propuestas sin fuerza de

⁶⁵ Vid. STS de 10-10-2019 (recurso 3494/2017).

⁶⁶ Vid. SSTS de 18-4-1992 (recurso 1178/1991), de 10-12-2007 (recurso 576/2007), de 26-5-2009 (recurso 2304/2008), de 18-5-2011 (recurso 2621/2010), de 20-11-2014 (recurso 2399/2013) y de 28-2-2019 (recurso 508/2017).

⁶⁷ Vid. SSTS de 9-6 y 7-10-2003 (recursos 4217/2002 y 2153/2002), de 31-1-2017 (recurso 1153/2015) y de 21-1-2010 (recurso 106/2009).

⁶⁸ Vid. STS de 5-7-2022 (recurso 906/2019).

⁶⁹ Por todas, vid. STS de 9-3-2004 (recurso 2319/2003).

⁷⁰ Vid. STS de 8-2-2022 (recurso 3930/2020) y de 14-3-2023 (recurso 2760/2020), sobre jubilación activa.

⁷¹ Vid. STS de 23-2-1993 (recurso 1271/1992), sobre reintegro de gastos ortoprotésicos.

⁷² Vid. STS de 9-2-2005 (recurso 6300/2003), que, en relación con la relevancia del «hogar» en las pensiones no contributivas, se refiere al Convenio núm. 157 de la OIT sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, de 1982.

⁷³ «No obstante conviene matizar como curiosidad histórica que el Convenio número 102 de la OIT calificaba simplemente dicha conducta como causa de suspensión de la prestación», refiriéndose al artículo 69.j, que permitía suspender la pensión de viudedad «tanto tiempo como la viuda viva en concubinato»; cfr. SSTS de 14-7-1999 (recurso 4183/1998) y de 24-1-2000 (recurso 593/1999).

⁷⁴ Por todas, cfr. SSTS de 23-7-2021 (recurso 1459/2020) y de 8-2-2022 (recurso 3930/2020), relativas a la jubilación activa y que se pronuncian sobre la Recomendación núm. 162 sobre los trabajadores de edad, de 1980.

obligar»⁷⁵, de modo que no pueden imponerse ni desplazar la legislación interna. Por supuesto, no se duda del carácter vinculante de los convenios, pero el Tribunal suele advertir que del texto del instrumento correspondiente no siempre se deduce lo que la parte sugiere⁷⁶. Ahora bien, cuando el tenor literal es claro, el Tribunal no tiene dudas en aplicar directamente el convenio, como se comprueba en relación con el requisito de convivencia entre miembros de la familia que se exige para el disfrute o mantenimiento de ciertas prestaciones (hijo a cargo o desempleo), que se entiende cumplido cuando, pese a la ausencia de convivencia física, se acredite que los miembros de la familia están a cargo del beneficiario, pues así lo dispone el Convenio núm. 157 de la OIT sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, de 1982⁷⁷.

6. CONCLUSIONES

Como se ha puesto de manifiesto, la OIT ejerció un papel considerable en la primera fase de la formación de la previsión social, alcanzando su punto álgido en la década precedente a la Guerra Civil. Fue una etapa en la que los distintos legisladores españoles tomaban como guía los convenios de esa organización para instaurar y configurar los seguros sociales. Sin embargo, el nuevo régimen político surgido tras la contienda bélica modificó completamente la hoja de ruta, y la OIT perdió esa condición de referente no sólo debido a los nuevos intereses y planteamientos internos, sino también, y sobre todo, porque la expulsión de España entre 1941 y 1956 rompería un vínculo que en materia de seguridad social nunca volvería a restablecerse con la misma intensidad.

En efecto, pese al reingreso de España en la ONU y en la OIT en la década de los cincuenta, la evolución de los mecanismos de protección social siguió un camino propio. La planificación atendía principalmente a avatares y circunstancias internas, y no a la actividad de la OIT, y por ello se evitó conscientemente asumir compromisos de cierta intensidad, y en concreto los derivados del Convenio núm. 102, que no se ratificaría hasta décadas después, ya en período democrático. En líneas generales, desde ese reingreso en la OIT en 1956 España se ha decantado por relegar a esa organización a un segundo plano en lo relativo a la seguridad social. En verdad, ha asumido compromisos más intensos con el

⁷⁵ Cfr. STS de 18-3-2008 (recurso 800/2007), relativa a la protección por desempleo de los extranjeros en situación irregular, que alude a la Recomendación núm. 151.

⁷⁶ Vid. SSTS de 1-4-1998 (recurso 588/1997) y de 2-11-2004 (recursos 5502/2003 y 5876/2003), entre otras.

⁷⁷ Vid. SSTS de 3-5-2000 (recurso 331/1999) y 21-1-2003 (recurso 152/2002).

Consejo de Europa a través del Código Europeo de Seguridad Social y la Carta Social Europea, aunque la influencia de esos instrumentos haya sido igualmente escasa. El Derecho de la UE se ha impuesto de tal manera que en la práctica ha privado de efectividad a esos otros convenios internacionales.

A partir de un análisis detenido, cabe afirmar que la influencia directa de la OIT en la construcción y evolución del Sistema de Seguridad Social que empezó a operar en 1967 es muy reducida, y casi intrascendente. Por supuesto, pueden encontrarse referencias en las normas y en la jurisprudencia a convenios de la OIT, pero, en último término, no es realista atribuir las reformas y las decisiones a esa organización (o al Consejo de Europa). Y, desde luego, ni el legislador ni los tribunales prestan atención verdaderamente –más bien los ignoran– a los informes de la CEACR o del Comité Europeo de Derechos Sociales en la interpretación de la Carta Social Europea. En verdad, los reproches de esos órganos –que en tiempos recientes han comenzado a actuar con cierta coordinación⁷⁸– suelen reiterarse en el tiempo ante la indiferencia del legislador y de los tribunales españoles, por cuanto esa falta de acomodo no genera en apariencia consecuencias prácticas.

En este sentido, sólo las sentencias del TJUE y el Derecho de la UE, incluyendo productos normativos y la doctrina del TJUE, se han erigido en factores de impulso real que por sí mismos propician modificaciones normativas o jurisprudenciales. Los convenios y recomendaciones de la OIT, la Carta Social Europea u otros mecanismos que no despliegan eficacia directa ni reconocen derechos subjetivos plenos suelen citarse en los preámbulos de las normas o en consideraciones *obiter dicta* de las sentencias, pero más como argumentos *ex abundancia* que como causa que deba provocar un efecto. Por ello no es sorprendente que, pese a la insistencia de la OIT en la deficiente protección laboral y de seguridad social de los empleados de hogar, su reforma únicamente tuvo lugar cuando el TJUE condenó a España por la exclusión de ese colectivo de la protección por desempleo.

Las perspectivas de futuro no parecen especialmente halagüeñas, aunque es cierto que la OIT parece haber modificado la perspectiva de aproximación. El decidido impulso por el trabajo decente y por una globalización justa, que se ha incorporado a la Agenda 2030 de la ONU y a los objetivos de desarrollo sostenible, sitúa el debate en otros términos, porque los estándares mínimos de protección ya no se identifican con la modalidad contributiva o las contingen-

⁷⁸ Vid. SALCEDO BELTRÁN, M. C., «Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas», en Trabajo y seguridad social», *RTSS (CEF)*, núm. 434, 2019, pp. 172 ss.

cias tradicionales, sino que el propósito último consiste en eliminar situaciones de pobreza y desigualdad. Desde la premisa de que la seguridad social es un derecho humano y que los Estados deben mitigar las consecuencias adversas de la globalización y de las crisis económicas⁷⁹, inclusive la originada por la pandemia⁸⁰, se pone cada vez más el acento en la «recuperación centrada en las personas»⁸¹, sean o no trabajadores.

Como advirtió el Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2011, la «seguridad social no es la aspiración de una única clase social, determinadas categorías profesionales o grupos desfavorecidos; satisface las necesidades de todos los trabajadores y de sus familias, y como derecho humano, las de toda la población»⁸². Quizá esa mayor ambición explica que en lugar de «seguridad social» se prefiera en las últimas décadas el término «protección social»⁸³, de contenido algo más amplio, y que responde a ese propósito explicitado en la Declaración del Centenario de conseguir un «desarrollo sostenible que ponga fin a la pobreza y no deje a nadie atrás»⁸⁴. La Recomendación 202, sobre los pisos de protección social, de 2012, seguramente aspira a convertirse en un parámetro de actuación y el primero de los principios enunciados («universalidad de la protección, basada en la solidaridad social») es clara muestra de su propósito⁸⁵. En verdad, la OIT parece decantarse por fórmulas de *soft law*, de manera que ya no muestra tanto interés

⁷⁹ Vid. DEL VALLE VILLAR, J. M. «La evolución de la normativa de seguridad social durante la crisis económica y su ajuste a los compromisos de España con la OIT», en GIL Y GIL, J. L. (Dir.), *Reformas laborales frente a la crisis a la luz de los estándares de la OIT: un análisis crítico desde las perspectivas internacional, nacional y comparada*, Juruá, Lisboa, 2014, pp. 231 ss.

⁸⁰ P. 39; accesible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_221587.pdf.

⁸¹ Vid. JIMENA QUESADA, L., «El derecho humano a la seguridad social en el sistema universal de los derechos humanos y el papel central de la OIT», en AA. VV., *Seguridad social para todas las personas*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 95 ss.

⁸² P. 39; accesible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_221587.pdf.

⁸³ Vid. OIT, *El seguro social y la protección social*, Ginebra, 1993, disponible en [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09651/09651\(1993-1\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09651/09651(1993-1).pdf).

⁸⁴ Cfr. OIT, Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, 25 de septiembre de 2019, p. 2, accesible en https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/108/reports/texts-adopted/WCMS_711699/lang-es/index.htm. Extensamente, vid. GIL Y GIL, J. L., «Declaración del centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, 2019», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Volumen 7, número especial, 2019, pp. 54 ss.

⁸⁵ Vid. LÓPEZ CUMBRE, L., «La protección social en la historia de la Organización Internacional del Trabajo: cien años de evolución y un destino», *RM TES*, núm. 147, 2020, pp. 369 ss.; DEL VALLE VILLAR, J. M., «La seguridad social en el ámbito internacional», *Estudios latinoamericanos de relaciones laborales y protección social*, núm. 11, 2021, pp. 105 ss.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «Globalización y seguridad social: a propósito de la iniciativa de la OIT sobre pisos nacionales de protección social», en MONSALVE CUÉLLAR, M. E. (Coord.), *El futuro del trabajo: análisis jurídico y socioeconómico*, Aldebarán, 2017, pp. 279 ss.

en la aprobación de convenios como en la promoción de determinados principios y en la «fijación orientativa de objetivos y procedimientos»⁸⁶.

No obstante, las actuaciones del legislador español que podrían conectar con ese propósito, como por ejemplo el ingreso mínimo vital, no parecen directamente derivadas de esos instrumentos de la OIT, sino que son más bien producto de circunstancias socioeconómicas muy concretas y de intereses ideológicos y políticos. No son el resultado, por decirlo de otra forma, de una planificación ordenada y que responda a las directrices de organizaciones internacionales, sino fórmulas que, más o menos bienintencionadas, sirven principalmente a un propósito interno y en ocasiones se aprueban e implantan con cierta precipitación. Aun cuando pueden vincularse sin dificultad con algún convenio o recomendación de la OIT⁸⁷, no cabe imputar una relación de causa-efecto⁸⁸.

En cualquier caso, tampoco conviene olvidar que, precisamente por este cambio de orientación, la OIT está influyendo cada vez más en las políticas y en las acciones de otras organizaciones, principalmente la UE, como se aprecia en la configuración del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Un análisis detenido demuestra que la UE está diseñando ciertas actuaciones a partir de recomendaciones o declaraciones de la OIT, incluida la Recomendación núm. 202 sobre pisos de protección social⁸⁹. Por consiguiente, la ausencia de referencias directas a la OIT en la normativa española no implica, necesariamente, que su impacto haya desaparecido, sino que es posible constatar una afectación indirecta, que resultará más o menos intensa en función del grado de sinergia y colaboración entre esas organizaciones. Por supuesto, no es esa la situación ideal para la OIT, pues un cambio de orientación de la UE comprometería seriamente su posición, pero cuando menos en el momento actual es, seguramente, su mejor opción para mantener relevancia en un contexto donde otra organización, la UE, ha alcanzado tal dominancia que en la práctica minimiza cualesquiera otros compromisos internacionales previamente asumidos por sus Estados Miembros.

⁸⁶ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S., y BARCELÓN COBEDO, S., «Cien años de promoción de la seguridad social. El papel de la OIT en la creación, expansión, perfeccionamiento y adaptación de los sistemas de protección social», *Trabajo y Derecho*, núm. 9 extra, 2019 (smarteca).

⁸⁷ Vid. LOZANO LARES, F., «La nueva estrategia de la OIT sobre pisos de protección social», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Volumen 9, número especial, 2021, pp. 92 ss.; ELKIN, N., y VICENTE PALACIO, M. A., «Las recomendaciones de la OIT», *RMTES*, núm. 147, 2020, pp. 128 ss.

⁸⁸ Por ejemplo, la «Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa» de 2008 establecía como «obligación solemne» de la OIT el fomento de un «salario mínimo vital y la extensión de las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten» (p. 2); disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_099768.pdf.

⁸⁹ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L., «Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de seguridad social», *Lex social*, núm. 2, 2018, pp. 251 ss.

PROTECCIÓN DE MATERNIDAD

RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: *I. Introducción.*—*II. Convenio sobre la protección de la maternidad, núm. 3 (1919).*—*III. El régimen jurídico de la maternidad en España tras la ratificación del Convenio núm. 3 de 1919.*—*IV. Convenio sobre la protección de la maternidad, núm. (revisado) 103, 1952.*—*V. Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95).*—*VI. El régimen jurídico de la maternidad en España tras la ratificación del Convenio núm. 103 de 1952.*—*VII. Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183).*—*VIII. Recomendación sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 191).*

I. INTRODUCCIÓN

Desde sus orígenes la OIT se ha preocupado por la protección de la maternidad. Esta preocupación se ha traducido a nivel normativo en la adopción de 3 convenios: Convenio núm. 3 (1919); Convenio núm. 103 (1952) y Convenio núm. 183 (2000), a los que acompañan las Recomendaciones núms. 95 (1952) y 191 (2000).

Además, el Convenio 102 sobre seguridad social (norma mínima), de 1952, reconoce las prestaciones de maternidad como una de las nueve ramas de la seguridad social. Su Parte VIII, que se refiere a las prestaciones de maternidad, prevé la asistencia médica y pagos periódicos para cubrir la suspensión de ganancias de las madres trabajadoras.

Desde el Convenio de 1919, el ámbito de aplicación ha sido ampliado para abarcar a todas las mujeres empleadas. El Convenio más reciente, de 2000,

y su Recomendación (núm. 191) extiende la cobertura a todas las mujeres empleadas, independientemente de su ocupación o del tipo de establecimiento, incluyendo a aquellas que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente, y frecuentemente no gozan de protección alguna. Este Convenio fue ratificado por España el 17 de mayo de 1988.

El Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3) ha sido ratificado por 34 países y ha sido denunciado por 8. España ratificó este Convenio el 4 de julio de 1923 y continúa en vigor. El Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103) ha sido ratificado por 41 países. Entre ellos España (ratificación el 17 de agosto de 1965). En 18 ha sido denunciado automáticamente por la entrada en vigor del Convenio núm. 183. El Convenio núm. 183 (2000) ha sido ratificado por 48 países. España no ha ratificado este Convenio.

Como en este estudio tratará de ponerse de manifiesto, muchos de los rasgos del régimen jurídico de la protección de la maternidad en nuestro ordenamiento vienen condicionados por la normativa internacional de la OIT.

II. CONVENIO SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD, NÚM. 3 (1919)

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas al empleo de las mujeres, antes y después del parto, con inclusión de la cuestión de las indemnizaciones de maternidad, la OIT decidió que dichas proposiciones adoptaran la forma de un Convenio internacional. De este modo, se aprobó el Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919¹.

El Convenio reconoce a las mujeres –señalando expresamente el art. 2 del Convenio que el término *mujer* comprende a toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad o nacionalidad, casada o no– que presten sus servicios en empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, los siguientes derechos:

1. El derecho a un período de descanso de seis semanas tras el parto. Este período es de descanso obligatorio para la madre, de manera que durante el mismo la mujer no puede trabajar.

¹ Ver PAZ TORRES, Olga; ESPUNY TOMÁS, María Jesús; RAMOS VÁZQUEZ, Isabel; GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo; CEBREIROS ÁLVAREZ, Eduardo; DI CECCA, Darío, NIETO SAINZ, Joaquín y otros, *La Organización Internacional del Trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

2. La licencia de maternidad también abarca el período prenatal. En este sentido, la mujer tendrá derecho a abandonar el trabajo seis semanas antes del parto. Para ello deberá presentar un certificado médico que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas.

3. Derecho a prestaciones económicas y médicas. Durante los señalados períodos de descanso prenatal y posnatal, la trabajadora recibirá prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo. Dichas prestaciones, «cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto» (art. 3).

4. Derecho de la mujer, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia.

5. Por último, el Convenio trata también de proteger el empleo de las mujeres que están disfrutando de su período de descanso prenatal o posnatal por maternidad, o el de aquellas mujeres que como consecuencia de una enfermedad provocada por el embarazo o el parto tengan que permanecer ausentes por un período mayor al de 6 semanas antes o después del parto. Así, el artículo 4 del Convenio considera ilegal el despido durante este período de ausencia.

En España la Ley de 13 de julio de 1922 autorizó al Gobierno para la ratificación del Convenio. El Convenio fue ratificado el 4 de julio de 1923.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MATERNIDAD EN ESPAÑA TRAS LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO NÚM. 3 DE 1919

La Ley de 13 de marzo de 1900 por la que se fijan las condiciones del trabajo de las mujeres y de los niños y el Reglamento de 13 de noviembre de 1900 para la aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900 ya reconocían a las mujeres el derecho al descanso durante un período de cuatro a seis semanas posteriores al alumbramiento. Así, el artículo 9 reconocía expresamente que «en ningún caso será dicho plazo inferior a cuatro semanas; será de cinco o de seis si de una certificación facultativa resultase que la mujer no puede, sin perjuicio de su salud, reanudar el trabajo. El patrono reservará a la obrera durante

ese tiempo su puesto en el mismo. La mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo podrá solicitar el cese en el trabajo, que se le concederá si el informe facultativo fuese favorable, en cuyo caso tendrá derecho a que se le reserve el puesto que ocupa».

Asimismo, la Ley y el Reglamento también reconocían un permiso diario retribuido durante la jornada laboral para la lactancia. En este sentido, el artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900 señalaba que: «Las mujeres que tengan hijos en el período de lactancia tendrán una hora al día, dentro de las del trabajo, para dar el pecho a sus hijos. Esta hora se dividirá en dos períodos de treinta minutos, aprovechables, uno, en el trabajo de la mañana, y otro, en el de la tarde. Estas medias horas serán aprovechadas por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más trámite que participar al director de los trabajos, al entrar en ellos, la hora que hubieren escogido. No será en manera alguna descontable, para el efecto de cobro de jornales, la hora destinada a la lactancia».

Ahora bien, durante ese período las mujeres se veían privadas de su salario y no contaban con ningún tipo de ayuda económica para poder sobrevivir.

La Ley de 13 de julio de 1922 autorizó al Gobierno para la ratificación del Convenio de la OIT de 1919 sobre la protección de la maternidad y al mismo tiempo para que, ratificado dicho Convenio y conforme a las cláusulas del mismo, creara una Caja de Seguro obligatorio de maternidad.

La legislación española sobre la materia, que era la contenida en el artículo 9.º de la Ley de 13 de marzo de 1900, reformada por la de 8 de enero de 1907, extendía la protección de la maternidad, en cuanto a los descansos anteriores y posteriores al parto, a las obreras de todas las industrias, sin excluir a las de la agricultura, pero no les concedía socorro de ninguna índole, en tanto que el Convenio de la OIT, como hemos señalado, se refería solamente a las obreras de la industria y del comercio y excluía a las que trabajaban en talleres de familia, pero establecía la obligación de conceder a aquéllas una indemnización suficiente para la manutención de la madre y la del niño en buenas condiciones de higiene y la asistencia facultativa gratuita.

En consecuencia, el Gobierno entendió que debía mantenerse la amplitud que tenía la legislación española en cuanto a las clases de trabajo, y darle la del texto del Convenio de la OIT en cuanto a la edad y estado civil de la madre y en cuanto a los períodos de descanso, anteriores y posteriores al parto, e indemnizaciones y asistencia facultativa durante los mismos. En este punto, de entre los sistemas de indemnización previstos en el apartado C) del artículo 2.º del Convenio de la OIT, el Parlamento español optó por el del seguro obligatorio con subvención del Estado, al consignar en el artículo 32 de la Ley de Pre-

supuestos de 26 de julio de 1922 la autorización al Ministro de Trabajo, Comercio e Industria para el establecimiento de dicho sistema. Ahora bien, en tanto se fijaban e implantaban las normas de funcionamiento de la Caja de Seguro obligatorio de maternidad, se implantó un régimen provisional de subsidio tutelar de la obrera que dé a luz, utilizando para ello la consignación inicial que existe en el Presupuesto, haciendo que el Estado contribuya con la cuantía aproximada que se estima habrá de corresponderle en la implantación del seguro obligatorio de maternidad.

Así, por Real Decreto de 21 de agosto de 1923, se modificó el artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre el trabajo de las mujeres y de los niños, que quedó redactado de la siguiente manera:

«Artículo 9.º Se establece en favor de las mujeres asalariadas, cualesquiera que sean su edad, nacionalidad y estado civil, las prescripciones siguientes:

1.º A) No se permitirá el trabajo a las mismas durante un período de seis semanas posteriores al parto;

B) La mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo tendrá derecho a abandonar el trabajo cuando presente certificación médica en que se declare que el alumbramiento sobrevendrá probablemente en el término de seis semanas;

C) En cualquiera o en ambos de los casos a que se refieren los apartados anteriores, el patrono reservará a la obrera su puesto en el trabajo durante el tiempo que esté obligada o autorizada a dejarlo;

D) Dicha obligación del patrono persistirá hasta un tiempo máximo de veinte semanas, en el caso de que una mujer abandone su trabajo o permanezca ausente de él durante períodos más largos que los señalados en los apartados A) y B) con motivo de una enfermedad que, según certificado médico, sea consecuencia del embarazo o del parto, y la incapacite para trabajar;

E) El error del Médico o de la Comadrona en el cálculo de la fecha del parto no perjudicará los derechos anteriormente reconocidos a las obreras embarazadas o parturientas.

2.º Las mujeres que tengan hijos en el período de lactancia tendrán derecho a una hora de descanso, divisible en dos descansos diarios, de media hora cada uno, dentro, en todo caso, de las de trabajo, para dar el pecho a sus hijos. Estas medias horas serán aprovechadas por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más trámite que participar al Director de los trabajos, al entrar en ellos, la hora que hubiesen escogido. No será en manera alguna descontable de los jornales la hora destinada a la lactancia.

3.º Durante el tiempo que, según los apartados A) y B) de la disposición 1.º del presente artículo, estén ausentes del trabajo, las obreras tendrán derecho a la asistencia gratuita de un Médico o de una Comadrona y a una indemnización diaria suficiente para su manutención y la del niño en buenas condiciones de higiene».

Para la efectividad de estos derechos se acordó dictar las normas y la reglamentación de un sistema de Caja de Seguro obligatorio con subvención del Estado. Con carácter provisional y hasta la implantación de la Caja del Seguro obligatorio de Maternidad, se estableció un régimen de subsidio tutelar de la trabajadora que dé a luz, que consistía en un subsidio de 50 pesetas, durante un mínimo de reposo obligatorio que después del parto protegiera la salud de la madre y el hijo. Tenían derecho a este subsidio todas las obreras o empleadas que reunieran las condiciones siguientes: «1.º Estar afiliada en el régimen obligatorio del retiro obrero. 2.º No abandonar al recién nacido. 3.º Abstenerse de todo trabajo durante dos semanas» (art. 3 Real Decreto de 21 de agosto de 1923).

Este régimen transitorio se mantuvo hasta la aprobación del Decreto de 22 de marzo de 1929, por el que se establece el Seguro Obligatorio de Maternidad, que entró en vigor el 1 de octubre de 1931. Con este Seguro Obligatorio de Maternidad España trató de adaptarse a lo dispuesto en el Convenio OIT sobre protección de la maternidad de 1919. Este Seguro de Maternidad obligatorio tenía como finalidad garantizar a la asegurada la asistencia facultativa en el embarazo y en el parto y los recursos necesarios para que pudiera cesar en su trabajo antes y después del parto, así como fomentar la creación y sostenimiento de obras de protección a la maternidad y a la infancia.

Las trabajadoras tendrían derecho a esta prestación siempre que estuvieran inscritas en el seguro dieciocho meses antes del parto, hubieran pagado las cuotas durante el período de trabajo, hubieran sido visitadas por el médico por lo menos dos meses antes del parto y justificaran el descanso durante el período de reposo legal. La prestación a la que se tenía derecho era una cuantía fija por parto, cuya cantidad dependía del tiempo cotizado. Se percibían, así, 15 pesetas por trimestre cotizado, con el límite de 180 pesetas. Asimismo, si la madre estuviera dando lactancia natural a su hijo, tenía derecho a un subsidio de 5 pesetas por semana e hijo, que tenía una duración máxima de 10 semanas, y que se acumulaba a lo percibido en concepto de parto.

De este modo, parece que la normativa española se adecuaba a lo previsto en el Convenio núm. 3 de la OIT.

Por lo que se refiere al período franquista, aunque no existía vinculación a la OIT por parte de España, que fue expulsada de la organización, hay que señalar que los artículos 166, 167 y 168 del Texto Refundido del Libro II de la Ley de Contrato de Trabajo aprobado por Decreto de 31 de marzo de 1944, regularon la suspensión por maternidad y lactancia.

El artículo 166 de la LCT reconoció el derecho a la suspensión del contrato de trabajo en el octavo mes de embarazo, siempre que se presentase certificación médica en la que se hiciera constar que el nacimiento se produciría

aproximadamente en el término de 6 semanas, e igual período de 6 semanas de descanso obligatorio después del parto. La obligación del empresario de reservar el puesto de trabajo durante este período se extendía hasta un período de 20 semanas en el caso de que la mujer tuviera que permanecer ausente por un período superior al legalmente concedido por motivo de una enfermedad que fuera consecuencia del embarazo o el parto y la incapacitara para trabajar (art. 167 LCT).

Por lo que se refiere al período de lactancia, se establecía el derecho a una hora de descanso al día, divisible en dos períodos de media hora cada uno (art. 168 LCT).

En el ámbito de la Seguridad Social, la maternidad se incorporó a la cobertura por enfermedad con el Seguro obligatorio de Enfermedad regulado por la Ley de 14 de diciembre de 1942. El Seguro obligatorio de Maternidad quedó integrado en el Seguro de Enfermedad con los mismos derechos y deberes para las mujeres aseguradas (art. 21 Ley de 14 de diciembre de 1942).

El Decreto de 11 de noviembre de 1943 por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Seguro obligatorio de Enfermedad regulaba en el Título II Capítulo I Sección II la asistencia médica en la maternidad y establecía un descanso obligatorio y otro voluntario. Por descanso obligatorio entendía la norma la cesación absoluta de todo trabajo durante las 6 semanas posteriores al parto, y el lapso de tiempo que, en su caso, prescribiera el médico y que podría alcanzar hasta 6 semanas antes del parto (art. 53). Por descanso voluntario se entendía aquel que no prescrito por el médico, disfrutara la asegurada hasta un límite de 6 semanas anteriores a la fecha del parto prevista por el médico del seguro (art. 54). En el descanso voluntario la asegurada no podía elegir la semana o semanas de reposo dentro de las 6 a las que tenía derecho, sino que debían ser las más próximas al parto. En relación con la cuantía de la prestación, era del 60 por 100 del salario percibido, tanto durante el período de descanso voluntario como obligatorio (art. 86 LCT). Los requisitos exigidos para tener derecho a la prestación eran los siguientes: llevar inscrita al menos 9 meses en el seguro obligatorio de enfermedad, haber cotizado al menos 6 meses como mínimo y no realizar trabajo remunerado durante el período de descanso (art. 87). En caso de parto múltiple la asegurada tenía derecho a un premio especial consistente en una cantidad por hijo equivalente a la indemnización que le correspondería recibir por descanso obligatorio (art. 90). También tenían derecho un subsidio de lactancia durante un período máximo de 10 semanas (15 en caso de parto múltiple) (art. 91).

De este modo, la legislación española durante la etapa franquista se adaptaba también a lo previsto en el Convenio núm. 3 de la OIT.

IV. CONVENIO SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD (REVISADO) NÚM. 103, 1952

Este Convenio se aplica a las mujeres empleadas en empresas industriales y en trabajos no industriales y agrícolas, comprendidas las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio. Se amplía, así, el ámbito de aplicación con respecto al Convenio de 1919.

El Convenio señala expresamente las actividades comprendidas en el término empresas industriales, trabajos no industriales y trabajos agrícolas.

Así, la expresión empresas industriales comprende las empresas públicas y privadas y cualquiera de sus ramas, e incluye especialmente: las minas, canteras e industrias extractivas de cualquier clase; las empresas en las cuales se manufacturen, modifiquen, limpien, reparen, adornen, terminen, preparen para la venta, destruyan o demuelan productos, o en las cuales las materias sufran una modificación, comprendidas las empresas dedicadas a la construcción de buques o a la producción, transformación y transmisión de electricidad o de cualquier clase de fuerza motriz; las empresas de edificación e ingeniería civil, comprendidas las obras de construcción, reparación, conservación, modificación y demolición; las empresas de transporte de personas o mercancías por carretera, ferrocarril, vía de agua marítima o interior o vía aérea, comprendida la manipulación de mercancías en los muelles, embarcaderos, almacenes o aeropuertos.

La expresión trabajos no industriales comprende todos los trabajos ejecutados en las empresas y los servicios públicos o privados siguientes, o relacionados con su funcionamiento: los establecimientos comerciales; los servicios de correos y telecomunicaciones; los establecimientos y servicios administrativos cuyo personal efectúe principalmente trabajos de oficina; las empresas de periódicos; los hoteles, pensiones, restaurantes, círculos, cafés y otros establecimientos análogos; los establecimientos dedicados al tratamiento u hospitalización de enfermos, lisiados o indigentes y los orfanatos; los teatros y otros lugares públicos de diversión; el trabajo doméstico asalariado efectuado en hogares privados, así como cualesquiera otros trabajos no industriales a los que la autoridad competente decida aplicar las disposiciones del Convenio.

Por último, la expresión trabajos agrícolas comprende todos los trabajos ejecutados en las empresas agrícolas, comprendidas las plantaciones y las grandes empresas agrícolas industrializadas.

Ahora bien, el artículo 7 del Convenio señala expresamente que todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presen-

te Convenio podrá, mediante una declaración anexa a su ratificación, prever excepciones en la aplicación del Convenio con respecto a:

- a) ciertas categorías de trabajos no industriales;
- b) los trabajos ejecutados en las empresas agrícolas, salvo aquellos ejecutados en las plantaciones;
- c) el trabajo doméstico asalariado efectuado en hogares privados;
- d) las mujeres asalariadas que trabajan en su domicilio;
- e) las empresas de transporte por mar de personas y mercancías.

De este modo, como ha señalado la doctrina², «se produce una apertura significativa del campo de delimitación subjetiva de la acción protectora del Convenio, respecto de su predecesor». En efecto, el Convenio de 1919 había excluido de su ámbito de aplicación el trabajo de las mujeres en el campo; aunque, bien es cierto, la Recomendación 12 de 1921 sobre la protección de la maternidad (agricultura)³ recomendó que los miembros de la OIT adopten medidas para garantizar a las mujeres asalariadas empleadas en las empresas agrícolas una protección, antes y después del parto, semejante a la protección concedida por el Convenio sobre la protección de la maternidad de 1919.

El Convenio puntualiza también que el término «mujer» comprende a toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad, nacionalidad, raza o creencia religiosa, casada o no, y el término «hijo» a todo hijo nacido de matrimonio o fuera de matrimonio. Se amplía así la casuística a la raza y creencia religiosa y se modifica el término «legítimo» por nacido dentro o fuera del matrimonio.

Por lo que se refiere a los derechos que el Convenio reconoce hay que señalar las siguientes diferencias frente al Convenio núm. 3 de 1919:

1. La mujer tendrá derecho, mediante la presentación de un certificado médico en el que se indique la fecha presunta del parto, a un descanso de maternidad cuya duración será, como mínimo, de 12 semanas. De esas 12 semanas, al menos 6 deberán ser tomadas obligatoriamente después del parto. Las 6 semanas restantes podrán disfrutarse, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de las 6 semanas de descanso obligatorio posteriores al parto, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda.

² QUINTERO LIMA, G.: «Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado) 1952 (núm. 103)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 7, número especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019, p. 868.

³ Instrumento retirado. Por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 92.ª reunión (2004).

También el Convenio núm. 3 de 1919 reconocía en realidad el derecho a disfrutar de 12 semanas de descanso, 6 semanas antes del parto y 6 semanas después del parto. Lo que hace el Convenio de 1952 es dotar a esta previsión de mayor flexibilidad de manera que la mujer distribuya 6 semanas de la manera que resulte más conveniente antes o después del parto.

Cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será siempre prolongado hasta la fecha verdadera del parto, y la duración del descanso puerperal obligatorio, es decir 6 semanas, no deberá ser reducida.

2. En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo, la legislación nacional deberá prever un descanso prenatal suplementario al de las 6 semanas cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente. Además, en estos casos, la mujer tendrá derecho a una prolongación del descanso puerperal cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente.

3. Al igual que en el Convenio de 1919, se prevé que durante las doce semanas de descanso de maternidad o durante el tiempo de descanso por enfermedad a consecuencia del embarazo o el parto, será ilegal el despido de la trabajadora. A diferencia del Convenio anterior, el Convenio de 1952 añade que también será ilegal el despido si habiendo sido preavisado con carácter previo a dichas situaciones, el plazo señalado expira durante el período de ausencia por maternidad o enfermedad derivada del embarazo o el parto.

4. Derecho a prestaciones económicas y médicas. En este punto hay una mayor concreción en el Convenio núm. 3. Así, las prestaciones económicas deberán ser fijadas por la legislación nacional y deben garantizar plenamente la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado. Serán concedidas por un sistema de seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos y se concederán a todas las mujeres que reúnan los requisitos que se prevean. Las mujeres que no reúnan los requisitos legalmente exigidos tendrán derecho a recibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de la asistencia pública.

Si se opta porque las prestaciones sean abonadas por un seguro social obligatorio y la cuantía de la prestación se calcula sobre la base de las ganancias anteriores, es decir, sobre el salario percibido antes del descanso por maternidad, la prestación no podrá ser inferior a dos tercios de las ganancias anteriores tenidas en cuenta para computar la prestación.

La contribución a dicho seguro social obligatorio que prevea prestaciones por maternidad correrá a cargo, bien del empresario o bien del empresario y los trabajadores conjuntamente, con respecto a todos los hombres y mujeres

empleados, sin distinción de sexo. Es decir, se contribuirá a dicho seguro por todos los trabajadores a cargo del empresario.

En ningún caso el empleador deberá estar personalmente obligado a costear las prestaciones debidas a las mujeres que él emplea.

5. El Convenio también reconoce a la mujer, en caso de lactancia, el derecho a interrumpir su jornada de trabajo para este fin. A diferencia del Convenio de 1919 que reconocía el derecho a dos descansos de media hora para permitir la lactancia, el Convenio de 1952 no fija una duración mínima a este período de lactancia, de manera que será la legislación nacional la que fije la duración de la interrupción durante uno o varios períodos.

El Convenio permite que la regulación de las interrupciones de trabajo, a los efectos de lactancia, se contenga en la ley o en los contratos colectivos. Si la regulación se contiene en la ley el Convenio señala en su artículo 5.2 que las interrupciones de trabajo deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales. En los casos en que las interrupciones de trabajo por lactancia se rijan por los contratos colectivos, habrá que estar a lo que diga el contrato correspondiente.

Este Convenio fue ratificado por España el 17 de agosto de 1965, con excepción de las personas a las que se refiere el artículo 7 párrafo 1 d) del Convenio: las mujeres asalariadas que trabajan en su domicilio.

V. RECOMENDACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD, 1952 (NÚM. 95)

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 28 de junio de 1952 adoptó diversas proposiciones relativas a la protección de la maternidad que adoptan la forma de una recomendación complementaria del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952.

Estas recomendaciones se dividen en cinco grandes apartados:

1. Recomendaciones relativas al descanso de maternidad.

Se recomienda que el descanso de maternidad se prolongue hasta completar un período de 14 semanas, en lugar de las 12 previstas en el Convenio.

Asimismo, se recomienda que los organismos de control de cada Estado estén autorizados para prescribir, en casos individuales, mediante presentación de un certificado médico, una prolongación suplementaria del descanso durante el embarazo y del descanso puerperal, si dicha prolongación se considera necesaria en interés de la salud de la madre y del hijo, y especialmente cuando existan o puedan producirse condiciones anormales, tales como abortos u otras complicaciones durante el embarazo o el puerperio.

2. Prestaciones de maternidad.

Se recomienda que, siempre que sea posible, la prestación económica por maternidad sea superior a la mínima prevista en el Convenio que, como hemos señalado, prevé que no podrá ser inferior a dos tercios de las ganancias anteriores tenidas en cuenta para computar la prestación. Así, se recomienda que la prestación sea igual al 100 por 100 «de las ganancias anteriores de la mujer que hayan sido tomadas en cuenta para computar las prestaciones».

Por lo que se refiere a las prestaciones médicas debería comprender la asistencia médica general y la asistencia por especialistas en el hospital o fuera de él, e incluso visitas a domicilio; la asistencia odontológica; la asistencia por una comadrona diplomada y otros servicios de maternidad, en el domicilio o en un hospital; la asistencia por enfermeras, en el domicilio, en un hospital o en cualquier otra institución médica; el mantenimiento, tanto en un hospital como en cualquier otra institución médica; el suministro de artículos farmacéuticos, dentales u otros artículos médicos o quirúrgicos, y la asistencia prestada, bajo un control médico apropiado, por miembros de cualquier otra profesión a los que legalmente se considere competentes para proporcionar servicios vinculados a la asistencia de maternidad.

A las prestaciones económicas y médicas se recomienda añadir otras prestaciones en dinero o en especie, tales como canastillas o una asignación para la compra de canastillas, el suministro de leche o una asignación de lactancia a las mujeres que lacten a sus hijos, etc.

3. Facilidades para las madres lactantes y los hijos.

Se recomienda que siempre que sea posible, las interrupciones para la lactancia de los hijos deberían representar una duración total de una hora y media, por lo menos, durante la jornada de trabajo, y deberían permitirse modificaciones, en cuanto a su frecuencia y a su duración, mediante presentación de un certificado médico.

También se recomienda organizar instalaciones para la lactancia de los hijos y guarderías para que puedan recibir los cuidados necesarios durante la jornada de trabajo.

4. Protección del empleo.

En materia de protección del empleo de las mujeres embarazadas se afirma que el período antes y después del parto durante el cual sea ilegal para el empleador despedir a una mujer, debería comenzar a contarse a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de un certificado médico,

del embarazo de esa mujer, y debería ser prolongado por lo menos hasta un mes después de la terminación del período de descanso de maternidad.

En todo caso, deberían ser justas causas de despido durante el período de embarazo la falta grave de la mujer embarazada, la cesión de actividades de la empresa o la terminación de su contrato de trabajo.

Durante la ausencia legal, antes y después del parto, los derechos de antigüedad de la mujer deberían ser salvaguardados, así como su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido en la misma cuantía.

5. Protección de la salud de las mujeres durante el período de la maternidad.

Con el fin de proteger la salud de las mujeres durante el período de maternidad, se afirma que el trabajo nocturno y las horas extraordinarias deberían estar prohibidos a las mujeres embarazadas o lactantes, y sus horas de trabajo deberían estar distribuidas de suerte que puedan disfrutar de períodos adecuados de descanso.

Asimismo, el empleo de una mujer en trabajos considerados por la autoridad competente como peligrosos para su salud o la de su hijo —entre ellos se señalan los trabajos que obliguen a levantar, tirar o empujar grandes pesos, los que exijan un esfuerzo físico excesivo y desacostumbrado, incluido el hecho de permanecer de pie durante largo tiempo, los que requieran un equilibrio especial o los que empleen máquinas que produzcan trepidación— deberían estar prohibidos durante el embarazo y durante tres meses, por lo menos, después del parto o durante más tiempo aún, si la mujer lacta a su hijo.

Por último, se recomienda que las mujeres empleadas habitualmente en un trabajo considerado por la autoridad competente como peligroso para su salud tengan derecho a ser transferidas, sin reducción de salario, a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado. Este cambio de puesto de trabajo debería también concederse por razones de maternidad, en casos individuales, a cualquier mujer que presente un certificado médico en el que se declare que un cambio en la naturaleza de su trabajo es necesario en beneficio de su salud y de la de su hijo.

VI. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MATERNIDAD EN ESPAÑA TRAS LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO NÚM. 103 DE 1952

Cuando en 1965 se ratifica por España el Convenio núm. 103 de la OIT en materia de maternidad, continuaba vigente la LCT de 1944 y la regulación del Seguro Obligatorio de Enfermedad anteriormente descrita.

Con la aprobación ya de la Ley General de Seguridad Social de 1966 la maternidad pasó a considerarse como una situación determinante de incapacidad laboral transitoria, distinguiéndose entre un período de descanso voluntario y otro obligatorio en caso de maternidad (art. 126). Por su parte, el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, reguló, por un lado, el período de descanso obligatorio por maternidad y, por otro, el período de descanso voluntario. Por lo que se refiere, en primer lugar, al período de descanso obligatorio por maternidad, señalaba en su artículo 6.1 que, «en caso de maternidad, se entenderá por descanso obligatorio la cesación absoluta por parte de la beneficiaria de todo trabajo lucrativo, por cuenta propia o ajena, durante las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto, así como el que, en su caso, prescriba el médico que la preste la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y que podrá alcanzar, como máximo, hasta 6 semanas anteriores a la fecha prevista para el parto». El período de descanso obligatorio por maternidad podía tener, por tanto, como máximo 12 semanas (6 obligatoriamente después del parto y otras 6 que podía prescribir el médico si lo consideraba necesario antes del parto). La muerte del hijo no relevaba a la madre de la obligación de descansar los días que faltaren para completar el período obligatorio (art. 6.2). Agotado el período de descanso obligatorio posterior al parto, «si la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria y se encontrase incapacitada para el trabajo, se la considerará en situación de incapacidad laboral transitoria debida a enfermedad común, iniciándose a partir de ese momento, sin solución de continuidad, el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación, con absoluta independencia de los períodos de descanso disfrutados por maternidad».

Por su parte, el período de descanso voluntario por maternidad comprendía «aquel que, no prescrito como obligatorio por el médico que preste a la beneficiaria asistencia sanitaria de la Seguridad Social, disfrute la trabajadora por propia decisión, durante un período de tiempo inmediatamente anterior a la fecha prevista por el médico para el parto y con un límite de 6 semanas» (art. 7).

Una vez comenzado el descanso anterior al parto, tanto si tenía carácter voluntario como obligatorio, la beneficiaria no podía volver al trabajo hasta que hubieran transcurrido las 6 semanas de descanso obligatorio posterior al parto, independientemente de que el parto sobreviniera después de la fecha prevista por el médico (art. 8).

La prestación económica que recibían las trabajadoras en situación de maternidad era la correspondiente a la incapacidad laboral transitoria: un subsidio equivalente al 75 % de la base de cotización en la fecha en que declare iniciada la incapacidad. Con este aumento de la cuantía de la prestación de maternidad que pasó del 60 al 75 % se cumplió estrictamente con el porcentaje requerido en el Convenio 103 de la OIT.

Para ser beneficiaria de este subsidio en los casos de maternidad, la LGSS de 1966 (art. 128) exigía que la trabajadora hubiera estado afiliada a la Seguridad Social al menos 9 meses antes de dar a luz y que hubiera cumplido durante el año inmediatamente anterior un período mínimo de cotización de 180 días.

La norma especificaba que, en caso de maternidad, las beneficiarias deberán abstenerse de todo trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia durante los períodos de descanso obligatorio y voluntario.

Por su parte, la Ley General de Seguridad Social de 1974 no introdujo modificaciones en esta materia y siguió considerando a los períodos de descanso, voluntario y obligatorio que procedan en caso de maternidad, como situaciones determinantes de incapacidad laboral transitoria.

Podemos así afirmar que la normativa española cumplía con el Convenio 103 de la OIT. Donde no cumplía la normativa española lo previsto en el Convenio núm. 103 de la OIT era en relación con las mujeres que no reunieran los requisitos legalmente exigidos para tener derecho a la prestación de la seguridad social correspondiente. En estos casos el Convenio preveía que estas mujeres tendrán derecho a recibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de la asistencia pública. Sin embargo, en España esta previsión no estaba desarrollada.

Asimismo, con la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores de 1980 la legislación española dejó de cumplir la previsión del Convenio 103 de la OIT relativa al descanso obligatorio de 6 semanas después del parto.

En efecto, la Ley de Relaciones Trabajo de 1976, Ley 16/1976, de 8 de abril, amplió el descanso por maternidad a 6 semanas antes del parto y 8 semanas después del parto (art. 25.4). El período posnatal se consideraba en todo caso obligatorio, y a él podía sumarse, a petición de la interesada, el tiempo no disfrutado antes del parto. De esta manera, el período de descanso por maternidad pasó a ser de 14 semanas. Durante este período la trabajadora podría cobrar el subsidio de incapacidad laboral transitoria, en los términos anteriormente señalados. Sin embargo, el Estatuto de los Trabajadores de 1980 estableció el mismo período de suspensión del contrato de trabajo en caso de parto, 14 semanas, pero distribuidas a opción de la interesada (art. 48.4 ET). De este modo, no existía un descanso obligatorio después del parto, sino que la

madre podía distribuir las 14 semanas como considerara oportuno. Este período de descanso por maternidad siguió considerándose incluido en la protección de la incapacidad laboral transitoria.

La Ley 3/1989, de 3 de marzo, amplió el permiso por maternidad a dieciséis semanas y estableció medidas para favorecer la igualdad de la mujer en el trabajo. Asimismo, se asimiló al supuesto de maternidad la adopción de menores de cinco años. En efecto, entre las modificaciones que la Ley 3/1989 introdujo en materia de suspensión del contrato por maternidad destacan las siguientes: la duración pasa a ser de 16 semanas, de las cuales 6 deben disfrutarse obligatoriamente después al parto y el resto se podrá distribuir a opción de la interesada, de manera que la legislación española se adapta al Convenio 103 de la OIT; la duración se amplía a 18 semanas en los casos de parto múltiple; en caso de fallecimiento de la madre el padre podrá usar de las 16 semanas de suspensión; si el padre y la madre trabajan, la madre, al iniciarse el período de suspensión, podrá optar por ceder al padre cuatro semanas de suspensión; se prevé también el derecho a la suspensión del contrato en los supuestos de adopción de menores de cinco años; en estos casos la duración será de 8 semanas si el adoptado es menor de nueve meses, y de seis semanas en los demás casos.

La Ley 8/1992, de 30 de abril, modificó, por su parte, el régimen de permisos a los adoptantes de un menor de cinco años, para dar cabida a la figura del acogimiento, como forma de convivencia del menor con una nueva familia. De este modo, la citada Ley modifica nuevamente el contenido del artículo 48.4 ET para dar a los interesados la posibilidad de optar entre disfrutar del permiso a partir del inicio del acogimiento o de la adopción. Así, en el supuesto de adopción, si el hijo adoptado es menor de nueve meses, la suspensión tendrá una duración máxima de ocho semanas contadas, a la elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Si el hijo adoptado es mayor de nueve meses y menor de cinco años, la suspensión tendrá una duración máxima de seis semanas.

En relación con la Recomendación 95 OIT la normativa española no cumplía las siguientes recomendaciones:

— En primer lugar, por lo que se refiere a la duración del período de descanso por maternidad la Recomendación proponía ampliar el descanso a 14 semanas. Como acabamos de señalar, hubo que esperar a la entrada en vigor de la Ley de Relaciones de Trabajo de 1976 para cumplir este compromiso internacional. Desde entonces la duración del descanso por maternidad pasó a ser de 14 semanas y a partir de la Ley 3/1989 se amplió a 16 semanas.

— En relación con la cuantía de la prestación por maternidad, que la Recomendación núm. 95 de la OIT proponía que pasase a ser del 100 por 100 del salario que se venía percibiendo, en España no fue hasta el año 1994 cuando se introdujo esta previsión. En efecto, hasta la reforma introducida por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, la maternidad en el ámbito de la protección dispensada por la Seguridad Social, se incardinaba, como hemos señalado, dentro de la incapacidad laboral transitoria. Tras dicha Ley, que incluye en la Ley General de la Seguridad Social de 1994 un nuevo Capítulo —el IV bis del Título II— se establece una nueva contingencia de la Seguridad Social, la de maternidad.

Para ser beneficiario del subsidio por maternidad la norma exigía un período de cotización de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

Así, frente a la prestación de incapacidad laboral transitoria a la que se tenía derecho en los supuestos de suspensión del contrato por maternidad, la prestación de maternidad supone una flexibilización de los requisitos de acceso a la misma —pues ya no se exige que la trabajadora hubiera estado afiliada a la Seguridad Social al menos 9 meses antes de dar a luz— y un incremento de la prestación económica que se va a percibir —que pasa del 75 % de la base reguladora al 100 %—.

Por lo que se refiere a las madres trabajadoras que no cumplían los requisitos de acceso a la prestación de maternidad y que estaban obligadas al descanso posparto pero sin cobertura económica, la legislación española no cumplió lo previsto en el Convenio 103 de la OIT (art. 4.5) hasta la entrada en vigor de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que creó la prestación de maternidad no contributiva, que percibirán todas las trabajadoras incluidas en el Régimen General de la Seguridad o en cualquiera de los Regímenes especiales, o por cuenta propia, que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad salvo el período mínimo de cotización (arts. 181 y 182 TRLGSS). De este modo se garantiza que todas las trabajadoras tras el parto van a recibir una cobertura económica, de mayor o menor duración y cuantía, dependiendo de si reúnen o no los requisitos para acceder al subsidio por maternidad (en la

actualidad, subsidio por nacimiento y cuidado de un menor). El único requisito que se exige para acceder a esta prestación es no tener cubierto el período mínimo de cotización legalmente exigido, independientemente de la situación económica del beneficiario. La duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde el parto, el equivalente, por tanto, a las seis semanas de descanso obligatorio.

Las otras prestaciones adicionales, en dinero o en especie, que recomienda introducir en la legislación de los Estados miembros la Recomendación núm. 95 OIT no han llegado a producirse en nuestro país.

— En lo relativo a la lactancia, la Recomendación 95 sugiere una duración total de una hora y media durante la jornada de trabajo. Esta previsión no se cumple en el ordenamiento español que establece un permiso de lactancia de una hora, divisible en dos medias horas (art. 37.4 ET). Como ha señalado la doctrina, «probablemente tampoco cumpla siquiera el Convenio 103 porque el artículo 3 d del Convenio 103 establece el derecho al permiso mientras dure la lactancia, sin configurar límites máximos, en tanto que el artículo 37.4 ET establece la limitación temporal de los nueve meses de edad del hijo»⁴.

— Por lo que se refiere a la protección del empleo de las mujeres embarazadas, no se establecía ninguna previsión específica en la legislación española. Fue el ET de 1980, Ley 8/1980, de 10 de marzo, el que introdujo una mayor protección. En efecto, el artículo 55.6 del ET establecía que «el despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia». Esta previsión, aplicable a todos los trabajadores con contrato suspendido independientemente de cual fuera su causa, permitió declarar nulos los despidos de las trabajadoras con contrato suspendido por maternidad.

La Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modificó determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, suprimió el artículo 55.6 ET, de modo que ya no se consideraba nulo el despido de un trabajador con contrato suspendido. En un despido disciplinario la declaración de nulidad quedaba reservada para el despido que tuviera por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produjera con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Y así pasó al Texto Refundido de la Ley del Es-

⁴ BALLESTER PASTOR, A.: «Pasado y presente de la protección de la maternidad en los Convenios de la OIT y en España», *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, núm. 34, 2014, p. 84.

tatuto de los Trabajadores de 1995. En este sentido, el artículo 55.5 ET ha venido manteniendo desde la reforma de 1994 que «será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador», y a esta previsión se han ido añadiendo supuestos relacionados todos ellos con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Así, la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral, 39/1999, de 5 de noviembre, introdujo en el artículo 55.5 ET una serie de supuestos vinculados al embarazo, la maternidad y el cuidado de hijos, entre los que se encontraba expresamente la suspensión por maternidad, en los que el despido se considerará nulo. Esta relación ha sido posteriormente modificada por disp. Adic. 7.7 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre; disp. Adic. 11.14 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, y, artículo 2.14 del RDL 6/2019, de 1 de marzo.

La Recomendación 95 considera que el despido de una mujer embarazada debe ser ilegal desde el momento en que el empresario sea notificado del embarazo de la mujer, y debería prolongarse hasta un mes después de la terminación del período de descanso por maternidad. La segunda previsión se cumple en nuestro ordenamiento que desde la Ley 39/1999, de 5 de noviembre prolonga la protección no sólo un mes después de la terminación del período de descanso, sino doce meses desde la fecha de nacimiento (art. 55.5 c) ET). Y, por lo que se refiere al momento a partir del cual el despido será considerado nulo, también desde entonces se califica nulo el despido desde el inicio del embarazo y la jurisprudencia constitucional, STC 92/2008, de 21 de julio, ha extendido esta calificación incluso al supuesto en el que el empresario desconozca la situación de embarazo.

— Por último, en relación con la protección de la salud de las mujeres durante el período de maternidad, la Recomendación 95 sugiere la prohibición del trabajo nocturno y las horas extraordinarias a las mujeres embarazadas o lactantes. Esta prohibición no existe en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 26.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, sólo prevé que si los resultados de la evaluación de riesgos revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras embarazadas o en situación de parto reciente, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

Por lo que se refiere a la recomendación relativa al cambio de puesto cuando sea perjudicial para la salud de la mujer embarazada o la de su hijo, hay que recordar que esta recomendación está prevista en nuestro ordenamiento jurídico desde la entrada en vigor de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral. Esta Ley modificó la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, previendo que en los supuestos de maternidad en los que, por motivos de salud de la madre o del feto, se hace necesario un cambio de puesto de trabajo o función y este cambio no sea posible, se declare a la interesada en situación de riesgo durante el embarazo con protección de la Seguridad Social. De este modo, la misma Ley introdujo modificaciones en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y creó una nueva prestación dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, la de riesgo durante el embarazo, con la finalidad de proteger la salud de la mujer trabajadora embarazada.

VII. CONVENIO SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD, 2000 (NÚM. 183)

El 30 de mayo de 2000 en su octogésima octava reunión, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo acordó la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, y de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952. Las propuestas adoptadas revisten la forma de un convenio internacional, el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000, firmado el 15 de junio de dicho año.

Este nuevo Convenio de la OIT en materia de maternidad tiene en cuenta las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), la Declaración de Beijing y Plataforma de Acción (1995), la Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975), la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), así como los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo destinados a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras, en particular el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981.

El Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000, introduce las siguientes modificaciones con respecto a los Convenios precedentes:

— En primer lugar, por lo que se refiere al ámbito de aplicación, tras aclarar que el término mujer hace referencia a toda persona de sexo femenino, sin ninguna discriminación, y el término hijo a todo hijo, sin ninguna discriminación, señala que el Convenio se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente. Por tanto, se amplía el ámbito de aplicación del Convenio al ser indiferente el sector o ámbito en el que se preste servicios.

Ahora bien, todo miembro que ratifique el Convenio podrá, previa consulta con los organizaciones sindicales y empresariales, excluir total o parcialmente del campo de aplicación del Convenio a categorías limitadas de trabajadores cuando su aplicación a esas categorías plantee problemas especiales de particular importancia. En la memoria que presenten sobre la aplicación del Convenio deberán indicar los motivos de su exclusión y las medidas adoptadas con el fin de extender progresivamente la aplicación de las disposiciones del Convenio a esas categorías.

— En relación con la protección de la salud, se prevé que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que sea perjudicial o conlleve un riesgo significativo para su salud o la de su hijo (art. 3).

— Por lo que se refiere al permiso por maternidad, su duración será de al menos catorce semanas. Se amplía, así, en dos semanas respecto del Convenio de 1952.

El permiso por maternidad incluirá un período de 6 semanas de descanso obligatorio después del parto.

El Convenio no fija una duración al período de descanso antes del parto, si bien señala que el período prenatal de la licencia de maternidad deberá prolongarse por un período equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier período de licencia obligatoria después del parto.

— En caso de enfermedad o complicación como consecuencia del embarazo o el parto, se deberá otorgar un permiso, antes o después del período de descanso por maternidad. El Convenio no fija la naturaleza ni la duración de este permiso que queda en manos de la legislación de cada Estado miembro.

— El Convenio 183 no establece novedades con respecto al Convenio de 1952 en lo relativo a las prestaciones pecuniarias a percibir durante el período de descanso por maternidad. Señala que las prestaciones pecuniarias

deberán ser suficientes para asegurar que la mujer pueda mantenerse a sí misma y a su hijo/a en condiciones adecuadas de salud, y con un nivel de vida apropiado. La cuantía de las prestaciones no deberá ser inferior a dos tercios del ingreso previo (o el ingreso considerado para calcular las prestaciones de seguridad social) y deberán ser abonadas por la seguridad social, por fondos públicos o de la manera determinada por la ley y la práctica nacional. El hecho de que los costos de maternidad no recaigan en quienes contratan a mujeres se considera fundamental para protegerlas de la discriminación en el mercado de trabajo. Los Estados miembros deben asegurar que las condiciones requeridas para recibir los beneficios pecuniarios sean tales que la gran mayoría de las mujeres empleadas las puedan cumplir. Además, las trabajadoras que no reúnen estas condiciones o requisitos deben tener derecho a prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de asistencia social. De igual modo, el Convenio establece la provisión de prestaciones médicas a la madre y a su hijo/a, que deberán comprender la asistencia prenatal, durante el parto y postparto, así como también la hospitalización cuando sea necesario (Art. 6).

— En materia de protección del empleo y no discriminación, se recogen en el Convenio las previsiones de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95). Así, se prohíbe el despido durante el embarazo, el período de descanso por maternidad y tras la reincorporación durante el período que determine la legislación de cada Estado miembro, salvo que el despido no esté relacionado con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. En todo caso, la carga de la prueba corresponderá al empresario (art. 8).

Al término del período de descanso por maternidad, se garantiza el derecho de la mujer a reincorporarse a su mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración.

Deberán adoptarse las medidas adecuadas para garantizar que la maternidad no constituye una causa de discriminación en el empleo, incluido el acceso al empleo. De este modo, se prohíbe expresamente que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, salvo que se trate de trabajos que en la legislación nacional estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes o puedan presentar un riesgo para la salud de la mujer y del hijo.

En nuestro país no hay una previsión expresa sobre prohibición de reconocimientos médicos previos a la contratación para determinar si una mujer está o no embarazada. Ahora bien, esta averiguación por parte del empresario iría en contra del derecho a la intimidad, por lo tanto, aunque no haya una pre-

visión expresa al respecto hay que entender que está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, con el fin de proteger a los trabajadores de actuaciones discriminatorias por parte del empresario en el momento de la contratación prevé en su artículo 9.5 que «el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto». La norma utiliza en este caso el término condiciones de salud que, a mi juicio, debe ser interpretado en un sentido amplio relativo a enfermedades que padece el trabajador o cualquier otra circunstancia o factor que puede incidir en la salud del trabajador. Entre ellos, podría incluirse la maternidad.

— Por último, por lo que se refiere al derecho de lactancia, al igual que el Convenio 103 de 1952, no se fija una duración mínima a la reducción de jornada por lactancia, de manera que serán la legislación y la práctica nacionales las que fijen el número y la duración de las interrupciones para la lactancia o la reducción diaria del tiempo de trabajo. No se recogen aquí las previsiones de la Recomendación 95 de 1952 que recomendaba una interrupción de la jornada diaria de al menos hora y media. Estas interrupciones o la reducción diaria del tiempo de trabajo deben contabilizarse siempre como tiempo de trabajo y remunerarse en consecuencia. En este sentido, hay que recordar que en el Convenio de 1952 sólo se establecía esta obligación cuando la reducción de jornada estaba regulada por ley pero no cuando se regulaba por contratos colectivos, en cuyo caso habría que estar a lo que éstos establecieran.

Este Convenio no ha sido ratificado por España lo que resulta sorprendente cuando, además, los cambios que deberían hacerse en nuestra normativa interna serían mínimos.

VIII. RECOMENDACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD, 2000 (NÚM. 191)

Como complemento al Convenio núm. 183 del año 2000, la OIT decidió adoptar diversas proposiciones relativas a la protección de la maternidad que revisten la forma de una recomendación.

Así, se establecen las siguientes recomendaciones que, en general, se cumplen por la normativa de nuestro país, con algunas excepciones como se señala a continuación:

— En primer lugar, la duración del permiso por maternidad debería extenderse a 18 semanas y preverse una prolongación de la licencia de materni-

dad en el caso de nacimientos múltiples. Se deberían adoptar medidas para garantizar que, en la medida de lo posible, la mujer tenga derecho a elegir libremente cuándo tomará la parte no obligatoria de su licencia de maternidad, antes o después del parto.

Esta recomendación no se cumple en nuestro ordenamiento jurídico que continúa previendo una duración del período de suspensión del contrato durante 16 semanas. Sin embargo, es cierto que esta duración recomendada por la OIT ha influido también en las propuestas de reforma de la Directiva 92/85 que en varios documentos proponía una duración de 18 semanas⁵. Finalmente, ninguna de esas propuestas ha llegado a la práctica y la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores regula un permiso parental de cuatro meses.

— Por lo que se refiere a la prestación económica a percibir durante el período de descanso por maternidad, debe intentarse, en la medida de lo posible, que sea igual al salario que se viene percibiendo. Por su parte, las prestaciones médicas deberían incluir:(a) la asistencia de un médico de medicina general o de un especialista en su consultorio, a domicilio o en un hospital u otro establecimiento médico; (b) la asistencia de maternidad de una comadrona diplomada o de otros servicios de maternidad a domicilio, o en un hospital u otro establecimiento médico; (c) la estancia en un hospital u otro establecimiento médico; (d) todos los productos, farmacéuticos y médicos, exámenes y análisis necesarios prescritos por un médico u otra persona calificada; e) la asistencia odontológica y quirúrgica.

— Cuando se prevea un seguro social obligatorio que incluya la cobertura de las prestaciones de maternidad, deberá cotizarse en función del número de trabajadores independientemente del sexo.

— En relación con la protección del empleo y no discriminación, se recomienda que la mujer debería tener derecho a ocupar el mismo puesto de trabajo o un puesto equivalente con la misma remuneración, al terminar el período de descanso por maternidad y que dicho período debería considerarse como período de servicio a efectos de la determinación de sus derechos.

— Se recomienda también medidas en relación con la protección de la salud para garantizar la evaluación de todo riesgo para la seguridad y la salud de la mujer embarazada o lactante y de su hijo en el lugar de trabajo. Los resultados de dicha evaluación deberían ser comunicados a la mujer interesada.

⁵ Propuesta de Directiva presentada por la Comisión para la modificación de la Directiva 92/85 en 3 de octubre de 2008, COM (2008) 637 final.

Cuando exista un riesgo para la mujer embarazada o para el feto, deberían ofrecerse las opciones siguientes: (a) la eliminación del riesgo; (b) la adaptación de sus condiciones de trabajo; (c) el traslado a otro puesto, sin pérdida de salario, cuando dicha adaptación no sea posible, o (d) una licencia remunerada otorgada de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, cuando dicho traslado no sea realizable.

Una mujer embarazada o lactante no debería estar obligada a realizar trabajos nocturnos si un certificado médico establece que ese trabajo es incompatible con su estado y debería poder ausentarse de su trabajo, cuando corresponda, después de notificar a su empleador, con la finalidad de realizar controles médicos relativos a su embarazo.

La mujer debería conservar el derecho a reincorporarse a su trabajo o a un trabajo equivalente una vez que desaparezca el riesgo para su salud.

— Con respecto a las madres lactantes, se recomienda que el número y la duración de las interrupciones diarias para la lactancia se adapten a las necesidades particulares. Además, por acuerdo con el empresario, deberían poder ser agrupadas en un solo lapso de tiempo para permitir una reducción de las horas de trabajo, al comienzo o al final de la jornada. Asimismo, cuando sea posible, deberían adoptarse disposiciones para establecer instalaciones que permitan la lactancia en condiciones de higiene adecuadas en el lugar de trabajo o cerca del mismo.

Esta recomendación no se cumple en nuestro ordenamiento jurídico al no establecerse ninguna limitación a la duración del permiso de lactancia, como tampoco la establece, el Convenio 189. La existencia de instalaciones que faciliten la lactancia tampoco está prevista en la legislación española.

— Por último, la Recomendación también enumera una serie de licencia o permisos relacionados con la maternidad que deberían adoptarse por la legislación de los Estados miembros. Las licencias o permisos que se proponen son las siguientes:

a) En caso de fallecimiento de la madre antes de acabarse el período de licencia postnatal, el padre del niño, si tiene un empleo, debería tener derecho a una licencia de una duración equivalente al tiempo que falte para que expire el período de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

b) En caso de enfermedad o de hospitalización de la madre después del parto y antes de que expire el período de licencia posterior al parto y si ésta no puede ocuparse del hijo, el padre, si tiene un empleo, debería tener derecho a una licencia para ocuparse del hijo de una duración equivalente al tiempo que

falte para que expire el período de licencia postnatal concedida a la madre, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.

Esta previsión no se contiene en nuestro ordenamiento, pero hay que tener en cuenta que en España, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, el nacimiento suspende el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas y del otro progenitor por el mismo período. El propio artículo 48.4 ET señala que este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor. La medida prevista en la Recomendación núm. 191 no tiene, por tanto, el mismo sentido en este caso al tener el otro progenitor un período de suspensión del contrato igual al de la madre para ocuparse el cuidado del hijo.

c) La madre que trabaja o el padre que trabaja deberían tener derecho a una licencia parental durante el período siguiente a la expiración de la licencia de maternidad. La licencia parental a la que hace referencia la OIT es un período de licencia a más largo plazo, al que puede optar uno de los dos progenitores para cuidar de un recién nacido o menor, por lo general, una vez agotada la licencia de maternidad o de paternidad. En nuestro país sería el caso de la excedencia por cuidado de hijos.

d) El período durante el cual podría otorgarse la licencia parental, así como la duración y otras modalidades de la misma, incluidos el pago de prestaciones parentales y el goce y la distribución de la licencia parental entre los progenitores empleados, deberían determinarse en la legislación nacional o de otra manera conforme con la práctica nacional.

e) Cuando la legislación y la práctica nacionales prevén la adopción, los padres adoptivos deberían tener acceso a la misma protección que se reconoce en los casos de maternidad biológica, incluidas licencias, prestaciones y protección del empleo.

LA OIT Y LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR AGROPECUARIO

ANA MATORRAS DÍAZ-CANEJA

Profesora Ordinaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pontificia Comillas
ORCID: 0000-0001-8660-4478

SUMARIO: 1. *La agricultura en el foco de actuación de la OIT desde su constitución*,–2. *Concepto de actividad agraria tomado como referente en la normativa internacional: delimitación e interconexiones con la actividad alimentaria y con la «cuestión rural»*.–3. *Evolución de la intervención y acción protectora de la OIT: tendencias e instrumentos jurídicos, materias y focos*.–4. *Análisis de la proyección presente y futura de la OIT en el sector agrario: retos y objetivos internacionales*.–5. *La acomodación de nuestra normativa y práctica laboral a los estándares internacionales fijados por la OIT para la agricultura*.

1. LA AGRICULTURA EN EL FOCO DE ACTUACIÓN DE LA OIT DESDE SU CONSTITUCIÓN

El sector agropecuario, comprensivo de las actividades agrícolas, ganaderas y forestales, sería objeto de atención específica por parte de la OIT desde bien temprano, como no podría ser de otra forma, atendiendo a su importancia en términos sociales y económicos. Aunque debe hacerse notar, de una parte, que la asunción de competencias en materia agraria por la OIT se demoró algunos años¹; y que el arranque de su acti-

¹ CAVAS MARTÍNEZ, F., *Normativa de la Unión Europea y de la organización internacional del trabajo sobre el trabajo agrario y su protección social*, en AA. VV. (ARIAS DOMÍNGUEZ, A., Coord.),

vidad dirigida a la producción normativa para este sector no estuvo exento de dificultades².

De una parte, en la primera etapa de vida de la OIT, la intervención normativa a nivel nacional focalizada sobre la problemática socio-laboral del sector agropecuario acusaba cierta resistencia y estaba notablemente ralentizada (y debilitada) con respecto a la producción normativa interna aplicable en el ámbito industrial y en el sector del comercio; de modo que, en paralelo, tampoco los Estados estaban en disposición de asumir compromisos en el marco supranacional dirigidos o referidos de manera específica a la agricultura.

El contexto social y económico en el que se desarrollaba el trabajo agrario y, en general, la singularidad de la configuración de las explotaciones y de la actividad agropecuaria considerada globalmente, las dinámicas de empleo más extendidas en dicho sector, junto a las particularidades de la mayoría de las faenas propiamente agrarias, no tardarían mucho en dar paso a una concienciación sobre la necesidad de una intervención verdaderamente adaptada desde la OIT. Pero ello no resultaría sencillo en absoluto; evidentemente no lo era en clave política; pero tampoco en términos técnico-jurídicos, dado que el campo es una realidad sobre la que resulta francamente difícil desplegar actividad normativa, particularmente a escala internacional, incluso sobre aspectos de carácter básico e importancia crítica en el desenvolvimiento de las relaciones laborales. Y ello por múltiples razones que, en esencia, subsisten hoy.

Así, sin ánimo de exhaustividad: de entrada, por desarrollarse principalmente en un entorno rural, por la exposición o interacción de variadísimos factores naturales y meteorológicos que con carácter general imposibilitan a las empresas controlar sus ritmos, dinámicas y el propio objeto de la actividad empresarial y de la ocupación laboral con la misma precisión que en otros ámbitos. Ello razonablemente fuerza a dejar desde la ley un mayor margen de flexibilidad en la gestión de las necesidades empresariales en términos de tiempo de trabajo y, más ampliamente en las fórmulas de empleo y contratación y en la gestión de la mano de obra. Pero, además, el trabajo agrario, sobre todo en esa primera etapa histórica, era un trabajo esencialmente manual y de muy baja cualificación profesional, en su mayor parte protagonizado por personas de bajo nivel sociocultural. La organización y estructura de las explota-

Reformas sociolaborales en el sector agrario. Seguimiento de su impacto y propuestas para la continuación del proceso, Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 101 ss. Da cuenta de que incluso se llegó a cuestionar la competencia de la OIT para la intervención normativa en asuntos agrarios, lo que se resolvió inmediatamente en sentido afirmativo y con gran fuerza.

² Como ya resaltara VÁLTICOS, N., en *Derecho Internacional del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, p. 436.

ciones ha sido durante mucho tiempo de carácter eminentemente familiar (aunque, ciertamente, en las últimas décadas van ganando peso en el sector las explotaciones bajo fórmulas asociativas, así como las empresas de mayor tamaño, a veces con importante proyección exportadora y/o participación de carácter multinacional). Era y sigue siendo hoy un trabajo fuertemente masculinizado y que en los países más desarrollados acusa un envejecimiento notable.

Pero, además, el tipo de empresa agraria respondía y todavía responde hoy, a patrones muy heterogéneos, tanto si tomamos una perspectiva mundial, como regional. Así: en cuanto a la dimensión de la explotación (y en cuanto al título jurídico en virtud del cual se desarrolla la actividad agraria); atendiendo a su carácter abierto o cerrado –invernaderos o viveros–; considerando su ubicación geográfica –y, eventualmente, las características y accidentes geográficos singulares del entorno o del propio emplazamiento de la explotación–; en lo que respecta al tipo y grado de diversificación de cultivos o producciones; en lo concerniente al nivel de modernización –grado de mecanización y actualmente, nivel de digitalización y robotización de los procesos productivos–; en lo que respecta a su carácter tradicional o innovador; en cuanto a la dimensión de las plantillas; en cuanto al tipo de actividades y de las tareas o faenas desarrolladas en el seno de la explotación –su dureza, el grado de especialización técnica requerido, así como el nivel de exposición a variados riesgos profesionales³ consustancial a las mismas–; en cuanto al grado de internacionalización de la actividad comercial desarrollada por la empresa; en cuanto a las circunstancias ambientales y meteorológicas que rodean al trabajo y que influyen en su dureza y peligrosidad; en cuanto al volumen de mano de obra requerido para la atención de las necesidades de la explotación (intensivo vs. extensivo) y respecto al mayor o menor nivel de dependencia de mano de obra extranjera, etcétera. Y esa abrupta diversidad es apreciable dentro y más allá de las fronteras de cada país, incluido el nuestro.

Junto a ello, el peso que la agricultura tiene en el conjunto de la actividad económica de cada Estado difiere mucho, dentro y fuera del territorio de la Unión Europea⁴, lo que explica también que el nivel de sensibilidad por las

³ Manejo de vehículos, maquinaria, herramientas y equipos; manipulación de sustancias químicas peligrosas y/o tóxicas, exposición a agentes biológicos o a condiciones o circunstancias meteorológicas extremas, accidentes geográficos de peligro, etcétera.

⁴ Nada tiene que ver nuestro país con los países en desarrollo o menos desarrollados en donde la agricultura responde a patrones de subsistencia. En nuestro país, el sector agroalimentario viene a aportar más del 10 por 100 del PIB, ocupando el octavo puesto en exportaciones. Aunque depurando esta cifra, según datos del Banco Mundial, la agricultura sólo representa el 2,6%; lo que evidencia que en los últimos años ha perdido peso en el conjunto de la actividad económica, siendo ciertamente preocupante el

cuestiones sociales comprometidas en el sector laboral agrario varíe mucho de unos países a otros⁵.

Y, tomando una perspectiva histórica e internacional, los ritmos en cuanto a la evolución y el desarrollo del sector, así como en lo que respecta al esfuerzo por la innovación y por el perfeccionamiento de los sistemas y técnicas de producción han sido y son muy dispares por regiones y por países; y otro tanto cabe decir en cuanto a los ritmos e intensidad de la intervención pública a través de políticas de apoyo al sector agropecuario, incluidas las de carácter social y laboral que se ocupan del empleo agrario.

Esa acusada diversidad de escenarios explicaría que, tomando una panorámica de más de un siglo de preocupación y de actuación de la OIT en el sector agrario, por una parte, se perciba bien a las claras que ha dado finalmente como fruto una creciente sensibilidad e inquietud a escala internacional por la dimensión social de la agricultura; pero en paralelo es evidente que en los últimos años se registra una desaceleración en la intervención normativa internacional sobre el sector. Esto último, sin embargo, podemos anticipar que se viene compensando ampliamente con una intensa labor promocional de estándares sociales apropiados y de buenas prácticas laborales en el marco agrario, desarrollada a través de muy distintos instrumentos de *soft law* y mediante útiles recursos y herramientas de distinto carácter que los complementan (incluyendo informes que, elaborados por expertos a petición de la OIT, pretenden erigirse en fuente de inspiración para futuras iniciativas de la OIT y para las eventuales intervenciones legislativas y administrativas a nivel interno de cada país).

número de explotaciones que van desapareciendo (según datos del Censo Agrario, el número de explotaciones agrícolas fue de 914.871 en 2020, un 7,6% menos que en el censo de 2009 –datos del INE–). Esta última tendencia responde a múltiples y complejas causas; pero indudablemente viene determinada principalmente por un imparable y alarmante crecimiento de costes (incluidos los sociales) sin un apoyo desde las políticas públicas verdaderamente consistente que pueda mitigarlo en términos aceptables; una pérdida de rentabilidad, llamativa y sostenida en el tiempo, que también va asociada a una deficiente articulación de la cadena alimentaria, así como al declive del medio rural en el que se desenvuelve la inmensa mayoría de la actividad agraria, y que compromete su sostenibilidad futura en el corto y medio plazo. Y no puede obviarse que en nuestro país, pese a la creciente presencia de la llamada agricultura extensiva, esta convive con el modelo tradicional de explotación agraria (de pequeñas dimensiones y carácter eminentemente familiar). Según datos publicados en el referido Censo Agrario de 2020, sobre la base de Unidades de Trabajo Anual Totales (UTATs), que comprende el trabajo asalariado y el trabajo por cuenta propia: en una década la mano de obra en las explotaciones agrícolas se redujo un 7,7%, situándose en la cifra de 851.405. La mano de obra del titular bajó un 3,7% y la referida a los familiares del titular un 49,8%. Por el contrario, la mano de obra contratada aumentó un 16,3% (378.392) y la subcontratada un 13,9% (37.665).

⁵ Vid. AA. VV., *The EU farming employment: current challenges and future prospects*. Research for AGRI Committee, octubre 2019, sobre la estructura familiar vs. corporativa de las explotaciones agrarias; y sobre los patrones de empleo en el sector, destacando las tendencias y haciendo predicciones sobre la evolución futura.

A través de todo ello se ha ido forjando y asentando progresivamente una cultura internacional alineada con el paradigma del «trabajo decente» en el marco agrario⁶, como veremos, a lo que también han contribuido decididamente la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) y la propia ONU⁷.

Efectivamente debe reconocerse que la ONU recientemente ha complementado y ha contribuido a afianzar de manera enérgica la acción de la OIT en el marco agrario y, más ampliamente, en el entorno rural, a través de la aprobación de un ambicioso y exhaustivo instrumento. Concretamente, la Asamblea General aprobaría el 17 de diciembre de 2018 la importantísima «Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los campesinos y otras personas que trabajan en zonas rurales» (elaborada por el Consejo de Derechos Humanos) que toma un enfoque transversal. A través de ella, amén de reforzarse la garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en la parte laboral (individual y colectiva) y en la relativa a protección social⁸ puede decirse que viene a incorporar toda la base normativa social internacional de la OIT definitiva de los estándares mínimos del trabajo decente con una formulación jurídica avanzada⁹. De modo que es evidente que entre la ONU y la OIT ha existido una relación de influencia bidireccional que indudablemente ha fortalecido de manera notable los frutos de sus respectivas medidas de acción sobre el sector agrario¹⁰.

⁶ Sobre el particular, con alto nivel de concreción de las reivindicaciones de los trabajadores agrarios en el marco del Simposio Internacional de Trabajadores sobre el Trabajo Decente en la Agricultura, Ginebra, 15-18 de septiembre 2003, *vid. Trabajo decente en la agricultura*, Educación Obrera 2003/2-3 Números 131-132, pp. 81 ss. (disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---ac-trav/documents/publication/wcms_117579.pdf).

⁷ Publicado el 21 de enero de 2019 y disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/1661560/files/A_RES_73_165-ES.pdf.

⁸ *Vid.*, en especial: artículos 3 (acotación del ámbito de aplicación –subjetivo y funcional–), 4 (derechos humanos y libertades fundamentales, necesidad de erradicación de todas las formas de discriminación por razón de género e impulso al empoderamiento de las mujeres), 9 (derecho de asociación, sindicación y negociación colectiva), 13 (derecho al trabajo, remuneración suficiente, empleo decente, sujeción a control e inspección, erradicación del trabajo infantil y del trabajo forzoso, protección de trabajadores migrantes), 14 (seguridad y salud laboral, protección frente al acoso y la violencia), 22 (protección social), 23 (protección de la salud y acceso a servicios sociales y sanitarios), 24 (vivienda) y 25 (formación adecuada y adaptada al entorno)–

⁹ Expresamente, en el preámbulo de la Declaración se menciona el «*amplio conjunto de convenios y recomendaciones de la OIT sobre la protección de los trabajadores y el trabajo decente*».

¹⁰ Para comprobar las correspondencias existentes entre el texto final de la Declaración y el de los Convenios de la OIT dedicados al sector agrario y al medio rural, pueden consultarse los trabajos preparatorios de la misma. En particular, *vid.* la traducción no oficial del documento A/HRC/WG.15/4/3 –*Fuentes normativas y fundamentos subyacentes al proyecto de declaración sobre los derechos de los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales*, (Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de fecha 11 de mayo de 2017; disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGPLeasants/Session4/A-HRC-WG-15-4-3_sp.docx).

2. CONCEPTO DE ACTIVIDAD AGRARIA TOMADO COMO REFERENTE EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL: DELIMITACIÓN E INTERCONEXIONES CON LA ACTIVIDAD ALIMENTARIA Y CON LA «CUESTIÓN RURAL»

Antes de analizar con cierto detalle los distintos instrumentos normativos y extranormativos internacionales concretos que se han ocupado de la agricultura, es preciso acotar el concepto de «actividad agraria» sobre el que interviene la OIT con instrumentos específicos.

En primer lugar, es pertinente destacar que la normativa de la OIT focalizada sobre la agricultura no toma como base un concepto muy restrictivo, ceñido a las actividades de naturaleza agrícola, forestal y pecuaria en sentido estricto (es decir, aquellas que estén destinadas precisamente a la obtención de materias primas vegetales o animales –i.e. productos primarios agrícolas– para su comercialización) y que en su mayoría¹¹ conforman el primer y principal eslabón de la cadena alimentaria.

Por el contrario, tal y como también ha venido haciendo desde antiguo nuestra normativa laboral interna y es habitual en el marco de la negociación colectiva que la desarrolla, adapta y completa, el ámbito objetivo se expande y comprende ciertas actividades complementarias que eventualmente se desarrollen en la misma explotación agropecuaria. Nos referimos a aquellas operaciones de transformación de las materias primas obtenidas (elaboración de vino, aceite y quesos, por ejemplo) en la medida en que se cumpla una doble condición: que se lleve a cabo con productos propios y que dichas actividades no constituyan una explotación independiente. Y, como es natural, abarca tanto la agricultura extensiva, como la intensiva. Y se extiende tanto a las actividades que se desarrollan en espacios abiertos, como a las que se realizan en espacios cerrados.

De modo que es importante subrayar que la normativa laboral especial agraria, interna e internacional, se aplica no sólo en el campo, sino en el ámbito objetivo más amplio constituido por la «explotación agropecuaria»¹²; y no sólo en lo correspondiente a las faenas agrarias en sentido estricto.

¹¹ No puede obviarse que la agricultura está ordenada a fines que rebasan el correspondiente al principal de la producción de alimentos. Así, entre otros: el cultivo de flores y plantas; la producción de fibras vegetales o animales para su transformación por la industria textil; o la explotación de bosques para la obtención de madera, corcho y papel.

¹² En nuestro Derecho interno, *vid.*, por ejemplo, el concepto acuñado en el artículo 1 de la última Ordenanza laboral del campo de 1975 (derogada por completo con efectos del 1 de enero de 1996); y que se acoge después en el artículo 2 del Laudo arbitral de 6 de octubre de 2000 –todavía vigente, que se dictó para resolver el problema de falta de cobertura convencional tras dicha derogación–. En esta línea amplia se sitúan también las normas especiales en materia de Seguridad Social aplicables en el marco del empleo agrario –por cuenta propia y por cuenta ajena– (*vid.* los arts. 324 y 252 de la vigente LGSS – Real

Pero este ámbito objetivo (expandido o expansivo) debe quedar deslindado perfectamente respecto del integrado por las actividades económicas y laborales propias de la «industria alimentaria» (dentro de la cual se incardinan el sector de alimentación y bebidas, así como todos los subsectores específicos que pueden integrarse en éste) y que caerían de lleno en el siguiente eslabón de la cadena alimentaria.¹³ Aunque conviene advertir igualmente que la OIT también ha dedicado atención específica a ello, particularmente en los últimos tiempos, poniendo el foco de manera global en lo que conocemos como el «sector agroalimentario»; que comprendería, por una parte, al sector agro propiamente dicho que ocupa nuestra atención en el presente estudio, y por otra, a la industria de la alimentación; quedando una zona intermedia difusa correspondiente a ciertos tipos de explotaciones en las que se solapa la actividad agraria en sentido amplio con ciertas actividades comunes o compartidas con la industria alimentaria.

Y en este último punto es pertinente advertir también que, en general la OIT diseña instrumentos de intervención aplicables a toda la actividad agraria en sentido amplio (o ampliado) como ocurre, señaladamente, al acotar el campo de aplicación del convenio «especial» sobre la Inspección de trabajo en la agricultura¹⁴. Pero en ocasiones esa intervención se ha segmentado —especialmente desde los instrumentos de *soft law* de carácter promocional del trabajo decente— diferenciando subsectores: alimentación, bebidas y tabaco, silvicultura, madera y celulosa y papel.

Quizás lo más reseñable es que la propia OIT alcanzaría una cota bien elevada en el seno de su producción normativa sobre el sector agrario, cuando se lanza a diseñar bajo una tremendamente compleja técnica normativa un ambicioso Convenio específico para las «Plantaciones» (el Convenio núm. 110, del año 1958¹⁵) —casi

Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social— respectivamente), así como las cláusulas destinadas a demarcar el ámbito funcional de aplicación de los convenios colectivos generales del campo. *Vid.*, por ejemplo, artículos 1 a 3 del Convenio colectivo para las faenas agrícolas, forestales y ganaderas de la provincia de Sevilla (2022-2025) —*BOP Sevilla* 8 de febrero de 2023—, que aclaran que se extiende a la actividad cinegética o de agroturismo que eventualmente se desarrolle en la explotación.

¹³ De hecho, en nuestra práctica convencional muchos de esos subsectores de la industria alimentaria cuentan con una regulación convencional propia consolidada (industrias cárnicas, industrias lácteas, elaboración de azúcar, conservas vegetales, etcétera.)

¹⁴ Convenio núm. 129 de la OIT, sobre la *inspección del trabajo (agricultura)* adoptado el 25 de junio de 1969 y ratificado por España el 5 de mayo de 1971. Como veremos, el mismo completa y adapta a las particularidades del sector agrario algunos contenidos del Convenio núm. 81 sobre la *Inspección de Trabajo*, adoptado mucho antes para los sectores de la industria y el comercio (11 de julio de 1947) y ratificado por España el 30 de mayo de 1960.

¹⁵ Adoptado el 24 de junio de 1958 y completado con una Recomendación, la núm. 110, de idéntica fecha, así como con un Protocolo, modificativo de su artículo 1, de fecha 18 de junio de 1982.

un código de trabajo agrario¹⁶-. En él se ocupa de abordar, en 12 partes, los distintos frentes de las relaciones laborales agrarias merecedores de sumisión a un sistema normativo articulado y ambicioso de protección social en el más amplio sentido. Concretamente: contratación, reclutamiento, movimientos migratorios, duración de los contratos, poder sancionador, salarios mínimos, vacaciones anuales, descanso semanal, protección de la maternidad, indemnización por accidentes de trabajo, sindicación, conflictos colectivos y negociación colectiva, inspección de trabajo, asistencia médica y vivienda. Pero tan solo quedan comprendidas en el ámbito de dicho Convenio aquellas explotaciones que estén dedicadas a determinados tipos de cultivo o producción para fines comerciales¹⁷ y que se hallen en zonas tropicales o subtropicales, *ex artículo 1.1*)¹⁸. La introducción de esta doble restricción explicaría que España no haya ratificado este convenio. Aun así, no cabe duda de que el análisis de su articulado presenta interés a efectos de nuestro estudio (y en particular, algunas de sus disposiciones) en la medida en que revela de manera nítida cuáles son los focos más críticos en el abordaje normativo sectorial a escala internacional, amén de que todo él guarda completa coherencia con la producción normativa precedente de la OIT dirigida al sector agrario; materializada esencialmente a través de distintos Convenios sobre aspectos puntuales, y que se refuerza o completa mediante diversas Recomendaciones específicas, como veremos.

Aunque principalmente la OIT se ha ocupado de fijar estándares mínimos para los trabajadores por cuenta ajena agrarios, los que podríamos calificar de trabajadores agrarios genuinos, ha manifestado en paralelo especial inquietud por las formas de ocupación o colaboración más débiles, difusas, fronterizas y/o atípicas –en términos jurídicos– igualmente extendidas dentro del sector agropecuario (así: trabajos marginales o ligeros, trabajos itinerantes, vínculos formativos, colaboración familiar, ayudas¹⁹...).

Igualmente, se han atendido las necesidades particulares de protección social de arrendatarios, aparceros y otras categorías singulares equivalentes de

¹⁶ Como señala PUENTE MARTÍNEZ, P., en «Convenio sobre las plantaciones 1958 (núm. 110)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, número especial de conmemoración del centenario de la OIT, 2019, pp. 904 ss..

¹⁷ Café, té, caña de azúcar, caucho, plátanos, cacao, coco, maní, algodón, tabaco, fibras (sisal, yute y cáñamo), frutas cítricas, aceite de palma, quina y piña. Este Convenio no es aplicable a las empresas familiares o pequeñas empresas que produzcan para el mercado local y que no empleen regularmente trabajadores asalariados.

¹⁸ El Convenio se adoptó para acelerar la aplicación de ciertas disposiciones tomadas de convenios preexistentes en ciertas Regiones, aunque en espera de una ratificación de esos convenios por un mayor número de Estados. La realidad es que ha tenido ínfima aceptación.

¹⁹ Y debe retenerse que en nuestro país las viejas Ordenanzas laborales del campo se ocuparon de los familiares, en términos que pueden calificarse de «inclusión mínima» (así, a efectos de descanso dominical y trabajo de mujeres y menores –artículo 7 de la Ordenanza de 2 de octubre de 1969–).

trabajadores por cuenta propia agrarios. Aunque, ciertamente, para estos últimos lo ha hecho más tardíamente y a través de un instrumento que recoge directrices no vinculantes de más amplio espectro: la Recomendación núm. 132, «sobre el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de los arrendatarios, aparceros y categorías similares de trabajadores agrícolas», del año 1968²⁰. Pero desde dicho instrumento se hace visible la inquietud por reforzar esa protección internacional para abarcar en toda su amplitud la ocupación agraria²¹. También es expresiva de esa inquietud de la OIT, la invitación cursada a los Estados que ratifiquen el Convenio núm. 129, sobre la «Inspección en la agricultura» del año 1969, a extenderlo (mediante declaración adjunta al instrumento de ratificación) a arrendatarios, a los partícipes en fórmulas de la economía social (miembros de las cooperativas y otras entidades asociativas agrarias, tales como las sociedades agrarias de transformación, por ejemplo) y a los familiares colaboradores con el productor agrario²².

Por otra parte, conviene puntualizar que, aunque será la actividad agraria el eje material sobre el que gire nuestro estudio, hemos considerado pertinente también incorporar algunas referencias a la intervención singular temprana (y creciente) de la OIT en el ámbito rural. Y ello desde la lógica y la convicción de que, en la medida en que la inmensa mayoría de la actividad agraria se desarrolla en el medio rural, ocupando una posición nuclear en el seno de la economía rural, la «cuestión laboral agraria» es inescindible de lo que puede denominarse la «cuestión rural». De hecho, ése es el enfoque que también viene adoptando la OIT desde la aprobación del Convenio núm. 141, sobre las «organizaciones de trabajadores rurales» en el año 1975²³; y últimamente de

²⁰ De fecha 25 de junio de 1968. Se contemplan múltiples líneas de acción que comprenden, pero trascienden a la dimensión social (bienestar, estabilidad y seguridad en el trabajo, seguridad económica, protección de Seguridad Social...) y que convergen en el objetivo de apuntalar la reforma agraria y el desarrollo rural (disposiciones sobre tenencia de la tierra, régimen de contratación, promoción de cooperativas, acceso a infraestructuras y servicios básicos,...)

²¹ Ése es también el enfoque integrador que tomaría el Consejo de Europa, adoptando el *Convenio Europeo sobre Protección Social de los Agricultores*, el 6 de mayo de 1974 (ratificado por España, aunque con algunas reservas de importancia, el 13 de noviembre de 1987 –BOE 27 de febrero de 1988–). Resulta muy ilustrativo de la preocupación por apuntalar en paralelo el desarrollo rural y la promoción de la agricultura, mediante un completo elenco de mecanismos de protección social de los agricultores, sus familiares y, en su caso, los asalariados que empleen, teniendo en cuenta sus necesidades sociales y las particulares condiciones de las actividades agrícolas.

²² La Declaración de la ONU de 2018 ya mencionada toma, igualmente, ese enfoque transversal, fijando un concepto de *campesino* bien extenso, que comprende a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia, así como a los familiares y otros colaboradores.

²³ Adoptado el 23 de junio de 1975 (y ratificado por nuestro país el 28 de abril de 1978). Su artículo 2 acuña una definición de *trabajador rural* que hace patente esa inseparabilidad: «*todas las personas dedicadas, en las regiones rurales, a tareas agrícolas o artesanales o a ocupaciones similares o conexas, tanto si se trata de asalariados como, [...] de personas que trabajan por cuenta propia, como los arrendatarios, aparceros y pequeños propietarios.*»

manera especialmente incisiva, desde que en 2013 la OIT acogiera el «trabajo decente en la economía rural» como una de sus esferas de importancia decisiva²⁴. Todo ello, también desde la firme convicción de que, en todos los países, para la reducción de los umbrales de pobreza, resulta determinante la dinamización del sector agrario y más ampliamente la activación de todas las actividades que conforman las economías rurales, en su mayoría fuertemente interdependientes y complementarias de esa actividad agraria, pero que la rebasan.

De ahí la preocupación de la OIT por apuntalar, junto a la protección y promoción del empleo agrario, un imprescindible proceso simultáneo de diversificación económica en el entorno rural, así como la transición hacia modelos de explotación agraria más sostenibles en un triple sentido –económico, social y medioambiental–.

En esta línea de acción transversal, de una parte, se asume que la consolidación de la actividad agraria (entendida ésta como sector productor de materias primas; principalmente, aunque no exclusivamente, destinadas a la alimentación) resulta determinante para el desarrollo de las actividades económicas y laborales accesorias o complementarias de la misma. Así, entre otras, son destacables las siguientes: las de preparación, procesamiento, elaboración y embalaje del producto primario, las de construcción y mantenimiento de instalaciones afectadas a la actividad agraria, las de almacenamiento, las de transporte, las destinadas a la comercialización, las de fabricación y mantenimiento de herramientas y equipos agrícolas, los servicios especializados agrícolas y veterinarios, la fabricación y aplicación de productos agroquímicos, el suministro de insumos, etcétera. Y por sí misma la actividad agraria, en definitiva, se convierte en motor básico (si no el principal) de creación de empleo rural en numerosas localidades.

Pero, en paralelo, también se asume por la OIT que el empleo agrario genera una importante fuerza tractora, no sólo para el establecimiento y arraigo de la población en el medio rural, sino también para la apertura del medio rural al desarrollo de otras actividades económicas y profesionales desconectadas de la producción agrícola. En particular, además de poner el foco sobre las destinadas a cubrir los servicios básicos que requiere la población rural (educativo-formativos y socio-culturales, sanitarios, farmacéuticos, de atención a la dependencia, financieros, infraestructuras y redes de suministros básicos, comercio de proximidad para la cobertura de las necesidades de la población rural de toda clase) se ponen en valor otras actividades que contribuyen a convertir el medio

²⁴ Cobra el máximo interés el análisis detenido e integrado de la cronología de intervenciones de la OIT en ambas esferas. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_emp/--emp_policy/documents/publication/wcms_234952.pdf. *Vid.* también la web de la OIT dedicada a la Economía rural: <https://www.ilo.org/global/topics/economic-and-social-development/rural-development/lang--es/index.htm>.

rural en un polo atractivo (así, por ejemplo: manufactura y venta de los productos agrarios, actividad turística –que posibilite la conservación y explotación del ingente patrimonio histórico-artístico del medio rural y los recursos naturales–, artesanía, actividades socioculturales,...). Todo contribuye a crear riqueza y, eventualmente, a atraer nuevas inversiones públicas y privadas hacia el medio rural; y, en definitiva, todo ello opera en una suerte de «círculo virtuoso»²⁵, cuyos efectos positivos trascienden al ámbito socioeconómico. Y en esta línea de acción se hace una llamada a redoblar los esfuerzos y recursos destinados a la promoción del empleo de mujeres y jóvenes y, en definitiva, a asegurar la atracción, la retención y la participación laboral y económica de la llamada «generación soporte», dentro y fuera del sector agrario²⁶, dado que en las zonas rurales se registra un preocupante sobreenvjecimiento de la población y en el trabajo agrario una participación masculina abrumadoramente mayoritaria. En suma, de la solidez del sector agrario depende en buena medida la supervivencia y el desarrollo sostenible del medio rural, a la par que del desarrollo rural depende el futuro del sector agrario. Lo que permite hablar de una circularidad de los retos y problemas del medio rural y del sector agrario.

El «desarrollo rural sostenible», junto al paradigma de la «agricultura sostenible» (en el triple sentido antes mencionado –económico, social y medioambiental) se convierten, así, en dos focos complejos de atención e intervención desde la OIT, que interactúan con el objetivo primitivo y básico perseguido por la OIT de mejorar los estándares sociales mínimos internacionales aplicables al empleo agrario. Y en idéntica línea se mueve la ONU a través de la reciente y verdaderamente potente y contundente «Declaración sobre Derechos de los Campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales», ya mencionada²⁷.

²⁵ Cfr. OIT, *Diversificación económica de la economía rural. Trabajo decente en la economía rural. Notas de orientación de políticas*. Noviembre de 2019. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_437215.pdf.

²⁶ Nuestro país no ha sido ajeno a todo ello. Es ciertamente destacable la labor realizada desde el Consejo Económico y Social de España desde hace años en esta temática, promoviendo de manera firme el desarrollo de todas las Políticas Públicas comprometidas en el amplísimo y complejo campo del despoblamiento y del desarrollo rural sostenible, formulando para ello consistentes propuestas. Vid. los dos magníficos informes elaborados con tal propósito, que sin duda en los últimos años han sido referente y fuente de inspiración cualificada para la formalización de estrategias públicas en el marco de la lucha contra el despoblamiento y para la adopción de planes y medidas concretos. Informe 02|2021, *Un medio rural vivo y sostenible*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, <https://www.ces.es/documentos/10180/5250220/Inf0221.pdf> (agosto 2021). Informe 01|2018, *El medio rural y su vertebración social y territorial*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, <https://www.ces.es/documentos/10180/5182488/Inf0118.pdf> (abril 2018).

²⁷ El enfoque integrador de la cuestión social agraria y de la cuestión rural también subyace al Convenio Europeo adoptado por el Consejo de Europa sobre *protección social de los agricultores*, del año 1974, ya citado.

3. EVOLUCIÓN DE LA INTERVENCIÓN Y ACCIÓN PROTECTORA DE LA OIT: TENDENCIAS E INSTRUMENTOS JURÍDICOS, MATERIAS Y FOCOS

Lo cierto es que la OIT a lo largo de su historia ha venido actuando en el sector agrario empleando distintas técnicas e instrumentos y aplicando un grado de ambición intervencionista muy dispar (en cuanto al nivel de concreción de estándares mínimos internacionales). Identificamos a continuación las tendencias evolutivas, así como los focos y materias objeto de atención específica.

1.º **Los Convenios**²⁸:

Su acción normativa más incisiva se ha articulado mediante la adopción de Convenios, a través de los cuales se enuncian principios y reglas de carácter vinculante a nivel interno; y por lo que respecta al sector agrario se pueden identificar tres tipos de intervención: a) la extensión lisa y llana –a veces con marcado retraso– de la normativa ya adoptada para otros sectores, aprobando convenios que abordan la cuestión del empleo agrario de manera específica; b) la adaptación, flexibilización o modulación de lo ya adoptado para otros sectores, disponiendo regulaciones particulares para el campo en convenios específicos; lo que a veces se materializaría rebajando los estándares mínimos o prescindiendo de su determinación en determinadas materias; y c) la integración –ya sea expresa o implícita– en el campo de aplicación de convenios que podemos calificar de «generalistas» (en definitiva, aquellos que se aplican indistintamente en todos los sectores de la actividad económica).

Es oportuno destacar que será ya en el año 1921 cuando se intervenga por primera vez en el sector agrario con verdadera determinación, mediante la adopción de tres Convenios. En primer lugar, el Convenio núm. 10²⁹ para fijar una «edad mínima de admisión al trabajo agrícola»; cuestión ésta, de indudable carácter perentorio, habida cuenta de la generalización del trabajo familiar en

²⁸ Vid. TRILLO GARCÍA, A. R., «La Perspectiva internacional y constitucional», en VV. AA. *Protección social de los trabajadores del campo en el Estado social autonómico: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2019, pp. 15 a 46, quien recoge una descripción de contenidos concretos de los Convenios a los que nos referimos en este apartado.

²⁹ De 16 de noviembre de 2021, ratificado por España el 29 de agosto de 1932, que quedaría denunciado automáticamente el 16 de mayo de 1977, al ser sustituido por el *Convenio (Fundamental) núm. 138, sobre edad mínima*, adoptado el 26 de junio de 1973, para su aplicación a todos los sectores de actividad y que eleva el límite a 16 años.

el marco agropecuario con relevante participación de niños de cortísima edad; lo que, objetivamente, además de comprometer sus posibilidades de acceso a la educación y de disfrute de suficiente tiempo de descanso y de ocio, exponía a los menores a situaciones de especial vulnerabilidad en términos de salud. Pero lo cierto es que entonces se establecieron limitaciones menos estrictas que las aplicables en el sector industrial y en el del trabajo marítimo; entre otras razones, porque estaba extendida la convicción de que este tipo de trabajo, al realizarse al aire libre, resultaba saludable e incluso beneficioso para los niños; y se entendía también que no existía riesgo de abuso por desarrollarse en un ámbito familiar³⁰. Ese mismo año se adopta también el Convenio sobre «el derecho de asociación de los trabajadores agrícolas» (Convenio núm. 11)³¹, cuyo objeto fue el de garantizar la plena equiparación de éstos a los trabajadores del sector industrial. Y, en tercer lugar, se adopta el Convenio núm. 12³², «sobre la indemnización por accidentes de trabajo en la agricultura».

Pero debe repararse en que ese mismo año se retiraría del orden del día de la Conferencia la cuestión de la duración del trabajo en la agricultura, lo que ofrece una idea bien clara de la ya apuntada notable dificultad o resistencia inicial de los Estados para intervenir normativamente en este sector económico.

Con todo, en esta primera etapa no tardaría en adoptarse otro Convenio de gran importancia, el núm. 25, «sobre el seguro de enfermedad en la agricultura», en el año 1927³³; que supone un importante complemento del mencionado Convenio núm. 12, y que permite vislumbrar una inquietud especial de la OIT por el campo en términos de protección social frente a contingencias.

En el año 1933 se adoptarían tres nuevos convenios que incidirían de nuevo sobre el régimen de protección social de los trabajadores agrarios, imponiendo la cobertura a través de seguros obligatorios frente a determinados tipos singulares de contingencias: el Convenio núm. 36, sobre el «seguro de vejez» en la agricultura el Convenio núm. 38 sobre el «seguro de invalidez en la agricultura» y el Convenio núm. 40 sobre el «seguro de muerte en la agricultura». Sin embargo, España no los ratificó³⁴.

³⁰ Se fijó la edad mínima en 14 años; pero la restricción se «levantaba» para trabajos ligeros y que no coincidieran con las horas y el calendario escolares. En extenso, JARDÓN PARDO DE SANTAYANA, P. «Convenio sobre la edad mínima (agricultura) 1921 (núm. 10)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, número especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019, pp. 507 ss..

³¹ De 25 de octubre de 1921, ratificado por España el 29 de agosto de 1932.

³² De 12 de noviembre de 1921, ratificado por España el 1 de octubre de 1931.

³³ De 15 de junio de 1927, ratificado por España el 29 de septiembre de 1932. Este convenio ha sido superado.

³⁴ Los tres Convenios se adoptaron el 29 de junio de 1933. Y se han visto superados, al igual que el Convenio núm. 25 por el Convenio núm. 128, sobre *las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes*,

No se intervendría de nuevo en el marco agrario hasta los años cincuenta; y desde entonces hasta nuestros días, solamente se han adoptado seis Convenios sectoriales más, con la secuencia siguiente: el Convenio núm. 99, sobre los «métodos para la fijación de salarios mínimos en la agricultura», de 1951³⁵, el Convenio núm. 101, sobre «vacaciones pagadas en la agricultura», de 1952³⁶ y el ambicioso Convenio núm. 110, sobre «las plantaciones», de 1958 (aunque conviene recordar que este no se ha ratificado por nuestro país).

El campo volvería a estar en el foco de la OIT en el año 1969, adoptándose el importantísimo Convenio de la «Inspección de trabajo en la agricultura» ya mencionado; y con relativa inmediatez, a través de otro convenio que cuenta con un indudable interés y recorrido dentro del sector agrario, pero que toma una perspectiva más amplia, comprensiva de todo el empleo rural, y que está plenamente vigente: el referido Convenio núm. 141, «sobre organizaciones de trabajadores rurales», del año 1975³⁷). Este último se adopta con el ambicioso objetivo de promover la acción asociativa y sindical en el medio rural (como medio de visibilizar las singulares necesidades, problemas y reivindicaciones de los trabajadores rurales) así como fomentar la participación institucional de las asociaciones y organizaciones sindicales, en aras de conseguir activar los necesarios procesos de reforma agraria y de desarrollo rural social y económico; y, en particular, con el fin de posibilitar una mejora de las condiciones de empleo y de vida en ese ámbito rural³⁸.

La última intervención específica para el campo tuvo lugar en el año 2001, a través del Convenio núm. 184, centrándose en una cuestión singularmente

del año 1967, con el propósito de sustituir a todos los convenios internacionales sectoriales aprobados con anterioridad, no sólo para la agricultura, sino también para la industria y otros sectores. España tampoco ha ratificado dicho Convenio.

³⁵ Ratificado por nuestro país el 4 de junio de 1970. Continúa en vigor, y supone una adaptación del Convenio núm. 26, sobre los *métodos para la fijación de salarios mínimos* de 16 de junio de 1928, aplicable a la industria. Obligando a fijar mediante métodos apropiados tasas mínimas de salarios, e imponiendo límites a los pagos en especie. Y queda complementado por el posterior Convenio núm. 131, sobre la *fijación de salarios mínimos*, de 22 de junio de 1970, de aplicación a todos los sectores y ratificado por España el 30 de noviembre de 1971.

³⁶ Adoptado el 26 de junio de 1951 (ratificado por España el 5 de mayo de 1971) superado y desplazado por el Convenio núm. 132 sobre *vacaciones pagadas* de 1970 (de fecha 24 de junio de 1970) ratificado por nuestro país el 30 de junio de 1972. Lo que de entrada supuso un notable avance, desde el momento en que el convenio especial no establecía una duración mínima para el descanso anual, mientras que el convenio núm. 132 fijó un mínimo de 3 semanas laborables por año.

³⁷ De 23 de junio de 1975, ratificado por España el 28 de abril de 1978.

³⁸ Como se ha avanzado, en numerosísimos instrumentos la *cuestión rural* es el foco de atención o consideración singular por parte de la OIT. Aunque tan solo en el Convenio núm. 141 se incide en el *empleo rural* en términos monográficos y frontales, es pertinente advertir que ya en el Convenio núm. 117, sobre *política social (normas y objetivos básicos)* del año 1962, en sus artículos 4 y 5 se incorporaron objetivos ambiciosos y transversales, mostrando especial inquietud y sensibilidad por la actividad agraria y el ámbito rural. Este último se adoptó el 26 de junio de 1962 y fue ratificado por España el 8 de mayo de 1973.

crítica, cual es la concerniente a la «seguridad y la salud en la agricultura», contemplando un amplio elenco de materias y aspectos críticos a abordar, en términos de prevención, control y, en su caso, sanción³⁹. Se trata de un ambicioso y bastante pormenorizado convenio, que incluso introduce obligaciones en lo concerniente a bienestar y alojamiento. Este convenio, sin embargo, sorprendentemente no ha sido ratificado aún por España; pero debe advertirse que recientemente se ha iniciado el proceso para ello.

Haciendo un apretado balance, la intervención de la OIT en el marco de las relaciones laborales del sector agropecuario mediante Convenios ha sido, como se ha podido comprobar, relativamente parca y parcial; particularmente, si se compara con lo que ocurre con otros sectores que cuentan con un profuso marco normativo internacional (trabajo marítimo, por ejemplo). Evidentemente, ello puede encontrar justificación en la existencia de abruptas diferencias –regionales y por países– en cuanto a los estándares sociales mínimos de partida y en cuanto a la solidez de la cultura protectora y promocional del empleo agrario; lo que razonablemente dificulta el logro del consenso necesario para intervenir a escala internacional con propósito firme de impulsar mejoras sociales. Con todo, como se comprobará seguidamente, ese aparente debilitamiento de la intervención de la OIT se ha compensado ampliamente mediante la aprobación de un abundante número de Recomendaciones dirigidas al sector agrario, así como a través de otros instrumentos «más blandos» en términos jurídicos (ya que no cuentan con sistemas de denuncia, ni con mecanismos coactivos de cumplimiento, ni abren vías formales de reclamación y de fiscalización judicial); lo que indudablemente ha propiciado una transición progresiva hacia un modelo de relaciones laborales en el sector agrario más potente en clave social y ha dotado de más fuerza expansiva e inmediatez a la intervención de la OIT para avanzar por la vía del progreso social, al no tener que vencer la eventual resistencia de los Estados a su ratificación. Y, en cualquier caso, no puede pasarse por alto la inclusión del sector en los convenios de general aplicación a todos los sectores económicos (de modo que quedarían cubiertas por Convenios todas y cada una de las materias laborales básicas); lo que, por otra parte, ha supuesto en algunos casos la denuncia automática de los convenios específicos del sector agrario, al aprobarse aquéllos.

En realidad, valorando globalmente toda la acción de la OIT desplegada sobre el sector durante más de 100 años, puede concluirse que no ha habido una producción normativa específica y especializada dirigida verdaderamente a definir una suerte de orden público laboral de proyección internacional adap-

³⁹ Adoptado el 21 de junio de 2001.

tada. De modo que para buena parte de los aspectos básicos y críticos de las relaciones laborales individuales son de aplicación los convenios internacionales «generalistas» (desde los cuales, no debe obviarse, se da amplio juego a la negociación colectiva en numerosas materias y en múltiples aspectos). Quedando en manos de los Estados la decisión de intervenir para adaptar las disposiciones laborales generales, ya sea por vía legislativa y/o convencional, a las necesidades sectoriales (siempre que tales convenios internacionales generalistas lo posibiliten y, eventualmente, dentro de los márgenes o límites señalados en ellos).

Y cabe poner de relieve que como realmente se ha conseguido avanzar más ha sido a través de un Convenio específico de carácter instrumental, el ya mencionado núm. 129, de 1969, «sobre la Inspección de Trabajo en la agricultura» (que, es importante resaltar que está catalogado como Convenio de gobernanza; y por ende, prioritario). Este último Convenio fuerza a los Estados que se adhieran al mismo a abrir paso al control efectivo por la autoridad laboral del cumplimiento de todo el núcleo duro del orden público laboral en el sector agrario, tal y como dicho núcleo esté definido en su propia legislación laboral interna (y concretamente, en las siguientes materias: jornada, horario, salario, vacaciones, descansos, seguridad y salud laboral y empleo de menores y mujeres).

2.º **Las Recomendaciones**⁴⁰:

La acción normativa complementaria de la OIT, bajo el formato de directrices no vinculantes sistematizadas en Recomendaciones dirigidas al sector agrario (que, como se sabe, podrían reforzar o completar a los convenios ya adoptados por la OIT o bien formularse para operar de manera independiente) responde al mismo triple esquema y orientación que el ya señalado en el presente estudio al analizar los Convenios. Efectivamente, recurriendo a Recomendaciones se ha actuado en el terreno de la agricultura con distintos enfoques o planteamientos: para una extensión demorada y/o para la adaptación de las directrices ya previstas para otros sectores económicos; o bien para la integración del sector agrario, sin particularidades, junto al resto de sectores en el marco de las recomendaciones generales, de proyección transversal sobre toda la actividad económica. Se han aprobado un total de 14 recomendaciones dirigidas al sector agrario, que detallamos a continuación.

⁴⁰ Vid. TRILLO GARCÍA, A., *op. cit.*, pp. 46 a 64, quien recoge una descripción de contenidos concretos de las Recomendaciones a las que nos referimos en el presente epígrafe.

Las primeras siete recomendaciones se aprobaron en el año 1921, ocupándose de aspectos realmente perentorios en el ámbito de la agricultura (Recomendación núm. 11 sobre el «desempleo»; Recomendación núm. 12 sobre «protección de la maternidad»⁴¹; Recomendación núm. 13, sobre el «trabajo nocturno de las mujeres»; Recomendación núm. 14 sobre el «trabajo nocturno de los menores»; Recomendación núm. 15, sobre «la enseñanza técnica agrícola»⁴²; Recomendación núm. 16, sobre «el alojamiento»⁴³; Recomendación núm. 17, sobre «el seguro social» (este último, para cubrir enfermedad, invalidez, vejez y otros riesgos sociales análogos)⁴⁴.

Hasta treinta años después no se retoma la actividad bajo el formato de Recomendaciones. En primer lugar, en paralelo con la letra y el espíritu de los correspondientes Convenios, y como complemento de los mismos, vieron la luz dos Recomendaciones más: la núm. 89, sobre «los métodos para la fijación de salarios mínimos en la agricultura» (1951) y la núm. 93, sobre «vacaciones pagadas en la agricultura» (1952)⁴⁵.

En el año 1956 se aprueba la Recomendación sobre la «formación profesional en la agricultura» (que vendría a sustituir a la Recomendación sobre «enseñanza técnica») con ambiciosos objetivos de mejora de la empleabilidad para combatir el problema del desempleo y el subempleo en el ámbito rural. Con ese propósito, en ella se aborda con pormenorizado detalle esta cuestión, poniendo el foco no sólo en la actividad agraria, sino también en el empleo rural, identificando principios, objetivos y métodos formativos, impulsando la participación de organizaciones de agricultores y de trabajadores agrícolas y concretando distintos tipos de acciones desplegadas tanto a nivel nacional, como internacional⁴⁶.

En el año 1968 ve la luz la ya mencionada Recomendación núm. 132, «sobre el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de los arrendatarios, aparceros y categorías similares de trabajadores agrícolas» y en el año 1969 la Recomendación núm. 133, sobre «la inspección de trabajo en la agricultura», que complementa al importante Convenio sobre la materia del mismo año, incorporando algunas directrices a tomar en consideración para la

⁴¹ Ambas Recomendaciones fueron retiradas por decisión de la Conferencia en las reuniones núm. 90 (2002) y núm. 92 (2004), respectivamente.

⁴² Se retiró por decisión de la Conferencia en la reunión núm. 90 (2002).

⁴³ Se retiró por decisión de la Conferencia núm. 92 (2004).

⁴⁴ Esta Recomendación requiere medidas adicionales para asegurar su relevancia futura.

⁴⁵ Esta Recomendación ha sido superada.

⁴⁶ Esta Recomendación ha sido sustituida por otra de alcance general (Recomendación núm. 150, sobre *desarrollo de los recursos humanos*, del año 1975); que, a su vez, ha sido sustituida por la Recomendación núm. 195, sobre *desarrollo de los recursos humanos* del año 2004. Resulta sorprendente que en esta última se eliminan todas las disposiciones singulares que recogía la anterior sobre zonas rurales, empleo rural y trabajadores agrarios.

delimitación de las competencias y las líneas de intervención de la inspección de trabajo, acordes con la singularidad del trabajo agrario y el entorno rural, que podrían calificarse de proactivas y verdaderamente ambiciosas, al rebasar ampliamente el terreno de las actuaciones de control y de sanción de irregularidades en el marco del empleo agrario.

En el año 1975 se adopta la Recomendación núm. 149 sobre las «organizaciones de trabajadores rurales», de carácter bien ilustrativo sobre los focos y líneas de acción deseables para que se promueva la constitución de este tipo de organizaciones y que las mismas puedan erigirse en verdaderos protagonistas y precursores de los obligados procesos de reforma agraria y de desarrollo rural –social y económico–.

Y no será hasta el año 2001 cuando se apruebe una nueva (y última) Recomendación sectorial para el campo: la núm. 192, «sobre la seguridad y la salud en la agricultura» (en paralelo al convenio sobre la misma materia y como complemento del mismo, con alto grado de detalle).

3.º El «soft law» focalizado sobre el sector agrario:

Desde una perspectiva formal, en las últimas décadas la acción de la OIT en lo que respecta a la atención específica del sector agrario toma un enfoque menos incisivo. Su acción, de naturaleza promocional, no va ya acompañada de la formulación de reglas o principios vinculantes especiales, ni siquiera de enunciados bajo el formato de recomendaciones singulares. Pero lo cierto es que la OIT continúa identificando en el sector agrario múltiples focos necesitados de atención, retos o desafíos que habrá que afrontar, etcétera.; lo que no deja de ser una forma de recomendar líneas de acción normativa, señalando los focos de atención para la negociación colectiva, los puntos críticos a fiscalizar por la autoridad laboral, y eventualmente los aspectos a considerar en clave de responsabilidad social empresarial.

Y lo que es más importante, en clave material, puede concluirse a modo de balance general de la actuación de la OIT que en la última década se detecta un cambio hacia un enfoque más ambicioso, aunque los instrumentos empleados sean más débiles en términos de fuerza vinculante. Es innegable que existe preocupación por promover de manera decidida la sostenibilidad del sector agrario, combinando para ello diversos objetivos inseparables y que se retroalimentan: «productividad-sostenibilidad-trabajo decente»⁴⁷.

⁴⁷ La FAO, en su labor promocional de los principios de la *agricultura sostenible*, incorpora también el objetivo de avanzar en lo concerniente a los estándares del *trabajo decente* junto a otros objetivos com-

Desde esa lógica más compleja y ambiciosa que requiere un planteamiento transversal, la OIT viene a ocuparse de dos frentes indisolubles: el social y el económico-productivo; y enlazando este último, a su vez, con el medioambiental⁴⁸. Y, como no puede ser de otra forma, todo ello se contextualiza en el marco rural en el que se desenvuelven las relaciones de empleo agrario para poner de relieve, con perspectiva ampliada e integradora los retos, desafíos, oportunidades y riesgos y las carencias singulares.

Lógicamente la OIT se preocupa y se ocupa de países no desarrollados o en vías de desarrollo, pues indudablemente en ellos se concentra e intensifica la problemática de la precariedad laboral y la inaplicación de los estándares sociales mínimos, e incluso la falta de respeto de los derechos humanos.

Pero también están en el punto de mira de la acción desplegada desde la OIT los países desarrollados, en los que el riesgo de no cubrir las exigencias mínimas del paradigma de trabajo decente obviamente subsiste e incluso podría verse incrementado (particularmente, si se repara en la creciente participación de trabajadores migrantes, muchas veces en situación de irregularidad y que, por ello, amén de ser protagonistas del trabajo no declarado, están más expuestos al riesgo de que no se les garantice no ya la igualdad de trato, sino ni siquiera el disfrute de condiciones de vida y de trabajo acordes con los mínimos garantizados para los trabajadores locales).

En esta línea de *soft law* emanado de la OIT, parece pertinente poner en valor el «Informe sobre trabajo decente y productivo en la agricultura» (del año 2019). Y es también especialmente valioso el esfuerzo por recoger en una bien apretada síntesis las líneas y los focos sobre los que actuar para avanzar por la senda de los estándares del llamado «trabajo decente en el ámbito rural»; comprendiendo, aunque superando, el ámbito del trabajo estrictamente agrario, como ya se ha apuntado. Es destacable, en este sentido, un documento de trabajo, de carácter orientativo y sumamente ilustrativo, titulado «Empoderamiento de trabajadores, empleadores y comunidades rurales a través de las Normas Internacionales del Trabajo»⁴⁹(del año 2012). Junto a ello, conviene

plementarios de fuerte componente social. En este sentido, subraya su esencialidad para el desarrollo agrícola, para la reducción de la pobreza y para garantizar la seguridad alimentaria y nutricional. Pero se pone también el foco en el objetivo de salvaguardar los recursos y medios de vida del ámbito rural, alineándose en paralelo con el objetivo de promoción de empleos productivos. Y para el desarrollo de esta línea de intervención integradora la FAO viene recibiendo el apoyo técnico de la OIT.

⁴⁸ Y no puede obviarse que los empresarios y trabajadores agrarios juegan un importante papel, para la contención del deterioro del medioambiente y conservación de la biodiversidad, no sólo por la obligación de cuidado y de evitar agresiones y daños, sino también –y es muy importante resaltarlo– por los beneficios que el mantenimiento y dinamización de la actividad agraria por sí misma reporta al medio ambiente.

⁴⁹ https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2012/112B09_98_span.pdf.

poner en valor como fruto singular de esa intensa y sostenida acción promocional desarrollada por la OIT⁵⁰, la identificación de una serie de directrices que pretenden orientar las políticas nacionales sobre la promoción de «trabajo decente» en una economía rural, y que se complementa y refuerza con la puesta a disposición de herramientas y técnicas concretas⁵¹.

Resulta evidente que en el seno de la OIT en las últimas décadas: por una parte, no se percibe la necesidad (o la oportunidad) de intervención internacional a escala sectorial mediante instrumentos normativos singulares, con importantes excepciones (por ejemplo: trabajo marítimo y pesca o trabajo doméstico) y concentrando su producción normativa en convenios y recomendaciones de aplicación general. De modo que no puede obviarse que a partir del año 2001, cuando ven la luz el último convenio y la última recomendación específicamente dirigidos a la agricultura, el sector agrario queda, a la postre, implícita o expresamente incluido en los Convenios y Recomendaciones de la OIT «generalistas» que sucesivamente van adoptándose; aunque no debe descartarse, por ello, que a escala nacional pueda eventualmente abrirse paso, en cumplimiento de las exigencias normativas internacionales de proyección general, ya sea desde la ley y/o desde la negociación colectiva, al diseño de marcos normativos singulares, adaptados a la singularidad del campo.

4. ANÁLISIS DE LA PROYECCIÓN PRESENTE Y FUTURA DE LA ACCIÓN DE LA OIT EN EL SECTOR AGRARIO: RETOS Y OBJETIVOS INTERNACIONALES

Realizar en el momento presente un análisis crítico y con proyección de futuro de la normativa laboral aplicable al sector agrario, integrando el marco supranacional con el interno, y en definitiva, centrar la atención en las relaciones laborales del campo cobra máximo interés dado que el sector agropecuario está nuevamente en el punto de mira, tanto en nuestro país, como en otros países desarrollados de nuestro entorno (aunque ello está teniendo lugar desde inquietudes, sensibilidades y enfoques enfrentados).

Por una parte, de la sostenibilidad del sector a medio y largo plazo y del fortalecimiento del empleo agrario dependen múltiples objetivos críticos en cla-

⁵⁰ Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F., en «Normativa de la Unión Europea...» *cit.*, pp.107 ss., en donde se da cuenta de numerosas iniciativas y actuaciones dirigidas a la OIT o desde la OIT de la primera década del presente siglo que promueven el trabajo decente en la agricultura.

⁵¹ *Cartera de notas de orientación de políticas sobre la promoción del trabajo decente en la economía rural* (accesible a través del enlace: https://www.ilo.org/global/topics/economic-and-social-development/rural-development/WCMS_436225/lang--es/index.htm).

ve de la Agenda 2030. Distintos Objetivos para el Desarrollo Sostenible (ODS) conectan de lleno con el sector y su problemática. Y es innegable, como ha recordado recientemente la Asamblea General de Naciones Unidas⁵², que para su consecución juega un papel clave la contribución de los trabajadores agrarios, junto a la correspondiente a quienes trabajan en el medio rural en otras ocupaciones; y ello a muy distintos efectos. De entrada, tienen absoluto protagonismo para el desarrollo, conservación y mejora de la biodiversidad, que constituyen la base de la producción alimentaria y agrícola en todo el mundo, y para garantizar el derecho a una alimentación adecuada y la seguridad alimentaria.

De hecho, recientemente la OIT ha definido metas generales y específicas que conciernen al sector agropecuario y que están ligadas directa o indirectamente a diversos ODS concretos (esencialmente, los ODS 1, 2 y 8; a saber: erradicar la pobreza y el hambre y lograr la seguridad alimentaria, avanzar por la senda del trabajo decente y del crecimiento económico sostenible⁵³).

Y en clave laboral ello ha acontecido principalmente en el marco de la acción desarrollada para alimentar el debate mundial sobre el futuro del trabajo y sobre la promoción del trabajo decente y los derechos fundamentales de los trabajadores. Así, algunos de los problemas y retos a los que se enfrenta el sector agrario (también en nuestro país) son objeto de atención específica en el importante documento «Trabajar para un futuro más prometedor», elaborado por la Comisión mundial sobre el futuro del trabajo⁵⁴, desde el que se alienta el desarrollo de políticas públicas apropiadas. Así, por ejemplo, y siempre adoptando una perspectiva transversal integradora, se ponen en el foco diversos problemas y retos acuciantes: el problema de la dificultad de retiro de los agricultores de más edad, el reto de la digitalización, la necesidad de establecer sistemas que garanticen precios justos, la necesidad de apoyo al sector agrario en aras de garantizar la seguridad alimentaria...

Y es incuestionable que junto a la labor de empuje ejercida por la OIT, a la desarrollada por la FAO, para avanzar en el terreno del empleo agrario por la senda de los mencionados ODS, es crucial actuar con determinación en los países menos desarrollados; pero también en países desarrollados como el nuestro.

Empezando por la dimensión laboral, han saltado las alarmas y es ciertamente urgente atajar prácticas que, lejos de ser habituales en el sector, constituyen situaciones patológicas que comprometerían derechos y valores sociales

⁵² En la *Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los campesinos y otras personas que trabajan en zonas rurales*, ya citada.

⁵³ https://www.ilo.org/global/topics/dw4sd/theme-by-sdg-targets/WCMS_624913/lang-es/index.htm

⁵⁴ OIT, Ginebra, 2019. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf.

básicos e incluso en algunos casos, verdaderamente dramáticos y merecedores de la repulsa más enérgica, los propios derechos humanos⁵⁵ (amén de suponer una inaceptable dinámica distorsionadora de la libre y limpia competencia entre empresas agrarias). Es, pues, incuestionable, la necesidad de avanzar por la vía del progreso en cuanto a la protección de los trabajadores agrarios, tal y como se viene haciendo. En este sentido nos hacemos eco de la preocupación de la OIT por alcanzar umbrales de trabajo decente en el ámbito agrario, actuando enérgicamente allí donde se detecten actuaciones ilegales o irregulares. Y en esta línea vienen identificándose de manera incansable puntos críticos, así como ciertos tipos de prácticas perniciosas que comprometen el indicado objetivo (sin que quepa establecer un orden de prelación inflexible de mayor a menor envergadura e importancia y perentoriedad de las actuaciones dirigidas a su corrección, pues todos estos focos o aspectos aparecen fuertemente interconectados; y ninguno de ellos es un problema nuevo): la economía informal o irregular (trabajo no declarado y «fuga» de las obligaciones de protección social); la exposición a heterogéneas fuentes o factores de peligro o riesgo profesional singular y muchas veces acrecentado (bajo carencias y deficiencias registradas en materia preventiva); la baja cualificación y el déficit de formación que redundan en perjuicio de la versatilidad funcional de los trabajadores agrarios y de su capacidad para asumir otros trabajos en el entorno rural (*i.e.*, de su empleabilidad); el descontrol del tiempo de trabajo (horas no declaradas y falta de descanso y/o remuneración); la baja remuneración; el recurso a trabajo de menores; el abuso en el marco de contrataciones de inmigrantes ilegales, etcétera.

Ahora bien, en sentido positivo, y en la medida en que de la agricultura depende la estabilidad de nuestra Economía, pero también (y no menos importante) la «seguridad alimentaria», es un sector que se asume desde instancias internacionales que debe ser protegido y apoyado, para contrarrestar la tendencia contrastable a la desaparición de explotaciones a la que hicimos alusión al principio del presente trabajo. Y en esa línea discurren distintos tipos de medidas, dentro y fuera de las estrategias de política agraria propiamente dicha y de las encaminadas a posibilitar un desarrollo rural sostenible y duradero, que van dando algunos frutos. Pero dichas políticas se revelan manifiestamente insuficientes e ineficaces a determinados efectos. Particularmente, se echa en falta un verdadero esfuerzo público de apoyo a las empresas agrarias (incluida la

⁵⁵ *Transformar la alimentación y la agricultura para alcanzar los ODS. 20 acciones interconectadas para guiar a los encargados de adoptar decisiones*, FAO, Roma, 2018, disponible en: <https://www.fao.org/3/I9900es/i9900es.pdf>.

dimensión laboral) ya que son el sostén del empleo agrario y, por ello, de los procesos primarios que posibilitan la obtención de alimentos suficientes y de calidad para abastecer a la población. Y lo que es más preocupante: el sector es visto con especial recelo y se ha convertido en el foco de actuaciones de vigilancia y sanción (especialmente, pero no sólo, en la dimensión laboral) no comparables con las seguidas en otros sectores de actividad.

Es importante, asimismo, destacar que la OIT ha estado atenta a la dinámica actual de los mercados nacionales de alimentos, particularmente a la tendencia a un estrechamiento de vínculos complejos entre los distintos eslabones de la cadena alimentaria. Nos referimos a todos los comprendidos en ella: desde el primerísimo, la explotación agrícola como fuente de producción de materias primas, hasta el último, enderezado a la puesta a disposición de los consumidores finales por distintos canales; y pasando por las labores intermedias de manipulación, conservación y en su caso transformación, y por las finales de almacenamiento y transporte, las correspondientes a la distribución en los distintos canales comerciales abiertos para llegar al consumidor final (venta directa, a mayoristas o mercados, junto a la prestación directa de alimentos en el marco de las empresas de hostelería, restauración y *catering* –el llamado canal HORECA–); y abarcando, eventualmente, la exportación a otros países. Efectivamente, la OIT ha tomado este enfoque integral, abordando de manera específica el paradigma del trabajo decente en el marco de la industria de la alimentación, las bebidas y el tabaco; poniendo el punto de mira en todas y cada una de las fases de la cadena de valor de los alimentos, para propugnar e impulsar el cumplimiento de los convenios y normas de la OIT, para definir directrices de políticas sectoriales, así como para la difusión del conocimiento y buenas prácticas en todas esas fases.

Conviene insistir, en definitiva, en que actualmente, bajo un aparente abandono por la OIT del sector, al dejar de lado la vieja opción de intervención normativo-laboral sectorial, evidentemente lo que subyace es que no hay disposición desde la propia OIT para abordar abiertamente la fijación de estándares de protección social alternativos y tendencialmente más bajos para el sector agrario que para otros sectores. Al contrario, se ha decantado por promover la convergencia o equiparación con los aplicables en otros sectores (industria, comercio, servicios); y ello, parece, con el propósito paralelo de contribuir a romper la brecha entre el empleo urbano y el empleo rural y, de ese modo, contribuir no sólo a alcanzar cotas de mayor cohesión y justicia social, sino también a asegurar la sostenibilidad del medio rural.

Finalmente debe destacarse que la merecidísima puesta en valor de la actividad y el empleo agrarios, tras la experiencia acumulada por la pandemia

causada por el COVID-19, ha llegado recientemente a máximos históricos en el seno de la propia OIT. En un reciente informe que lleva por rúbrica «El valor del trabajo esencial» se insiste en que son «clave» tanto los trabajadores, como las empresas de este sector (entre otros, ciertamente, pero posicionando en el primer lugar a los trabajadores agrarios; y a las empresas del sector agroalimentario detrás de las empresas de salud y cuidados). Y más allá de hacer visible el obligado reconocimiento institucional por su inestimable aportación en el escenario crítico pandémico, lo importante es que llama a realizar una apuesta firme desde el ámbito público, de carácter integral y transversal (en los términos descritos *supra*) con medidas potentes en todos los planos (laboral, de Seguridad Social, financiero, de infraestructuras y servicios básicos, ...) en aras de garantizar, no ya su supervivencia, sino lo que es más ambicioso, su resiliencia, dentro y fuera de situaciones de crisis⁵⁶.

Nos hacemos eco, por tanto, de la necesidad de no infravalorar ni el trabajo agrario, ni el papel que desempeñan las empresas del sector; y de que se brinde el apoyo necesario a uno y a otras.

5. LA ACOMODACIÓN DE NUESTRA NORMATIVA Y PRÁCTICA LABORAL A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES FIJADOS POR LA OIT PARA LA AGRICULTURA.

Tomamos ahora una perspectiva de análisis ordenada a verificar cómo se ha articulado la integración de los mandatos y directrices contemplados en la normativa internacional agraria en nuestro sistema jurídico-laboral.

Nuestra legislación laboral y la normativa de protección social han alcanzado un punto notable en su evolución hacia elevados estándares sociales mínimos y contamos con mecanismos de control e inspección avanzados. De modo que tomando una perspectiva general y formal podemos decir que, tanto en términos sustantivos, como instrumentales, queda garantizado *a priori* el cumplimiento de todos los estándares mínimos previstos en la normativa de la OIT aplicable en nuestro país y, por supuesto, lo mismo cabe decir respecto al respeto de los derechos humanos. Cosa distinta es que en la práctica la normativa no se cumpla por algunas empresas, que protagonizan prácticas indeseables, incluso de gravedad extrema, como ya se ha advertido.

⁵⁶ *El valor del trabajo esencial. Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2023*. OIT, Ginebra, 2023. Puede consultarse (en inglés): https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_871016.pdf.

El marco legal general está suficientemente maduro y desarrollado. Pero nuestra legislación laboral (no así la de Seguridad Social) peca de una falta de atención a las necesidades regulatorias del sector agrario, pues desde hace décadas la normativa general laboral, está concebida y construida para la industria y los servicios, dejando de lado al sector primario, como con insistencia se ha reclamado por quienes han dedicado intensos esfuerzos al estudio del Derecho Laboral Agrario⁵⁷; debilidad ésta que subrayamos, puesto que es patente que plantea problemas por su rigidez (y, en definitiva, por no dejar espacio para su adaptación a la singularidad de las relaciones laborales del campo).

Históricamente sí que se contemplaba, alcanzándose el máximo nivel de desarrollo normativo especializado a través de las viejas Ordenanzas (cuyos contenidos guardaban fidelidad al aparato normativo internacional). La promulgación del ET de 1980 supuso el definitivo abandono de la sectorialización de las normas laborales, al iniciarse el proceso de derogación de dichas ordenanzas, aunque para su sustitución por convenios colectivos adaptados a las realidades y necesidades sectoriales. Hoy se mantienen en vigor algunas disposiciones reglamentarias dispersas que se ocupan frontalmente de las especialidades del sector agrario. Pero es evidente que se mantiene la resistencia del legislador laboral a abrir paso a regulaciones legales sectoriales y que en algunos aspectos críticos se ha reducido el campo de juego de los convenios colectivos para introducir esas adaptaciones o modulaciones de proyección sectorial, generando disfunciones⁵⁸.

Ciertamente en el ámbito agropecuario desde hace décadas son los convenios colectivos (como instrumentos reguladores sucesores de la ordenanza laboral del campo y del laudo arbitral dictado tras la definitiva derogación de las ordenanzas en evitación de vacíos) en su inmensa mayoría de nivel provin-

⁵⁷ Por todos, MARTÍN VALVERDE, A., «Legislación laboral y relaciones de trabajo en la agricultura», en AA. VV. (DURÁN LÓPEZ, F., ed.), *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba, 1983. Vid. también: AA. VV., dirigido por BAYÓN CHACÓN, G. y SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., *La problemática laboral de la agricultura*, Madrid, 1974; CAVAS MARTÍNEZ, F. *Derecho del trabajo y contratación laboral en la agricultura*, Tesis Doctoral, 1991, Universidad de Murcia; CAVAS MARTÍNEZ, F., *Las relaciones laborales en el sector agrario*, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, Madrid, 1995; CAVAS MARTÍNEZ, F. y HIERRO HIERRO, F. J., *Relaciones laborales y Seguridad Social agraria*, Ed. Laborum, Murcia, 2005; AA. VV., *El Trabajo en la Agricultura. Estudio Práctico del Sistema de Protección Laboral y de Seguridad Social*, Ed. Comares, Granada, 2005. AAVV., (ARIAS DOMÍNGUEZ, A., Coord.) *Reformas socio-laborales en el sector agrario...cit.*, 2013; AA. VV., *Protección social de los trabajadores del campo en el Estado social autonómico*, cit

⁵⁸ Como ha quedado patente, tras la aprobación de la última Reforma Laboral en materia de modalidades de contratación del año 2021, que encorseta toda la actividad agraria en el contrato fijo-discontinuo, sin tener en cuenta las particularidades de la actividad, lo que genera serias dificultades para la gestión de las campañas –paradójicamente desatando incluso la resistencia de los trabajadores,–, así como un encarecimiento oculto de toda la contratación en el sector.

cial⁵⁹, los instrumentos normativos que concretan las condiciones laborales mínimas, que completan y adaptan e incluso mejoran, hasta donde pueden y en los ámbitos en que ello es posible, la normativa legal laboral general; amén de servir como instrumento de promoción del cumplimiento de las condiciones mínimas impuestas por la legislación interna y por la legislación internacional y europea⁶⁰. A través de los convenios colectivos, efectivamente, se dota a los trabajadores agrarios de estándares laborales dignos y adaptados a la singularidad de su trabajo y a la especial dureza de las condiciones en que se desarrollan buena parte de las faenas agrarias; y se arbitran fórmulas que posibilitan una adecuada gestión de las relaciones laborales por parte de los empresarios agrarios, igualmente adaptada a la singularidad del campo.

Cuestión distinta es que deban reforzarse, allí donde sea necesario, los mecanismos de control y sanción en los casos patológicos de que no se respeten las normas laborales y de protección social; y que en clave de futuro puedan ir surgiendo nuevas necesidades o puedan fijarse umbrales o garantías más ambiciosas en terrenos en los que cabe todavía avanzar (por ejemplo, señaladamente, en materia de prevención y en materia de conciliación). Y cuestión distinta es también que pueda avanzarse hacia un modelo más ambicioso que refuerce los estándares internos e internacionales en cuestiones que la normativa legal laboral no contempla de manera explícita, ni para este ni para otros sectores que comparten problemática por la singularidad del entorno en el que se desarrollan en buena parte de los casos; y por la dureza y nivel de riesgo que va implícito en ciertos tipos de tareas; o por las particularidades en dinámicas de contratación (como es la concerniente a los desplazamientos, manutención y alojamiento; así como las condiciones sanitarias y otras cuestiones que, en puridad, se enmarcan en la categoría de «condiciones de vida», que trascienden a las condiciones propiamente laborales, aunque en el entorno agrario están fuertemente interconectadas).

⁵⁹ El predominio absoluto del convenio provincial no es caprichoso, ni es una tendencia que deba revertirse, desde el momento en que cada territorio tiene su singularidad. Cuestión distinta es que pueda resultar conveniente que determinados aspectos de la relación laboral queden homogeneizados o abordados desde niveles convencionales superiores –autonómico y/o estatal–. Pero es evidente que será necesario contar con un contexto socioeconómico propicio para que los interlocutores sociales puedan ahora formar los consensos necesarios correspondientes en niveles superiores al provincial.

⁶⁰ La negociación colectiva del sector agrario se ha fortalecido notablemente en las últimas décadas, constituyendo el cauce idóneo para la concreción y mejora de las condiciones sociales mínimas de referencia. Pese a lo indicado, recientemente, ante las serias dificultades que atraviesa el sector por múltiples causas extralaborales, y ante el endurecimiento del marco normativo laboral y de Seguridad Social en términos de cargas laborales y de Seguridad Social para las empresas –especialmente a remolque de las importantísimas subidas del SMI y los incrementos de costes laborales asociados a ellas –directos e indirectos–, los procesos de negociación de algunos convenios provinciales han sufrido una importante ralentización y situaciones prolongadas de bloqueo.

Es evidente que la dinámica de trabajo en el marco agrario, caracterizada por la alta participación de mano de obra móvil empleada para la atención de las labores de temporada, estrecha esos vínculos de interdependencia entre condiciones propiamente laborales y condiciones de vida que enmarcan el trabajo desarrollado en el campo de modo especialmente intenso cuando se protagonizan por trabajadores migrantes, ya sea en el marco de episodios de migración circular (a través del ya arraigado sistema de contratación colectiva en origen) o se trate de trabajadores extranjeros que ya viven en nuestro país o en países de nuestro entorno, en ocasiones en situación de irregularidad. Pero es importante hacer notar que no se puede generalizar la crítica hacia todo un sector ni imputarle la responsabilidad de una precariedad laboral extrema generalizada.

No somos ajenos a que estamos ante un sector sobre el que tradicionalmente se ciernen acusaciones bien extendidas de explotación laboral y de precariedad e inseguridad laboral –a veces unidas a situaciones patológicas complejas que no pueden, en absoluto, considerarse la regla general (así: contratación de inmigrantes ilegales, trata con fines de explotación laboral, trabajo no declarado, informal o irregular, cesiones ilegales, recurso a falsos autónomos...). Esa dura crítica se ha intensificado notablemente tras la pandemia causada por el Covid-19, y después de tener conocimiento de lamentables sucesos coincidentes con ese momento–; pero no puede aceptarse que esas dinámicas de explotación laboral y de precariedad extrema, por debajo de los derechos sociales mínimos garantizados a nivel legal y convencional y en algunos escandalosos casos, comprometiendo los derechos humanos más básicos, sean la regla general en el marco de las relaciones laborales del sector agrario⁶¹.

En los últimos años, tanto a nivel europeo como interno, se ha retomado conciencia de los riesgos y problemas singulares que se plantean en un sector en el que se depende mucho de mano de obra extranjera (por una parte, trabajadores residentes en territorio nacional que habitualmente se movilizan para desarrollar su trabajo a distintas provincias y comunidades autónomas, y por otra, trabajadores de temporada protagonistas de la migración circular, en buena parte gestionada a través del sistema de contratación colectiva en origen) y en el que, precisamente por razón de esto último, se entrecruzan la problemática ligada a la «cuestión migratoria» con la concerniente a la protección laboral y social en un sentido amplio.

⁶¹ La propia OIT viene intensificando sus actuaciones referidas al sector agrario a través de la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR); prestando atención específica a la problemática en términos de cumplimiento de las normas específicas sobre trabajadores migrantes y sobre trabajo forzoso y trata con fines de explotación laboral.

Ciertamente, es éste un punto crítico a considerar a efectos de hacer una valoración del potencial y de la eficacia real de nuestra normativa laboral legal y (incluidas las normas integrantes del Derecho administrativo Laboral –en su triple dimensión: promoción del cumplimiento, control y sanción–) para erradicar todas las situaciones que comprometen los derechos y condiciones laborales de los trabajadores agrarios y que suelen ir asociadas a situaciones de inmigración irregular (cuestión, esta última, que también está presente en el foco central de algunas de las intervenciones de la OIT dirigidas al sector desde hace décadas).

Hasta tal punto se ha asentado esa especial sensibilidad y se puede considerar no ya consolidada, sino fortalecida, una cultura protectora en clave social para el sector agrario (que tiene ya un largo recorrido⁶², incluso a nivel europeo, y que se ha ido desarrollando y perfeccionando progresivamente bajo el innegable impulso de la OIT) que la nueva Política Agraria Común (PAC) incorpora por primera vez la llamada «condicionalidad social» como uno de los pilares fundamentales de la misma.

Concretamente, expresamente se impone (desde los Reglamentos de la UE ordenadores de la nueva PAC⁶³ así como desde nuestra ley interna⁶⁴)

⁶² No podemos ocuparnos de analizar con detalle la evolución de la acción de las instituciones comunitarias en la dimensión social del empleo agrario (condiciones de trabajo y diálogo social). El emparejamiento de las metas económicas y sociales en el seno de la Política Agraria Común es patente particularmente desde el año 1985, aunque desde los años 60 ya se hace visible esa inquietud y especial sensibilidad en el terreno que nos ocupa, junto a toda la problemática del medio rural; si bien los frutos normativos y en clave de participación institucional no son comparables con los conseguidos en otros sectores. Para comprobarlo y conocer con detalle las intervenciones y canales institucionales en el nivel comunitario, resulta imprescindible la lectura de CAVAS MARTÍNEZ, F., *Normativa de la Unión Europea... cit.*, pp. 75 ss..

⁶³ Reglamento (UE) 2021/2115 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2 de diciembre de 2021, por el que se establecen normas en relación con la ayuda a los Planes Estratégicos que deben elaborar los Estados miembros en el marco de la política agrícola común (planes estratégicos de la PAC), financiada con cargo al Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER), y por el que se derogan los Reglamentos (UE) núm. 1305/2013 y (UE) núm. 1307/2013. Reglamento (UE) 2021/2116 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2 de diciembre de 2021 sobre la financiación, la gestión y el seguimiento de la política agrícola común y por el que se deroga el Reglamento (UE) núm. 1306/2013. –Capítulo V–.

⁶⁴ Ley 30/2022, de 23 de diciembre, por la que se regulan el sistema de gestión de la Política Agrícola Común y otras materias conexas. Esta *condicionalidad social* se establece de conformidad con lo expuesto en el artículo 14 y en el anexo IV del Reglamento de la UE 2021/2115, que a su vez remite a la Directiva 2019/1152 sobre condiciones laborales transparentes y previsibles (cuya transposición no se ha culminado aún) a la Directiva 89/391 *sobre medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores*, y a la Directiva 2009/104 *sobre disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo*. Real Decreto 1049/2022, de 27 de diciembre, por el que se establecen las normas para la aplicación de la condicionalidad reforzada y de la condicionalidad social que deben cumplir las personas beneficiarias de las ayudas en el marco de la Política Agrícola Común que reciben pagos directos, determinados pagos anuales de desarrollo rural y del Programa de Opciones Específicas por la Lejanía y la Insularidad (POSEI). Título II (arts. 18 y 19 Y DA 1.ª y 3.ª). Queda pendiente, no obstante, el desarrollo reglamentario que fije de manera detallada el procedimiento para la aplicación de la condicionalidad social.

como presupuesto indeclinable para el disfrute de los distintos tipos de ayudas de la PAC⁶⁵: el respeto de ciertos derechos y condiciones sociales mínimos establecidos a nivel de la UE. Por lo demás, se cuenta con el apoyo de la Autoridad Laboral Europea⁶⁶, en evitación de indeseables prácticas de *dumping* social. Y existe ya una evidente preocupación destacada por la problemática singular que rodea a la movilidad circular protagonizada por trabajadores temporeros y sobre las condiciones de vida y trabajo que se les aplican⁶⁷.

Lo cierto es, no obstante, que esta nueva medida extralaboral (que resulta especialmente incisiva para los empresarios agrarios ya que, de no cuidarse debidamente la dimensión social, se verá comprometida la viabilidad y la rentabilidad de sus explotaciones, dada generalizada situación de dependencia económica respecto de las ayudas de la PAC) sólo alcanzará a algunas vertientes de las relaciones laborales. Aunque es pertinente resaltar que se trata de actuar con determinación sobre los aspectos más sensibles y básicos:

— De una parte, el derecho del trabajador a contar con garantías de transparencia y de concreción y previsibilidad en cuanto a condiciones de trabajo aplicables y a protección seguridad social se refiere (al que se une una importante carga documental obligatoria). Se huye así y se trata de mantener bajo control el trabajo no declarado, así como en general las eventuales prácticas de opacidad contractual o de indeterminación extrema de las condiciones laborales y sociales – y ello, en la medida en que encierran riesgos de excesos o abusos y de dificultades probatorias de éstos a efectos de control externo y de posibilitar el reclamaciones por los propios trabajadores o sus representantes, incluidas las ligadas a procedimientos de regularización); materia ésta, objeto de atención singular desde el Derecho de la UE; pero que no se encuentra, en cuanto tal, en términos tan minuciosos, en el foco de la intervención de la OIT.

⁶⁵ Aplicándose (a partir del año 2024) reducciones sobre las ayudas cuyo importe se hace depender de la gravedad, alcance, persistencia y, en su caso, de la reiteración y la intencionalidad (y que pueden alcanzar el 100 por cien de aquéllas). Pero es importante destacar que sólo podrán aplicarse «penalizaciones-PAC» en la medida en que el incumplimiento en las materias «críticas» haya sido ya objeto de sanción firme por la autoridad laboral.

⁶⁶ La Autoridad Laboral Europea se ha comprometido de manera firme en la persecución de prácticas ilegales en el sector agrario a nivel europeo; pero viene actuando también como promotora de iniciativas dirigidas a la sensibilización de empresarios y trabajadores agrarios y al intercambio de buenas prácticas. En este sentido, junto a otras iniciativas, merece ser reseñada la campaña «Derechos para todas las estaciones», desarrollada en el año 2021 junto con la Comisión Europea, la Plataforma Europea que lucha contra el trabajo no declarado, la red EURES, los países de la Unión Europea y los interlocutores sociales.

⁶⁷ Vid. AUGÈRE-GRANIER, M. L., *Migrant seasonal workers in the European agricultural sector*, European Parliamentary Research Service (PE 689.347) february 2021.

— Y, de otra, la relativa a la prevención de riesgos; que viene a ser la cuestión estrella y es la que puede dar más juego previsiblemente en términos de aplicación práctica de la condicionalidad social.

No puede perderse de vista que la *condicionalidad social* es fruto de un consenso alcanzado a escala de la Unión Europea, donde si bien ha sido limitada la acción armonizadora de condiciones laborales, estamos ante países que han ratificado buena parte de los convenios de la OIT; de modo que internamente están garantizados los estándares, en prácticamente todos los frentes y dimensiones de las relaciones laborales. Por ello, pese a la ausencia de materias críticas (como salarios, tiempo de trabajo y descansos y cuestiones migratorias, entre otras) en el ámbito objetivo de la condicionalidad social de la PAC, es evidente que los incumplimientos de las normas legales y convenios colectivos en los Estados Miembros serán objeto de sanción, aunque no comprometan el disfrute de ayudas de la PAC, amén de estar vinculados por otros instrumentos internacionales y europeos a través de los cuales se han ido consolidando derechos laborales básicos aplicables a todos los sectores que trascienden al ámbito de las exigencias de transparencia contractual y a la cuestión preventiva. Cuestión distinta es que luego los controles sobre actuaciones ilegales se ejerzan con más dureza o menos y con desigual nivel de éxito a efectos de erradicar prácticas odiosas en términos sociales y de distorsión de la competencia entre empresas agrarias.

No parece aventurado afirmar que la labor de la OIT en el marco de la «cuestión laboral agraria» ha sido clave y ha ejercido una fuerza tractora en todo el ámbito europeo.

A continuación, recogemos algunas valoraciones y advertencias respecto de aquellos planos en los que los Convenios de la OIT sectoriales mantienen plena vigencia y no han sido desplazados por Convenios generalistas.

1.º En la esfera de seguridad y salud laboral:

Aunque, como se ha avanzado, nuestro país todavía no ha ratificado el Convenio núm. 184 específico en materia de «seguridad y salud en la agricultura» del año 2001, lo cierto es que antes de su adopción por la OIT, ya se había ratificado el Convenio núm. 155, sobre «seguridad y salud de los trabajadores», del año 1981, con relativa inmediatez⁶⁸. Pero, además, posteriormente también se ha ratificado el Convenio núm. 187, «sobre el marco promocional

⁶⁸ De fecha 22 de junio de 1981, ratificado por nuestro país el 11 de septiembre de 1985.

para la seguridad y salud en el trabajo», del año 2006, que pretende contribuir a extender la cultura preventiva a través de un fortalecimiento de las Políticas públicas y del aparato institucional. De modo que, siendo ambos aplicables a todos los sectores de actividad, puede decirse que en nuestro País la agricultura ya está sujeta un marco normativo garante de los estándares internacionales en materia preventiva.

Y tras examinar nuestra legislación interna en materia preventiva (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales junto a toda la normativa reglamentaria de desarrollo de sus previsiones) que queda reforzada con previsiones convencionales sectoriales y con notas técnicas del INSHT que abordan determinadas particularidades de la agricultura, cabe concluir, sin duda, que contamos ya un marco normativo suficientemente protector y flexible como para entender cubiertas formalmente las obligaciones singulares no sólo en los Convenios generales (núm. 155 y núm. 187), sino también en el Convenio especial adoptado en el año 2001 para la agricultura (núm. 184).

La cuestión en la que avanza este último Convenio en términos de protección social mínima es la relativa a la necesidad de dispensar servicios de bienestar⁶⁹ y a la obligación de procurar alojamientos que cumplan con requerimientos mínimos de habitabilidad y salubridad cuando los trabajadores deban residir temporal o permanentemente en la explotación; aspecto, éste último, que sólo está desarrollado a nivel legislativo interno en lo concerniente a movimientos migratorios (sin perjuicio, claro está, de lo que recogen algunos convenios colectivos del sector sobre vivienda y alojamiento, con una proyección y cobertura subjetiva más amplia, no vinculada necesariamente a la cuestión migratoria).

Nuestro ordenamiento está formalmente a la altura de esas exigencias y de las impuestas por el Derecho de la Unión Europea; y la ITSS ejerce un control férreo al respecto. Cuestión distinta es que todavía queda camino por recorrer para afianzar y fortalecer la cultura preventiva. Y no sólo de las empresas –ya obligadas a dotarse de planes de prevención (y, en su caso, a contar con servicios o técnicos de prevención) y a cumplir las obligaciones concretas que marcan tanto nuestra legislación, como los convenios colectivos, en materia de evaluación de riesgos, información, formación, aprovisionamiento de medidas y equipos de protección, vigilancia de la salud, consulta y participación de

⁶⁹ Así, como precisa la Recomendación núm. 192 en su artículo 10, a título ejemplificativo: se trataría de facilitar agua potable, instalaciones para guardar y lavar la ropa, para el aseo personal y para la realización de las comidas, instalaciones sanitarias, así como medios de transporte para la realización del trabajo.

trabajadores o representantes—; sino también de los trabajadores agrarios, en cuanto corresponsables *ex lege* en este terreno, y que no siempre están suficientemente sensibilizados en cuanto a la importancia de la prevención de riesgos.

Principalmente, pero no sólo, debe reforzarse la cuestión preventiva en el ámbito de los trabajos de campaña o temporada y en el marco de la contratación temporal —singularmente cuando se contrata a trabajadores extranjeros—; y particularmente en lo que concierne a trabajos especialmente peligrosos y a colectivos especialmente vulnerables o en situación de especial vulnerabilidad («trabajadores especialmente sensibles —por razón de edad, condiciones biológicas y otras circunstancias personales—»), jóvenes y mujeres en determinadas situaciones)⁷⁰.

La ratificación por España del Convenio núm. 184 parece que es inminente, pero según se desprende de lo anteriormente señalado, no significará un incremento de obligaciones y cargas para empresas y trabajadores. Con todo, entendemos puede ser útil para articular y racionalizar todas las iniciativas y acciones de naturaleza preventiva adaptadas a la singularidad del empleo agrario, sobre una base normativa internacional proveniente de la OIT que puede calificarse de firme y bastante precisa. Y que se concreta y detalla también en las directrices sugeridas —no vinculantes— incorporadas a la Recomendación núm. 192, sobre «seguridad y salud en la agricultura» de la OIT del año 2001⁷¹.

2.º **En la esfera administrativo-laboral: la Inspección de trabajo y Seguridad Social:**

Como se sabe, actualmente en nuestro país la actuación inspectora se incardina dentro de las competencias de la ITSS, descartando la opción que abre el Convenio núm. 129 de la OIT sobre la «inspección de trabajo en la agricultura»,⁷² de creación de un cuerpo específico con competencias inspec-

⁷⁰ Y no pueden pasarse por alto, junto a los riesgos mencionados anteriormente, los riesgos psicosociales generales y específicos asociados a las dinámicas y condiciones de trabajo en el sector.

⁷¹ De hecho, tanto el convenio como la recomendación de la OIT desde su adopción han servido de orientación a distintos organismos competentes en materia preventiva (la Comisión nacional de Seguridad y Salud en el trabajo y el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo, para la definición de estrategias y para la elaboración de estudios, respectivamente). Y han servido de fuente de inspiración para la negociación colectiva y para el diseño de planes de prevención en las empresas del sector. En este sentido se ha pronunciado la doctrina. Por todos, RUIZ GONZÁLEZ, C. M., «Convenio sobre la seguridad y la salud en la agricultura 2001 (núm. 184)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, número especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019, pp. 1440 ss.

⁷² Se mantiene en vigor, conviviendo con el precedente Convenio núm. 81 sobre la *Inspección del Trabajo*, adoptado el 11 de julio de 1947, y ratificado por España el 30 de mayo de 1960, para su aplicación a la Industria y el Comercio. Teniendo ambos la condición de convenios de gobernanza (prioritarios), como

toras para el sector agrario. Y lo cierto es que, como ya se ha indicado, el sector está en el punto de mira de la actuación inspectora de carácter sancionador, tanto a nivel interno como europeo; lo que se justifica por una mayor vulnerabilidad del trabajador agrario, atendiendo a las particularidades del trabajo y del marco en el que desarrolla su trabajo; pero también por considerarse que se trata de un sector en el que de manera generalizada éste queda expuesto a una mayor precariedad laboral y a incrementados riesgos de abuso e ilegalidades⁷³. Y, en consonancia con ello, dentro de los planes estratégicos de actuación de la ITSS se desarrollan campañas de vigilancia de proyección transversal, abarcando todas las materias de su competencia (laboral, empleo, Seguridad Social, seguridad y salud). Pero, además, normalmente los inspectores actuantes van acompañados de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (policía o guardia civil) lo que implica el empleo de una dinámica y una «estética» singular de las inspecciones que desata las esperables reacciones de rechazo por los empresarios del sector que cumplen con la legalidad; aunque esto último, en sentido contrario, se justifica por razones de seguridad y protección del inspector actuante, dadas las condiciones de aislamiento de muchos centros de trabajo⁷⁴.

Amén de la labor de promoción de cumplimiento normativo (y en definitiva, de prevención de irregularidades) que directa o indirectamente cumple la ITSS en el marco de sus actuaciones inspectoras –mediante advertencias o sugerencias–, es importante poner de relieve los avances que desde la administración laboral de nuestro país (incluida la ITSS) de la mano de los sindicatos, las asociaciones empresariales y las OPAs se han realizado con el fin de facilitar a empresarios y trabajadores la información sobre derechos y condiciones de trabajo y de vida mínimas a garantizar en el marco de la contratación laboral agraria, dentro y fuera de las actividades de campaña o temporada.

es lógico. El convenio es objeto de análisis monográfico en MARTÍN PORTUGUÉS, F. P., «Convenio sobre la inspección de trabajo (agricultura) 1969 (núm. 129)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, número especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019, pp. 368 ss.

⁷³ Más concretamente, se asume que «las condiciones de especial penosidad y sobreesfuerzos físicos que comportan el trabajo en la agricultura, la lejanía y soledad en la que a veces se encuentran, las dificultades de acceso al lugar de trabajo, el sometimiento a las inclemencias del tiempo, la dependencia de las cosechas o el menor nivel socio-cultural que tradicionalmente se encuentra en el entorno rural son manifestaciones de una mayor necesidad de protección, y por tanto, de una mayor necesidad de vigilancia por parte de la Inspección de Trabajo». PÉREZ HERNÁNDEZ, M. M., «Sistema Especial Agrario: una perspectiva desde la ITSS». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 29 (2021), pp. 264 a 266; quien también subraya y pone en valor la función de promoción del cumplimiento en el más amplio sentido.

⁷⁴ *Cfr.* PÉREZ HERNÁNDEZ, M. M., *op cit*, pp. 264-267.

Llama la atención que se atribuye a la inspección una facultad de corte proactivo, como lo es la de identificar abusos o defectos de cobertura de la normativa laboral, elevando propuestas de nuevas intervenciones normativas⁷⁵.

Nuestro ordenamiento cumple, asimismo, con las previsiones del Convenio que fuerzan a establecer mecanismos adecuados para que la inspección pueda intervenir de manera especialmente activa en materia preventiva, llegando incluso a ordenar la paralización de actividades agrarias en caso de peligro o riesgo para la salud o seguridad.

El Convenio, en fin, obliga a realizar una labor de seguimiento y análisis singular de la labor inspectora desplegada en el ámbito agrario, que se concreta en la necesidad de elaborar informes anuales que han de recoger, entre otros extremos, datos estadísticos relativos a empresas, visitas, infracciones detectadas, sanciones impuestas y contingencias profesionales materializadas.

Nuestro marco normativo laboral protector de los trabajadores agrarios es potente. Y como se ha advertido, desde hace mucho tiempo el legislador laboral no considera necesario intervenir en clave sectorial para reforzarlo, ni para modularlo o adaptarlo. Pero se ha convertido en el foco de atención de actuaciones inspectoras y en general puede identificarse un movimiento social que denuncia abusos e ilegalidades de extrema gravedad.

No puede pasarse por alto que en último término no se cuestiona en bloque la actividad empresarial agraria, ni las dinámicas de contratación y trabajo desarrolladas en explotaciones agrarias de nuestro país, sino determinados tipos de conductas y prácticas patológicas que parece que podrían estarse extendiendo en el marco de ciertos modelos de producción de alimentos (alineadas con la llamada agricultura de empresa) que van ganando terreno dentro del ámbito más amplio conformado por la industria agroalimentaria⁷⁶. De modo que, amén de traspasar los límites de la actividad agraria en sentido estricto, al comprender actividades de manipulación, elaboración, conservación y transformación que rebasarían la pura y simple transformación primaria, vienen a romper (en cuanto a su objeto productivo y en cuanto a sus dinámicas de funcionamiento) con el

⁷⁵ Artículo 6 del Convenio núm. 129.

⁷⁶ Distintas asociaciones y ONG en este sentido denuncian a través de informes difundidos en redes algunos episodios y prácticas odiosas que, según se recoge en ellos, se concentrarían en los campos de Huelva, Lleida y Murcia y en los mataderos industriales en todo el país. Nos referimos a la llamada agricultura y ganadería industrial y en cuyo marco se han podido localizar algunos dramáticos episodios de explotación y de precariedad laboral extrema, articulados además sobre la base de trabajo no declarado, y que ha estado protagonizado muchas veces por inmigrantes en situación irregular, y que en alguna ocasión se ha desarrollado con la intervención de agencias o empresas de trabajo temporal situadas fuera del territorio de nuestro país que no cumplen con las exigencias y estándares más básicos en términos laborales y de respeto de los derechos humanos, incurriendo en prácticas delictivas, incluso.

modelo tradicional de explotación agropecuario más extendido en nuestro país (desarrollado bajo fórmulas jurídicas individuales o asociativas, pero de menor tamaño y de carácter local y eminentemente familiar). Nada tiene que ver tampoco en términos de cumplimiento de estándares laborales y sociales, con ese otro modelo cuestionado con firmeza desde múltiples frentes que va ganando terreno y que estaría ordenado a la comercialización a escala global (enfrentándonos a toda a problemática de las cadenas de valor). Sin perjuicio de que, obviamente, el campo como cualquier otro sector productivo, es un terreno en el que pueden producirse actuaciones ilegales y abusivas, bajo cualquier fórmula o modelo de explotación; y que las mismas deben ser atajadas y sancionadas.

3.º En la dimensión colectiva:

Puede resultar llamativo que los derechos de sindicación y negociación colectiva no sean abordados de manera monográfica y acabada para el sector en un convenio internacional específico (más allá del genérico reconocimiento del derecho de asociación y coalición sin discriminación respecto de los trabajadores de la industria que realizara en su momento el mencionado Convenio núm. 11, del año 1921, todavía vigente). Ello no significaría, sin embargo, obviamente, la exclusión del sector agrario del ámbito de los Convenios de la OIT sobre libre sindicación y sobre negociación colectiva (ambos, catalogados como Convenios Fundamentales⁷⁷) adoptados en los años 40; que por lo demás, no contemplan particularidades para el sector agrario. Con todo, en el año 1975 se adopta el aludido Convenio sobre «organizaciones de trabajadores rurales» (Convenio núm. 141, del año 1975⁷⁸) que sí que se ocupa frontalmente de la cuestión, como ya se anticipó. Pretendidamente, en su aplicación práctica surgen dificultades derivadas de las particularidades de la actividad agropecuaria y del medio rural en el que se desenvuelve, así como otras asociadas a la dispersión de las explotaciones y de sus centros de trabajo y a la reducida dimensión de las plantillas de buena parte de ellos –que se traducen en bajísimos niveles de sindicación y en escasísimas actuaciones de carácter sindical–. Pero lo cierto es que los derechos laborales colectivos de libertad sindical y negociación colectiva se reconocen en plenitud⁷⁹.

⁷⁷ Convenio núm. 87 sobre *la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación*, del año 1948 (adoptado el 9 de julio de 1948 y ratificado el 20 de abril de 1977) y Convenio núm. 98, sobre *el derecho de sindicación y de negociación colectiva*, del año 1949 (adoptado el 1 de julio de 1949 y ratificado también el 20 de abril de 1977)

⁷⁸ Ratificado por España el 28 de abril de 1978. Este convenio está actualizado.

⁷⁹ *Libertad sindical y negociación colectiva: Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR).*» 1983. In Ginebra: OIT (Capítulo XIII).

En nuestro país, en el ámbito laboral colectivo, junto a sindicatos y asociaciones empresariales, las organizaciones profesionales agrarias⁸⁰ asumen un marcado protagonismo en el marco del empleo agrario (y más ampliamente en todo el sector agroalimentario en el marco rural)⁸¹, tres de las cuales tienen reconocida la mayor representatividad a nivel estatal –ASAJA, COAG y UPA–. Ello, sin duda, constituye una especialidad reseñable en el terreno de las relaciones laborales agrarias. Es destacable en este sentido su arraigada presencia e implicación en los procesos de negociación colectiva, en representación de las empresas del sector (que incluyen, obviamente, a muchos trabajadores autónomos que tienen a su cargo pymes agrarias con un número reducido de empleados por cuenta ajena a su cargo, aunque no todos sus asociados sean pequeños propietarios). Pero, además, las mencionadas OPAs ocupan una posición privilegiada a los efectos de participación institucional y, en definitiva, a efectos de intermediación e interlocución con los poderes públicos con competencias en materia agraria; señaladamente, en el seno del Ministerio de Agricultura⁸².

Estas OPAs puede decirse que asumen un papel muy relevante también a efectos de promoción y defensa del medio rural y de contribución a un desarrollo sostenible del mismo. Y en este sentido vienen asumiendo también, junto a otras asociaciones, el rol que reclama la OIT para las denominadas «organizaciones de trabajadores rurales»⁸³ –tomando como base un concepto

⁸⁰ Aunque en agosto de 2022 por parte de UGT-FICA se ha dado cuenta a la CEACR de la OIT de que la problemática asociada al empleo irregular en el sector agrario estaría cercenando los derechos colectivos. La Comisión en el correspondiente comentario ha requerido al Gobierno de España a incrementar la labor de la inspección de trabajo y a siga proporcionando información al respecto. Pide, asimismo, al Gobierno que informe sobre las medidas y programas que promuevan los derechos de libertad sindical en el medio rural. *Vid.* https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:4318003,102847:NO.

⁸¹ Como se recoge en la propia definición de la Ley 12/2014, las organizaciones profesionales agrarias están constituidas y reconocidas al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, en la medida en que tengan entre sus fines estatutarios la defensa de los intereses generales de la agricultura, entendiéndose por tal las actividades agrícolas, ganaderas y silvícolas, así como la defensa y promoción de los intereses profesionales, económicos y sociales de los agricultores, ganaderos y silvicultores. Cuestión adicional merecedora de consideración es la relativa a la apertura de la norma respecto a la eventual asunción por este tipo de organizaciones profesionales de objetivos y fines complementarios, ligados al más amplio sector agroalimentario y a la «cuestión rural»; lo que les confiere un papel singular en términos institucionales.

⁸² Y dentro de éste, en el Consejo Agrario, creado por la Ley 12/2014, de 9 de julio, por la que se regula el procedimiento para la determinación de la representatividad de las organizaciones profesionales agrarias y se crea el Consejo Agrario). A tal efecto, en dicha ley se estableció un procedimiento de consulta pública, directa y simultánea en todo el territorio nacional para medir su representatividad, de carácter general y ámbito nacional. Pero ese objetivo, que está necesitado de un desarrollo reglamentario, aún no se ha producido. Si bien en septiembre de 2021 ya se abrió un proceso de consulta pública, habiéndose recogido en ese marco las aportaciones de las OPA.

⁸³ Convenio núm. 141, sobre las organizaciones de trabajos rurales (de fecha 23 de junio de 1975), ratificado por España el 28 de abril de 1978 –arts. 4 a 6–.

amplio de trabajador rural, comprensivo del «pequeño» trabajador autónomo⁸⁴-. Técnicamente estas OTR se diferenciarían de las organizaciones sindicales constituidas al amparo de la libre sindicación, y con quienes conviven pacíficamente. Y, a diferencia de éstas, no tendrían como línea de acción prioritaria la defensa y promoción de intereses de los trabajadores en cuanto tales en el marco estricto de la relación de trabajo agrario por cuenta ajena, sino una mucho más amplia y ambiciosa encomendada por la OIT: la que se corresponde con su (imprescindible) participación como grupo de interés cualificado en toda clase de iniciativas que engargen con el objetivo genérico de abrir paso a un desarrollo económico y social del medio rural y de mejora de la renta nacional y su distribución; y con el más específico de mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones generales de trabajo y de vida en el medio rural, mitigando la brecha multifactorial que aleja a éste del medio urbano. Aunque las OPAs también vienen preocupándose y ocupándose de la «cuestión rural».

4.º En la esfera migratoria:

Conviene alertar nuevamente sobre el papel clave y creciente que desempeñan en el marco de las relaciones laborales del sector agrario los trabajadores migrantes, bajo distintas vías y fórmulas de contratación. Más concretamente, la migración circular, junto a otras fórmulas de movilidad temporal transnacional –dentro y fuera de las fronteras de la Unión Europea–, vienen a complementar dentro del sector agrario el trabajo que se desarrolla con una importante participación de trabajadores extranjeros ya residentes en nuestro país. Aquéllas cuentan con una importancia crítica, habida cuenta de las contrastables y crecientes dificultades con que tropiezan las empresas del sector para la cobertura de ciertos tipos de campañas agrarias con trabajadores locales, nacionales y extranjeros.

Esta compleja realidad está siendo objeto de atención creciente en los últimos años, tanto a nivel interno, como a nivel supranacional; en especial, aunque no solo, para erradicar las prácticas fraudulentas e ilegales y para reforzar la protección de los trabajadores agrarios. Y la OIT no ha descuidado esta cuestión. De la cuestión migratoria se ha ocupado de manera intensa mediante varios instrumentos normativos, pero tomando una perspectiva general, no centrada de manera específica en el sector. Así, debe reseñarse, por una parte, la aprobación del viejo Convenio núm. 97 sobre «los trabajadores migrantes» de 1949 (revisado)⁸⁵ y de la vieja Recomendación núm. 86, del mis-

⁸⁴ Convenio núm. 141 (art. 2).

⁸⁵ Adoptado el 1 de julio de 1949; ratificado por España el 21 de marzo de 1967.

mo año (revisada) monográficamente dedicados a la cuestión migratoria con perspectiva mundial; y por otra, que ambos instrumentos reforzarían de manera notable la protección a través del posterior Convenio núm. 143, sobre «los trabajadores migrantes –disposiciones complementarias–», del año 1975⁸⁶ con el propósito de contribuir a la erradicación del tráfico ilegal y combatir la desigualdad de oportunidades y de trato y los restantes tipos abusos que suelen ir asociados al mismo (aunque debe advertirse que sorprendentemente este último no ha sido ratificado por nuestro país).

Pese a lo indicado, viene promoviendo recientemente la elaboración de un Informe sobre las «Migraciones en el marco de la agricultura comercial»⁸⁷ (centrado, conviene subrayarlo, en la problemática del sector en países desarrollados).

Puede decirse que nuestro ordenamiento está formalmente a la altura de las exigencias de la OIT en esta materia, pues amén de la legislación general sobre trabajo desempeñado por trabajadores extranjeros que ya residen y trabajan en nuestro país con las pertinentes autorizaciones, contamos con un consolidado régimen especial aplicable en el marco de las denominadas contrataciones en origen de trabajadores extracomunitarios sumamente protector y garantista⁸⁸.

Este sistema especial, concebido inicialmente para hacer frente a necesidades de campaña, estacionales o cíclicas en ocupaciones y sectores de la actividad económica, como el agrario, en los que se identifican dificultades para encontrar mano de obra disponible dentro de nuestro país, se ha abierto también recientemente para contrataciones de carácter estable que no estén llamadas a ser cubiertas por trabajadores fijos-discontinuos⁸⁹; en ambos escenarios

⁸⁶ Adoptado el 24 de junio de 1975.

⁸⁷ MARTIN, P. L., *Migrant workers in commercial agriculture*, ILO, Sectoral Policies Department, Conditions of Work and Equality Department, Geneva, 2016.

⁸⁸ El sistema se activa en septiembre del año 1999, tras la aprobación del *Protocolo Adicional al Convenio Marco de Colaboración para la Ordenación de las Migraciones Interiores en las Diversas Campañas Agrícolas de Empleo Temporal*, que se adoptó el 17 de diciembre de 1997.

⁸⁹ En materia de contratación colectiva en origen, *vid.* artículo 39 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx) y el artículo 64, así como el Título VIII del Reglamento de desarrollo (aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, recientemente reformado en profundidad en este punto por el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio); así como la Orden ISM/1302/2022, de 27 de diciembre, *por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2023*, en la que amén de reforzarse las garantías protectoras, y de agilizarse los procesos, es destacable que en estos singulares programas y por lo que respecta a la migración circular se cambia el paradigma de contratos temporales concedidos de año en año para adecuarse a la lógica de la contratación fijo-discontinua, compatibilizando el carácter imperativo del retorno anual al país de origen –impuesto desde el Derecho de la UE– con la estabilidad de un contrato de naturaleza indefinida (*vid.* Directiva 2014/36/UE, de 26 de febrero de 2014, *sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros*).

requiriéndose que la situación de empleo en nuestro país justifique esa apertura a recibir mano de obra extranjera procedente del espacio extracomunitario.

Para los protagonistas de estos singulares episodios de migración, ya sea circular o estable, sujetos al régimen de gestión colectiva, pero en especial en el primer caso, se presume una especial vulnerabilidad y dificultades para la integración, por lo que se refuerzan las exigencias para los empresarios que los contratan, no sólo en clave laboral (obligaciones informativas y preventivas singulares), sino también en lo que respecta a condiciones de vida (obligando a proporcionar alojamiento adecuado, cuando esta obligación no existe con carácter general en el marco del trabajo agrario, ni siquiera cuando se prestan los servicios en condiciones de aislamiento o en lugares remotos, con notable lejanía respecto a núcleos de población; aunque es evidente que no tiene por qué garantizarse la gratuidad, ni el disfrute como parte del salario en especie complementario de los salarios mínimos garantizados por convenio) introduciendo especiales obligaciones en materia de transporte y acompañamiento; y obligando a cumplir determinadas exigencias sanitarias⁹⁰ Aunque en el marco normativo comunitario ordenador de la migración circular no se contiene ni una sola mención a los Convenios de la OIT, ni a la normativa internacional, entendemos que es innegable que estamos ante marcos normativos supranacionales que se retroalimentan al definir los campos de intervención regulatoria y señalar los aspectos sociales de importancia crítica sobre los que las legislaciones internas han de converger.

No está de más recordar, por otra parte, la importantísima garantía que instituye el artículo 36.5 (y concordantes) de la LOEx, que asegura a todos los trabajadores migrantes irregulares la plena equiparación en derechos laborales, individuales y colectivos, y el acceso a prestaciones de Seguridad Social. Y toda la problemática que rodea a la contratación de extranjeros, regulares o irregulares, en el marco agrario es objeto de firme y duro seguimiento por la ITSS, con apoyo de las fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado, como ya se ha señalado.

5.º En la dimensión de protección social:

Tras una importante evolución normativa materializada a través de sucesivas reformas iniciadas en los años sesenta, nuestro sistema cubre ampliamente las exigencias internacionales contenidas en los Convenios de la OIT en materia de protección social en el marco del empleo agrario. Y ello, pese a que

⁹⁰ Vid. el artículo 3 de la mencionada Orden.

no se llegaron a ratificar en su momento varios de los convenios adoptados por la OIT en esta materia en sus intervenciones normativas más tempranas, como ya se señaló *supra*.

Desde 2011, los trabajadores por cuenta ajena agrarios, y desde 2007 los trabajadores por cuenta propia del sector agrario que reúnan ciertos requisitos singulares están integrados, respectivamente, en el correspondiente Sistema Especial dentro del Régimen General de la Seguridad Social (y dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos⁹¹). Está abierto, así, un creciente proceso de convergencia con lo que viene a ser la normativa general y común en materia de protección social. Con todo, y por lo que respecta a los trabajadores por cuenta ajena son marcadas las especialidades de régimen jurídico, y vienen justificadas, entre otras razones, por las particularidades del mercado de trabajo agrario; en especial: su especial dureza y la exposición a graves riesgos, una mayor inestabilidad laboral, habida cuenta del fuerte peso del trabajo estacional –forzosamente canalizado ahora a través del contrato fijo-discontinuo, aunque este tipo de contrato está abocado a una mayor incertidumbre e inestabilidad que en otros sectores debido a la interacción de factores naturales y meteorológicos– y, en consonancia con todo ello, la tendencia a una menor consistencia y estabilidad de los ingresos salariales. En particular, en el ámbito de la protección por desempleo (que es un terreno en el que la OIT ha intervenido, como ya se señaló), todas las razones apuntadas, junto a las contrastables dificultades para encontrar mano de obra en el sector, vienen sirviendo de apoyo para la creación en 1984 (y el mantenimiento) de un régimen especial de protección por desempleo, con un creciente y llamativo aligeramiento de los requisitos de acceso a los subsidios para mayores de 52 años en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura.⁹²

⁹¹ Ley 28/2011, de 22 de septiembre. Y Ley 18/2007, de 4 de julio. En el TRLGSS se instituyen y ordenan estos sistemas especiales: artículos 252 ss. (trabajadores por cuenta ajena) y artículos 323 ss. (trabajadores por cuenta propia).

⁹² Sobre el particular, resulta imprescindible la lectura el clásico trabajo de MARTÍN VALVERDE, A., «Mercado de trabajo agrícola y legislación social en el medio rural», *Temas Laborales* núm. 2, 1985, pp. 22 a 31 (con magistrales explicaciones sobre las interconexiones entre trabajo agrario y trabajo rural; y lanzando mensajes de alerta contundentes sobre la necesidad de contar con un régimen flexible de protección por desempleo de los trabajadores agrarios cuyo diseño debe ser debidamente equilibrado y quedar sujeto a control en evitación del fraude).

EL TRABAJO MARÍTIMO EN LOS CONVENIOS Y LAS RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y SU IMPACTO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL ESPAÑOLA ¹

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
Olga.fotinopulos@ehu.eus

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *La actividad vinculante de la Organización Internacional del Trabajo en relación con la regulación de las condiciones de vida y de trabajo de la gente de mar y de los pescadores desde sus orígenes hasta la actualidad.*—3. *Las razones históricas que explican las insuficiencias de la normativa laboral española con respecto a los Convenios de la OIT aplicables a la gente de mar: la atomización normativa y la «dejación de competencias» del legislador laboral por lo que respecta a las condiciones de vida y de trabajo de este colectivo de trabajadores.*—4. *Los incumplimientos de España con respecto a la aplicación de la regulación del trabajo a bordo de buques de pesca dictados por la OIT antes y después de la adopción del C. 188.*—5. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

España, por sus características geográficas, es un país con una larga tradición marítimo-pesquera, por lo que no es de extrañar que una parte de la

¹ Este trabajo se ha ido confeccionando en el marco de la ejecución del proyecto PID2021-124045NB-C31 titulado *El régimen jurídico de la transition law y su impacto sobre los derechos laborales de los trabajadores en mares y océanos*, ambos financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Asimismo, el objeto de estudio se enmarca en la investigación desarrollada por el Grupo de Investigación EHU/UPV *Derecho transnacional del trabajo y Transporte* (ref. GIU 21/014).

población haya realizado y siga realizando alguna actividad remunerada ligada al mar. Las actividades que configuran lo que cabría considerar como trabajo marítimo o, para ser más exactos, trabajos marítimos comprenden una diversidad de ocupaciones no siempre reconducibles a la prestación de servicios a bordo de buques comerciales (marina mercante) o al trabajo a bordo de buques pesqueros, dado que aquella acepción es más amplia que la del trabajo marítimo que desarrollan estos últimos, al incluir a otros trabajadores distintos a los que técnicamente denominamos como gente de mar o como pescadores². A pesar de ello, sobrevuela la idea de que el trabajo marítimo se circunscribe casi en exclusividad a los sectores de la marina mercante y de la pesca; pensamiento éste al que ha coadyuvado, de manera relevante, el importante papel que la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) ha desempeñado en relación con la regulación de las condiciones de vida y de trabajo de ambos colectivos de trabajadores (especialmente de los primeros).

Y es que si nos atenemos a la «Compilación de los instrumentos sobre el trabajo marítimo, tercera edición revisada» de la OIT³, fácilmente se comprueba que los Convenios y recomendaciones allí incluidos son de aplicación a quienes prestan servicios en ambos sectores económicos; no así por lo que respecta a otros trabajadores marítimos, como aquellos que prestan servicios en embarcaciones de recreo y/o en plataformas offshore, por citar algunos de ellos, que siguen sin contar –en la actualidad– con una normativa internacional que les sea específicamente aplicable⁴. Esta realidad explica que el trabajo que a continuación se presenta tenga por objeto analizar las insuficiencias de la normativa laboral española con respecto a la regulación de las condiciones de

² En nuestro Derecho interno, esta realidad queda reflejada en la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, cuyo ámbito subjetivo de aplicación es más amplio que el de la gente de mar y/o pescadores. Sobre el particular, FOTINOPOULOU BASURKO, O: «Una exclusión relevante del texto refundido e la Ley General de Seguridad Social: el Régimen Especial de los trabajadores de mar», *Trabajo y Derecho* núm. extra 4, 2016. En todo caso, y a mayor abundamiento sobre esta materia, me remito a los trabajos de los grandes expertos de nuestro país sobre el particular. Así, *vid.* CARRIL VÁZQUEZ, X. M: *La seguridad social de los trabajadores del mar*, Civitas, Madrid, 1999. Del mismo autor, *Una cuestión de Derechos humanos: la protección de seguridad social de nuestros trabajadores del mar emigrantes en Noruega*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur menor, 2015. También, VICENTE PALACIO, M.^a A: *El Régimen especial de Seguridad Social de los trabajadores del mar*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur menor, 2004.

³ *Vid.* https://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/WCMS_834722/lang-es/index.htm.

⁴ Sobre el particular FOTINOPOULOU BASURKO, O: «Algunas reflexiones en relación con la Seguridad Social internacional de los trabajadores del mar a bordo de plataformas marítimas offshore y de embarcaciones de recreo», en VICENTE PALACIO, A (COORD): *Estudios sobre Seguridad Social: libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier editorial, Barcelona, 2017, pp. 143-169. Asimismo, y por lo que atiene específicamente a los trabajadores de plataformas marítimas, LÓPEZ-ARRANZ, A: «Conflictos na aplicación da lexislación das condicións laborais e de seguridade social aos traballadores de plataformas marítimas», *Anuario da Facultade de Ciencias do Traballo*, núm. 6, 2015, pp. 129-145.

trabajo de los trabajadores marítimo-pesqueros de los sectores mencionados y que, en gran medida responden, como se verá, tanto a razones histórico-normativas como al continuo olvido al que el legislador laboral ha venido sometiendo desde antiguo a ambos colectivos de trabajadores.

En este sentido, se ha creído oportuno, para clarificar la situación lo máximo posible, distinguir entre aquellas carencias normativas observables con respecto a la gente de mar, por una parte y con respecto a los pescadores, por otra, por lo que se refiere a la adaptación e incorporación de la normativa de la OIT que les es de aplicación en nuestro país, estableciendo como puntos de inflexión, ya sea la adopción del Convenio refundido de trabajo marítimo, del año 2006 (en adelante, MLC 2006⁵), ya sea el Convenio núm. 188 sobre el trabajo en la Pesca de 2007, respectivamente (en adelante, C. 188⁶).

2. LA ACTIVIDAD VINCULANTE DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES DE VIDA Y DE TRABAJO DE LA GENTE DE MAR Y DE LOS PESCADORES DESDE SUS ORÍGENES HASTA LA ACTUALIDAD

La OIT, en sus más de cien años de andadura, ha centrado una gran parte de sus preocupaciones sobre las condiciones de vida y de trabajo de la gente de mar. Esta circunstancia se observa a la perfección, tanto si nos atenemos a la pronta creación de una Conferencia especial dedicada al transporte marítimo, como al gran número de Convenios y recomendaciones que de manera específica han prestado su atención sobre este colectivo de trabajadores⁷.

⁵ Para un análisis del MLC 2006, pueden consultarse *–inter alia–* los siguientes trabajos: FOTINOPOULOU BASURKO, O: *Aspectos generales del Convenio refundido sobre trabajo marítimo*, Servicio de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2006; CHARBONNEAU, A: *Marché International du travail maritime. Un cadre juridique en Formation*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009; CHARBONNEAU, A y CHAUMETTE: «The ILO Maritime Labour Convention 2006 (MLC, 2006): An example of innovative normative consolidation in a globalized sector», *European Labour Law Journal*, núm. 3, 2010, pp. 332-345; MCCONNELL, DEVLIN, DOUMBIA-HENRY: *The maritime Labour Convention, 2006: A legal primer to an emerging international regime*, Nijhoff, 2011 o LAVELLE, J (Ed): *The Maritime Labour Convention 2006: International Labour Law Redefined*, Informa Law, Routledge, London, 2013.

⁶ CARRIL VÁZQUEZ, X. M y FOTINOPOULOU BASURKO, O: «Una renovación pendiente, al menos en lo que afecta al Derecho del Trabajo aplicable en las actividades marítimo-pesqueras» en GARCÍA-PITA y LASTRES, J. L, QUINTÁNS-EIRAS, M. R y DÍAZ DE LA ROSA, A: *El derecho marítimo de los nuevos tiempos*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 53-67. En el mismo sentido que los anteriores, BERNAL SANTAMARÍA, F: «Análisis de la normativa a la luz del Convenio OIT C188 sobre el trabajo en la pesca», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo* vol. 10, núm. 2, 2022.

⁷ RIBES MORENO, M. I: «La labor de la organización internacional del trabajo respecto a la marina mercante», *Lan harremanak*, núm. 39, 2018, pp. 120-151.

En efecto, si realizamos una breve panorámica de la situación normativa de la OIT con respecto a la gente de mar, se constata que desde el año 1920 hasta el año 1996 se adoptaron 39 Convenios, 29 recomendaciones y un protocolo relativo a la gente de mar⁸. Sin perjuicio de que todos estos instrumentos internacionales estén bien superados y/o bien derogados por la adopción del MLC 2006, de la OIT y por el C. 185, sobre los documentos de identidad de la gente de mar (revisado), 2003, en su versión enmendada; debe decirse que España ratificó, por lo que respecta a los instrumentos vinculantes, los siguientes 28 Convenios: C. 7, sobre edad mínima trabajo marítimo), 1920; C. 8, sobre las indemnizaciones de desempleo (naufragio), 1920; C. 15, sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 1921; C. 16, sobre el examen médico de los menores, 1921; C. 22, sobre el contrato de enrolamiento de la gente de mar, 1926; C. 23, sobre la repatriación de la gente de mar, 1926; C. 53, sobre los certificados de capacidad de los oficiales, 1936; C. 55, sobre las obligaciones del armador en caso de enfermedad o accidentes de la gente de mar, 1936; C. 56, sobre el seguro de enfermedad de la gente de mar, 1936; C. 58, (revisado) sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1936; C. 68, sobre la alimentación y el servicio de fonda (tripulación de buques), 1946; C. 69, sobre el certificado de aptitud de los cocineros de buque, 1946; C. 70, sobre la seguridad social de la gente de mar, 1946; C. 73, sobre el examen médico de la gente de mar, 1946; C. 74, sobre el certificado de marinero preferente, 1946; C. 91, sobre las vacaciones pagadas de la gente de mar (revisado), 1949; C. 92, sobre el alojamiento de la tripulación (revisado), 1949; C. 108, sobre los documentos de identidad de la gente de mar, 1958; C. 109, sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación (revisado), 1958; C. 134, sobre la prevención de accidentes (gente de mar), 1970; C. 145, sobre la continuidad del empleo (gente de mar), 1976; C. 146, sobre las vacaciones anuales pagadas (gente de mar), 1976; C. 147, sobre la marina mercante (normas mínimas), 1976; C. 163, sobre el bienestar de la gente de mar, 1987; C. 164, sobre la protección de la salud y la asistencia médica (gente de mar); C. 165, sobre la seguridad social de la gente de mar (revisado), 1987; C. 166, sobre la repatriación de la gente de mar (revisado), 1987 y C. 180, sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques, 1996⁹.

⁸ A estos efectos, me remito a la OIT: *Convenios y recomendaciones sobre el trabajo marítimo, con inclusión de las normas sobre pesca, el trabajo portuario y navegación interior*, 3.^a edición, Ginebra, 2000.

⁹ Para ver las fechas de las ratificaciones efectuadas por España a los Convenios *supra* mencionados, *vid.* http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102847 (último acceso el 29 de septiembre de 2022). Asimismo, pueden encontrar mayor profundización en relación con la *Gaceta* o *BOE* en el que fueron publicados en RIBES MORENO, M.^a I: *El contrato de embarco en la Marina Mercante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 46 y 47. En cuanto a un análisis en profun-

Como es visible, nos encontramos ante un bloque normativo de enorme envergadura que ha llegado a ser calificado como un «compendio de normas relativas al trabajo en el mar¹⁰» y que no tiene parangón si la comparamos con la labor efectuada por dicha organización por lo que respecta al trabajo en la pesca. En efecto, si se analiza la cuestión desde esta última perspectiva¹¹, lo cierto es que la actividad de la OIT, desde sus orígenes y hasta la adopción del C. 188 ha sido mucho más reducido y además más tardío, lo que contrasta enormemente con la caracterización de este sector por parte de la misma organización internacional como uno de los más hostiles, no sólo por el medio y el contexto en el que se prestan servicios, sino también por la desprotección socio-laboral ante la que a menudo se encuentran los pescadores¹². Así, cabe cifrar la actividad normativa específica de la OIT con respecto a los trabajadores pesqueros en 5 Convenios y 3 recomendaciones en total, siendo adoptados todos ellos o bien en 1959 y/o en 1966¹³. De entre los instrumentos vinculantes adoptados por la OIT, España ratificó 4 de ellos, siendo éstos –a excepción del C. 125, sobre los certificados de competencia de pescadores, 1966, los siguientes: el C. 112, sobre la edad mínima de admisión al trabajo de los pescadores de 1959 (instrumento superado); C. 113, sobre el examen médico de los pescadores de 1959; C. 114, sobre el contrato de enrolamiento de los pescadores de 1959 (ambos instrumentos pendientes de revisión), y el C. 126, sobre el alojamiento a bordo de los buques pesqueros de 1966 (solicitud de información)¹⁴.

Pues bien, ya sea para el sector de la marina mercante y/o de la pesca, la OIT inició hace ya algunos años sendos procesos para revisar, ampliar y ac-

dididad, *vid.* FOTINOPOULOU BASURKO, O: «Los convenios y recomendaciones de la OIT sobre la gente de mar: análisis de su implementación en España», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 112, 2014, pp. 147-179.

¹⁰ ALBALATE LAFITA, J: «La influencia de los Convenios internacionales de Trabajo sobre la legislación laboral y la evolución laboral en España», *Revista Internacional del Trabajo (RIT)*, vol. 98, núm. 3, 1979, p. 326.

¹¹ En extenso, CARRIL VÁZQUEZ, X. M: «Los convenios de la OIT sobre la protección de los pescadores», *Revista del ministerio de Empleo y seguridad social*, núm. 112, 2014, pp. 233-247.

¹² *Vid.* OIT: *Manual para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo a bordo de buques pesqueros*, Ginebra, 2010, accesible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_162324.pdf (último acceso 1 de octubre de 2022).

¹³ Si bien es cierto lo *supra* afirmado, una de las primeras recomendaciones dictadas por la OIT, en concreto, la núm. 7 se refería a las horas de trabajo (pesca), de 1920. Asimismo, se ha de hacer constar que varios de los Convenios y recomendaciones relativos a la gente de mar podían ser aplicados en determinadas circunstancias a los pescadores.

¹⁴ En relación con las fechas de ratificación de los instrumentos *supra* citados, me remito al siguiente trabajo, CARRIL VÁZQUEZ, X. M y FOTINOPOULOU BASURKO, O: «La forzada (y aún inacabada) incorporación a nuestro derecho interno de lo aprobado sobre el trabajo en la pesca por la Organización Internacional del Trabajo en 2007 y por la Unión Europea en 2016», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020, pp. 128-167; en particular, pp. 131-132.

tualizar el conjunto de normas aplicables a los dos colectivos de trabajadores mencionados. Así, y por lo que respecta a la gente de mar, el proceso se inició en el año 1998 y culminó, tras diversos avatares, en el año 2006 con la adopción del arriba mencionado MLC 2006, del que en el año 2023 se cumplirán 10 años desde su entrada en vigor. Esta realidad ha conducido a que la totalidad de los instrumentos supra mencionados hayan sido o bien derogados o bien superados por el MLC 2006 y que, en la actualidad sea éste el instrumento de aplicación y en vigor junto con el C. 185 sobre documentos de identidad de la gente de mar (revisado) del año 2003¹⁵. Asimismo, se debe tomar en consideración que este instrumento ha sido modificado en cuatro ocasiones a través del procedimiento de introducción de enmiendas que éste contiene. En concreto, en el año 2014 se introdujeron enmiendas al Código para aplicar las reglas sobre repatriación y sobre garantía financiera frente al abandono de buques y de tripulaciones en puertos extranjeros¹⁶. Por su parte, las enmiendas de los años 2016 y 2018 consistieron en incorporar la prevención del acoso y la intimidación entre las disposiciones relativas a la seguridad y salud en el trabajo y en abordar la situación de la gente de mar que es víctima de actos de piratería o robo a mano armada y cuando se encuentran en situación de cautiverio respectivamente¹⁷. Finalmente, en el año 2022 se han introducido enmiendas a varias reglas del Código y en algunos Anexos del MLC 2006, que en términos generales pueden considerarse como modificaciones menores, pero que pretenden responder a las dificultades prácticas detectadas en la aplicación del MLC 2006 –

¹⁵ El Convenio sobre los documentos de identidad de la gente de mar (revisado), 2003 (núm. 185) fue objeto de una importante labor de actualización de su contenido y de incorporación de los progresos realizados desde su adopción en materia de protección de los documentos de identidad. Como consecuencia de ello, se adoptaron enmiendas a los anexos del Convenio núm. 185, que entraron en vigor el 8 de junio de 2017. Este instrumento constituye una contribución fundamental a la seguridad del transporte marítimo para luchar contra las amenazas terroristas, pero sobre todo permite responder a las necesidades de la gente de mar que se encuentra en tránsito o que está trasladándose a otro buque para embarcar o ser repatriados. Por otra parte, este instrumento facilita el permiso en tierra, que resulta indispensable para el bienestar y la salud de estos trabajadores, que a menudo permanecen a bordo de un buque durante varios meses consecutivos.

¹⁶ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_249719.pdf (último acceso el 1 de octubre de 2022). Vid. CHARBONNEAU, A. y CHAUMETTE, P: «Premiers amendements à la Convention du travail maritime de l'OIT de 2006: Garanties financières en matière d'abandon des gens de mer et de responsabilité des armateurs en cas de décès ou de lésions corporelles», *Droit social*, 2014, pp. 802 a 810. Para profundizar en la materia y su impacto en la normativa interna española, FOTINOPOULOU BASURKO, O: «El abandono de la gente de mar y el recurso al aseguramiento privado vía P&I: una visión desde España», *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 409-438.

¹⁷ Las enmiendas del año 2016 pueden consultarse en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_533604.pdf y las enmiendas del año 2018 en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_627175.pdf (último acceso el 1 de octubre de 2022). En relación con la piratería y el robo a mano armada, vid. FOTINOPOULOU BASURKO, O (Dir.) y CARRIL VÁZQUEZ, X. M (Coord.): *Piratería marítima y gente de mar: más allá de la ficción*, Atelier, Barcelona, 2020.

incluyendo pandemia COVID-19¹⁸—como por ejemplo, para garantizar que la gente de mar pueda tener acceso a agua potable de manera gratuita¹⁹.

Por su parte, la tarea de revisión para culminar un Convenio global que cubra el sector pesquero ha sido arduo y complejo, aunque su extensión en el tiempo ha sido más breve que para el caso anterior, ya que comenzó en el año 2002 y finalizó en el año 2007 con la adopción del C. 188 de la OIT²⁰.

A estos efectos, debe ponerse de manifiesto que existen diferencias sustanciales entre ambos Convenios internacionales, no sólo con respecto a su contenido, sino también en lo que atiene a las ratificaciones realizadas en cada uno de los dos casos y a la postura que España ha tenido frente a ellos desde esta última perspectiva. Y es que mientras que el MLC 2006 fue ratificado por España el 4 de febrero de 2010²¹, convirtiéndose así en el primer país europeo en hacerlo²², no ha ocurrido lo mismo (de manera inexplicable si nos atenemos

¹⁸ CHARBONNEAU, A y CHAUMETTE, P: «Gens de mer et Covid-19», *Le Droit Maritime français*, núm. 827, 2020, pp. 677-685.

¹⁹ En concreto sobre las reglas 1.4, 2.5, 3.1, 3.2, 4.1, 4.3 y 4.4, y los anexos A2-I y A4-I del MLC, 2006. La regla 1.4 sobre contratación y colocación ha sido enmendada para introducir la obligación de los armadores en el establecimiento de un sistema de protección, por medio de un seguro o de una medida apropiada equivalente, para indemnizar a la gente de mar por las pérdidas pecuniarias que esta podría tener a raíz del incumplimiento de las obligaciones que para con ella tenga el servicio de contratación o colocación o el armador en virtud del acuerdo de empleo de la gente de mar, y garanticen que se informe a la gente de mar de sus derechos en virtud de ese sistema antes o durante el proceso de contratación; la regla 2.5 sobre repatriación introduce para los Estados concernidos (Estado del puerto, de pabellón y el Estado suministrador de mano de obra, la obligación de cooperar para garantizar que se reemplace a los marinos contratados a bordo de un buque y hubieran sido abandonados. Las restantes enmiendas modifican las reglas relativas a alojamiento y servicios de esparcimiento, así como el acceso a instalaciones de bienestar en tierra; alimentación y servicio de fonda, atención médica en tierra y protección frente a los accidentes. *Vid.* https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/-relconf/documents/meetingdocument/wcms_848608.pdf (último acceso 1 de octubre de 2022).

²⁰ Me remito para un análisis pormenorizado del C. 188 a FOTINOPOULOU BASURKO, O (Dir.), CHAUMETTE, P (Dir.) y CARRIL VÁZQUEZ, X. M (Coord.): *Estudio técnico-jurídico del Convenio 188, sobre el trabajo en la Pesca (2007) de la Organización Internacional del Trabajo: ¿están garantizadas unas condiciones de trabajo decentes?*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

²¹ Instrumento de Ratificación del Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, hecho en Ginebra el 23 de febrero de 2006. BOE núm. 19, de 22 de enero de 2013. Asimismo, se ha de señalar que España ha ido aceptando las sucesivas enmiendas realizadas sobre aquél, todas ellas en vigor, a excepción hecha de las enmiendas de 2022 todavía en período de desacuerdo formal hasta el 23 de junio de 2024. Por lo que atiene a las enmiendas del año 2014, se encuentran en vigor para España desde el 18 de enero de 2017 (BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2017) y las del año 2016, en vigor desde el 8 de enero de 2019 (BOE núm. 280, de 20 de noviembre de 2018). Las enmiendas de 2018 se encuentran en vigor desde el 26 de diciembre de 2020, no publicadas en BOE.

²² Se ha de reseñar que el MLC ha sido incorporado al Derecho comunitario a través de diversas directivas. En efecto, poco tiempo después de la adopción de este instrumento jurídico, el Consejo adoptó la decisión 2007/431/CE del Consejo, mediante la cual se autorizaba a los Estados miembros, a ratificar, en interés de la Comunidad europea, el MLC 2006 [DO L 161, de 22 de junio de 2007]. Asimismo, se adoptó la Directiva 2009/13/CE, del Consejo de 16 de febrero de 2009 por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre las Asociaciones de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) relativo al Convenio sobre el transporte marítimo, 2006, y se modifica la Directiva 1999/63/CE. A través de la adopción de esta Directiva se incorporó al Derecho de la UE gran parte del contenido del MLC 2006, a excepción hecha de los salarios y de las cuestiones rela-

a los datos de flota mercante y/o de pesca bajo pabellón español, así como al contenido mínimo y flexible que este instrumento exhibe) con el C. 188, no en vano no ha sido sino hasta el mes de abril del año 2022 cuando el Congreso de los diputados, por unanimidad, convirtió a España en el vigésimo primer país que lo ratifica²³, si bien este Convenio no entrara en vigor hasta un año después de que el Gobierno deposite el instrumento de ratificación en la OIT.

3. LAS RAZONES HISTÓRICAS QUE EXPLICAN LAS INSUFICIENCIAS DE LA NORMATIVA LABORAL ESPAÑOLA CON RESPECTO A LOS CONVENIOS DE LA OIT APLICABLES A LA GENTE DE MAR: LA ATOMIZACIÓN NORMATIVA Y LA «DEJACIÓN DE COMPETENCIAS» DEL LEGISLADOR LABORAL POR LO QUE RESPECTA A LAS CONDICIONES DE VIDA Y DE TRABAJO DE ESTE COLECTIVO DE TRABAJADORES

En la obra «Un mar sin límites: una historia humana de los océanos²⁴», David Abulafia aborda la historia de la humanidad no ya desde tierra, como

cionadas con la seguridad social. Las razones de la exclusión de algunas de estas materias del Acuerdo en cuestión son evidentes, no en vano las remuneraciones se encuentran extramuros del ámbito del diálogo social ex artículo 153.5 TFUE y las cuestiones de seguridad social deben ser objeto de regulación específico a través del Reglamento de coordinación. La cuestión del reclutamiento y colocación merece un punto y aparte, dado que sobre esta materia en concreto existe una enorme discusión a escala europea entre los interlocutores sociales sin que se haya logrado llegar a acuerdo alguno. A mayor abundamiento, MIRANDA BOTO, J. M.: *Las competencias de la Unión Europea en materia social*. Aranzadi, Pamplona, 2009. Por su parte, las cuestiones relativas al control en su aplicación, ya sea del Estado del puerto y/o del pabellón fueron incorporadas a otras Directivas europeas sobre las bases jurídicas específicas existentes a tal efecto. Para un análisis en profundidad me remito al trabajo de VICENTE PALACIO, A.: «El Convenio OIT de Trabajo Marítimo (CTM 2006) avanza hacia su entrada en vigor. Últimas actuaciones de España y de la Unión Europea a favor de la protección del trabajo de la gente del mar», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel), núm. 20, 2009. A cuyo análisis me remito al trabajo de VICENTE PALACIO, A.: «El Convenio OIT de Trabajo Marítimo (CTM 2006) avanza hacia su entrada en vigor. Últimas actuaciones de España y de la Unión Europea a favor de la protección del trabajo de la gente del mar», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel), núm. 20, 2009.

²³ Al igual que en el caso anterior, el C 188 fue «comunitarizado» a través de la adopción de la Directiva (UE) 2017/159, de 19 de diciembre de 2016, por la que se aplica el Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el trabajo en la pesca de 2007 de la Organización Internacional del Trabajo, celebrado el 21 de mayo de 2012 entre la Confederación General de Cooperativas Agrarias de la Unión Europea (Cogeca), la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) y la Asociación de las Organizaciones Nacionales de Empresas Pesqueras de la Unión Europea (Europêche). DOUE L 25 de 31 de enero de 2017. Sobre su proceso de elaboración y su contenido, véase CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: *La pesca pirata. Un estudio jurídico desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y de la Seguridad social*, Atelier (Barcelona, 2019), pp. 104-139. Si bien ello es así, se ha de señalar que el contenido de ambos instrumentos jurídicos no es totalmente coincidente. A estos efectos, me remito para dicho análisis a la obra colectiva siguiente: FOTINOPOULOU BASURKO, O y CARRIL VÁZQUEZ, X. M (Coords.): *La Directiva 2017/159 del Consejo sobre condiciones de trabajo en la Pesca*, Atelier, Barcelona, 2022.

²⁴ Editorial crítica, Madrid, 2021.

suele ser lo más habitual, sino desde la «infinitud» de los mares y océanos. Y en esta obra describe que ya desde épocas pretéritas, este medio ha supuesto la principal forma de intercambio y comunicación de larga distancia entre pueblos, tanto para la expansión de ideas como del comercio. No es extraño, por tanto, que las primeras regulaciones que afectasen a las tripulaciones y/o las dotaciones²⁵ estuvieran contenidas –de manera indirecta– en las normas consuetudinarias medievales relacionadas con el comercio marítimo, cuyas recopilaciones con el tiempo²⁶, acabaron por incorporarse al Libro III «Del comercio Marítimo» del Código de comercio de 1885, hoy derogado por mor de lo dispuesto en la Ley, de 24 de julio, de Navegación Marítima de 2014 (LNM), que también contiene alguna que otra regulación laboral sobre la gente de marino²⁷. Así, tal y como afirmaba el Prof. Ojeda Avilés, puede decirse que «las leyes mercantiles de los siglos anteriores a la aparición de una legislación obrera primero» y del Derecho del Trabajo después, «parecen mucho más conscientes que las civiles de la realidad del trabajo libre y dependiente»²⁸ (añado marítimo-comercial), entonces incipiente. Esta realidad no sólo explica que, tradicionalmente, la regulación aplicable a la gente de mar con funciones náuticas se contuviera en normas propiamente mercantiles (y/o administrativas con posterioridad), sino que esta misma circunstancia se haya mantenido

²⁵ Menciono los conceptos de dotación y de tripulación de manera diferenciada porque hasta fechas muy recientes no han sido conceptos idénticos en nuestro derecho interno. De hecho, mientras que la noción de dotación hacía referencia a la totalidad de los miembros a bordo, el término de tripulación excluía a los capitanes y altos mandos de la nave. Si bien ello es así, debe decirse que afortunadamente la distinción ha desaparecido hoy en día, tanto porque la LNM 2014 utilizaba de manera muy residual (en dos ocasiones) el término de tripulación, como porque, finalmente, el recientemente aprobado RD 269/2022, de 12 de abril, por el que se regulan los títulos profesionales y de competencia de la Marina mercante (BOE núm. 88, de 13 de abril de 2022) define los conceptos de *Dotación o tripulación como el conjunto de personas enroladas en calidad de marino en un buque, distinto del conjunto enrolado como personal ajeno a la tripulación*.

²⁶ Como es fácilmente deducible, es imposible abordar el contenido de los textos mercantiles supra mencionados con carácter general, por lo que, a estos efectos, sólo cabe una remisión a la multitud de trabajos realizados por académicos de distintas disciplinas, desde historiadores del Derecho o profesores de Derecho romano a historiadores económicos. Si bien ello es así, es justo reconocer el trabajo del Prof. OJEDA AVILÉS, A: «La previsión contractual en las relaciones laborales anteriores al contrato de trabajo», que puede consultarse íntegramente en <http://www.relats.org/documentos/HIST.Ojeda.pdf> (último acceso el 2 de octubre de 2022), quien aborda la cuestión de la protohistoria del Derecho del Trabajo poniendo como ejemplo a la gente de mar, si bien desde la perspectiva de la protección social dispensada en algunas de aquellas normas mercantiles

²⁷ BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014. Para un análisis de los aspectos laborales de esta norma, FOTINOPOULOU BASURKO, O: «Los aspectos laborales en la Ley de Navegación Marítima» en EMPARANZA SOBEJANO, A y MARTÍN OSANTE, J. M (Dir): *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 833-857. Asimismo, y de manera más reciente, me remito al trabajo de CARRIL VÁZQUEZ, X. M y FOTINOPOULOU BASURKO, O: «La Ley de navegación marítima en la jurisprudencia social» en EMPARANZA SOBEJANO, A y MARTÍN OSANTE, J. M (Dir): *La Ley de navegación marítima: balance de su aplicación práctica*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 749-767.

²⁸ OJEDA AVILÉS, A: «La previsión contractual en las relaciones laborales...», *loc. cit.* nota a pie núm. 28.

vigente hasta la actualidad, sin perjuicio ya sea de la adopción de la Ley del contrato de trabajo de 1926²⁹ y/o, con posterioridad, del Libro II de la Ley homónima de 1944³⁰ que contenían una reglamentación sobre el contrato de embarco. En efecto, a pesar de que el legislador laboral reconociera la especialidad o especialidades que existen en la ejecución de servicios en el medio marítimo a través de la incorporación a las Leyes de contrato de trabajo de una reglamentación de la contratación de las dotaciones de los buques mercantes, cuya causa se encuentra –de acuerdo con la exposición de motivos de la Ley de 1926³¹–, «por la obligatoriedad en incorporar a nuestra legislación interna los Convenios adoptados por las Conferencias internacionales del Trabajo en sus sesiones en Ginebra de los años 1920 y 1921», antes mencionados; lo cierto es que aquél (legislador laboral) nunca se ha enfrentado a una regulación general y homogénea en relación con esta relación jurídico-laboral, propiciando una atomización normativa (a veces contradictoria y con lagunas) que sigue subsistiendo en la actualidad, originando las deficiencias normativas que cabe detectar en la regulación laboral aplicable a este colectivo de trabajadores.

Y esta realidad, desgraciadamente nunca se ha visto superada, dado que junto con las normas supra descritas, en nuestro país y desde la perspectiva laboral subsistió durante mucho tiempo, más del deseado por los propios redactores del ET originario, la extinta ordenanza aplicable a la marina mercante³² que, una vez derogada, dejó en manos de los convenios colectivos la regulación de algunas condiciones de trabajo (salario, clasificación profesional, promoción profesional y económica o el régimen disciplinario), siendo de aplicación supletoria –como es bien sabido– el laudo arbitral de la marina mercante de 2004³³. Ahora bien, esta dejación reguladora a los productos de la

²⁹ Así se contemplaba en la Ley de contrato de trabajo de 1926 (Título III) (*Gaceta de Madrid*, núm. 244, de 1 de septiembre de 1926).

³⁰ Decreto de 31 de marzo de 1944 por el que se aprueban los textos refundidos de las Leyes de Contrato de embarque, aprendizaje y trabajo de mujeres y niños y trabajo a domicilio. o en la Ley de contrato de trabajo de 1944, en cuyo Libro II se regula el contrato de embarco.

³¹ Señala la exposición de motivos que «*bajo el concepto de “contrato de embarco”, lo que constituía la reglamentación de la contratación de las dotaciones de los buques mercantes, basada esta incorporación, aparte de la idea general unificadora de los textos vigentes, en estas razones especiales: porque en varios de sus artículos se contienen referencias al Código de Comercio, lo que indica su naturaleza, en cierto modo, de derecho privado; porque en uno de ellos se someten al fuero de los Tribunales ordinarios las cuestiones que puedan surgir en el cumplimiento del contrato, y porque el citado Reglamento se redactó en virtud de Real decreto autorizando al Gobierno para introducir en las disposiciones respectivas las modificaciones derivadas de los proyectos de Convenio adaptados por las Conferencias internacionales del Trabajo en sus sesiones de Ginebra de los años 1920 y 1921, que ha ratificado el Gobierno Español.*».

³² OL Marina Mercante (OM 20 de mayo de 1969, BOE).

³³ Resolución de 29 de diciembre de 2004, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del laudo arbitral para el sector de Marina Mercante, por el que se establecen las disposiciones reguladoras de la estructura profesional, estructura salarial, formación

negociación colectiva no nos ha llevado a buen puerto, dado que se han mostrado claramente insuficientes e ineficaces para responder a las necesidades del sector marítimo-comercial contemporáneos³⁴; por no decir que además se han mostrado incapaces –de manera paralela a nuestro legislador laboral– de adaptarse y/o adelantarse a las modificaciones operadas por las normas internacionales dictadas sobre el particular por la OIT, tales como –señaladamente– ha ocurrido tras la adopción del Convenio de Trabajo Marítimo, 2006 (MLC 2006). Si a ello añadimos que en nuestro derecho y por causas desconocidas para la suscribiente³⁵, nunca acabó por reconocerse al contrato de embarco como una relación laboral especial, a pesar de que así se sostuviera brevemente en el artículo 3 de la extinta Ley de relaciones de trabajo de 1976 y que así se proyectara en la redacción originaria del ET del año 1980³⁶; lo cierto es que se ha perdido –a mi juicio– una buena oportunidad para propiciar que el legislador laboral «terrestre» tuviera en cuenta la realidad jurídico-laboral marítimo-comercial en toda su extensión.

Como consecuencia de todo ello, en España –a diferencia de lo que ha ocurrido en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno³⁷– la regulación del contrato de embarco se hace depender de la regulación común contenida en el ET con algunas particularidades en materia de tiempo de trabajo y/o en elec-

profesional y económica y régimen disciplinario, en sustitución de la Ordenanza Laboral de 20 de mayo de 1969, para dicho sector (BOE núm. 18, de 21 de enero de 2005). En el caso de la marina mercante, el laudo entró en vigor el 1 de enero de 2005, regulando la estructura salarial, clasificación profesional, promoción profesional y económica y régimen disciplinario, remitiéndose a lo no previsto en el mismo al IV Convenio General de la marina mercante de 1982. Remito para el estudio de su contenido a la obra de la CCNCC (VALDÉS DAL-RE, F –Dir.–): *Balance material del proceso de sustitución de las ordenanzas laborales: continuidad y crisis en sus contenidos normativos*, Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales núm. 23, MTAS, 1999.

³⁴ Esta misma crítica, hoy todavía vigente, es la que expresó el Prof. CORREA CARRASCO, M en *La ordenación de las relaciones laborales en el sector marítimo-pesquero*, CES editorial, Madrid, 2000, pp. 54-56.

³⁵ Si bien, existen autores que atribuyen dicha circunstancia a la omisión y olvido del legislador. En este sentido se expresa MONTOTOY MELGAR, A: «Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador», *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, 2002, pp. 5-17.

³⁶ Con una tímida mención durante la tramitación parlamentaria de aquél. A estos efectos, es mencionado por el Sr. Torres Izquierdo, diputado en la I legislatura por el Grupo parlamentario centrista, en la sesión del Congreso de 12 de diciembre de 1979. Diario de sesiones núm. 52 del Congreso, p. 3456. *Vid.* http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/DS/PL/PL_052. PDF.

³⁷ Como el italiano y/o el francés, que cuentan con códigos de la navegación en los que se inserta la regulación laboral aplicable a la gente de mar-marino. En este sentido, se debe hacer constar que la D. F. 9.^a de la LNM establecía una habilitación al gobierno para que en el plazo de tres años procediera a refundir en un único texto, y bajo el título «Código de la Navegación Marítima», las leyes reguladoras de las instituciones marítimas, regularizando, aclarando y armonizando la presente ley con el Texto refundido de la Ley de puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, y con todos aquellos convenios o tratados internacionales sobre materias de Derecho del mar que pudieran entrar en vigor en España antes de culminarse la refundición. Ahora bien, hasta la fecha no se ha adoptado una norma de este carácter.

ciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa; de la legislación mercantil aplicable a la navegación marítima y de la regulación administrativa por lo que se refiere fundamentalmente a la capacitación y cualificación profesionales para acceder a un empleo en un buque mercante; regulación ésta fuertemente dependiente de la regulación internacional dictada por la Organización Marítima Internacional (OMI). En otras palabras, nuestra regulación interna se ha hecho depender de la labor que efectúen diversas instituciones competentes³⁸, creando una situación atomizada muy poco propicia para atender al cumplimiento de las obligaciones contraídas con la OIT a estos efectos; máxime porque la Dirección General de la Marina Mercante –DGMM– dependiente del actual Ministerio de Transportes, movilidad y agenda urbana (extinto Ministerio de fomento) es el que, en gran medida, ha llevado la batuta de la adaptación de nuestra legislación interna al MLC 2006. Y en este sentido, se debe hacer constar que se trata de un organismo no necesariamente familiarizado con la regulación laboral en general, amén de que se trata de una institución, cuyo ámbito de actuación natural se centra en la denominada como gente de mar-marino. Esta situación conduce a que, en términos generales, se pierda de vista que el Convenio internacional mencionado abarca también a la gente de mar-no marino y/o que muchas de las materias comprendidas en los Convenios OIT van más allá de la capacitación y/o formación de la gente de mar-marino. De este modo, puede decirse que no ha existido (a mi juicio) una profunda coordinación entre los Ministerios con competencias en esta materia con el Ministerio de Trabajo, al que a priori debería haberse atribuido semejante empresa o al que al menos se le debería haber atribuido la competencia por velar que nuestra legislación interna se adapta correctamente a los Convenios de la OIT, ante la –también– atomización competencial existente.

Esto que acabo de señalar es fácilmente observable y detectable de una mera recopilación de las solicitudes directas enviadas por la Comisión de Expertos y recomendaciones (CEACR) de la OIT a España, tanto con anterioridad a la entrada en vigor del MLC 2006 como después. En efecto, con anterioridad a la adopción del MLC 2006, España fue objeto de varios requerimientos a propósito de la inadaptación de nuestra legislación interna a los Convenios OIT sobre la gente de mar ratificados por España que pueden cifrarse (sólo desde el año 1987), en 70 solicitudes directas y 9 observaciones que han afectado a 22 de los 28 Convenios ratificados³⁹. Del contenido de las sollicitu-

³⁸ Ministerio de Fomento y/o Ministerio de Justicia en lo que tiene que ver con las normas reguladoras marítimas en España.

³⁹ De hecho, pueden visualizarse aquéllas en la siguiente página web: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:20010:::NO:::> (último acceso el día 3 de octubre de 2022), que recoge el período des-

des directas mencionadas se desprende que la falta de adecuación de la normativa española con respecto a las obligaciones contraídas con la OIT se debe a la ausencia de una visión homogénea y completa de su regulación en nuestro país, amén de la dejación (consciente o inconsciente) del legislador laboral por lo que respecta a la adecuación de nuestro ET y normas laborales a los requerimientos y obligaciones adquiridas en este contexto. Pongamos algunos ejemplos para justificar lo apenas expresado.

Así, por ejemplo, en relación con el C. 147, que puede considerarse como uno de los Convenios más importantes y precursor del MLC 2006 por lo que se refiere al control del Estado del puerto; el objeto de las solicitudes directas que han recaído sobre aquélla⁴⁰ han tenido por objeto principal el que se dé cuenta o se clarifique el régimen jurídico aplicable la gente de mar enrolada para prestar servicios en buques registrados en el segundo registro de buques español (REBECA), así como para que señale cuáles son los procedimientos específicos para tramitar las quejas de los marineros españoles enrolados en buques matriculados en el extranjero y de marineros extranjeros enrolados en buques matriculados en España, cuya regulación (en relación con las quejas) finalmente se integró (con un contenido muy discutible) en el RD 357/2015, esto es, dos años después de la entrada en vigor del MLC 2006⁴¹. También se ha efectuado alguna que otra observación con respecto a la regulación atinente a la capacitación de determinadas categorías de trabajadores; regulación ésta históricamente dependiente de normas administrativas y/o por circulares dictadas por la DGMM, donde –por ejemplo– se permitía que determinado personal titulado de formación profesional marítimo-pesquera estuviera autorizado a ocupar una función de categoría superior sin disponer de un certificado que pruebe su capacidad para el ejercicio de funciones superiores de la marina mercante, lo que contrariaba no sólo nuestra legislación interna, sino la inter-

de 1987 hasta la actualidad. Los Convenios objeto de solicitud directa son, salvo error u omisión, los siguientes: C. 53; C.8; C. 180; C. 165; C..164; C. 145; C. 134; C. 74; C. 55, C. 9; C. 166; C. 147; C. 146; C. 108; C. 92; C. 69; C. 68; C. 22; C. 16; C. 73; C. 92 y el C. 56. Hay que señalar, además, que, en la mayor parte de los casos, las solicitudes directas se han reiterado en varias ocasiones, incluso hasta en 5 solicitudes directas, como ha ocurrido especialmente con los Convenios núm. 134; 166; 147; C. 55 o con el C. 92.

⁴⁰ Solicitud directa (CEACR) – Adopción: 2006, Publicación: 96.ª reunión CIT (2007). *C147 – Convenio sobre la marina mercante (normas mínimas)*, 1976 (núm. 147) o la Solicitud directa (CEACR) – Adopción: 1998, Publicación: 87.ª reunión CIT (1999) y también la Solicitud directa (CEACR) – Adopción: 1990, Publicación: 77.ª reunión CIT (1990).

⁴¹ RD 357/2015, de 8 de mayo, sobre cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006, de la Organización Internacional del Trabajo, en buques españoles (BOE núm. 111, de 9 de mayo de 2015). Para una crítica sobre el particular, *vid.* FOTINOPOULOU BASURKO, O: «El control y certificación del cumplimiento del Convenio de trabajo marítimo, 2006, de la OIT: Aspectos críticos del Real Decreto 357/2015», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 42, 2016.

nacionalmente aplicable⁴². Asimismo, y en este mismo sentido, podemos hacer referencia a un déficit histórico con respecto al cumplimiento del C. 69, sobre el certificado de aptitud de los cocineros de buque que, hasta la fecha en la que se redactan estas páginas, ha sido objeto de atención mediante una mera resolución de 20 de mayo de 2013 de la DGMM, cuando se trata de una materia exclusivamente regulada por la OIT y no por la OMI⁴³.

Ahora bien, sin perjuicio de lo apenas descrito, probablemente una de las más grandes insuficiencias que podemos encontrar en nuestra legislación laboral interna, todavía hoy, tenga que ver con la regulación de la seguridad y salud laborales de la gente de mar. Y es que la Comisión ha formulado en múltiples ocasiones –con escaso éxito– solicitud directa en relación con el C. 92⁴⁴, para que el Gobierno diera cuenta de sus progresos para adoptar una norma sobre seguridad e higiene en la marina mercante que, en su momento, se hizo depender de la aprobación de una Ley de protección de la salud y condiciones de trabajo.

⁴² Véanse, la Observación (CEACR) – Adopción: 1988, Publicación: 75.ª reunión CIT (1988) sobre el C. 53, sobre los certificados de capacidad de los oficiales y, en el mismo sentido, la Observación (CEACR) – Adopción: 1992, Publicación: 79.ª reunión CIT (1992) donde la Comisión señala expresamente cuanto sigue: «La Comisión recuerda que, en virtud del artículo 3, 2) del Convenio, sólo se pueden hacer excepciones a los requerimientos de certificación en casos de fuerza mayor. Recuerda la anterior indicación del Gobierno acerca de que la utilización de oficiales sustitutos no certificados violaba la legislación española y las obligaciones internacionales de España y que su política actual se orientaba en cambio hacia la utilización gradual de profesionales adecuadamente titulados. Recuerda además su anterior comentario acerca de que la legislación nacional no define las circunstancias de que se trata en un caso de fuerza mayor en el sentido del Convenio. La Comisión insta al Gobierno a que adopte las medidas necesarias para garantizar que se satisfagan plenamente los requerimientos del Convenio y que siga comunicando información sobre el modo en que se aplican dichas disposiciones».

⁴³ En efecto, en relación con los certificados de cocinero, se debe hacer constar la solicitud directa (CEACR) – Adopción: 2006, Publicación: 96.ª reunión CIT (2007) en relación con el Convenio sobre el certificado de aptitud de los cocineros de buque y también en el mismo sentido la solicitud directa en el mismo sentido – Adopción: 2010, Publicación: 100.ª reunión CIT (2011) donde la Comisión solicita al Gobierno que de información sobre la regulación que regule estos asuntos. Si bien ello es así, es patente el retraso y/o incumplimiento en esta materia y que actualmente se regula en el MLC 2006. Por el momento, y sobre el particular, en España sólo se cuenta con una resolución de la Dirección General de la Marina mercante que regula el certificado de cocinero de los buques mercantes a efectos del Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, que es de 20 de mayo de 2013. *Vid.* https://www.mitma.gob.es/recursos_mfom/pdf/150EEE00-20FC-43D6-AA04-7B3258E6667F/118073/certificadoCocinero.pdf (último acceso 2 de octubre de 2022). A pesar de lo anterior, se ha de señalar que esta cuestión se encuentra todavía hoy sin regular expresamente, aunque proyectada a una Orden FOM (artículo 32) del año 2018, sobre determinados títulos profesionales, de competencia y certificados de suficiencia y otros certificados de formación marítima con la finalidad de sustituir a la obsoleta orden FOM/2296/2002 y dar coherencia a nuestra legislación interna; en particular por lo que se refiere a la interacción de esta futura norma reglamentaria con el ya adoptado RD 269/2022, de 12 de abril, por el que se regulan los títulos profesionales y de competencia de la Marina mercante. Dicha Orden puede visualizarse en https://www.mitma.gob.es/recursos_mfom/paginabasica/recursos/proyecto-de-orden-titulos-profesionales-de-competencia-y-certificados-de-formacion-maritima-audiencia-publica-_16-mayo-2018.pdf (último acceso 2 de octubre de 2022).

⁴⁴ *Vid.*, entre otras, Solicitud directa (CEACR) – Adopción: 1989, Publicación: 76.ª reunión CIT (1989), Convenio sobre el alojamiento de la tripulación (revisado), 1949 (núm. 92) y Solicitud directa (CEACR) – Adopción: 1991, Publicación: 78.ª reunión CIT (1991).

Pero es que esta misma exigencia se ha venido repitiendo, a propósito, por ejemplo, del C. 134⁴⁵, donde la CEACR mostró una cierta esperanza para que aquél desiderátum se hiciera realidad aprovechando la adopción de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales a tal efecto, esto es, que en España se aprobara una norma que regulara la seguridad y salud de los trabajadores marítimos que recogiera las particularidades del empleo a bordo de buques.

Por su parte, se podría pensar –si tomamos en consideración que España fue el primer país europeo en ratificar el MLC 2006– que la labor desarrollada por las instituciones con competencias en la materia ha sido distinta al del período precedente y sobre el que nos hemos detenido a título ejemplificativo. Pero nada más lejos de la realidad, ya que si se abordan las dos solicitudes directas elevadas por la CEACR a España en relación con este instrumento internacional, realizadas en el año 2016 y 2021 respectivamente⁴⁶, se puede observar con nitidez que seguimos presentando déficits, algunos de ellos de enorme envergadura. Hago referencia, por ejemplo, a los problemas detectados en relación con el ámbito subjetivo de aplicación del Convenio internacional⁴⁷. En efecto, en relación con esta cuestión, la CEACR en ambas solicitudes directas ha requerido al Gobierno que clarifique la noción de gente de mar a efectos del texto internacional (también del resto de nociones). Y es que en España y hasta la fecha sólo se ha contado con una Resolución de la DGMM, de 18 de abril de 2013, que prevé un listado de sujetos a los que o bien se considera gente de mar y/o bien se encuentran extramuros de tal consideración y, por ende, de la aplicación del texto internacional. En relación con esta materia, la CEACR ha expresado su preocupación por la enorme ambigüedad en la que se mueve la resolución anotada, solicitando al Gobierno que aclare la situación de los sujetos que, no siendo gente de mar-marino, pueden estar prestando servicios a bordo como, por ejemplo, artistas invitados, personal de catering con contratos de corta duración, animadores, camareros, personal de cocina o guardias de seguridad, etc. que no gozan de la seguridad jurídica necesaria para entender si son considerados o no como gente de mar. Y lo mismo cabe señalar con respecto a los alumnos en prácticas embarcados, cuya inclusión se

⁴⁵ Solicitud directa (CEACR) – Adopción: 1996, Publicación: 85.ª reunión CIT (1997) C134 – *Convenio sobre la prevención de accidentes (gente de mar)*, 1970 (núm. 134).

⁴⁶ Solicitud directa (CEACR) – Adopción: 2015, publicación: 105.ª reunión CIT (2016) y Solicitud directa (CEACR) – Adopción: 2019, publicación: 109.ª reunión CIT (2021). MLC, 2006 – *Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006 (MLC, 2006)*.

⁴⁷ Por no hablar del objetivo. En cuanto a estas cuestiones, FOTINOPOULOU BASURKO, O: «La noción híbrida de gente de mar en el CTM 2006 de la OIT y su plasmación en el ordenamiento español y francés: visión comparada con especial referencia a los alumnos en prácticas embarcados», *Revista de Derecho del transporte*, núm. 19, 2017, pp. 125-141.

hace depender de la concertación de un «contrato en prácticas», lo que parece contrario (o más bien es contrario) a las disposiciones del Convenio. Asimismo, se ha solicitado –una vez más– que se aclare el régimen jurídico de las dotaciones embarcadas en el REBECA ⁴⁸, que no pueden contar con una regulación más desfavorable por razón de nacionalidad.

Junto con estas apreciaciones en torno al ámbito subjetivo de aplicación, la CEACR ha indicado la necesidad de cumplir con la normativa en materia de contratación y colocación o con la obligatoriedad de que el contrato de trabajo se celebre por escrito (en este caso no incorporado al artículo 8 ET) y/o también con el hecho de que el documento de enrole y desenrole (regulado en una orden del año 2000 sobre despacho de buques) no se contenga apreciación alguna sobre la calidad del trabajo de la gente de mar, esto es, sobre la causa que pueda propiciar la terminación del acuerdo de empleo, ni sobre sus salarios (solicitud ésta que se arrastra desde el C. 22 de 1926). También se llama la atención sobre algunas cuestiones ligadas a la jornada de trabajo y, en concreto, sobre la inadaptación del artículo 34 ET al Convenio en relación con las pausas y descansos compensatorios de este colectivo de trabajadores y/o en la necesidad de terminar con la situación particular de exclusión que viven los capitanes de buques a estos efectos (jornada) de acuerdo con lo dispuesto en el RD 1561/1995, de jornadas especiales. Conclusiones similares cabe extraer en relación con la regulación de los períodos de preaviso y la extinción de los contratos de trabajo, dada la inadaptación a tal efecto de los artículos 49, 51, 52 y 55 del ET, pero también del artículo 59 ET por lo que respecta a las indemnizaciones derivadas de F. M (en concreto en caso de naufragio). También la CEACR pasa revista (aunque no nos detenemos por razones de espacio) a las cuestiones atinentes a la promoción profesional, promoción de empleos marítimos, alojamiento y esparcimiento, alimentación y servicio de fonda, reiterando el incumplimiento histórico con respecto a los cocineros de buques, etc.; Continúa llamando la atención sobre la ausencia de una regulación específica sobre seguridad y salud laborales (instando una vez más a que nuestra normativa interna se adapte a las obligaciones contraídas con la OIT) o con respecto a la constitución de un Comité de seguridad de buque o con respecto a los accidentes laborales. Y todo ello, sin olvidar que nos «han llamado la atención» en materia de seguridad social o desde la perspectiva inspectora donde la actuación de la inspección de trabajo se supedita a la realizada por la inspección marítima.

⁴⁸ Regulado en el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de puertos del Estado y de la marina mercante (LPEMM) pendiente de modificación, así como la LNM de acuerdo con el anteproyecto de modificación de ambos textos presentado en 2020.

En fin, como es visible, son muchas las cuestiones objeto de las solicitudes directas anotadas y que, desgraciadamente o con toda probabilidad van a continuar en un futuro próximo cuando la CEACR se enfrente al análisis de la adaptación de nuestra legislación interna a las enmiendas de los años 2014, 2016, 2018 o 2021 efectuadas sobre el MLC 2006 en relación con la garantía financiera exigible en casos de abandono o en relación con el acoso a bordo, etc. En otras palabras, nos encontramos ante una realidad que cabría calificar de decepcionante, basada, como decía, en razones históricas y/o en el continuo olvido al que el legislador laboral lleva sometiendo a quienes prestan servicios en buques mercantes, sean gente de mar-marino o no lo sean. Y todo ello en la creencia (para ser benévola) de que la dejación de sus competencias reguladoras en manos de la DGMM o de otros organismos podría solventar el cumplimiento de las obligaciones de España con respecto a la OIT por lo que se refiere a la gente de mar; algo que como es visible no ha sucedido.

4. LOS INCUMPLIMIENTOS DE ESPAÑA CON RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL TRABAJO A BORDO DE BUQUES DE PESCA DICTADOS POR LA OIT ANTES Y DESPUÉS DE LA ADOPCIÓN DEL C. 188

Si la situación de la gente de mar a bordo de buques comerciales puede ser calificada de decepcionante, en el caso de los pescadores es simple y llanamente lamentable, sobre todo si tomamos en consideración que la flota pesquera bajo pabellón español es una de las más grandes del mundo. Y es triste, entre otras cosas, porque la escasez y el carácter de mínimos de los Convenios internacionales adoptados por la OIT con respecto al trabajo de la pesca debería haber permitido al legislador español adaptarse a aquella con menores dificultades que las que se le han presentado en relación con el colectivo anterior. En este sentido, y entrando en cuestiones de tipo cualitativo⁴⁹, es necesario señalar, para determinar cuál ha sido el impacto de los convenios de la OIT sobre pescadores con anterioridad al C. 188, que durante la dictadura la regulación laboral que era aplicable se circunscribía a distintas reglamentaciones y ordenanzas de trabajo en el sector marítimo-pesquero, dictadas al amparo de la Ley de 16 de octubre de 1942, por la que se establecían normas para regular la elaboración de las reglamentaciones de trabajo. Las reglamentaciones de aplicación eran: la de

⁴⁹ Me remito a mayor abundamiento sobre todas estas cuestiones a CARRIL VÁZQUEZ, X. M. y FOTINOPOULOU BASURKO, O: «La forzada (y aún inacabada) incorporación a nuestro derecho interno de lo aprobado sobre el trabajo en la pesca por la Organización Internacional del Trabajo... *loc. cit.*

pesca marítima (aprobada por Orden Ministerial de 28 de octubre de 1946), la de industria de la pesca del bacalao (aprobada por Orden Ministerial de 16 de julio de 1959), la de pesca marítima de arrastre (aprobado por Orden Ministerial de 16 de enero de 1961), la de pesca marítima de cerco y otras artes (aprobada por Orden Ministerial de 26 de julio de 1963), la de buques congeladores (aprobada por Orden Ministerial de 19 de diciembre de 1974), la de buques bacaladeros (aprobada por Orden Ministerial de 8 de abril de 1976) y la de buques arrastreros al fresco (aprobada por Orden Ministerial de 31 de julio de 1976) ⁵⁰.

Así, la ratificación española del C.112, sobre la edad mínima de admisión al trabajo de los pescadores, aportó en su momento ciertos cambios en nuestro ordenamiento jurídico, impidiendo –al amparo de aquél– que los niños menores de 15 años pudieran prestar servicios a bordo (aunque con algunas matizaciones), lo que provocó modificaciones en tal sentido en las reglamentaciones y ordenanzas pesqueras aprobadas con posterioridad. El C. 113, sobre examen médico de los pescadores exigía que con anterioridad a embarcar los pescadores superaran un reconocimiento médico previo, cuestión ésta que ya se contenía en nuestra normativa entonces aplicable, esto es, en las reglamentaciones y ordenanzas antes vistas y con posterioridad en la orden ministerial de 1 de marzo de 1973, sobre reconocimientos médicos y certificados de aptitud para el trabajo a bordo de embarcaciones pesqueras y mercantes ⁵¹. Si bien ello es así, lo que generó la intervención de la CEACR sobre el particular fue la práctica española del reconocimiento médico previo al embarque ⁵² que no se adaptaba a las exigencias del texto internacional y que dio lugar a su corrección a través de la adopción del Real Decreto 1696/2007, de 14 de diciembre, por el que se regulan los reconocimientos médicos de embarque marítimo ⁵³. Ahora bien, esta circunstancia no ha evitado que la Comisión haya solicitado posteriormente a España información específica relacionada con esta materia, esto es, en relación con el «certificado médico de los pescadores ⁵⁴».

⁵⁰ BOE de 23 de octubre de 1942; BOE de 13 de noviembre de 1946; BOE de 30 de julio de 1959; BOE de 28 de enero de 1961; BOE de 7 de agosto de 1963; BOE de 22 de abril de 1976. Ocupaba el lugar de la derogada, por ella, de 16 de julio de 1959 y BOE de 24 de agosto de 1976 respectivamente.

⁵¹ Véase CARRIL VÁZQUEZ, X. M: *La seguridad social de los trabajadores del mar*, Civitas (1999, Madrid), pp. 369-373. BOE de 6 de marzo de 1973.

⁵² Véase su Solicitud de 1994 en *Conferencia Internacional del Trabajo, 81.ª reunión, 1994. Informe III (Parte A4). Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Informe general y observaciones acerca ciertos países*, Oficina Internacional del Trabajo (Ginebra, 1994), p. 426.

⁵³ BOE de 31 de diciembre de 2007.

⁵⁴ En concreto, sobre las medidas para garantizar que el personal facultativo tenga acceso a los informes de evaluación del puesto de trabajo para conocer los riesgos para la salud laboral y contar así con más elementos de análisis para llevar a cabo los reconocimientos médicos) y los «exámenes independien-

Por lo que atiene al C. 114, sobre el contrato de enrolamiento de los pescadores de 1959, hay que tomar en consideración que este convenio es muy minucioso en aquellas partes del contrato de embarco de los pescadores que aludían especialmente a la forma (necesariamente escrita) y contenido; su duración (duración indefinida y/o por viaje) y su extinción. Así, las dificultades principales detectadas por la CEACR en este ámbito, originando numerosas observaciones y recomendaciones al respecto, se produjeron a partir de la desaparición formal de dichas reglamentaciones y ordenanzas de trabajo⁵⁵, que habían sido «la pieza fundamental y el único refugio normativo de los pescadores en los últimos cuarenta años, a pesar de sus insuficiencias y obsolescencias»⁵⁶. Y es que la falta específica de normas españolas que regulasen internamente todo lo relativo al contrato de enrolamiento de pescadores previsto en el C. 114 es uno de los reproches que la citada Comisión viene realizando a España, al menos desde el año 2003⁵⁷, realizando múltiples observaciones sobre el particular en los años 2011 y 2012 relativas a la inadaptación de nuestro ET a las prescripciones establecidas en aquél, rogando encarecidamente al Gobierno español que «adopte rápidamente las medidas necesarias para poner su legislación de conformidad con el Convenio»⁵⁸.

Por lo que respecta al C. 126, sobre el alojamiento a bordo de los buques pesqueros de 1966, la OIT exigió en su momento que el Estado español adoptase las medidas legales oportunas, que se plasmaron con la aprobación de la Orden Ministerial de 17 de agosto de 1970, sobre el reglamento para el reconocimiento de los alojamientos a bordo de buques pesqueros en la parte que

tes para un árbitro médico» (en concreto, sobre las medidas adoptadas para garantizar a toda persona a quien se haya negado un certificado médico la posibilidad de pedir otro reconocimiento por uno o más árbitros médicos). Véase su Observación de 2019 en *Aplicación de las normas internacionales del trabajo. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 109.ª reunión, 2020*, Oficina Internacional del Trabajo (Ginebra, 2020), p. 649.

⁵⁵ Sobre los numerosos avatares legislativos por los que han tenido que pasar, marcados todos ellos por el común denominador de írseles restando progresivamente su protagonismo en la regulación de las condiciones de trabajo en este sector, hasta su declaración de caducidad formal, CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: *La seguridad social de los trabajadores del mar*, op. cit., pp. 144-149.

⁵⁶ Véase *Informe 7/1996 del Consejo Económico y Social, de 27 de noviembre de 1996, sobre Análisis socioeconómico del sector pesquero*, Consejo Económico Social (Madrid, 1997), p. 219.

⁵⁷ Véase su Solicitud de 2003 en *Conferencia Internacional del Trabajo, 92.ª reunión, 2004. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte IA). Informe general y observaciones referidas a ciertos países*, Oficina Internacional del Trabajo (Ginebra, 2004), p. 393.

⁵⁸ Véase *Conferencia Internacional del Trabajo, 102.ª reunión, 2013. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte IA). Informe general y observaciones referidas a ciertos países*, cit., p. 888.

afecta a la construcción naval⁵⁹. Si bien ello es así, y al igual que para los Convenios precedentes la CEACR ha venido formalizando numerosos comentarios sobre la aplicación práctica del Convenio en España y sobre la aplicación de esta orden ministerial, aparentemente todavía en vigor. La primera solicitud sobre el particular data del año 2002, con ocasión de la adopción del RD 1216/1997, de 18 de julio, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca⁶⁰, en la que la CEACR solicita información sobre su aplicación práctica y sobre el funcionamiento de la inspección⁶¹. A esta primera solicitud, le han seguido otras dos de los años 2006 y 2011 en la que la Comisión ruega al gobierno que remita las informaciones previamente solicitadas, así como que indique si las ordenes preconstitucionales que regulaban la materia siguen o no en vigor.

Como es visible, a pesar de la escasez de Convenios internacionales relativos a la pesca, España se ha mostrado incapaz de acomodar nuestra legislación interna a las obligaciones adquiridas con la OIT y aunque pudiera pensarse que desde la adopción del C. 188 en el año 2007 hasta la actualidad ha tenido tiempo para hacerlo, lo cierto es que tampoco puede afirmarse que ello haya sido así. En efecto, la adopción tanto del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial⁶² (en lo que tiene que ver con el trabajo en la pesca), como del Real Decreto 618/2020, por el que se establecen mejoras en las condiciones de trabajo en el sector pesquero⁶³ se ha producido como respuesta no ya a los reiterados reproches de la OIT en cuanto al cumplimiento del contenido de sus Convenios, sino de manera forzada para evitar una sanción por incumplimiento en la transposición de la Directiva (UE) 2017/159 que «comunitarizó» el C. 188. Pero es que además de su incorporación tardía o fuera de plazo, debe decirse que esta transposición es reprochable técnicamente al haber empleado dos normas jurídicas a tal efecto (que pueden dar lugar a incongruencias) y que tampoco ha sido completa con res-

⁵⁹ BOE de 29 de agosto de 1970. Derogaba la Orden de 15 de abril de 1969, sobre normas relativas a los alojamientos a bordo de buques pesqueros (BOE de 28 de abril de 1969), que a su vez había derogado la Orden de 27 de marzo de 1936, dictando las normas a que habrían de ajustarse los buques pesqueros construidos con arreglo a las Bases del Paro (*Gaceta* de 1 de abril de 1936).

⁶⁰ BOE de 7 de agosto de 1997.

⁶¹ Véase *Conferencia Internacional del Trabajo, 91.ª reunión, 2003. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1A). Informe general y observaciones referidas a ciertos países*, Oficina Internacional del Trabajo (Ginebra, 2003), p. 638.

⁶² BOE de 27 de junio de 2020.

⁶³ BOE de 2 de julio de 2020.

pecto a la totalidad del contenido de la Directiva del año 2017, en la medida en que su contenido, además, no es idéntico al C. 188⁶⁴. Queda por ver si la reciente ratificación del C. 188 por parte de España lleva a nuestro país a adoptar una posición pro-activa dirigida a dar cumplimiento —esperemos que definitivo— a las obligaciones contraídas con la OIT sobre el trabajo en la pesca; algo que a priori no debería parecer complicado, dado el carácter de mínimos y la gran flexibilidad que el texto internacional exhibe. Si bien ello es así, y tomando como referencia el devenir brevemente descrito, nada parece indicar que ahora debamos ser demasiado optimistas a este respecto.

5. CONCLUSIONES

La situación que brevemente hemos descrito en las páginas precedentes es una pequeña muestra indicativa de la falta de atención que la gente de mar y/o los pescadores de nuestro país han recibido por parte de los organismos con competencias normativas para regular sus condiciones de vida y de trabajo. Esta realidad se explica no sólo por nuestro devenir histórico, sino sobre todo por el hecho de que el legislador laboral ha incurrido en un «olvido» sistemático con respecto a ambos colectivos de trabajadores que se fundamenta en el hecho, a mi juicio, de que no se encuentra cómodo regulando relaciones de trabajo extra-territoriales y, en concreto, las marítimo-pesqueras.

Subrayar esta incomodidad, parcialmente comprensible, es tarea de la doctrina laboralista, tal y como se ha pretendido realizar en estas líneas, pero no con el objeto de criticar su actuación sin mayores pretensiones, sino con la finalidad de que dicha crítica sea constructiva y que asuma la tarea que le corresponde.

Y en este sentido, se debe ser consciente de que en España existe una necesidad imperiosa por abordar dicha regulación de una manera omnicomprensiva e integral, sobre todo por lo que se refiere a los pescadores. Y es que la gente de mar cuenta con una regulación más amplia y más extensa a nivel internacional, que conduce a que la protección con la que cuentan, si bien todavía mejorable, sea mayor que la que reciben los pescadores en términos generales, aunque su aplicación en el caso concreto de España deba tener presente que la flota mercante bajo control español no es muy amplia⁶⁵. A diferencia

⁶⁴ Vuelvo a remitir, a mayor abundamiento, sobre todas estas cuestiones a CARRIL VÁZQUEZ, X. M. y FOTINOPOULOU BASURKO, O: «La forzada (y aún inacabada) incorporación a nuestro derecho interno de lo aprobado sobre el trabajo en la pesca por la Organización Internacional del Trabajo... *loc. cit.*»

⁶⁵ La afirmación realizada supra se produce sin perjuicio de que, además, se haya de constatar que la flota mercante bajo control y registro español no es muy amplia. En efecto, el tonelaje de la flota con-

de dicho colectivo, en el caso de la pesca, los Convenios internacionales mencionados son escasos en términos cualitativos y cuantitativos, por no decir que el C. 188 permite la exclusión de su ámbito de aplicación a los buques de menos de 24 metros de eslora, lo que, en el caso de España –con una flota principalmente dedicada a la pesca artesanal– los buques de más de 24 metros de eslora sólo representan al 8,39% de los buques, aunque en su totalidad suponga el 20% de los empleos pesqueros directos para toda la UE⁶⁶.

Se hace necesario –pues– tomar conciencia de la realidad socio-económica de ambos sectores y de afrontar una regulación laboral que sea no sólo verdaderamente protectora, sino también atractiva para el mantenimiento de los empleos en ambos sectores.

trolada por armadores españoles (que se cifra por encima de los 5 millones de GT) se encuentra en un 52% inscrita bajo pabellones extranjeros (frente al 48% de los inscritos en el REBECA, que no deja de ser pabellón abierto). Véase el último informe de ANAVE titulado «Marina mercante y transporte marítimo 2021/2022» (vid. https://www.anave.es/images/informes/marina_mercante/2022/MMTM2022_ESP_webOK.pdf. Último acceso 10 octubre de 2022). Esta situación no evita, lógicamente, que también en este sector, España –tal y como señala ANAVE– debería *elaborar también un conjunto de reformas estructurales que potencien el crecimiento de un sector naviero nacional fuerte y competitivo, mediante un marco regulador sólido y eficiente, requisito indispensable para disponer de una flota mercante de control español de mayor dimensión en relación con nuestro comercio exterior, cuyos ingresos permitan generar una aportación positiva a nuestra balanza de fletes marítimos.*

⁶⁶ Vid. *Informe Anual de la actividad de la flota pesquera española 2021 (datos 2019)* elaborado por la secretaría general de pesca (https://www.mapa.gob.es/es/pesca/temas/registro-flota/informe-anual_2021-con-plan-de-accion_tcm30-563816.pdf. Último acceso 10 de octubre de 2022) y también Informe de Cepesca sobre el sector pesquero español 2022. Una actividad esencial comprometida que puede visualizarse en <https://cepesca.es/wp-content/uploads/2022/07/INFORME-SECTOR-PESQUERO-ESPANOL-2022.pdf> (último acceso 10 de octubre de 2022).

CONSULTA A LOS AGENTES SOCIALES: LA CONCERTACIÓN TRIPARTITA Y EL DIÁLOGO SOCIAL COMO MEDIO DE GOBERNANZA PARA EL PROGRESO ECONÓMICO Y SOCIAL

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. *Concertación y diálogo social: Significado político-jurídico.*–2. *Diálogo social, consultas tripartitas y «gobernanza» en la OIT: El Convenio 144 sobre la consulta tripartita (1976).*–3. *El diálogo social para la «gobernanza del futuro del trabajo».*–4. *El diálogo social en la Unión Europea: El debilitamiento del diálogo social en las políticas de «flexiseguridad» y su reforzamiento para la recuperación y resiliencia tras la crisis provocada por la pandemia de la COVID-19.*–5. *El papel político institucional del sindicato como base para el diálogo y la concertación social en España (arts. 7 y 131.2 CE) y la representatividad sindical.*–6. *La concertación social como seña de identidad del modelo político-social español tras la transición política.*–7. *Permanencia y ciclos discontinuos en la concertación social en España. El intenso protagonismo del diálogo y la concertación social en la coyuntura actual.*

1. CONCERTACIÓN Y DIÁLOGO SOCIAL: SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO

Para la OIT, el diálogo social incluye todo tipo de negociaciones, consultas e intercambios de información entre representantes de los gobiernos, las organizaciones representativas de los empleadores y las organizaciones representativas de los trabajadores sobre cuestiones relacionadas con la política económica y social. Constituye no sólo un medio de progreso social y económico, sino también un objetivo propiamente dicho, toda vez que permite a las

personas expresarse y defender sus intereses en la sociedad y en el lugar de trabajo. Puede articularse a través de distintas formas, consistiendo en un proceso tripartito, con participación del Gobierno como parte oficial del diálogo, o en procesos bilaterales entre las organizaciones sindicales y empresariales, con o sin participación indirecta del Gobierno; también puede tener un carácter informal o institucional o una combinación entre ambas.

En cualquier caso, el diálogo social requiere unos presupuestos que lo habiliten, como son: la existencia de organizaciones sindicales y patronales fuertes e independientes; la voluntad política y el compromiso de todas las partes para intervenir en el diálogo social; el respeto a los derechos fundamentales de libertad sindical y negociación colectiva; y el apoyo institucional adecuado ¹.

En momentos difíciles la OIT considera que el diálogo social aporta el medio institucional para enfrentar los problemas ocasionados por las crisis económicas y facilitar el consenso necesario sobre los programas y las medidas de reforma destinadas a frenar su coste social, contribuyendo de ese modo a evitar la inestabilidad social que, de otro modo, retrasaría el proceso de ajuste necesario ².

El fenómeno de la concertación y del diálogo social ³ supone, ante todo, una forma de integración entre los dos grandes poderes operantes en el marco del sistema de relaciones laborales, el poder normativo del Estado y el poder jurídico-social de la autonomía colectiva. La concertación supone una atracción de los agentes sociales hacia el ámbito propio de la elaboración de la política pública, de tal forma que influyen sobre ella, pero también la legitiman adicionalmente, y, al mismo tiempo, constituye un mecanismo que permite a los poderes públicos influir y condicionar la práctica sindical y la estrategia de la negociación colectiva. De ahí que en el plano de la teoría política las formas más evolucionadas de concertación social han dado lugar a lo que se ha llamado «neocorporativismo democrático», como forma de gobierno sociopolítico de las sociedades complejas y altamente desarrolladas como son las propias del capitalismo avanzado.

¹ Vid. BUCKEY, G. J. y CASALE, G. (Edit.): *Diálogo social y estrategias de lucha contra la pobreza*. Informes OIT. MTAS y OIT. Madrid, 2007, pp. 36 ss..

² OIT: *Informe España: Crecimiento con empleo*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 2014, p. 151.

³ Vid. sobre toda esta cuestión, más detenidamente, Vid. MORENO VIDA, M. N.: *Los Pactos Sociales en el Derecho del Trabajo*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 1989; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Concertación y diálogo social*, Lex Nova, Valladolid, 1999; MORENO VIDA, M. N.: «Los acuerdos de concertación social, con especial atención al Acuerdo para el Progreso Económico y Social de Andalucía», *Temas Laborales*, núm. 120/2013, monográfico dedicado a «Los efectos de las reformas laborales en la negociación colectiva», pp. 85-122; MONEREO PÉREZ, DE VAL TENA, MALDONADO MOLINA, MORENO VIDA, MUÑOZ DE BUSTILLO: *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*. CES, Madrid, 2015.

Con el término «diálogo social» se tiende a abarcar todas aquellas relaciones entre actores del mundo del trabajo que no suponen conflicto abierto, incluyendo, pues, los mecanismos de consulta, negociación, concertación, participación, etc. De esta forma, el diálogo social comporta la localización de puntos de encuentro entre los agentes sociales, el intercambio de informaciones, ideas y opiniones entre las partes sociales y el intento de búsqueda de posiciones convergentes sobre cuestiones de interés común. El diálogo social puede ser un procedimiento que lleve a la concertación social, pero no se pueden confundir ambos conceptos. La concertación social es una de las formas de expresión del diálogo social; es una forma de intercambio político entre el poder público y los interlocutores sociales en virtud de la cual las grandes organizaciones de intereses intervienen en el proceso de adopción de decisiones de gobierno.

La concertación social aparece como un mecanismo de adopción tripartita de grandes decisiones relativas a problemas sociales y económicos en un nivel general o de ámbito inferior. En el proceso de concertación se produce una negociación o consulta político-social entre los agentes sociales (organizaciones sindicales y empresariales más representativas) y los poderes públicos. El método de la concertación es en sí sustancialmente político, pues de lo que se trata es, en el fondo, de hacer partícipes a las grandes organizaciones profesionales en la gestión de la política social y económica y de corresponsabilizarlas, de algún modo, en las correspondientes decisiones del poder público.

El fenómeno de la concertación social tiene un carácter multiforme, tanto en su estructura como en las condiciones políticas. De tal forma que de la concertación y del diálogo social se pueden detectar en la práctica diversas acepciones y modalidades: concertación y diálogo social nacional y europeo, concertación «macroeconómica», «mesoconcertación», «microconcertación»; se puede tratar de una concertación trilateral o bilateral; puede expresarse a través de pactos sociales o a través de fórmulas de «legislación negociada», entre otras formas de expresión.

A través de la concertación social, las grandes organizaciones de intereses intervienen en el proceso de adopción de decisiones de gobierno en una particular forma de «intercambio político». El poder público delega ámbitos relevantes de su facultad para adoptar decisiones en las organizaciones de intereses, permitiéndoles participar en el proceso decisorio y en la aplicación de las decisiones. Por su parte, las organizaciones de intereses obtienen un poder de decisión en las políticas económicas y sociales, acrecentando su capacidad de control e intervención sobre el sistema político del que dependen las grandes decisiones de política económica y social. En este proceso de «intercambio

político», las organizaciones de intereses ponen a disposición del Estado su poder político indirecto, favoreciendo el «consenso» social y asegurando una mayor legitimación y efectividad de las decisiones políticas del poder público. Ello desemboca en un doble papel que actualmente cumplen las organizaciones de intereses, fundamentalmente de los sindicatos, en las sociedades modernas: como instrumento de representación colectiva y directa de los intereses de los trabajadores y como instancia de participación en la constitución del sistema político.

Para las organizaciones de intereses, esta relación de intercambio político supone un coste innegable y una limitación de su autonomía decisional, en la medida en que implica una orientación de su acción en el sentido que permita una realización más idónea de los objetivos perseguidos por la concertación. Con respecto al sindicato, su implicación en las decisiones políticas a través de la concertación social, e incluso la legitimación de las mismas, entraña el coste potencial de provocar relaciones de tensión con los miembros de la base, así como pérdida de influencia sobre los mismos e incluso pérdida de afiliación. En la medida en que la participación en los procesos de decisiones políticas públicas por parte de las organizaciones de intereses se institucionaliza a través de la concertación social, éstas dejan de ser meros «grupos de presión», siendo verdaderos sujetos políticos que participan en procesos de decisión de políticas públicas. Se plantea para ellas una tensión innegable entre la participación en este intercambio político y la necesidad de mantener la identidad colectiva que personifica el sindicato.

Las formas de concertación social son muy variadas al ser un instrumento caracterizado por su flexibilidad que puede, además, tener un mayor o menor grado de institucionalización. La concertación puede cristalizar en Acuerdos o Pactos Sociales tripartitos, como los que se llevaron a cabo en nuestro país a nivel nacional durante los años 80 y primera mitad de los 90, o, de forma puntual, los que se llevaron a cabo en el marco de la Declaración para el Diálogo Social de 2004 (Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 2006, Acuerdo sobre Medidas de Seguridad Social de 2006) y los que se han llevado a cabo en este último período para hacer frente a la crisis derivada de la pandemia de la COVID-19 y para llevar a cabo las importantes reformas laborales y de seguridad social de 2021-2022. Pero, además, la concertación social puede dar lugar a una «legislación negociada» (de la que existen numerosos ejemplos), o puede cristalizar en acuerdos o convenios marcos bilaterales (organizaciones sindicales y empresariales más representativas) coordinados y vinculados con el proceso de negociación política (como los Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva). En última instancia, ambos ins-

trumentos –Pactos Sociales y Acuerdos Marco– participan de la misma razón política y la misma dinámica y su práctica en nuestro país ha ido paralela durante algunas décadas (en los años 80 y 90 del pasado siglo principalmente), apareciendo los Pactos Sociales como cúpula de una negociación colectiva articulada ordenada a través de los Acuerdos Marco (para la OIT la negociación colectiva se sitúa en el centro del diálogo social⁴).

2. DIÁLOGO SOCIAL, CONSULTAS TRIPARTITAS Y «GOBERNANZA» EN LA OIT: EL CONVENIO 144 SOBRE LA CONSULTA TRIPARTITA (1976)

El diálogo social, como medio de consulta y participación de los interlocutores sociales y como fórmula de cooperación tripartita en sentido amplio para la formulación o aplicación de la política económica y social, está presente de modo fundamental en la OIT. No sólo se incorporó desde su nacimiento como característica esencial de esta organización internacional⁵, sino que la necesidad del tripartismo y del diálogo social ante los desafíos que hoy plantea el mundo globalizado, con el objetivo de conciliar los imperativos de la justicia social con la competitividad de las empresas y el desarrollo económico, se ha puesto de manifiesto reiteradamente en el seno de la OIT.

El tripartismo, así, además de constituir el método de «gobernanza interna» de las instituciones y métodos de actuación de esta organización internacional, tiene una importante proyección «externa»⁶ que se ha incorporado a numerosos convenios y recomendaciones. Para la OIT, el diálogo social es un componente central para su funcionamiento y está contemplado en casi todos los convenios y recomendaciones, así como en el «Programa de Trabajo De-

⁴ Vid. OIT: *Informe sobre el Diálogo Social 2022. La negociación colectiva en aras de una recuperación inclusiva, sostenible y resiliente*. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra 2022.

⁵ Como señala C. Palomeque, la composición y estructura orgánica de la OIT «se edificaron de acuerdo con un singular principio de base que albergaba una verdadera peculiaridad institucional en el concierto de los organismos internacionales, no exenta por lo demás de polémica desde el primer momento: el llamado «tripartismo» o criterio orgánico de la «representación tripartita» de cada Estado dentro de la Organización, que se integraba de este modo por representantes del propio Gobierno, de los empleadores y de los trabajadores nacionales. Se quiso así en 1919 plasmar el reconocimiento de los esfuerzos realizados por el movimiento obrero y sindical en favor de una legislación internacional del trabajo, sin que naturalmente debieran quedar excluidos los empresarios y sus organizaciones, sujetos a importantes responsabilidades de orden social». Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 147, 2020, p. 33.

⁶ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Los convenios de gobernanza de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 147, 2020, pp. 91 ss.

cente» (integrado por cuatro componentes básicos: la creación de empleo, los derechos en el trabajo, la protección social y el «diálogo social», con la igualdad de género como un objetivo transversal; y convertidos hoy en elementos centrales de la nueva Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible de la ONU, especialmente del Objetivo 8 de la Agenda 2030). En muchas de las disposiciones de los convenios y recomendaciones se exige expresamente la celebración de consultas con los interlocutores sociales⁷.

Además, la OIT considera el diálogo social y la consulta tripartita como base de la gobernanza y ha establecido que, con arreglo a la «Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 (Declaración sobre la Justicia Social)», son cuatro los convenios que revisten «mayor importancia en relación con la gobernanza y se refieren concretamente al tripartismo, la política de empleo y la inspección del trabajo». Dichos convenios son: el Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81); el Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122); el Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129), y el Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144)⁸.

Para la OIT, la promoción constante del trabajo decente requiere «crear potencial e instituciones nacionales capaces de promover el empleo y fortalecer los sistemas nacionales a fin de garantizar el cumplimiento de las normas del trabajo, en particular mediante la inspección del trabajo y las consultas tripartitas». Por ello, y a través del sistema normativo de la OIT, estos convenios desempeñan una función esencial en la promoción de un empleo pleno, productivo y libremente elegido, en el fortalecimiento de la cohesión social por medio del diálogo social, y en el mantenimiento de las condiciones decentes de trabajo por medio de un servicio de inspección del trabajo eficaz. Es por esta función por lo que se consideran «convenios de gobernanza», que contribuyen a promover los objetivos fundamentales de la OIT mediante la búsqueda de políticas y soluciones concertadas en un contexto tripartito y mediante servicios de inspección del trabajo. El papel del diálogo social y de los servicios de inspección del trabajo deben estar presentes en todo el proceso de aprobación, aplicación y seguimiento de las normas de la OIT.

⁷ OIT: *Diálogo social y tripartismo*. Discusión recurrente sobre el objetivo estratégico del diálogo social y el tripartismo, con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 107.ª reunión, 2018. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2013, p. 3.

⁸ OIT: *Plan de Acción (2010-2016) Para la ratificación generalizada y la aplicación efectiva de los convenios de Gobernanza (Inspección de trabajo, Política de empleo, Consulta tripartita)*, adoptado por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo en su 306.ª sesión (noviembre 2009). Ginebra 2011.

Desde su plasmación inicial en 1919 en la Constitución de la OIT, el tripartismo y el diálogo social siempre ha presidido la actuación de la OIT y ha sido permanentemente potenciado «en vista de los desafíos que hoy plantea este mundo globalizado, especialmente cuando se persigue conciliar los imperativos de la justicia social con la competitividad de las empresas y el desarrollo económico» (véase: «Consulta tripartita en el plano nacional sobre la política económica y social», Informe VI a la Conferencia Internacional del Trabajo, 1996). Se encuentra incorporado en numerosos convenios y recomendaciones. Principalmente se consagran en el Convenio núm. 144 sobre la consulta tripartita (1976), así como en la Recomendación núm. 113 sobre la consulta (ramas de actividad económica y ámbito nacional) (1960) y la Recomendación núm. 152 sobre la consulta tripartita (actividades de la Organización Internacional del Trabajo) (1976), que exigen que tengan lugar consultas entre los gobiernos y los representantes de los empleadores y los trabajadores en cada etapa de la actividad normativa de la OIT⁹, junto con el Convenio núm. 150 OIT sobre Administración del Trabajo, de 1978. Pero, además, el tripartismo como método de gobernanza eficaz también se ha irradiado a otros muchos convenios a lo largo de la evolución de la OIT; por ejemplo, entre otros muchos, los concernientes a la política del empleo (Convenio núm. 122, 1064), a la fijación de una edad mínima de admisión al trabajo (Convenio núm. 138, 1973), a las agencias de empleo privadas (Convenio núm. 181, 1997) o a la eliminación de las peores formas de trabajo infantil (Convenio núm. 182, 1999), que establecen asimismo consultas entre gobiernos y organizaciones de empleadores y de trabajadores para facilitar su puesta en práctica¹⁰.

En la 304.ª reunión del Consejo de Administración de la OIT se planteó la necesidad de una nueva campaña de promoción para la ratificación y la aplicación efectiva de los convenios de gobernanza haciendo hincapié en la interdependencia e interacción entre los objetivos de los convenios. Esta interac-

⁹ Vid. Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144): «Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se compromete a poner en práctica procedimientos que aseguren consultas efectivas, entre los representantes del gobierno, de los empleadores y de los trabajadores, sobre los asuntos relacionados con las actividades de la Organización Internacional del Trabajo a que se refiere el artículo 5, párrafo 1».

¹⁰ Otras Resoluciones y Conclusiones de la OIT en relación con la consulta tripartita que se han ido estableciendo por la OIT, en períodos anteriores, son: *Conclusiones relativas a la consulta tripartita a nivel nacional sobre la política económica y social*, Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 1996; *Resolución relativa al tripartismo y el diálogo social*, Conferencia Internacional del Trabajo, 2002; *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Conferencia Internacional del Trabajo, 97.ª reunión, 2008; *Resolución sobre «Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo»*, Conferencia Internacional del Trabajo, 98.ª sesión, Ginebra, 2009.

ción entre los cuatro instrumentos tiene por objeto la promoción del empleo y el fortalecimiento de los sistemas nacionales destinados a garantizar el cumplimiento de las normas del trabajo, en particular mediante la inspección del trabajo y la participación activa de los empleadores y los trabajadores y de sus organizaciones en las consultas tripartitas. Además, en el «Plan de Acción (2010-2016) para la ratificación generalizada y la aplicación efectiva de los convenios de Gobernanza», adoptado por el Consejo de Administración de la OIT en su 306.^a sesión (noviembre 2009), se reitera que «estos convenios desempeñan una función esencial en la promoción de un empleo pleno, productivo y libremente elegido, en el fortalecimiento de la cohesión social por medio del diálogo social, y en el mantenimiento de las condiciones decentes de trabajo por medio de un servicio de inspección del trabajo eficaz. Contribuyen a allanar el camino para salir de la crisis actual mediante la búsqueda de políticas y soluciones concertadas en un contexto tripartito y servicios de inspección del trabajo eficaces».

En particular, mediante el Convenio núm. 144, el principio del tripartismo en el que se basa la adopción de normas se hace extensivo al proceso de aplicación de esas normas a nivel nacional, por lo que se considera que la ratificación y la aplicación de este Convenio es fundamental para la aplicación efectiva de todas las demás normas internacionales del trabajo, para mejorar el funcionamiento del mecanismo de control de la OIT, y para asegurar el cumplimiento por los Estados Miembros de la OIT de las obligaciones constitucionales que les incumben. Además, por la Recomendación núm. 152, que acompaña al Convenio núm. 144, se amplía el alcance de las consultas tripartitas y se sugiere que éstas también se celebren en relación con la elaboración y puesta en práctica de medidas legislativas o de otra índole para dar efecto a los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo. En consecuencia, el plan de acción se orientará fundamentalmente hacia la creación de diálogo social (en un sentido amplio) y de instituciones de inspección del trabajo.

El Convenio núm. 144 OIT sobre las consultas tripartitas fue adoptado en la Conferencia General de la Organización Internacional del trabajo reunida en Ginebra el 2 de junio de 1976 (61.^a reunión). Dispone que se celebren consultas efectivas entre los gobiernos, las organizaciones de empleadores y las organizaciones de trabajadores en cada etapa de la actividad normativa de la OIT, desde la preparación del orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo, la ratificación de las normas internacionales del trabajo y la supervisión de la aplicación de las normas, hasta la denuncia de los convenios ratificados. Pero, con un objetivo de más amplio alcance, el propósito del Convenio núm. 144 es promover el tripartismo y el diálogo social en el ámbito nacional,

asegurando la participación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en cada etapa de las actividades normativas de la OIT.

Se consideran aspectos esenciales del Convenio núm. 144: la definición del concepto de «organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores»; la introducción de procedimientos para garantizar la celebración de consultas efectivas que se concretan de acuerdo con la práctica nacional; disponer la participación de los representantes de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en pie de igualdad; prever la obligación de apoyo administrativo y formación para los participantes en las consultas; determinar las cuestiones que han de tratarse en las consultas (como mínimo, las normas internacionales del trabajo); y establecer la obligación de informar sobre el funcionamiento de los procedimientos de consulta¹¹.

En virtud de este Convenio, en las consultas deberán abordarse cinco materias que corresponden a cada una de las etapas del proceso normativo de la OIT: 1. Las respuestas de los gobiernos sobre los proyectos de instrumentos normativos de la OIT (si bien, el contenido final de las respuestas y de los comentarios sigue siendo responsabilidad de los gobiernos). 2. La presentación a las autoridades nacionales de los nuevos convenios y recomendaciones adoptados por la OIT, para su eventual ratificación y/o aplicación (lo que debe cumplirse previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores). 3. El nuevo examen de convenios no ratificados y de recomendaciones a las que no se haya dado aún efecto para promover su ratificación y/o su aplicación, según proceda. 4. Las memorias que han de presentarse a la OIT relativas a los convenios ratificados, sobre su aplicación en la legislación y en la práctica. 5. Las propuestas de denuncia de convenios ratificados. Pero, además, en la Recomendación núm. 152 OIT, se amplía el alcance de las consultas tripartitas de forma que abarquen también la elaboración y puesta en práctica de medidas legislativas o de otra índole para dar efecto a los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, y en particular a los convenios ratificados; las actividades de cooperación técnica en que participe la OIT; las medidas que hayan de tomarse con respecto a las resoluciones y demás conclusiones adoptadas en el seno de la OIT; y las medidas para facilitar una mejor comprensión de las actividades de la OIT.

El Convenio núm. 144 señala que las consultas tripartitas deben ser «efectivas y significativas». Por ello entiende que «la consulta tripartita debe

¹¹ OIT: *Promover la consulta tripartita: Ratificación y aplicación del Convenio 144*. Departamento de Relaciones Laborales y de Empleo (Dialogue) y Departamento de Normas Internacionales (Normes), Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2011, p. 4.

estar orientada a ayudar a los gobiernos a tomar decisiones sobre cuestiones normativas específicas de la OIT». La consulta supone algo más que un mero intercambio de información, aunque no significa que haya que llevar a cabo negociaciones con miras a alcanzar un acuerdo. Lo esencial es que las opiniones de las organizaciones de empleadores y de trabajadores sean tenidas en cuenta por los gobiernos antes de la toma de decisiones. Por organizaciones representativas se entiende las organizaciones independientes de empleadores y de trabajadores que ejercen los derechos de la libertad sindical y de asociación. El procedimiento de consulta puede tener por objetivo el logro de un consenso, si bien éste no es una condición necesaria. En último término es el gobierno quien toma una decisión si no se alcanza consenso, pero las organizaciones de empleadores y de trabajadores no están obligadas a aceptar la decisión o postura definitivas que adopte el gobierno y pueden hacer llegar sus opiniones y comentarios sobre el particular directamente a la Oficina Internacional de la OIT. El Convenio núm. 144 deja un amplio margen de acción a los gobiernos para determinar las formas de consulta que consideren más apropiadas, de acuerdo con la práctica nacional pero siempre en concertación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, y sin que se requiera ningún mecanismo institucional específico. Sí se establece que las consultas deben realizarse al menos una vez al año, que el gobierno debe prestar el apoyo administrativo necesario y que, en caso de ser necesario, el gobierno y las organizaciones profesionales representativas deben asegurar la formación necesaria a los participantes en las consultas.

En el Informe de la OIT «Promover la consulta tripartita: Ratificación y aplicación del Convenio 144»¹², al exponer las razones por las cuales debería ratificarse el Convenio 144 destaca los siguientes aspectos:

— La ratificación y aplicación del Convenio núm. 144 redonda en decisiones más representativas y con mayores fundamentos, ya que reflejan los puntos de vista de los interesados; promueve una cultura de tripartismo y diálogo social, y hace posible una mayor confianza y diálogo entre los interlocutores sociales sobre otros temas económicos y sociales, inclusive en tiempos de crisis y de mayores tensiones sociales, como establece el *Pacto Mundial para el Empleo*; las decisiones se toman de una forma más participativa, lo que podría facilitar su aplicación; promueve el buen gobierno; contribuye a mejorar la aplicación de otros convenios y recomendaciones; ayuda a tratar cuestio-

¹² OIT: *Promover la consulta tripartita: Ratificación y aplicación del Convenio 144*. Departamento de Relaciones Laborales y de Empleo (Dialogue) y Departamento de Normas Internacionales (Normes), Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2011, p. 10.

nes referentes a la aplicación de convenios y principios y puede reducir al mínimo la necesidad de plantear estas cuestiones ante los órganos de control de la OIT; y pone de manifiesto el compromiso de los gobiernos con los valores básicos de la OIT.

— La flexibilidad del texto del Convenio núm. 144 y de la Recomendación núm. 152 deja en lo esencial a los Estados Miembros la libertad de escoger los procedimientos de consulta. No es necesario crear una institución tripartita permanente. Sin embargo, es importante que las consultas celebradas entre los interlocutores tripartitos sean eficaces.

— El concepto de «consulta» es distinto de la «negociación». Esta última se refiere a las discusiones entre partes que tienen intereses divergentes o contradictorios con el propósito de llegar a un acuerdo. Más que alcanzar un acuerdo, el objeto de las consultas previstas en el Convenio núm. 144 es ayudar a las autoridades competentes a tomar decisiones bien fundamentadas. Conlleva una buena voluntad y requiere algo más que un simple intercambio de información entre las partes. Los procedimientos de consulta pueden ser modificados por los gobiernos, previa celebración de consultas eficaces con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores. Se precisa, no obstante, que el Convenio núm. 144 regula las consultas tripartitas nacionales sobre temas estrictamente relacionados con la actividad normativa de la OIT, como, por ejemplo, la ratificación y la aplicación de las normas internacionales del trabajo.

— La ratificación del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) no es un requisito previo a la ratificación del Convenio núm. 144. Pero los procesos de consulta tripartita sólo pueden ser eficaces si los representantes de los empleadores y de los trabajadores disfrutan de la libertad sindical y de asociación, puesto que las consultas serán significativas sólo si tienen lugar en condiciones tales que las organizaciones representativas puedan expresar sus puntos de vista con total libertad e independencia. Precisa además la OIT que todos los Estados Miembros, hayan ratificado o no el Convenio núm. 87, están obligados, en virtud de su pertenencia a la OIT, a respetar el principio de la libertad sindical y de asociación, tal y como se reafirmó en la *Declaración de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, y en la *Declaración de 2008 sobre la Justicia Social*.

También el importante Convenio núm. 150 OIT sobre Administración del Trabajo, de 1978, prevé que se deberán establecer procedimientos adecuados para garantizar la consulta, la cooperación y la negociación entre las autorida-

des públicas y las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores. En este Convenio, dentro del «sistema de administración del trabajo» se incluye, junto con los órganos de la administración pública, toda estructura institucional «para la consulta y participación de los empleadores y de los trabajadores y de sus organizaciones». En este sentido, el artículo 5 del Convenio núm. 150 obliga a todo Estado miembro que ratifique dicho Convenio a «establecer procedimientos apropiados a las condiciones nacionales para garantizar, dentro del sistema de administración del trabajo, la consulta, la cooperación y la negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, o –cuando fuere apropiado– los representantes de los empleadores y de los trabajadores».

3. EL DIÁLOGO SOCIAL PARA LA «GOBERNANZA DEL FUTURO DEL TRABAJO»

La noción de gobernanza, surgido en relación con la administración y tareas regulatorias¹³ y que fue adquiriendo fuerza en el ámbito de la ciencia política respecto a las instancias públicas, remite al problema de la gobernabilidad en las sociedades contemporáneas con una cada vez mayor complejidad y mayores dificultades en la organización y en los procesos de adopción de decisiones¹⁴.

Señala Conde López¹⁵, que mientras el concepto de gobierno representa la forma clásica de gestión de un Estado, basado en la existencia de instituciones y políticas desarrolladas a través de normativas, la gobernanza «constituye, por el contrario, una forma de gestión específica según la cual instituciones, organizaciones, órganos y empresas establecen una red de cooperación a diferentes niveles». En dicha forma de gestión, «el diálogo y las negociaciones constituyen la base necesaria para alcanzar los acuerdos que se incluirán posteriormente en el procedimiento de toma de decisiones»¹⁶. La gobernanza se

¹³ NICKEL, RAINER: «Gobernanza», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 7, septiembre 2014 – febrero 2015, p. 185.

¹⁴ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica*. El Viejo Topo. Barcelona, 2013, p. 413.

¹⁵ CONDE LÓPEZ, F.: «Constitución europea y gobernanza económica», en *Quaderns de Política Económica (QPE)-Revista Electrónica*, núm. 8, sept.-dic. 2004 <http://www.uv.es/poleco>, p. 8.

¹⁶ La expansión que se ha producido del concepto de «gobernanza» permite identificar otras perspectivas del mismo, desde una óptica neoliberal: así, se ha utilizado esta noción con un contenido en términos de gestión, de privatización y reducción del Estado competidor en las actividades económicas, considerando la participación como condición para la libre competencia (vid. *Informe sobre Gobernanza y Desarrollo*, World Bank: Governance and Development, Washinton 1992). Vid. ALLI ARANGUREN, Juan-

refiere a un modo de gobierno eficaz, competente, íntegro, equitativo, transparente y responsable en un Estado Social y Democrático de Derecho. La buena gobernanza requiere legitimidad democrática y un gobierno responsable en la toma de decisiones de modo transparente y público, que formule políticas y prestaciones de servicios de modo competente y que sea respetuoso con los derechos humanos y esté sometido al imperio de la ley ¹⁷.

En esta línea, desde la perspectiva de la OIT se habla de gobernanza en el sentido de fórmulas legítimas, democráticas y participadas para regular con eficiencia el mundo del trabajo. La base de esta gobernanza establecida por las normas y declaraciones de la OIT se encuentra, como ya se ha visto, en los llamados «Convenios de Gobernanza», considerados como convenios prioritarios. En el mundo actual la necesidad de impulsar la gobernanza de las relaciones de trabajo se contiene en numerosas Declaraciones y otros instrumentos de la OIT, de los que conviene ahora destacar la «Declaración Tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social» ¹⁸, la «Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa» (aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2008), los «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar» (2011), entre otras muchas.

Cruz: «Gobernanza Europea», en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, Zaragoza, 2013, pp. 19-20 [file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-GobernanzaEuropea-5527788.pdf]; también Nickel, Rainer: «Gobernanza», *op.cit.*, p. 185. La gobernanza también se ha configurado como un método técnico para la ordenación del sistema institucional, desde una óptica igualmente neoliberal, acentuando la relación entre gobernanza y derecho flexible o débil (*soft law*). Vid. ALLI ARANGUREN, «Gobernanza Europea», *op.cit.*, pp. 19-20, que señala que «Este concepto se sitúa dentro de la corriente neoinstitucionalista que integra las instituciones, la sociedad y la economía en las acciones de gobierno y en los procesos de decisión, variedad de las fórmulas de gobierno «flexible», «desreglado» o «abierto». Supone la superación de la exclusividad de los poderes políticos respecto de los asuntos públicos, la incorporación de otros agentes que participan en la formación y toma de decisiones y la interdependencia en la gestión por medio de los procesos de participación y control». Es ésta la perspectiva adoptada en el ámbito de la Unión Europea, desde el «Libro Blanco sobre la Gobernanza» y la adopción del Método Abierto de Coordinación (MAC) como nueva forma de gobernanza dentro de la Unión Europea, que busca alcanzar decisiones de gobierno participadas y consensuadas, sin acudir al derecho coactivo sino mediante regulaciones de derecho débil. Vid. Conde López, F.: «Constitución europea y gobernanza económica», en *Quaderns de Política Econòmica*. Revista electrónica. 2.ª época. Vol. 8, Sept.- Dic. 2004, p. 8 [http://www.uv.es/poleco].

¹⁷ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica*, *op.cit.*, pp. 413 ss.; ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz: «Gobernanza Europea», *op.cit.*, p. 22.

¹⁸ Declaración adoptada inicialmente en 1977 y enmendada posteriormente en 2000, 2006 y 2017. En ella se establece expresamente que el diálogo entre las empresas multinacionales y los representantes de los trabajadores afectados, así como entre las empresas multinacionales y los gobiernos, es el elemento central de esta Declaración, sin que ello suponga sustituir el cumplimiento de las leyes y reglamentos nacionales, la negociación colectiva y el respeto de las normas y principios rectores de la OIT y otras normas internacionales.

En la Nota Informativa 4 de la Oficina Internacional del Trabajo sobre «El contrato social y el futuro del trabajo: Desigualdad, seguridad de los ingresos, relaciones laborales y diálogo social», dentro de la «Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo» de la OIT de 2016¹⁹, se sitúa la gobernanza en el marco del acuerdo social implícito que surge a partir del proceso de interrelación entre el mercado, el estado y los ciudadanos en el mundo del trabajo. Se lleva a cabo un «contrato social», entendido como «un acuerdo implícito que define la relación entre el gobierno y los ciudadanos, entre la mano de obra y el capital, o entre los diferentes grupos de la población», que puede variar de acuerdo con cada país y con el transcurso del tiempo, pero que, en definitiva, «refleja una comprensión común sobre cómo distribuir el poder y los recursos para lograr la justicia social». Para la OIT, la dimensión sustantiva del contrato social está relacionada con «la forma en la que se definen y priorizan los objetivos comunes en una sociedad, como la equidad, la justicia, la libertad y la seguridad», y «la dimensión de procedimiento se refiere a las instituciones y procedimientos que se usan para configurar y legitimar este entendimiento común». Y es ahí donde se sitúa el problema de la gobernanza. Por un lado, la necesidad de gobernanza –principalmente en la perspectiva de diálogo social– para definir los objetivos y para articular las políticas económicas y sociales necesarias para su desarrollo. Por otro lado, la integración entre los poderes públicos o instituciones públicas y los agentes sociales como procedimiento necesario para lograr la justicia social. El diálogo social aparece así como un elemento central de la gobernanza del trabajo.

La Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización en 2004²⁰ hablaba de un «nuevo contrato social» que abarca: «a) el compromiso de diálogo social para la formulación de políticas económicas y sociales, b) el reconocimiento de que el fomento de la mayor eficiencia y productividad debe estar equilibrado con el derecho de los trabajadores a la seguridad y a la igualdad de oportunidades y c) el compromiso de escoger el camino de la colaboración entre empleadores y trabajadores para lograr beneficios de productividad, y rechazar el camino de la reducción de costes y el recorte de plantillas».

¹⁹ Nota informativa 4 de la Oficina Internacional del Trabajo sobre *El contrato social y el futuro del trabajo: Desigualdad, seguridad de los ingresos, relaciones laborales y diálogo social*, dentro de la «Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo» de la OIT. OIT, 2016.

²⁰ World Commission on the Social Dimension of Globalization. 2004. *A Fair Globalization – Creating Opportunities for All* (Geneva, ILO), p. 65. [<http://www.ilo.org/public/english/wcsd/docs/report.pdf>].

De esta forma, la gobernanza nacional del trabajo se realiza mediante la interacción entre las instituciones del mercado laboral²¹, dentro de un sistema general de gobernanza presidido por las normas internacionales sobre el trabajo.

En este sentido político-jurídico y social, la idea de gobernanza se sitúa en el plano de la gobernabilidad democrática y eficiente (que requiere legitimidad y eficacia). Partiendo de la complejidad de los procesos políticos y de la Administración, se trata de dar una respuesta de «buen gobierno» o gobernabilidad a través de la participación y colaboración de diversos actores dentro de un marco de redes que cambia la posición de los poderes públicos en los procesos de gobierno (distanciándose en cierta medida del modelo de gobierno tradicional basado en la autoridad y la jerarquía estricta), mediante la adopción de nuevos roles e instrumentos, y ante la insuficiencia de la forma de gobernar tradicional, por la mayor capacidad de decisión e influencia en los asuntos públicos que han adquirido actores no gubernamentales (como las empresas multinacionales, organizaciones privadas, organismos financieros internacionales...). En esta línea se mueven los Acuerdos Marco Internacionales negociados entre organizaciones o representantes de los trabajadores y empresas multinacionales para establecer, sobre la base del diálogo social, códigos de conducta sobre derechos humanos y condiciones de trabajo y promover el cumplimiento de las normas laborales básicas de la OIT²².

La gobernanza valoriza la integración entre las instituciones públicas y los agentes sociales. Da lugar a formas cualificadas de integración entre el poder del estado y la autonomía colectiva de los agentes sociales que puede desembocar en fórmulas de diálogo social y concertación social –legislación negociada, pactos sociales tripartitos, declaraciones conjuntas, etc.– y que busca consensuar las políticas públicas, articulando las distintas esferas de intervención de los agentes políticos sociales (la iniciativa legislativa y los instrumentos colectivos, como acuerdos marco y convenios colectivos). En sentido amplio, se puede definir la buena gobernanza, como hace el Programa de Naciones Unidas para el desarrollo, como los «mecanismos, procesos e instituciones que

²¹ Vid. BERG, J.: 2015. «Labour market institutions: The building blocks of just societies», en J. BERG (director): *Labour markets, institutions and inequality: Building just societies in the 21st century* (Ginebra y Londres, OIT y Edward Elgar), 2015, pp. 1-35. Vid. Nota informativa 11, preparada para la segunda reunión de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, 15-17 de febrero de 2018, *Nuevas perspectivas para la gobernanza del trabajo* (Grupo 6: La futura gobernanza del trabajo).

²² Vid. AA. VV. (Konstantinos PAPANAKIS, editor): *Diálogo social y acuerdos transfronterizos. ¿Un marco global emergente de relaciones industriales?*. Informes OIT. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid, 2009; Drouin, R-C.: «El papel de la OIT en la promoción del desarrollo de los Acuerdos Marco Internacionales», en la obra citada, pp. 279 ss.

pueden utilizar los ciudadanos y los grupos para definir sus intereses, ejercer sus derechos jurídicos [...] y resolver sus diferencias por mediación».

En la «Nota informativa preparada para la segunda reunión de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, 15-17 de febrero de 2018, Grupo 6: La futura gobernanza del trabajo», la OIT reconoce que la transformación del mundo del trabajo en la actualidad plantea una serie de retos desconocidos para las instituciones y las modalidades de gobernanza del trabajo existentes. Muchos de esos desafíos están relacionados con la mundialización, lo que implica la competencia en el mercado mundial de los Estados entre sí, incluso en lo que se refiere a las condiciones laborales y la limitación del espacio político nacional. Si bien el Estado nación sigue desempeñando una función predominante en la gobernanza del trabajo, su capacidad para asumir la responsabilidad de amortiguar los efectos de la mundialización sobre los trabajadores y las empresas se ve muy amenazada. Por ello, la OIT considera que la interacción entre la gobernanza pública del trabajo y la privada es una característica del enfoque de la «nueva gobernanza» de las políticas públicas, que otorga prioridad entre otros aspectos a la participación de las partes no estatales y la colaboración entre las partes interesadas. En el caso de la gobernanza del trabajo, esta nueva gobernanza se traduce en la colaboración entre el Estado y los representantes de los intereses de los empleadores y de los trabajadores para diseñar y aplicar una política.

Esta transición también pone de manifiesto tanto la creciente complejidad de los retos a los que se enfrentan las políticas públicas como la persistente realidad de limitación de los recursos, que merma la capacidad del Estado de asegurar la observancia de las normas pertinentes. Por consiguiente, la nueva gobernanza es un modo estratégico de sacar provecho de los incentivos privados para lograr fines públicos de forma más efectiva²³. De forma que es posible coordinar la gobernanza privada y la pública en una suerte de «gobernanza social», de manera que se beneficien la una a la otra²⁴.

Durante mucho tiempo el tripartismo se ha basado en enfoques típicos de la nueva gobernanza. Ahora bien, el tripartismo efectivo solo es posible si existe un ámbito institucional para la participación de representantes autorizados de organizaciones de empleadores y de trabajadores. Para la OIT, el proceso de

²³ Vid. WEIL, D.: «Un planteamiento estratégico de la inspección del trabajo», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 127, núm. 4, 2008, pp. 389-419, citado en OIT: *Nota informativa preparada para la segunda reunión de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, 15-17 de febrero de 2018, Grupo 6: La futura gobernanza del trabajo.

²⁴ Vid. OIT: *El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Informe IV, Conferencia Internacional del Trabajo, 105.ª reunión. Ginebra, 2016.

diálogo social en el que participan las organizaciones de empleadores y de trabajadores contribuye a fomentar la deliberación y se encuentra en el centro de la nueva gobernanza²⁵.

El «Informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo» destaca el papel del diálogo social como instrumento necesario para el diseño y ejecución del «contrato social» entre los gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores y exhorta a adoptar políticas públicas que promuevan y revitalicen la representación colectiva y el diálogo social²⁶.

La OIT destaca las distintas opciones a disposición de los responsables de la elaboración de políticas y de los propios interlocutores sociales para reforzar los mecanismos de diálogo y de colaboración que, fundados en la esencia misma de la democracia, hacen efectivo el «contrato social» y, por tanto, la gobernanza de las relaciones de trabajo:

— A escala empresarial, los comités de empresa, los dispositivos de consulta e información y la representación de los trabajadores en los consejos de administración, mecanismos de eficacia probada.

— La negociación colectiva, como derecho fundamental y poderosa herramienta para conseguir el éxito económico y la equidad social, sobre todo en tiempos de transformación profunda.

— El diálogo social tripartito, que ofrece a las partes en el contrato social la oportunidad de considerar las cuestiones sociales más generales que trae consigo el cambio y de orientar las respuestas políticas.

En consecuencia, como señala la «Comisión Mundial para el futuro del trabajo», el diálogo social debe ser alentado y promovido a través de políticas públicas, tanto en el ámbito internacional como en los distintos ámbitos nacionales, en cuanto que refuerza la pertinencia y la legitimidad de las decisiones adoptadas y contribuye a la adaptabilidad, agilidad y resiliencia de las empresas, los mercados laborales y las economías, generando las capacidades institucionales necesarias para guiar las transiciones hacia el futuro del trabajo. No obstante, también se pone de relieve las dificultades existentes hoy para el diálogo social como consecuencia de la concentración del poder económico y la debilitación del poder de las organizaciones de trabajadores y de la negociación colectiva.

²⁵ Vid. BOGG, A.: *The democratic aspects of trade union recognition*. Oxford, 2009, Hart Publishing, citado en OIT: *Nota informativa preparada para la segunda reunión de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, 15-17 de febrero de 2018, Grupo 6: La futura gobernanza del trabajo.

²⁶ OIT. *Informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor*, 2019, pp. 42 ss.

En esa línea se mueve el «Informe sobre el Diálogo Social 2022. «La negociación colectiva en aras de una recuperación inclusiva, sostenible y resiliente»²⁷ que pretende promover la negociación colectiva como instrumento para lograr una recuperación centrada en las personas. La OIT sitúa a la negociación colectiva en el centro del diálogo social. Considera que, al igual que otras formas de diálogo social como las consultas y la cooperación en el lugar de trabajo, la negociación colectiva implica un intercambio de información que, además, está sustentada por dos principios y derechos fundamentales en el trabajo: la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, que la OIT configura como derechos habilitantes del diálogo social, que preparan el camino para una gobernanza del trabajo inclusiva y efectiva. Para la OIT, la negociación colectiva, como forma de co-regulación, contribuye a la gobernanza inclusiva y efectiva del trabajo, con efectos positivos en la estabilidad, la igualdad, el cumplimiento y la resiliencia de las empresas y los mercados de trabajo, desempeñando un importante papel a la hora de asegurar un trabajo decente. Además, los convenios colectivos pueden reforzar el cumplimiento de las normas legislativas o negociadas, con lo que se alivia a los sistemas de administración del trabajo de parte de las tareas normativas de supervisión y cumplimiento de las normas del trabajo.

En el mismo Informe, la OIT destaca la necesidad de invertir en diálogo social bipartito y tripartito al más alto nivel: En el informe se subraya el papel de las tres partes –Gobiernos, organizaciones de empleadores y sindicatos– a la hora de crear el entorno político e institucional necesario para que las partes elaborasen libremente unas soluciones negociadas durante la pandemia de COVID-19. El diálogo social efectivo e inclusivo exige la participación continua en la política social y económica con y entre los actores que intervienen en las relaciones laborales al más alto nivel, en épocas de bonanza y también en momentos de crisis. Así pues, es esencial invertir en el diálogo social en su nivel superior, tanto bipartito como tripartito, para que los países cuenten con medios institucionales que garanticen una recuperación centrada en las personas. Además, se señala también la necesidad de reforzar el diálogo social para la consecución de los «Objetivos de Desarrollo Sostenible», en particular para alcanzar el Objetivo 8 (sobre el trabajo decente y el crecimiento económico) de la Agenda 2030. A medida que los países van levantando las restricciones de salud pública, se hace necesario liberar todo el potencial de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y reforzar el diálogo social y la

²⁷ Vid. OIT: *Informe sobre el Diálogo Social 2022. La negociación colectiva en aras de una recuperación inclusiva, sostenible y resiliente*. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra 2022.

negociación colectiva. Una recuperación centrada en las personas supone que empleadores y trabajadores tengan voz en las decisiones que les afectan y que se doten de la dignidad que estos procesos aportan.

En ese ámbito, la OIT destaca el papel de las organizaciones empresariales y de empleadores y de los sindicatos en la negociación colectiva y en el diálogo social. Dada su importancia en la gobernanza del trabajo, su representatividad es esencial para la efectividad de la representación organizada de los intereses en la negociación colectiva y para la legitimidad de los resultados. Es necesario por ello revitalizar las organizaciones de empleadores y de trabajadores, puesto que su función representativa –tanto por la fuerza de sus afiliados como por su capacidad para integrar intereses diversos– es el fundamento de un diálogo social efectivo, que abarca la negociación colectiva. Se destaca como, durante la pandemia de COVID-19, en los países en los que el compromiso con y entre las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores ha sido parte de la respuesta, también ha resultado ser parte de la solución. Ello pone de manifiesto cómo es esencial aprovechar todo el potencial de las organizaciones empresariales y de los sindicatos para configurar la trayectoria futura de la recuperación, por lo que estas organizaciones profesionales deben seguir fortaleciendo sus estrategias de afiliación y conservación de miembros y su capacidad de influir en las políticas económicas, sociales y de desarrollo sostenible, de reforzar sus propios procesos institucionales y organizativos, y de participar en estrategias innovadoras.

Ya en el «Informe I «La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo» de la Conferencia Internacional del Trabajo, 104.^a reunión, 2015» (Memoria del Director General. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. Primera edición 2015) la OIT hacía frente a algunas críticas planteadas al diálogo social bipartito y tripartito, centradas, por un lado, en que es un proceso lento que no siempre responde a la necesidad de adoptar decisiones rápidas y determinantes y, por otra parte, en que, para algunos, las posturas adoptadas por los interlocutores sociales se pueden considerar como un método para defender ciertos intereses creados en detrimento del bien común. Frente a ello, la OIT destaca «el historial de los logros del tripartismo, tanto a nivel internacional como nacional, con sobrados ejemplos que contradicen estos argumentos, particularmente en el contexto de las duras condiciones imperantes desde el estallido de la actual crisis mundial». Sin embargo, admite que estos argumentos han ido ganando terreno debido al declive de la afiliación de algunas organizaciones de trabajadores y de empleadores, y seguirán ganando terreno si esta tendencia se mantiene. Considera que si se cuestiona seriamente la legitimidad representativa de los interlocutores para participar en el diálogo so-

cial, también se cuestionará el lugar del tripartismo como piedra angular de la gobernanza, de forma que para que haya un diálogo social digno de crédito debe haber organizaciones fuertes, democráticas e independientes que interactúen entre sí en condiciones de confianza y respeto mutuos.

Reafirmandose en el valor del diálogo social en un contexto de grandes déficits de trabajo decente y justicia social, la OIT reitera la necesidad de un nuevo contrato social mundial que potencie la resiliencia de las economías y de las sociedades frente a las múltiples crisis actuales. Considera que será necesario renovar la coordinación de las políticas y el diálogo social con el triple propósito de acelerar los avances en la reducción del déficit mundial de empleo, reforzar la calidad de los puestos de trabajo y proteger los ingresos reales. Pero el fortalecimiento del contrato social mundial también deberá integrar objetivos a más largo plazo, tratando de abordar las amenazas del cambio climático y de resolver al mismo tiempo los déficits de desarrollo y nivel de vida, en parte mediante un crecimiento más rápido de la productividad²⁸. Para ello los gobiernos y los interlocutores sociales deberían aprovechar el momento para ensanchar su colaboración con ese fin, mediante el diálogo y la concertación social (*vid.* «OIT. Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. Tendencias 2023»). Resumen Ejecutivo).

4. EL DIÁLOGO SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA: EL DEBILITAMIENTO DEL DIÁLOGO SOCIAL EN LAS POLÍTICAS DE «FLEXISEGURIDAD» Y SU REFORZAMIENTO PARA LA RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA TRAS LA CRISIS PROVOCADA POR LA PANDEMIA DE LA COVID-19

También en el ámbito de la Unión Europea se pone el acento en la necesidad del diálogo social, situándolo en el marco de la problemática de la «gobernanza». En el «Libro Blanco “La Gobernanza Europea”» de la Comisión Europea, de 25 de julio de 2001, se postula un nuevo modelo de gestión del poder en la Unión Europea y en los Estados miembros sobre la base de procesos partici-

²⁸ *Vid.* SUPLOT, Alain: «El mandato de la OIT al cumplirse su centenario», *Revista internacional del trabajo*, vol. 139, núm. 1, 2020, pp. 125-145, que señala que, si bien los principios que definen el mandato de la OIT, consagrados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, no han perdido un ápice de valor o actualidad, en cambio, las condiciones en que la Organización desarrolla su labor han cambiado profundamente. El mundo del trabajo es uno de los escenarios de las grandes transformaciones medioambientales, tecnológicas e institucionales actuales y de los complejos desafíos que plantean, por lo que la respuesta de la OIT debería organizarse en torno a tres principios implícitos en sus objetivos constitucionales, a saber: la solidaridad, la democracia económica y la responsabilidad social y ecológica.

pativos en la toma de decisiones públicas y colectivas, en cuyo marco se insertarían las políticas de fomento del diálogo y concertación social. También la «Comunicación de la Comisión “El diálogo social europeo, fuerza de modernización y cambio”», de 26 de junio de 2002, planteó el futuro del diálogo social como clave para mejorar la «gobernanza» de la Unión Europea y «como fuerza impulsora de las reformas económicas y sociales». Asimismo, en la «Propuesta de Decisión del Consejo por la que se establece una Cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo» [2002/0136 (CNS)] se subrayó que «las negociaciones entre los interlocutores sociales son la mejor manera de avanzar en las cuestiones relacionadas con la modernización y la gestión del cambio». En este sentido, la Comisión propuso promover y mejorar la contribución del diálogo social a una mejor «gobernanza» europea, es decir, a una mayor participación de todos los actores en la toma de decisiones y en el proceso de ejecución, a partir del procedimiento previsto en el artículo 138 del Tratado CE (actual artículo 154 TUE) sobre consulta con los interlocutores sociales. El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión –Trabajar juntos, trabajar mejor: Un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea», de 20 de abril de 2006 [COM (2005) 706 final] insistía en que uno de los tres objetivos globales debe ser reforzar la gobernanza, la transparencia y la participación de las partes interesadas en la elaboración, aplicación y supervisión de la política, de forma que los interlocutores sociales y otros actores clave de la sociedad civil organizada deben tener una mayor participación en todos los aspectos del proceso²⁹.

Sin embargo, el papel del diálogo social ha sido poco relevante respecto a la instrumentación de las políticas de flexiseguridad («Libro Verde sobre flexiseguridad»), pese a destacarse la importancia que el diálogo social ha tenido en la introducción de nuevas formas de flexibilidad interna y en la adaptación de los principios legales a situaciones económicas específicas y a las circunstancias particulares de determinados sectores. La Comisión Europea («Comunicación de la Comisión sobre los principios comunes de la flexiseguridad») sí reconoce el papel del diálogo social, sobre todo buscando la corresponsabilización de los interlocutores sociales en el desarrollo de las políticas de flexiseguridad. Así destaca que la implicación activa de los interlocutores sociales es «fundamental para garantizar que la flexiseguridad redunde en beneficio de todos», pero advierte que la mejor forma de garantizar la participación de los interlocutores sociales en un debate

²⁹ Vid., más ampliamente, MONEREO PÉREZ, DE VAL TENA, MALDONADO MOLINA, MORENO VIDA, MUÑOZ DE BUSTILLO: *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*. CES, Madrid, 2015, pp. 287 ss.

global sobre la adaptabilidad es adoptar un «enfoque plural de la flexiseguridad» y no medidas políticas aisladas. Se propone un diálogo social a nivel nacional en el que participasen los representantes de los empleadores, los trabajadores, la administración y otras partes interesadas, que permitiría adoptar una estrategia nacional integrada en materia de flexiseguridad. Se considera el diálogo social como un método de adaptación flexible, eficaz y libre de conflictos, que ha de tener un papel central en la realización de los objetivos de Lisboa y en la gestión positiva del cambio que permita conciliar la flexibilidad con la seguridad, sobre todo en momentos en que la economía experimenta importantes reestructuraciones. Pero en las medidas propuestas se ignora la estrategia de «gobernanza» planteada en el ámbito comunitario («Libro Blanco sobre “La Gobernanza en Europa”», de 25 de julio de 2001), y se desconoce, además, que la propia Estrategia de Lisboa pone de relieve el papel del diálogo social a la hora de abordar desafíos clave para Europa, como la mejora de las cualificaciones y capacidades, la modernización de la organización del trabajo, el fomento de la igualdad de oportunidades y la diversificación o el desarrollo de políticas de prolongación de la vida activa³⁰.

Sin embargo, el diálogo social y la participación de los trabajadores es un principio clave del «Pilar Europeo de Derechos Sociales»³¹ y una parte integral del «Compromiso Social de Oporto 2021»³². Tras la crisis derivada de la pandemia de la COVID-19 y bajo el objetivo de «Una Europa social fuerte para la recuperación y unas transiciones justas», la Comisión anunció en el «Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales» que presentaría una iniciativa para apoyar el diálogo social a nivel nacional y de la UE, como también se subrayó en la Cumbre Social Tripartita de 2022. La iniciativa de diálogo social también se menciona en la «Comunicación de la Comisión “Conferencia sobre el futuro de Europa: Transformar la visión en acciones concretas”» de junio de 2022.

En enero de 2023, la Comisión ha presentado una iniciativa para seguir fortaleciendo y promoviendo el diálogo social con acciones concretas a nivel nacional y de la UE³³. Plantea el diálogo social como piedra angular de la economía social de mercado de la UE y su competitividad. La Comisión seña-

³⁰ Vid. MORENO VIDA, M. N.: «El debate sobre la flexiseguridad en Europa», en AEDTSS: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa. XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Volumen I. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid, 2010, pp. 309 ss., en particular pp. 406 ss.

³¹ Vid. los 20 principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales, proclamados en 2017 en la Cumbre Social de Gotemburgo para Empleos Justos y Crecimiento.

³² Cumbre Social de la UE celebrada en Oporto, en mayo de 2021, para para fortalecer el compromiso con la implementación del Pilar Europeo de Derechos Sociales y unir fuerzas por una sociedad inclusiva, sostenible y justa y una recuperación rica en empleos, basada en una economía competitiva y que no deje a nadie atrás, tras la crisis de la COVID-19.

³³ Cfr. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_290.

la que esta iniciativa permite que el diálogo social se adapte al mundo laboral en constante transformación y a las nuevas tendencias del mercado laboral, en el contexto de la transición a una economía digital y climáticamente neutra y de la aparición de nuevas formas de empleo.

La Comisión Europea destaca que las negociaciones entre las organizaciones que representan a los empleadores y a los trabajadores (los interlocutores sociales) a través del diálogo social y la negociación colectiva contribuyen a mejorar las condiciones de vida y de trabajo (como el salario, la jornada laboral, las vacaciones anuales, los permisos parentales, la formación y las medidas de salud y seguridad) y desempeñan un papel crucial en la adaptación a las circunstancias económicas y sociales cambiantes y en el logro de los aumentos de la productividad necesarios para mejorar la competitividad de las empresas europeas. Todo ello contribuye a garantizar la justicia social y la democracia en el trabajo, así como a impulsar la prosperidad y la resiliencia de Europa. Los interlocutores sociales también desempeñan un papel crucial en tiempos de crisis o cambio, como se puso de manifiesto durante la pandemia de COVID-19, y el diálogo social entre ellos también es esencial para garantizar la organización eficiente de las actividades de producción industrial y dotar a la fuerza laboral de habilidades verdes y digitales.

Sin embargo, la Comisión Europea pone de manifiesto que el grado y la calidad de la participación de los interlocutores sociales varía considerablemente de un país a otro; que la afiliación sindical y la proporción de trabajadores cubiertos por convenios colectivos a nivel nacional está disminuyendo (de un promedio de la UE de alrededor del 66 % en 2000 a alrededor del 56 % en 2019); y que las formas de empleo más nuevas, como el trabajo en plataformas y ciertos grupos, como los jóvenes, también tienen menos probabilidades de estar representados, y algunos sectores, como el cuidado, experimentan una ausencia casi total de negociación colectiva.

En este contexto, la Comisión ha propuesto una Recomendación del Consejo [«Propuesta de Recomendación del Consejo sobre el refuerzo del diálogo social en la Unión Europea», Brussels, 25.1.2023. COM(2023) 38 final], que establece como los países de la UE pueden seguir reforzando el diálogo social y la negociación colectiva a nivel nacional, y ha presentado una Comunicación sobre el refuerzo y la promoción del diálogo social a nivel de la UE [«Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Reforzar el diálogo social en la Unión Europea: aprovechar todo su potencial para gestionar transiciones justas», Brussels, 25.1.2023. COM(2023) 40 final] (en la preparación de estas iniciativas han participado estrechamente los interlocutores sociales).

La propuesta de Recomendación del Consejo presentada por la Comisión recomienda a los Estados miembros que: –Velen por que se consulte a los interlocutores sociales sobre el diseño y la aplicación de políticas sociales, económicas y de empleo, de acuerdo con las prácticas nacionales; –Animen a los interlocutores sociales a abordar las nuevas formas de trabajo y el empleo atípico, y a dar una amplia proyección pública a las ventajas del diálogo social y los convenios colectivos establecidos; –Hagan posible un aumento de la capacidad de las organizaciones de trabajadores y de empleadores, por ejemplo garantizando el acceso a la información pertinente y el apoyo de los Gobiernos nacionales. La propuesta de Recomendación del Consejo respeta plenamente las tradiciones nacionales, así como la autonomía de los interlocutores sociales, y permite a los Estados miembros determinar la mejor manera de alcanzar estos objetivos teniendo en cuenta sus circunstancias específicas.

Con el fin de seguir promoviendo el papel de los interlocutores sociales en la elaboración de las políticas de la UE y reforzar el diálogo social sectorial a nivel de la UE, la Comisión propone un conjunto de medidas para: –Reforzar el diálogo social sectorial europeo modernizando su marco, en estrecha colaboración con los interlocutores sociales de la UE, mediante una posible revisión de las normas actuales; –Seguir apoyando los acuerdos de los interlocutores sociales, en particular a través del apoyo administrativo y el asesoramiento jurídico; –Reforzar la participación de los interlocutores sociales en la elaboración de las políticas de la UE; –Aumentar la eficacia del apoyo técnico y financiero de la UE a los interlocutores sociales.

Además, la Comisión pide a los interlocutores sociales que negocien y celebren más acuerdos entre ellos y mejoren la afiliación y representatividad tanto de los sindicatos como de las organizaciones patronales. La Comisión también seguirá promoviendo el diálogo social a nivel internacional, cooperando regularmente con la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y otros, y anima a los Estados miembros a seguir ratificando y aplicando efectivamente los convenios de la OIT.

5. EL PAPEL POLÍTICO INSTITUCIONAL DEL SINDICATO COMO BASE PARA EL DIÁLOGO Y LA CONCERTACIÓN SOCIAL EN ESPAÑA (ARTS. 7 Y 131.2 CE) Y LA REPRESENTATIVIDAD SINDICAL

Como ya se ha dicho, el diálogo y la concertación social requieren unos presupuestos que lo habiliten, como son: la existencia de organizaciones sindicales y patronales fuertes e independientes; la voluntad política y el compro-

miso de todas las partes para intervenir en el diálogo social; el respeto a los derechos fundamentales de libertad sindical y negociación colectiva; y el apoyo institucional adecuado. Además, el Convenio núm. 144 considera también esencial la introducción de procedimientos para garantizar la celebración de consultas efectivas y prever la obligación de apoyo administrativo y formación para los participantes en las consultas. Todos estos presupuestos encuentran en el ordenamiento español una regulación adecuada.

Los dos principios y derechos fundamentales en el trabajo que la OIT configura como derechos habilitantes del diálogo social, la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva, tienen en nuestro país un reconocimiento efectivo y un amplio desarrollo, lo que prepara el camino «para una gobernanza del trabajo inclusiva y efectiva», tal y como la entiende la OIT.

Pero es también importante destacar respecto a los elementos esenciales del diálogo social el papel político e institucional que se ha atribuido a las organizaciones sindicales y empresariales en virtud del artículo 7 CE, en relación con el artículo 131.2 CE.

El artículo 7 CE ha permitido llevar a cabo una interpretación del fenómeno sindical, más allá del contenido estricto de las libertades sindicales individuales y colectivas del artículo 28.1 C. E., como elemento esencial del sistema político democrático y pieza básica del Estado social y pluralista que la Constitución establece³⁴. El efecto potenciador del artículo 7, atribuyendo un especial relieve a los sindicatos así como a las organizaciones empresariales, ha permitido que el sindicato haya ido asumiendo funciones cada vez más amplias de representación general de los trabajadores, configurándose como «un actor social que expresa la identidad global de los trabajadores en su conjunto, y que se relaciona con el resto de los actores sociales y políticos, como representante de la ciudadanía social»³⁵. Esta extensión de la función del sindicato le lleva, junto a su papel de agente económico y de representación y tutela de los intereses específicos de los trabajadores en el ámbito de la empresa, a representar institucionalmente al conjunto de la fuerza de trabajo en un determinado país, lo que exigirá, por otra parte, que, junto al mecanismo de la representación voluntaria de los afiliados, se utilice el criterio de la representatividad sindical³⁶.

³⁴ Vid. VIDA SORIA, J.: «El sindicalismo y el régimen jurídico sindical en el marco de la Constitución». *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución* (separata). Ministerio de Justicia. Madrid, 1988, p. 7.

³⁵ Vid. BAYLOS GRAU, A.: «Democracia política y sistema sindical: reflexiones sobre la autonomía del sindicato», en GARCÍA LASO y SANGUINETTI RAYMOND (Eds.): *Sindicatos y cambios económicos y sociales*. Universidad de Salamanca, 2002, p. 20.

³⁶ Vid. MORENO VIDA, M. N.: «Persona, conflicto social y pluralismo: grupos organizados y mediación de los conflictos (comentario al art. 7 CE)», en MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.

Esta praxis política en defensa de «los intereses económicos y sociales que le son propios» (art. 7 CE) refuerza el papel de las grandes organizaciones de intereses socioeconómicos –sindicatos y organizaciones empresariales– en el modelo de gobernanza propugnado por la OIT. La configuración del artículo 7 CE en relación con otros preceptos constitucionales (especialmente los arts. 129 y 131) permite que el sindicato afirme su protagonismo en el sistema político en su conjunto, y de hecho ha servido para que rápidamente se consolidase en España el modelo de sindicato de colaboración-participación institucional y se pusiese en práctica en nuestra realidad socio-política un sistema de neocorporativismo democrático, basado en el diálogo social y la consulta y concertación tripartita. En este sistema, el artículo 131.2 CE es el que ofrece de una manera más directa la posibilidad de establecerlo y es la representatividad sindical el instrumento para implantarlo.

Efectivamente, el artículo 131.2 CE se puede enmarcar dentro de una técnica de democracia participativa que permite reforzar la condición democrática de los órganos del Estado a través de la integración en el propio Estado de los grupos socio-económicos por medio de una representación de intereses, esto es, a través de la representación institucional. Se crea un marco en el que puede producirse el diálogo y la negociación que pudiera afectar a los grandes temas económico-sociales, y en él el artículo 7 CE aparece como el punto de partida. El marco institucionalizado lo constituye el artículo 131.2 CE al establecer la participación de los sindicatos y organizaciones empresariales en el Consejo que se constituya para la planificación de actividades económicas y sociales (el Consejo Económico y Social). Pero además, el artículo 7 CE ha servido también, en su posterior desarrollo, como apoyo y legitimación de los sindicatos para que éstos pudieran desarrollar un método de acción política y, al mismo tiempo, contractual que ha desembocado, a través de las estrategias adoptadas por los actores sociales («concertación social»), en los llamados «Pactos Sociales» que en España se han desarrollado dentro de un sistema de neocorporativismo que, especialmente en la década de los 80, se adoptó en casi todas las democracias de capitalismo avanzado como modelo de organización de intereses³⁷.

En este modelo sindical español la figura clave va ser la representatividad sindical. Con independencia de que no aparezca explícitamente entre las funciones atribuidas a los sindicatos más representativos ex artículo 6.3 de la LOLS, es

y MORENO VIDA, M. N.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Comares, Granada, 2002, pp. 115-130.

³⁷ Vid. MORENO VIDA, M. N.: *Los Pactos Sociales en el Derecho del Trabajo*, Universidad de Granada, 1989, pp.166 ss.

manifiesto que el sindicato en su condición de sujeto político (art. 7 CE) encuentra una forma privilegiada de expresión en la concertación social en sus diversas manifestaciones y el modelo promocional de la mayor representatividad sindical está preordenado a la realización de esta actividad sustancialmente política. Efectivamente, el sistema sindical en nuestro país se ha articulado fundamentalmente en torno a la representatividad sindical, que va a cumplir una función instrumental en cuanto que permite individualizar los sindicatos idóneos para representar los intereses colectivos generales de los trabajadores. Para el Estado, a su vez, constituye un mecanismo para impulsar la integración del sindicato dentro de la dinámica político institucional. La necesidad y utilidad de esta figura no es cuestionada, pero sí el modelo específico de delimitación de la representatividad sindical, planteándose la necesidad de buscar un equilibrio entre la representación y la representatividad. Se trataría de modalizar el criterio de la audiencia electoral del sindicato (su grado de implantación medido a través de las elecciones sindicales en la empresa) a través de la afiliación sindical³⁸.

Nadie duda hoy de que en España las organizaciones profesionales ostentan un elevado grado de representatividad acreditada objetivamente y que la figura de la mayor representatividad de las organizaciones profesionales está suficientemente consolidada en nuestro país. Pero sigue estando planteado el problema de fondo del sistema de «mayor representatividad» que es el riesgo de que su extremada «publicación» tenga como consecuencia que se diluyan los intereses colectivos y profesionales en favor de un difuso interés general o del interés corporativo de la propia organización sindical, teniendo como consecuencia la pérdida de credibilidad respecto de los trabajadores. La baja afiliación es un síntoma claro de esa percepción por parte de los trabajadores que debe ser muy tenido en cuenta. El peligro es que cada vez más la mayor representatividad se identifique con más burocratización sindical y se produzca una mayor separación de las bases, pervirtiendo la esencia sindical³⁹. Por eso, hay que evitar su instrumentalización extrema por el Estado y buscar un equilibrio entre la integración político-institucional que todo reconocimiento de los sindicatos más representativos conlleva y la revalorización del poder sindical en el campo que le es propio, el de la reivindicación socio-laboral, sin perjuicio de que asuma otros enfoques y amplíe sus actividades y servicios⁴⁰.

³⁸ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: «La noción de Sindicato más representativo en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Núm. 3, 1984, pp. 139-164.

³⁹ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: «La mayor representatividad sindical como eje del sistema de relaciones laborales en España», en *Revista Derecho del trabajo*, núm. 10, 2016, pp. 283-327.

⁴⁰ Vid. MONEREO PÉREZ, DE VAL TENA, MALDONADO MOLINA, MORENO VIDA, MUÑOZ DE BUSTILLO: *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*. CES, Madrid, 2015, pp. 336 ss.

Estos peligros ya han sido advertidos en general por la OIT⁴¹ que insiste en la necesidad de revitalizar las organizaciones de empleadores y de trabajadores y que éstas fortalezcan sus estrategias de afiliación y conservación de miembros y su capacidad de influir en las políticas económicas y sociales. El fundamento de un diálogo social efectivo se basa en la función representativa de los interlocutores sociales, tanto por la fuerza de sus afiliados como por su capacidad para integrar intereses diversos. Cada vez es más necesario hacer coincidir la representatividad legalmente ostentada con la representatividad real y para ello las organizaciones más representativas deben atender a las transformaciones que se están produciendo en el marco de las nuevas formas de empresa flexible y las nuevas formas de trabajo en el contexto económico y social actual y dar respuesta a las nuevas demandas de sus representados y en general de la ciudadanía.

6. LA CONCERTACIÓN SOCIAL COMO SEÑA DE IDENTIDAD DEL MODELO POLÍTICO-SOCIAL ESPAÑOL TRAS LA TRANSICIÓN POLÍTICA

La concertación y el diálogo social tienen un amplio recorrido histórico en nuestro país. La concertación social no ha sido en España, como tampoco en los países de nuestro entorno, un fenómeno lineal. Por el contrario, se han producido ciclos discontinuos que han estado influidos por el carácter más institucionalizado o más contractual del modelo de neocorporativismo democrático, por las variaciones en las políticas gubernamentales y por la propia evolución de las variables económicas. El modelo de concertación social se ha llevado a cabo en España, por un lado, mediante procesos de concertación tripartita de carácter tradicionalmente débil e inestable, poco institucionalizados y de carácter conflictivo-contractual, y, por otro lado, mediante una dinámica permanente entre sindicatos y empresarios, a través de Acuerdos Interconfederales y un proceso continuo de negociación colectiva. Pero el diálogo y la concertación social, pese a sus distintas fases y momentos de encuentro y desencuentro, ha constituido hasta ahora una característica fundamental del marco institucional de las relaciones laborales en nuestro país⁴².

⁴¹ Vid. Informe I «La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo» de la Conferencia Internacional del Trabajo, 104.ª reunión, 2015 (Memoria del Director General. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. Primera edición 2015).

⁴² Vid. ampliamente, MORENO VIDA, M. N.: *Los Pactos Sociales en el Derecho del Trabajo*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 1989; MONEREO PÉREZ, DE VAL TENA, MALDONADO MOLINA, MORE-

En España la concertación social ha presidido la construcción del sistema democrático de relaciones laborales desde la misma transición política (1975-1978), reflejándose formalmente en acuerdos tripartitos de ámbito nacional y autonómico. Pese a sus aspectos críticos, la concertación social ha cumplido un papel relevante en nuestro país y el diálogo social ha contribuido a la modernización de las instituciones socio-laborales en España, a la consolidación democrática y a estructurar un marco consensuado de relaciones laborales y afirmar el protagonismo de los interlocutores sociales.

Durante la primera época, correspondiente a la década de los 80, se fue implantando una concertación centralizada a nivel nacional, basada en grandes Pactos Sociales, con un fuerte carácter político que se centró en medidas de política de rentas salariales (reducción o contención de los costes del trabajo) a cambio de la obtención por los sindicatos de una mayor institucionalización dentro del propio sistema político-económico. La coincidencia de estos procesos de concertación social con el cambio político en España y con la crisis económica dio lugar a que la concertación social tuviera como base la necesidad de legitimación para el Estado en sus decisiones de política económica y social, por un lado, y la necesidad para las organizaciones sindicales de institucionalizar su presencia en la sociedad y de lograr su participación en el proceso de adopción de decisiones de la política general. Por tanto, fue una concertación social centrada en contrapartidas legitimadoras entre los agentes implicados. Esta fase inicial exigió crear las condiciones necesarias para hacer factible este modelo de concertación, fundamentalmente ello implicó un decidido intervencionismo público en el plano institucional y funcional dirigido a la configuración de la figura del sindicato más representativo, necesaria, como ya se ha dicho, para la integración del sindicato en la dinámica político-institucional⁴³.

De esta forma, la concertación en España cristalizó en Acuerdos o Pactos Sociales tripartitos, como los que se llevaron a cabo a nivel nacional durante los años 80 (principalmente, el Acuerdo Nacional de Empleo de 1981 o el Acuerdo Económico y Social de octubre de 1984) y, más adelante, los que se firmaron en la primera década del año 2000 en el marco de la Declaración para el Diálogo Social de 2004 (así, el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 2006 o el Acuerdo sobre Medidas de Seguridad Social de 2006).

NO VIDA, MUÑOZ DE BUSTILLO: *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*. CES, Madrid, 2015

⁴³ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Concertación y diálogo social*, Lex Nova, Valladolid, 1999; MONE-REO PÉREZ, DE VAL TENA, MALDONADO MOLINA, MORENO VIDA, MUÑOZ DE BUSTILLO: *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*. CES, Madrid, 2015.

Pero, además, la concertación social ha dado lugar también a una «legislación negociada» (de la que tenemos numerosos ejemplos empezando por el propio Título III del ET), o ha cristalizado en acuerdos o convenios marcos bilaterales (organizaciones sindicales y empresariales más representativas) coordinados y vinculados con el proceso de negociación política (como inicialmente el Acuerdo Marco Interconfederal de 1980 o el Acuerdo Interconfederal de 1983 y, posteriormente, los sucesivos Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva). En última instancia, ambos instrumentos –Pactos Sociales y Acuerdos Marco– participan de la misma razón política y la misma dinámica y su práctica en España ha ido paralela, apareciendo los Pactos Sociales como cúpula de una negociación colectiva articulada ordenada a través de los Acuerdos Marco⁴⁴.

Sean cuales sean las formas que adopte, el diálogo y la concertación social –aún con ciclos discontinuos– se consideran hoy día una seña de identidad de nuestro modelo de sociedad, y, más concretamente, de nuestro modelo político-social, existiendo una gran coincidencia en que han contribuido de forma decisiva a las profundas transformaciones políticas, económicas y sociales que ha experimentado nuestro país.

7. PERMANENCIA Y CICLOS DISCONTINUOS EN LA CONCERTACIÓN SOCIAL EN ESPAÑA. EL INTENSO PROTAGONISMO DEL DIÁLOGO Y LA CONCERTACIÓN SOCIAL EN LA COYUNTURA ACTUAL

En el ámbito autonómico la concertación social ha venido desempeñando también un importante papel. A partir de la década de los 90 se produce en España un cambio en el modelo de concertación y diálogo social, llevándose a cabo de forma más descentralizada y acentuando el papel de la concertación social autonómica.

Así, desde finales de los años 80 se produjo un declive, quizás por agotamiento institucional, del modelo de concertación social global a nivel nacional («macroconcertación»). Pero esto no significa que llegase a desaparecer; como instrumento de negociación político-social, el diálogo social y la concertación

⁴⁴ Vid. MORENO VIDA, M. N.: «La naturaleza jurídica de los Pactos Sociales», en OJEDA AVILÉS (Dir.): *La Concertación Social tras la crisis*. Ariel, 1990; MORENO VIDA, M. N.: «La función de los grandes Acuerdos Interconfederales», en MONEREO PÉREZ (Coord.): *La Reforma del Marco Normativo del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida: puntos críticos*. Edit. Comares. Granada, 1999, pp. 159-185.

ha continuado siendo un elemento estructural y de carácter necesario como forma de gobernabilidad de los procesos sociales. El cambio se produce en las formas de gobernación, de modo que los grandes acuerdos triangulares a nivel nacional son a veces sustituidos o a veces complementados por una concertación menos centralizada, más flexible y dinámica, que trata de articular funcionalmente los distintos niveles o espacios de concertación. Esta concertación social más descentralizada favorece la concertación en los ámbitos autonómicos, cristalizando en diversos acuerdos triangulares sobre materias de naturaleza económica y social en las Comunidades Autónomas. Basta ver, entre otros, el Acuerdo Económico y Social para el Progreso de Aragón (2004-2007), el Acuerdo para el Desarrollo Económico, la Competitividad y el Empleo de la Comunidad Autónoma de Asturias (2004-2007), el Plan de Ocupación de la Comunidad Autónoma de Baleares (2005-2007), el VI Acuerdo de Concertación Social de la Comunidad Autónoma de Canarias (2003-2006), el Acuerdo de Concertación Social de la Comunidad Autónoma de Cantabria (2005-2007), el Plan Regional de Empleo de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (2004-2006), el Acuerdo Estratégico para la Internacionalización, la calidad de la ocupación y la competitividad de la economía catalana (con vigencia desde 2005 hasta el final de la legislatura), el Pacto Valenciano por el crecimiento y el empleo (2001-2006), el V Plan de Empleo de Extremadura (2004-2007), el Acuerdo por el empleo y el crecimiento económico de la Comunidad de Madrid (desde 2005 hasta el final de la legislatura, el VII Acuerdo de Concertación Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía (2010-2013) y muchos otros que les han seguido en el tiempo.

La mayoría de estos Acuerdos Autonómicos de Concertación Social suelen tener un contenido centrado fundamentalmente en el empleo, pero también abundan los Acuerdos con un contenido más amplio relativo al desarrollo económico y social de la comunidad, en los que también ocupa un papel central el empleo. Ejemplo significativo de la concertación en el desarrollo político-social y económico es el proceso de concertación social llevado a cabo en la Comunidad Autónoma de Andalucía ⁴⁵.

Otra característica importante de los procesos de concertación y diálogo social autonómico es su institucionalización político-jurídica. Junto con los sucesivos acuerdos sociales que se han ido negociando, el diálogo social se ha institucionalizado mediante la creación de consejos económicos y sociales o

⁴⁵ MORENO VIDA, M. N.: «Los acuerdos de concertación social, con especial atención al Acuerdo para el Progreso Económico y Social de Andalucía», *Temas Laborales*, núm. 120/2013, monográfico dedicado a «Los efectos de las reformas laborales en la negociación colectiva», pp. 85-122

consejos de relaciones laborales creados en las distintas comunidades autónomas (a la vez que ha ido aumentando el desarrollo legislativo de las competencias autonómicas en materia laboral). Estos Consejos se han configurado como órganos permanentes de encuentro y de participación de las organizaciones sindicales y empresariales, aunque no se trate de órganos específicos para la concertación social⁴⁶.

Sin embargo, a partir del inicio del año 2000 y especialmente durante la década de 2010, el proceso de concertación social sufrió cambios importantes. En esos años, la concertación social en nuestro país se desarrolló entre el desencuentro y el encuentro. Por un lado, ausencia de concertación social en el proceso de reformas del mercado de trabajo y, por otro lado, búsqueda de concertación y diálogo social en el proceso de reforma del Sistema de Seguridad Social, particularmente de reforma de las pensiones. El proceso de concertación pareció romperse definitivamente porque la acentuada crisis económica de ese período, de naturaleza muy diferente a la que se produjo en los años 80, llevó aparejadas consecuencias profundas en las bases sociales y políticas del Estado Social de Derecho, tanto a nivel de los Estados nacionales como a nivel de la Unión Europea, entre otras cosas con una mayor debilidad sindical y con la prevalencia de los mercados y de sujetos supranacionales económicos. La crisis económica estructural se produjo en un contexto de globalización y, como se señaló acertadamente, en el marco de un «capitalismo desorganizado, con un desarrollo desequilibrado orientado al mercado y la reducción de la acción política y la regulación jurídica moderna al principio de mercado»⁴⁷. Estas características incidieron en los procesos de concertación social, en la medida en que la crisis económica se utilizó como fundamento para desmantelar nuestro Estado Social y se adujo como fundamento para un desmantelamiento de los derechos sociales fundamentales que han venido estando garantizados en el constitucionalismo social de los Estados europeos más avanzados desde la segunda postguerra mundial⁴⁸.

El «Informe OIT: “España: crecimiento con empleo”» de 2014, reconociendo la larga tradición en España del diálogo social tripartito (fuertemente

⁴⁶ Vid., ampliamente, en MONEREO PÉREZ, DE VAL TENA, MALDONADO MOLINA, MORENO VIDA, MUÑOZ DE BUSTILLO: *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*. CES, Madrid, 2015, pp. 201 ss.

⁴⁷ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: «Crisis económica y reforma laboral en la larga duración histórica», en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*. Número monográfico: «La reforma laboral de 2012: Una lectura sosegada», núm. 13/2013. Tirant lo Blanch, p. 13.

⁴⁸ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: «Crisis económica y reforma laboral en la larga duración histórica», en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*. Número monográfico: «La reforma laboral de 2012: Una lectura sosegada», núm. 13/2013. Tirant lo Blanch, pp. 14 ss.

arraigado aunque con diversos modelos de realización dependiendo de las circunstancias socioeconómicas y de la voluntad política), destacó que en los últimos años el proceso de diálogo social había sido fragmentado: el Informe puso de manifiesto que en la primera etapa de la crisis económica –entre 2008 y 2009, caracterizada por la adopción de planes de incentivos– hubo una participación significativa de los interlocutores sociales pero no se tradujo en resultados, siendo pocos los acuerdos suscritos. También puso de relieve como a partir de 2010 se produjo un fuerte declive del diálogo social tripartito, con prolongadas negociaciones que no dieron resultados, y un mantenimiento del diálogo social bipartito (entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas) que se tradujo en pactos UGT/CCOO-CEOE/CEPYME que, sin embargo, no fueron apoyados por el Gobierno, que, por el contrario, promulgó dos reformas laborales, en 2010 y en 2012, decididas unilateralmente.

La OIT, a través de este Informe, invitó al Gobierno y a los interlocutores sociales a formular conjuntamente un plan de acción sobre el empleo. La OIT señaló que las reformas logradas a través del diálogo social pueden ser a la vez equitativas y exhaustivas, con un enfoque que puede aumentar la coherencia entre los objetivos económicos, sociales y de empleo, de forma que si España lograra una transición a una economía más equilibrada caracterizada por un aumento del empleo de calidad, el diálogo social efectivo debería seguir desempeñando un papel predominante. Algunas de las medidas que podrían formar parte de esta estrategia, según la OIT, serían la «creación de un órgano tripartito de monitoreo laboral y social», con competencias claras para dirigir el proceso de desarrollo de estrategias, con miras a garantizar un enfoque exhaustivo y equilibrado, y reforzar la función de la OIT en el apoyo a una recuperación intensiva en empleo⁴⁹.

A partir de los análisis realizados sobre el papel clave del diálogo social –tanto tripartito como bipartito– en el proceso de recuperación y sobre los cambios introducidos a través de la Reforma del Mercado Laboral de 2012, especialmente respecto a la negociación colectiva, y sus consecuencias, la OIT formuló tres consideraciones de política sobre la mejora del diálogo social y de la negociación colectiva⁵⁰:

— La necesidad de facilitar consultas periódicas y efectivas y mejorar la coordinación entre los interlocutores sociales, lo que redundaría en beneficio

⁴⁹ Vid. OIT: *España: crecimiento con empleo*. Estudios sobre el crecimiento con equidad. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2014, p. 151.

⁵⁰ Vid. OIT: *España: crecimiento con empleo*. Estudios sobre el crecimiento con equidad. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2014, pp. 181 ss.

del diálogo social. Los interlocutores sociales deben mejorar su organización interna y la coordinación entre ellos y debe haber una mayor institucionalización de las relaciones tripartitas, sobre la base de las estructuras ya existentes en los niveles nacional, regional y local.

— La conveniencia de disponer de mecanismos que impidieran los posibles vacíos de regulación de los convenios de negociación colectiva y que impidieran toda posible nivelación de las condiciones de trabajo a la baja, para de esa forma promover una descentralización de la negociación colectiva de mejor calidad y evitar consecuencias socioeconómicas negativas.

— Destacó la función clave de la determinación de los salarios, tanto para el diálogo social bipartito como para el tripartito, poniendo en marcha un sistema de seguimiento sistemático de los salarios para vincularlos mejor con la productividad sin que se produzca una devaluación salarial excesiva en tiempos de crisis.

En este Informe, la OIT destaca, en definitiva, la importancia de dar respuestas tripartitas a las crisis económicas a través de la respuesta organizada y coordinada por parte de los interlocutores sociales y del diálogo social institucionalizado.

Esta es la línea que se ha seguido, dentro de este modelo de fases diacrónicas, a partir de la crisis motivada por la pandemia de la COVID-19 y posteriormente por la guerra de Ucrania. Las respuestas a las consecuencias de estas crisis se están llevando a cabo a través del diálogo social (el «escudo social» puesto en marcha mediante acuerdos tripartitos para hacer frente a la crisis). Pero, además, también sobre la base del diálogo social se están acometiendo las reformas necesarias para la recuperación de derechos sociales fundamentales, las respuestas a los cambios producidos en el mundo del trabajo y las reformas dirigidas a garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

En este último período (2018-2023), el Gobierno y los agentes sociales han llevado a cabo un proceso permanente de diálogo social que se ha traducido en numerosos acuerdos tripartitos negociados entre las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y el Gobierno –si bien en algún caso, el acuerdo no ha contado con la firma de las organizaciones empresariales– y que se han traducido en una amplia «legislación negociada». Entre dichos acuerdos sociales destacan los llevados a cabo para responder a la situación generada por la emergencia sanitaria del coronavirus y las restricciones impuestas como consecuencia de la misma (que cristalizaron inicialmente en el RD-ley 8/2020 de 17 de marzo, con la regulación del expediente

de regulación temporal de empleo, ERTE, y sus seis prórrogas); el acuerdo de 2020 sobre los planes de igualdad y de igualdad retributiva (sin el apoyo en este caso de las organizaciones empresariales); el acuerdo de 2020 sobre el trabajo a distancia que se tradujo en el RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (posteriormente tramitado como proyecto de ley, «Ley del teletrabajo»); el acuerdo de 2021 sobre la regulación de las relaciones laborales de las personas trabajadoras dedicadas al reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía a través de plataformas digitales (la denominada «ley de riders»); el acuerdo de 2021 sobre la reforma laboral (implementado mediante el RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo); el acuerdo de 2023 para la subida del salario mínimo interprofesional (en este caso sin el apoyo de las patronales).

También en el ámbito de la Seguridad Social, el proceso de reformas se ha llevado a cabo a través del consenso alcanzado en el marco del Pacto de Toledo y del diálogo social (guiadas por las exigencias de Bruselas y por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia). En este ámbito destacan especialmente el acuerdo social de 2021, de carácter tripartito, sobre el primer bloque de medidas para el equilibrio del sistema, el refuerzo de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas (recogido en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones y en el RD-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad) y el acuerdo social de 2023 entre el Gobierno y los sindicatos más representativos (sin el apoyo de las organizaciones empresariales) sobre el segundo bloque de reforma de las pensiones, que se tradujo en el RD-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

Todos estos procesos de concertación y diálogo social ponen de manifiesto, como ya señaló la OIT, cómo es esencial aprovechar todo el potencial de las organizaciones empresariales y de los sindicatos para configurar la trayectoria futura de la recuperación. La propia OIT ha destacado cómo, durante la pandemia de COVID-19, en los países en los que el compromiso con y entre las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores ha sido parte de la respuesta, también ha resultado ser parte de la solución.

Pero, más allá de eso, el diálogo social contribuye tanto a la estabilidad económica como al progreso social. En los sistemas democráticos, y en particular en el nuestro, no parece que existan alternativas viables a la gobernabilidad o gobernanza sociopolítica consensuada mediante el acuerdo y la concertación social. El acuerdo social proporciona estabilidad y garantiza un plus de legitimidad social a las decisiones de gobierno democrático y permite buscar un equilibrio –siempre inestable– entre la racionalidad económica (rentabilidad y competitividad económica) y la racionalidad social (justicia social y trabajo decente)⁵¹.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz: «Gobernanza Europea», en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, Zaragoza, 2013, pp. 19-20 [file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-GobernanzaEuropea-5527788.pdf].
- BAYLOS GRAU, A.: «Democracia política y sistema sindical: reflexiones sobre la autonomía del sindicato», en GARCÍA LASO y SANGUINETTI RAYMOND (Eds.): *Sindicatos y cambios económicos y sociales*. Universidad de Salamanca, 2002.
- BERG, J.: 2015. «Labour market institutions: The building blocks of just societies», en J. BERG (director): *Labour markets, institutions and inequality: Building just societies in the 21st century* (Ginebra y Londres, OIT y Edward Elgar), 2015.
- BOGG, A.: *The democratic aspects of trade union recognition*. Oxford, 2009, Hart Publishing.
- BUCKEY, G. J. Y CASALE, G. (Edit.): *Diálogo social y estrategias de lucha contra la pobreza*. Informes OIT. MTAS y OIT. Madrid, 2007, pp. 36 ss.
- CONDE LÓPEZ, F.: «Constitución europea y gobernanza económica», en *Quaderns de Política Económica (QPE)–Revista Electrónica*, núm. 8, sept.-dic. 2004 <http://www.uv.es/poleco>.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Los convenios de gobernanza de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 147, 2020, pp. 91 ss.
- DROUIN, R-C.: «El papel de la OIT en la promoción del desarrollo de los Acuerdos Marco Internacionales», en AA. VV. (Konstantinos PAPADAKIS, editor): *Diálogo social y acuerdos transfronterizos. ¿Un marco global emergente de relaciones industriales?* Informes OIT. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid, 2009.

⁵¹ Vid. MONEREO PÉREZ, DE VAL TENA, MALDONADO MOLINA, MORENO VIDA, MUÑOZ DE BUSTILLO: *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*. CES, Madrid, 2015, p. 381.

- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Concertación y diálogo social*, Lex Nova, Valladolid, 1999.
- «Crisis económica y reforma laboral en la larga duración histórica», en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*. Número monográfico: «La reforma laboral de 2012: Una lectura sosegada». Núm. 13/2013. Tirant lo Blanch.
 - *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*. El Viejo Topo. Barcelona, 2013, p. 413.
- MONEREO PÉREZ, DE VAL TENA, MALDONADO MOLINA, MORENO VIDA, MUÑOZ DE BUSTILLO: *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*. CES, Madrid, 2015.
- «La noción de Sindicato más representativo en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Núm. 3, 1984, pp. 139-164.
 - «La mayor representatividad sindical como eje del sistema de relaciones laborales en España (I y II)», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Núm. 16 y 17, 2016, pp. 13-29 y 14-31.
- MORENO VIDA, M. N.: *Los Pactos Sociales en el Derecho del Trabajo*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 1989.
- «La naturaleza jurídica de los Pactos Sociales», en OJEDA AVILÉS (Dir.): *La concertación social tras la crisis*. Ariel, 1990.
 - «La función de los grandes Acuerdos Interconfederales», en MONEREO PÉREZ (Coord.): *La Reforma del Marco Normativo del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida: Puntos críticos*. Edit. Comares. Granada, 1999.
 - «Persona, conflicto social y pluralismo: grupos organizados y mediación de los conflictos (comentario al art. 7 CE)», en MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Comares, Granada, 2002, pp. 115-130.
 - «Los acuerdos de concertación social, con especial atención al Acuerdo para el Progreso Económico y Social de Andalucía», *Temas Laborales*, núm. 120/2013, monográfico dedicado a los efectos de las reformas laborales en la negociación colectiva, pp. 85-122.
 - «El debate sobre la flexiseguridad en Europa», en AEDTSS: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa. XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Volumen I. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid, 2010, pp. 309-419.
- NICKEL, Rainer: «Gobernanza», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 7, septiembre 2014-febrero 2015.
- OIT: *Conclusiones relativas a la consulta tripartita a nivel nacional sobre la política económica y social*, Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 1996
- *Resolución relativa al tripartismo y el diálogo social*, Conferencia Internacional del Trabajo, 2002.
 - *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Conferencia Internacional del Trabajo, 97.ª reunión, 2008.

■ LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES...

- *Resolución sobre «Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo»*, Conferencia Internacional del Trabajo, 98.^a sesión, Ginebra, 2009.
 - *Promover la consulta tripartita: Ratificación y aplicación del Convenio 144*. Departamento de Relaciones Laborales y de Empleo (Dialogue) y Departamento de Normas Internacionales (Normes), Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2011.
 - OIT: *Plan de Acción (2010-2016) Para la ratificación generalizada y la aplicación efectiva de los convenios de Gobernanza (Inspección de trabajo, Política de empleo, Consulta tripartita)*, adoptado por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo en su 306.^a sesión (noviembre 2009). Ginebra 2011.
 - *Diálogo social y tripartismo*. Discusión recurrente sobre el objetivo estratégico del diálogo social y el tripartismo, con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 107.^a reunión, 2018. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2013.
 - *España: Crecimiento con empleo*. Estudios sobre el crecimiento con equidad. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 2014.
 - Informe I «La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo» de la Conferencia Internacional del Trabajo, 104.^a reunión, 2015 (Memoria del Director General. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. Primera edición 2015).
 - Nota Informativa 4 de la Oficina Internacional del Trabajo sobre *El contrato social y el futuro del trabajo: Desigualdad, seguridad de los ingresos, relaciones laborales y diálogo social*, dentro de la «Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo» de la OIT. OIT, 2016.
 - *El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Informe IV, Conferencia Internacional del Trabajo, 105.^a reunión. Ginebra, 2016.
 - Nota informativa 11, preparada para la segunda reunión de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, 15-17 de febrero de 2018, *Nuevas perspectivas para la gobernanza del trabajo* (Grupo 6: La futura gobernanza del trabajo).
 - *Informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor*, 2019.
 - *Informe sobre el Diálogo Social 2022. La negociación colectiva en aras de una recuperación inclusiva, sostenible y resiliente*. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra 2022.
 - *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. Tendencias 2023*. (Resumen Ejecutivo).
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 147, 2020.
- PRATS., J.: «Reinventar la burocracia y construir la nueva gerencia pública», en <http://www.iigov.org/pnud/bibliote/documentos/docu0063.htm>.

- «De la burocracia al *management* y del *management* a la gobernanza», en *Instituciones y Desarrollo*, núm. 3, 2004 (también en AA. VV.: *Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*, Madrid, INAP. Madrid, 2005)
- SUPIOT, Alain: «El mandato de la OIT al cumplirse su centenario», *Revista internacional del trabajo*, vol. 139, núm. 1, 2020.
- VIDA SORIA, J.: «El sindicalismo y el régimen jurídico sindical en el marco de la Constitución». *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución* (separata). Ministerio de Justicia. Madrid, 1988.
- VV. AA. (PAPADAKIS, Konstantinos, editor): *Diálogo social y acuerdos transfronterizos. ¿Un marco global emergente de relaciones industriales?* Informes OIT. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid, 2009.
- WEIL, D.: «Un planteamiento estratégico de la inspección del trabajo», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 127, núm. 4, 2008, pp. 389-419.
- WORLD COMMISSION ON THE SOCIAL DIMENSION OF GLOBALIZATION. 2004. *A Fair Globalization. Creating Opportunities for All* (Geneva, ILO), p. 65. [<http://www.ilo.org/public/english/wcsdg/docs/report.pdf>].

NEW PUBLIC GOVERNANCE Y OIT: EL DIÁLOGO SOCIAL ¹

EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. *Planteamiento.*–II. *La nueva relación entre la ciudadanía y los poderes públicos.* 1. *¿Qué es la ciudadanía hoy?* 2. *De la Administración democrática a la democracia administrativa: la importancia del concepto francés *citoyenneté* administrative.* 3. *El reflejo administrativo del cambio de paradigma: del modelo weberiano a la New Public Governance.* 4. *La participación: un principio esencial en el nuevo modelo.*–III. *El precedente de la gobernanza en la OIT: el diálogo social.*–IV. *El reflejo de los Convenios de gobernanza de la OIT en el sistema español.*–V. *Conclusión. Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO

Desde principios de siglo han irrumpido en nuestras vidas conceptos que parecen haber dado un giro a las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, en particular, la Administración. Cabe recordar, por ejemplo, la idea de buena gestión pública recogida en el «Libro blanco de Gobernanza europea», de 25 de julio de 2001, así como los cinco principios denominados de buen gobierno a nivel europeo, que, sin duda, responden a esa nueva relación

¹ Este trabajo forma parte de los resultados de los proyectos de I+D+i PID2020-118499GB-C33, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ «FEDER Una manera de hacer Europa»; y TED2021-129283B-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y la Unión Europea Next-GenerationEU/PRTR. Además, debo agradecer a Paz Menéndez Sebastián su ayuda sin la cual no habría sido posible el desarrollo de este texto.

entre los diferentes agentes del sistema que se viene demandado en los últimos años. A saber, la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia.

Los cambios que todo ello está suponiendo hace replantearse incluso las relaciones de los actores que intervienen de un modo u otro en el sistema. No en vano, el primer gran cambio a que se refiere el citado libro blanco es una mayor participación de todos los actores sociales en las políticas públicas.

No obstante, para comprender esta situación, en este estudio se propone partir de la idea de una ciudadanía renovada, pues solo desde ella puede entenderse la transformación que se ha venido experimentando en esa nueva relación entre los poderes públicos y la ciudadanía, con reflejo en muy diversas esferas. Y de todas ellas, aquí me centraré en la propia del ámbito de la OIT, a efectos de valorar cuáles son las líneas de acción de esta en el diseño de instrumentos de concertación y participación social; así como poner de manifiesto el importante precedente que los convenios de gobernanza de la OIT implican respecto a esta nueva forma de gestión y de toma de decisiones.

Como se verá en las líneas que siguen, del diálogo y la concertación social han nacido en nuestro país acuerdos trilaterales (concertación social) claves en la dirección de la política laboral, por ejemplo, en el fomento del empleo, e imprescindibles para salvar las situaciones de crisis económicas primero y la incorporación estructural de nuevas tecnologías después, sin provocar una ruptura social –la reforma laboral de diciembre de 2021 ha sido un ejemplo memorable–.

A este respecto, todo el entramado normativo de la OIT en este punto ha servido siempre como referencia, directa, mediante los contenidos de sus Convenios y Recomendaciones, e indirecta, a través de la interiorización de su propia forma de organización y producción normativa, que se basa precisamente en la concertación y el diálogo a tres bandas entre las representaciones de los actores presentes en el mundo laboral.

II. LA NUEVA RELACIÓN ENTRE LA CIUDADANÍA Y LOS PODERES PÚBLICOS

De este modo, para llegar a comprender y comprobar la influencia de la OIT en la actual gobernanza pública, cabe recorrer previamente un camino más o menos largo, partiendo de una idea más general, que no es otra que la pregunta que justamente hace cinco años se formulara el propio *Conseil d'État* francés en su estudio anual de 2018, me refiero a la reflexión sobre *La*

citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui². Pues realmente el cambio que se está viviendo en los últimos años en la sociedad no es solo tecnológico, sino que responde a algo más profundo o cuanto menos a diversos factores, lo que a su vez enlaza con la llamada «nueva gobernanza pública» y, dentro de ella, el buen gobierno, la buena administración y la buena regulación³.

Así, ninguna duda cabe de la preeminencia que han adquirido principios como el de transparencia, el de participación, la *accountability* o la idea de ética pública en cuanto a los asuntos públicos⁴, en el entendimiento de que el buen gobierno que se propugna en las últimas reformas –tanto a nivel europeo como en muchos de los diversos Estados de la Unión Europea y fuera de ella–, es en cierto modo equivalente a la noción inglesa de gobernanza⁵, que hace un llamamiento *a priori* y a nivel mundial para el despliegue e intensificación de la consulta y la negociación, así como a la transparencia⁶.

1. ¿Qué es la ciudadanía hoy?

Como recuerda el *Conseil d'État* francés, los hombres y mujeres son seres sociales. La idea de ciudadanía se vincula, pues, con el derecho a participar en las decisiones relativas a la comunidad política y, por ende, está en el epicentro de la concepción occidental de la relación entre el individuo y la sociedad⁷.

Sin embargo, asistimos en la actualidad a la exaltación de una serie de principios, como los de transparencia, rendición de cuentas, participación, ética pública, etc., que responden a una nueva relación de los poderes públicos con el ciudadano⁸. Este cambio implica importantes transformaciones, no solo

² CONSEIL D'ÉTAT, *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, La Documentation Française, París, 2018.

³ Y no debe olvidarse que, como bien indicara CHEVALLIER, J., «Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique», *Revue du droit public et de la science politique*, 1998, núm. 3, p. 659, es bastante obvio que el derecho, como producción social, está obligado a evolucionar en función del cambio social.

⁴ En esta cuestión cabe destacar la idea expuesta por VAQUER CABALLERÍA, M., «Corrupción pública y ordenamiento jurídico», en VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J. M.^a y TEJEDOR BIELSA, J. C. (Dirs.), *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 127, «La ética pública puede normativizarse, pero no se reduce al ordenamiento jurídico. Por esta razón, la legislación puede ser un instrumento para combatir la corrupción, pero no puede erradicarla por sus solos medios».

⁵ Si bien parece evocarse a menudo sin ningún contenido material real.

⁶ CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 8^a ed., PUF, París, 2007, p. 444.

⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 11.

⁸ Se trata de un tema al que la doctrina –desde diversas disciplinas– ha prestado atención en muchos de los países europeos. Baste mencionar, a título ejemplificativo, en España COTINO HUESO, L., «Derecho

de funcionamiento sino también de concepción de qué es la ciudadanía y de cómo hacerla efectiva, lo que, si bien no siempre ha sido explicitado, resulta clave para conocer y comprender la razón misma de las transformaciones que se han ido implantando en nuestro entorno.

Para ello, cabe traer a colación aquí un concepto manejado hace ya veinte años por la doctrina francesa. Me refiero al de «ciudadanía administrativa⁹», puesto que, a nuestro juicio, explica de forma muy precisa e interesante la trans-

y «gobierno abierto». La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas: propuestas concretas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extraordinario, 2013, pp. 51 y ss.; CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Las leyes de transparencia y la innovación en las administraciones públicas», *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm.5, 2017, pp. 1 y ss.; GUICHOT, E., «El nuevo derecho europeo de acceso», *Revista de Administración Pública*, núm. 160, enero-abril 2003, pp. 283-315; del mismo autor «Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales», *Revista de Administración Pública*, núm. 173, Madrid, mayo-agosto (2007), pp. 407-445; GUICHOT, E. (Coord.), *Derecho de comunicación*, Iustel, Madrid, 2018; VV. AA., *Configuración legal, actuación y funciones de las autoridades de transparencia: algunas propuestas de mejora*, Fundación democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2019; BLANES CLIMENT, M. A., *La transparencia informativa de las administraciones públicas: el derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Thomson Reuters, Navarra, 2014; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y VALERO TORRIJOS, J., *Régimen jurídico de la transparencia del sector público: del Derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters, Navarra, 2014; ZAMBONINO PULITO M., *Buen Gobierno y buena administración: cuestiones claves*, Iustel, Madrid, 2019; etcétera, en Francia, entre otros, CHRISTOPHE, B., «La transparence administrative en droit français», *Economic papers*, 2006, pp. 59-67; TOURNEPICHE, A.-M., «Vers de nouveaux champs d'application pour la transparence administrative en droit communautaire», *Cahiers de droit européen- CDE*, Larcier, Bruxelles, 2007, pp. 623 y ss.; PEREZ S., «Secrets, transparence et corruption des administrations: Rapport Union européenne», *Annuaire européen d'administration publique*, Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2014, pp. 345-374; CLUZEL-MÉTAYER, L., «La loi pour une République numérique: l'écosystème de la donnée saisi par le droit», *L'Actualité juridique. Droit administratif*, Dalloz, 2017, pp. 340 y ss.; WOJCIK, S., «Prendre la démocratie électronique au sérieux: De quelques enjeux et controverses sur la participation politique en ligne», *La démocratie électronique*, Nov 2009, Besançon, France; PINEL, F., *La participation du citoyen à la décision administrative*, Thèse, Droit, Université Rennes 1, 2018; CARDI, Q., *Les normes de la démocratie à l'épreuve de la participation citoyenne numérique institutionnalisée: une étude de l'appropriation du numérique par le politique dans le cadre des processus de participation citoyenne*, Thèse, Philosophie, Université Panthéon-Sorbonne – Paris I, 2018; CHEVALLIER, J., «Le «public» du code», dans G. KOUBI, L. CLUZEL-MÉTAYER, W. TANZANI, *Lectures critiques du Code des relations du public avec l'administration*, Lextenso, 2018, pp. 127-140; en Italia, por ejemplo, OROFINO, A. G., *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo cívico*, Cacucci Editore, Bari, 2020, VV. AA., *La comunicazione pubblica in Europa*, Franco ANGELI, 1999; ALLEGRETTI, U., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè, Milano, 2009; ALICINO, F., «L'evoluzione dell'istituto della cittadinanza. Un nuovo homo juridicus nell'epoca dello Stato dei diritti», in VV. AA., *Scritti Degennaro*, Cacucci, Bari, 2014, pp. 19 y ss.; ARENA, G., «Trasparenza amministrativa e democrazia», in BERTI G. e DE MARTIN G. C. (Dirs.), *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 16 y ss; BOBBIO, N., *Democrazia e segreto*, Einaudi, Torino, 2011; CASSESE, S., «Il cittadino e l'amministrazione pubblica», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 4, 1998, pp. 1015-1033; FERRARA, R., «La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico», *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, núm. 2, 2017, pp. 209-234, etcétera.

⁹ En relación con este concepto cabe destacar la tesis del profesor DUMONT, G., *La citoyenneté administrative*, Université Panthéon-Assas Paris 2, 2002 (HAL Id: tel-01292880, <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01292880>).

formación experimentada en las Administraciones públicas, así como la introducción de la transparencia, la participación y la rendición de cuentas en las mismas. Y respecto del cual el *Conseil d'État* incluso da un paso más para hablar de la «ciudadanía de la acción pública», vivificadora la ciudadanía política¹⁰.

A mi juicio, resulta relevante la idea de proyecto común a la que alude el *Conseil d'État*, así como la desigualdad como causa destacada de la desconfianza de los ciudadanos¹¹, pues, sin duda, la solución ha de corregir esa desigualdad y no acentuarla¹². Tampoco es menor la importancia de la filosofía del compromiso, propia de esta noción de ciudadanía manejada por los franceses¹³. Y, aunque no pueda detenerme aquí en el concepto mismo de ciudadanía y la transformación que ha sufrido en los últimos años, es preciso lanzar, al menos, esta idea de compromiso, así como recordar que, junto a derechos, incluye, también, deberes.

En fin, la ciudadanía, desde esta perspectiva, se ejerce a través de derechos específicos reconocidos a los ciudadanos en sus relaciones con los poderes públicos —entre los que se encuentra la Administración pública—, así como en todos los procesos consultivos en los que participan los ciudadanos en la elaboración de decisiones públicas. Participación que en la actualidad dispone

¹⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, op. cit., p. 63.

¹¹ En relación con la cuestión clave de la confianza, cabe recordar que, como bien dijo el prof. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 102-103, «lo esencial del *trust*, a lo que alude la significación primaria de la palabra, es la confianza, la cual (como ocurre con el mandato en los Derechos romanizados) no se entrega de una vez por todas, sino que ha de mantenerse viva de forma constante y desde la cual pueden dirigirse instrucciones al fiduciario y, eventualmente, revocarlo. Nada más opuesto a esta idea de la confianza o la fiducia que imaginarla como una enajenación de facultades, bien se conciba esa enajenación como perpetua (idea central de las monarquías absolutas, renovada con fórmulas plebiscitarias por las modernas dictaduras), bien como temporal, por el periodo de la legislatura a que se refiere una elección, pasado el cual sale o una ratificación del gestor en ejercicio o un nuevo gestor alternativo, el cual pasaría a ocupar la misma posición formal que el anterior como titular incondicionado del poder. Las elecciones, que son, sin duda, capitales para la democracia, como procedimiento instrumental de la expresión de esa confianza popular, no alcanzan, sin embargo, a absorber la plenitud de ésta, la cual es imprescindible que se mantenga viva durante todo el periodo de gestión, como el nervio que vivifica y anima la actuación de los gestores y, con ella, a todo el sistema democrático».

¹² Me refiero a ello, porque precisamente el propio *Conseil d'État* francés, en su estudio de 2018, apunta a que la tecnología digital, que tiene el potencial de facilitar y ampliar el ámbito de la participación, tiene, sin embargo, a reproducir los sesgos y desigualdades observados en las consultas realizadas en la esfera administrativa y política tradicional; y además puede dar lugar a nuevos riesgos, como las noticias falsas o la piratería de procesos de consulta o votación en línea, a lo que cabe añadir la brecha digital. Tampoco cabe desdeñar la idea expuesta en el mencionado estudio respecto a la posible contribución de las redes sociales a dividir más que anar en busca de un proyecto común.

¹³ Así, en la idea expuesta por Dominique Schnapper, la ciudadanía expresa un estándar de vida en común o convivencia, una comunidad de ciudadanos, de una nación, de acuerdo con los principios democráticos que se encarnan en particular, en Francia, en los tres pilares del lema de la república: libertad, igualdad y fraternidad. Véanse, a este respecto, varias obras de la citada autora, como *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Folio actuel, núm. 75, Gallimard, París, 2000; o más recientemente *La citoyenneté à l'épreuve. La démocratie et les juifs*, Collection NRF Essais, Gallimard, París, 2018.

de diversos instrumentos y en la que ha tenido una clara incidencia la revolución tecnológica.

En definitiva, muy brevemente, dado que cabe remitirse a este respecto, a lo ya apuntado en otro lugar¹⁴, es importante precisar que en este trabajo se parte de un concepto o idea de ciudadanía que se basa en tres pilares: proyecto común, compromiso e igualdad, una noción que resulta de máximo interés para comprender el tema aquí analizado, en el que precisamente juega un papel crucial la participación de los diversos agentes sociales en el diseño de las políticas públicas relacionadas con el trabajo y el empleo.

2. De la Administración democrática a la democracia administrativa: la importancia del concepto francés «citoyenneté administrative».

En este contexto es en el que resulta relevante analizar la transformación experimentada en el seno de la relación de los ciudadanos con los poderes públicos en general y la Administración, en particular. Y ello porque no en vano en la actualidad se habla de «ciudadano» en el seno de esa relación y no de «administrado, usuario o interesado», como hace no tantos años. Lo que, como se verá, supone un profundo cambio, fuertemente vinculado con la concepción misma de la ciudadanía.

En efecto, el paso de la consideración de quien tiene una relación con la Administración o utiliza un servicio público de administrado o usuario¹⁵ a ciudadano ha implicado toda una transformación que se refleja en esa «ciudadanía administrativa». De igual modo, es preciso tener en cuenta los cambios operados en la propia concepción clásica de ciudadanía, más apegada a la idea de nacionalidad.

Esa nueva posición que ha ido adquiriendo el ciudadano respecto de la Administración es la que justifica la introducción –desde esta perspectiva de la ciudadanía– de los principios a los que antes me he referido y sobre los que en gran medida pivota la «nueva gobernanza pública». Se trata de una profunda transformación de la relación entre Administración y los ahora ciudadanos, antes administrados, en línea con lo que se ha venido considerando el paso de la «administración democrática» a la «democracia administrativa». El crecien-

¹⁴ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.^a y BALLINA DÍAZ, J., *Sostenibilidad social y ciudadanía administrativa digital*, Reus, Madrid, 2022.

¹⁵ Así, como ya advirtiera DONIER, V., «Les droits de l'usager et ceux du citoyen», *RFDA*, núm. 1, 2008, p. 13, un primer paso en esta evolución se dio con la idea de usuario, demostrando así una emancipación del administrado respecto a la administración, ya que deja de estar sometido a la acción administrativa y se convierte en su beneficiario.

te uso de la noción de «democracia en la administración pública» refleja claramente este cambio. Implica la concesión de nuevos derechos para todos los ciudadanos, «implicándoles» también en los procesos administrativos en el marco de los mecanismos de deliberación y participación¹⁶.

El tema de la democracia administrativa¹⁷ refleja, en efecto, un cambio profundo en la forma en que se concebía tradicionalmente la relación entre Administración y democracia; pues la Administración ya no está llamada solo a ser democrática, sino a convertirse en la punta de lanza de una reformulación y profundización de la lógica democrática. Sin embargo, no debe perderse de vista en ningún momento que se trata de un complemento de la «democracia representativa» y no de un sustituto de la misma¹⁸, una participación en el poder que no concluye con el derecho de sufragio sino que se extiende de forma sostenida¹⁹. Además, todo ello va unido a una buena administración²⁰, en el sentido de eficacia, eficiencia y mejor toma de decisiones.

El cambio lo apreciamos en diversas normas en que, en efecto, se ha sustituido el empleo del término «administrado, interesado o usuario» por el de «ciudadano». Es el caso claro en Francia de la *Loi núm. 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*²¹ y, en España, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedi-

¹⁶ En palabras de CHEVALLIER, J., «De l'Administration démocratique à la démocratie administrative», *Revue Française d'Administration Publique*, núm. 137-138, 2011, pp. 217-227.

¹⁷ Que a juicio de TESTARD, CH., *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, vol. 304, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2018, es entendida como el conjunto de normas que tienden a fomentar la participación de los ciudadanos en la elaboración de las decisiones administrativas

¹⁸ En esta línea apunta tanto el CONSEIL D'ÉTAT, *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 14, como CHEVALLIER, J., «De l'Administration démocratique à la démocratie administrative», *op. cit.*, p. 227; DUMONT, G., *La citoyenneté administrative*, *op. cit.*, p. 367; o DEBAETS E., «Protection des droits fondamentaux et participation de l'individu aux décisions publiques», *Jurisdoctoria*, núm. 4, 2010, p. 175.

¹⁹ Así, como indica OROFINO, A. G., *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo cívico*, *op. cit.*, p. 53, la representación y la soberanía popular, que encuentra un modo de expresión a través de ella, no terminan con la manifestación del sufragio, sino que impregnan cada momento de la vida institucional, refractándose en una multiplicidad de situaciones e instituciones que caracterizan profundamente el método democrático. Una Administración, por tanto, es democrática si es transparente, y si busca su legitimidad en la confrontación constante con los ciudadanos, y no sólo a través del vehículo electoral, o en el principio de legalidad, que tiene sus fundamentos dogmáticos en la representación política.

²⁰ Como ha declarado el CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, La Documentation Française, París, 2011, 92.

²¹ Hoy debe tenerse en cuenta el *Code des relations entre le public et l'administration*, aprobado por la Ordonnance núm. 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, *JO*, núm. 0248, 25 octobre 2015, p. 19872, texte núm. 2, que en cierto modo viene a sustituir el término ciudadano por el de público, tal y como ha puesto de manifiesto F. Pinel, *La participation du citoyen à la décision administrative*, *op. cit.*, pp. 19-20.

miento Administrativo Común de las Administraciones Públicas²², o la Ley de Contratos del Sector Público de 2017²³.

De este modo, al reconocer que el administrado es también un ciudadano, los textos vigentes consideran que la relación administrativa tiene una dimensión cívica. La Administración debe proporcionar a los ciudadanos los medios para ejercer su ciudadanía y la relación administrativa es uno de los medios de acceso a la misma. Esto transforma la naturaleza de la relación administrativa, en la que los ciudadanos tienen derecho a participar en la acción administrativa y a acceder a la Administración, debiendo la Administración rendir cuentas ante ellos.

La «ciudadanía administrativa» así entendida cubre dos realidades: por un lado, debido a la sustitución de términos, todos los derechos del ciudadano pueden considerarse derechos de ciudadanía; por otro lado, se afirma la dimensión cívica de la relación administrativa, como soporte de la ciudadanía política. La ciudadanía administrativa que surge entonces significa que los electores son, al mismo tiempo, ciudadanos «de» la Administración y ciudadanos «en» la Administración²⁴. En fin, se trata, por tanto, de hacer efectiva la ciudadanía a través de la participación de los ciudadanos en el poder administrativo por medio de una participación prolongada, hacerla efectiva a través de la relación con la Administración.

3. El reflejo administrativo del cambio de paradigma: del modelo «weberiano» a la «New Public Governance».

Si, como ya se ha visto, en la actualidad asistimos a una idea de ciudadanía renovada, en la que resulta fundamental involucrar a los ciudadanos en la toma de decisiones y, en general, en la vida de la Administración, ello conecta indefectiblemente con otro aspecto crucial en el funcionamiento mismo de esta, me refiero a lo que ha dado en llamarse «nueva gobernanza pública», es decir, debe encontrar fiel reflejo en un nuevo modelo de gestión pública²⁵, resultando imprescindible en este nuevo contexto una gobernanza pública inte-

²² Así, por ejemplo, en la citada Ley se menciona el término ciudadano en veintiuna ocasiones y una ciudadana, sin embargo, no se explicita el cambio indicado ni todas sus implicaciones.

²³ Por ejemplo, cuando habla en el artículo 312 del contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía.

²⁴ DUMONT G., *La citoyenneté administrative*, op. cit., pp. 666-667.

²⁵ Véase, entre otros, en relación con este tema MCBRIDE GONZÁLES, D., STEPHEN JUNIOR VALENCIA NAVARRO, P. y ELCINA MEJIA LOZANO, L., «La Nueva Gobernanza Pública ¿una nueva manera de gestionar lo público en el siglo XXI?», en *III Congreso Internacional de Ciencias de la Gestión*, PUCP, Perú, 25, 26 y 27 de septiembre de 2019.

gral, innovadora, eficaz, eficiente e inclusiva como piedra angular de la nueva gestión pública.

Así, muy brevemente, para comprender esta nueva corriente o idea de entender la Administración y su interacción con los ciudadanos, es preciso apuntar que desde el campo de la Teoría de la organización y de las Ciencias de la Administración se analizan y exponen diferentes modelos o paradigmas que han guiado el trabajo de las Administraciones públicas, es decir, estas son estudiadas como organizaciones.

A este respecto, en cuanto a los modelos de gestión pública se suelen mencionar los siguientes: el modelo *weberiano* o PA (*Public Administration*), caracterizado por la burocracia; más tarde con la crisis del Estado del bienestar y la aplicación de las técnicas del *management* se habla del modelo PM (*Public Management*); se pasa después a un cambio de paradigma en el que se pone el énfasis en la eficacia y se concibe al ciudadano como cliente, es el modelo NPM (*New Public Management*); pasando al modelo que actualmente se intenta implementar, que es el de la NPG (*New Public Governance*), basado en la participación, la transparencia y la cooperación con los ciudadanos, es decir, la integración de la gobernanza, lo que a su vez lleva a incorporar dentro del mismo al NPS (*New Public Service*), es decir, la co-creación con los ciudadanos de los servicios públicos²⁶. Si bien hay que tener en cuenta que esta evolución no implica la sustitución íntegra de un modelo por otro, sino que en ocasiones todos conviven en la gestión de una Administración pública concreta, con predominio de uno u otro.

El vínculo de esta cuestión con lo expuesto con anterioridad respecto a la idea de una ciudadanía renovada y, en particular, de lo que implica la ciudadanía administrativa, es absolutamente evidente, puesto que, al fin y al cabo, el paradigma actual de la nueva gobernanza pública analiza cómo la Administración pública podría mejorar su legitimidad de cara a los ciudadanos desde un punto de vista de gestión²⁷; sin olvidar que, a su vez, esa participación de los ciudadanos en la vida administrativa y en el diseño de los servicios públicos contribuye a dar satisfacción también a una buena administración, a través de la eficacia y la eficiencia, en el sentido de adecuarse mejor a las demandas de la sociedad²⁸.

²⁶ DE MIGUEL MOLINA, M., BAÑÓN GOMIS, A. y CATALÁ-PÉREZ, D., *Management para las Administraciones públicas*, Universitat Politècnica de Valencia, Valencia, 2017.

²⁷ OSBORNE, D. y PLASTRIK, P. *Herramientas para transformar el Gobierno. Directrices prácticas, lecciones y recursos para revitalizar las escuelas, los servicios públicos y los organismos gubernamentales de todos los niveles*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 16.

²⁸ Esto conectaría en cierto modo también con la idea de PINAZO HERNANDIS, F. J., «Ciencia, burocracia y democracia en las políticas públicas: factores actuales para el análisis y evaluación», *Revista de*

Y que, por lo tanto, conecta con el deber general de la Administración de modernización, como entienden en el sistema italiano.

Esta es la idea de la que se partirá, por tanto, aquí, es decir, la nueva gobernanza pública en cuanto modelo de organización y su conexión con la idea de ciudadanía administrativa, aunque también de buena administración. Así, como desde una perspectiva más general, del buen gobierno, de la nueva relación de la ciudadanía y los poderes públicos y, en definitiva, de la gobernanza.

Y es que, de otro lado, los llamados *wicked problems* exigen además modelos de gobernanza más interactivos y horizontales, capaces de asociar a más actores a la búsqueda de soluciones, lo que implica cambios radicales en las estructuras y la dotación de talento de las organizaciones públicas. Sin olvidar que todo este fenómeno ha tenido un impacto frontal en el sector público, provocando que las organizaciones públicas y los gobiernos hallen otras formas de ejercer el poder más acorde con la nueva situación, pues han perdido ante la sociedad el monopolio de la legitimidad para definir autónomamente los procesos de creación de valor público²⁹; han dejado de ser autosuficientes para disponer de los recursos y producir respuestas válidas a los problemas de la agenda colectiva; y como consecuencia de todo ello, han entrado en un escenario de autoridad compartida, en el que su papel, más que el de ejercer potestades, es el de aspirar a liderar interacciones complejas para afrontar los problemas sociales, tal y como han apuntado reputados expertos³⁰.

La misión original de las Administraciones de estabilizar las sociedades, proteger frente a las vulnerabilidades, garantizar la igualdad real y efectiva, y convertir el futuro en algo más previsible, adquiere incluso mayor relevancia en estos momentos, pero desde un prisma diferente, pues el paradigma burocrático tradicional no parece poder responder con éxito a los desafíos actuales³¹.

Para dar una respuesta adecuada es preciso que los poderes públicos pongan en práctica una auténtica nueva gobernanza pública, en la que integren no solo los principios a que mayor dedicación viene prestando la doctrina, es decir, la transparencia y la participación a nivel del gobierno, sino también dentro

Evaluación de Programas y Políticas Públicas, UNED, núm. 7, 2016, p. 68, respecto a que el Gobierno-Administración obtengan la legitimación institucional por lo que hacen y no solo por su origen.

²⁹ Así, como indica VILLODRE, J., «Innovación pública abierta», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 17, p. 314, la innovación pública abierta es un concepto amplio, que habitualmente hace referencia al aprovechamiento de conocimiento interno y externo con el objetivo de transformar las organizaciones y generar valor público.

³⁰ Véase al respecto LONGO MARTÍNEZ, F., «La Administración Pública en la era del cambio exponencial. Hacia una gobernanza exploratoria», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. especial, 3/2019, p. 56.

³¹ *Ibidem*, p. 60.

de la propia Administración y haciendo efectivos otros principios esenciales, como la eficacia, la eficiencia, la innovación, y desde luego la igualdad.

4. La participación: un principio esencial en el nuevo modelo

Un componente esencial de la ciudadanía es sin duda la «participación», por ello, como ya se ha advertido, la ciudadanía administrativa implica la participación en la acción y vida administrativa. Sin olvidar, además, los diversos tipos de participación, que en cierto modo responden a la otra cara de la moneda, es decir, a las diferentes finalidades que se persiguen con la consulta.

Sin ánimo exhaustivo, dado que ello supondría además una tarea harto dificultosa, cabe apuntar, al menos, a la existencia de diversos tipos de consulta. Así, por ejemplo, en cuanto a la finalidad perseguida es obvio que en ocasiones la Administración o Gobierno buscan conocimiento, desde diversas perspectivas, valga mencionar aquella propia de los expertos, la de los grupos de interés o profesionales, la inherente al diálogo social –propio de la esfera del Derecho laboral que aquí nos ocupa–, el conocimiento de la opinión de la ciudadanía o la propia de los interesados afectados por un asunto concreto³², sin olvidar tampoco la función consultiva desde la perspectiva de la legalidad propia de órganos consultivos, con su exponente máximo en el Consejo de Estado³³. De otro lado, está la consulta que busca en cierto modo dar a conocer. A su vez, desde otro punto de vista, no funcional, sino más bien respecto a la forma, se puede hablar de información, solicitud de opinión, consulta o negociación³⁴.

En todo caso podría extraerse un punto en común de esta variedad de tipos de consulta, su objetivo último parece responder a dos cuestiones: una mejor toma de decisiones desde el plano de un mayor conocimiento técnico, jurídico, de las necesidades y demandas de la sociedad, etc., y/o una mayor legitimación en la adopción de esas decisiones³⁵. Es decir, satisfacer la buena

³² Así, como señala CASTELLANOS CLARAMUNT, J., *Participación ciudadana y buen gobierno democrático. Posibilidades y límites en la era digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 19, «los ciudadanos y ciudadanas conocen bien la realidad que les rodea, y la participación propicia que sus conocimientos y sensibilidades se valoren y tengan su influencia en el diseño de las políticas públicas, de manera que se complementa y retroalimenta el conocimiento de los técnicos de las administraciones».

³³ A todo ello ya me he referido en MENÉNDEZ SEBASTIÁN E. *De la función consultiva clásica a la buena administración. Evolución en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021, capítulo segundo.

³⁴ Como ha indicado el CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 20, mientras la consulta busca puntos de consenso, la negociación busca el compromiso y tiene como objetivo organizar la confrontación de intereses y superarla.

³⁵ Así, como ha afirmado DURAN, P., «L'évaluation des politiques publiques en son contexte», dans CONSEIL D'ÉTAT., *Etude annuelle 2020. Conduire et partager l'évaluation des politiques publiques*, La

administración y el buen gobierno y la ciudadanía administrativa, a través de la participación, lo que a su vez se retroalimenta, pues se trata al mismo tiempo de responder a la necesidad de una Administración y Gobierno transparentes y abiertos, facilitando la aceptabilidad de la decisión y la de un Gobierno y una Administración más eficaces y eficientes que permitan una respuesta más rápida y directa a las necesidades expresadas por los ciudadanos³⁶.

Muy brevemente, y sentadas estas ideas básicas, procede mencionar alguna cuestión básica respecto a la participación. Así, en primer lugar, cabe recordar no solo la variedad de tipos ya mencionada, sino también de momentos en que la participación puede producirse. En primer lugar, como ya se ha dicho, la participación puede darse desde diversas condiciones, como interesado en el procedimiento, como representante de intereses, como miembro de la sociedad civil, como experto, etc.³⁷, y de forma sucinta reconduciendo todas esas categorías a tres más amplias, en palabras del Prof. García de Enterría, como actor interesado, como garante y protector de un valor colectivo o como actor desinteresado³⁸.

Desde otra perspectiva y aunque no existe unanimidad al respecto, puede examinarse la participación desde un espectro amplio, incluyendo la información previa, la deliberación respecto a la propia fijación del interés general, la toma de decisiones en sentido estricto³⁹ y la rendición de cuentas, en particular, por ejemplo, a través de la evaluación⁴⁰. Asimismo a la hora de cincelar la

Documentation Française, París, 2020, p. 183, la legitimidad es ciertamente una cuestión delicada, ya que es difícil de obtener, y debe combinar una compleja mezcla de consulta política, expresión jurídica y movilización de conocimientos técnicos.

³⁶ En fin, todo ello pone de manifiesto nuevamente la idea ya expuesta en el primer capítulo respecto a la indudable conexión entre dos nociones básicas en este tema y de las que se parte en este trabajo, como son las de *buena administración* y *ciudadanía administrativa*.

³⁷ Así, parece que el término *ciudadano* sirve para referirse a una variedad muy ecléctica de sujetos titulares de derechos. Véase a este respecto RAUX, C., «Les voies dispersées de la liberté d'expression communale: la démocratie locale entre représentation et participation», *Revue de la recherche juridique*, 2007, p. 378.

³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA E., «Principes et modalités de la participation à la vie administrative», dans DELPÉRÉE F. (Dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative (Travaux des XIIes Journées d'études juridiques Jean Dabin)*, Bruylant, Bruxelles, 1986, p. 257.

³⁹ Así, por ejemplo, para BURDEAU, G., «Processus décisionnel et décision politique (Plaidoyer pour l'irrationnel)», dans *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 78, el proceso de toma de decisiones se compone de cuatro fases: la identificación del problema, la identificación y evaluación de sus datos, la formulación de alternativas y la elección de la solución.

⁴⁰ En cuanto a estas posturas encontradas, véase PINEL, F., *La participation du citoyen à la décision administrative*, op. cit., p. 34, para quien la participación implica la presentación de un proyecto de decisión, más o menos completo, al ciudadano, por lo que a su juicio la participación solo comienza una vez que se lanza la iniciativa, que puede ser tanto administrativa como ciudadana. Por el contrario, CARDI, Q., *Les normes de la démocratie à l'épreuve de la participation citoyenne numérique institutionnalisée: une étude de l'appropriation du numérique par le politique dans le cadre des processus de participation citoyenne*, op. cit., p. 421, sostiene que las teorías participativas no son deliberativas, pero, a la inversa, las teorías delibe-

noción de participación otro aspecto no siempre ajeno al debate es si la misma implica que se trate de decisiones de carácter unilateral⁴¹, siendo la competencia de la toma de decisión de la Administración y/o Gobierno y coadyuvando, por tanto, la voluntad de la ciudadanía en el proceso de toma de decisión pero no en la decisión misma⁴²; o si cabría incluir también dentro de sus contornos aquella implicación de los ciudadanos en la propia decisión, por ejemplo, al formar parte de los órganos de la Administración⁴³, es decir, lo que en nuestro sistema viene a ser la participación orgánica⁴⁴, o, incluso, a través del voto⁴⁵.

De este modo, una decisión es legítima cuando es el resultado de un proceso gradual en el que el público y las partes interesadas han podido participar

rativas son participativas, de hecho, a su juicio, la deliberación ciudadana es solo una forma de participación, más exigente y teóricamente más compleja, así, como explica en la p. 19, las teorías deliberativas insisten en el retorno, en el intercambio, que permite a cada uno cambiar su propia posición teniendo en cuenta las otras y es una forma de participación, ya que permiten que los ciudadanos se movilicen en el espacio público para tomar parte en las decisiones. De otro lado, COTINO HUESO, L., «Derecho y «Gobierno abierto». La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas. Propuestas concretas», *op. cit.*, p. 79, no considera la evaluación como parte de la participación, aunque sí un elemento del gobierno abierto.

⁴¹ Por tanto, distinto a los contratos en que concurren ambas voluntades, se trata de una idea de participación más restringida que la de colaboración que comprendería ambas. Respecto a la idea de colaboración y sus diversas modalidades, véase, entre otros, GÉNY, B., *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels*, Université de Nancy, Librairie du Recueil Sirey, 1930. También hay que tener en cuenta que difiere de la participación que hacen los empleados públicos, que actúan desde dentro en el sentido de que su actuación se imputa a la propia Administración.

⁴² Esto conecta con la idea misma de democracia deliberativa que, desde la filosofía política se ha forjado, siguiendo a Jürgen Habermas o Bernard Manin, entre otros.

⁴³ Con especial referencia sin duda al Consejo Económico y Social, un órgano con reconocimiento constitucional (art. 131 CE) de carácter consultivo, que es de naturaleza participativa, como ha puesto de manifiesto RUBIO NÚÑEZ, R., *La Administración consultiva como mecanismo de participación ciudadana*, CEPyC-INAP, Madrid, 2020. Así, su Ley de creación, la 21/1991, de 17 de junio, establece en su Exposición de motivos que: «El órgano que se crea, cuya denominación es la de Consejo Económico y Social, refuerza la participación de los agentes económicos y sociales en la vida económica y social, reafirmando su papel en el desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho». Con denominaciones similares se prevé también en otros ordenamientos, así es el caso de Italia (*Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro* (CNEL)) o Francia (*Conseil économique, social et environnemental* (CESE)) que es una asamblea constitucional consultiva, que al representar a las principales actividades económicas, sociales y medioambientales, favorece la colaboración entre las distintas categorías socioprofesionales y garantiza su participación en la definición y la evaluación de las políticas públicas, en este último caso destaca además el intento de reforma constitucional, presentada el 9 de mayo de 2018 (Le projet de loi constitutionnelle «Pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace») para convertir este órgano en la Cámara de la Sociedad Civil, que, no obstante, no fructificó finalmente.

⁴⁴ Que algún autor denomina *co-gestión*, como DELAUNAY, B., *L'amélioration des rapports entre l'administration et des administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives depuis 1945*, LGDJ, París, 1993, p. 45. Respecto a la participación orgánica en nuestro sistema véase, entre otros, CAMPOS JIMÉNEZ, A., «El derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos. Participación orgánica», *Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 8, 2016, pp. 10-39.

⁴⁵ Este debate, que divide a la doctrina francesa, no parece ser tan habitual entre la española, pues en nuestro sistema se tiende a incluir sin problema dentro del concepto de participación aquella que se ejerce al integrarse en diversos órganos de la Administración.

y que ha llevado a la decisión, desde una perspectiva más o menos amplia. Así, la Administración deliberativa⁴⁶ se define por la observancia de procedimientos que aseguren la contribución abierta de los ciudadanos al desarrollo de la política pública⁴⁷. De tal modo que se ha pasado de la idea de administrado como súbdito a la de usuario como beneficiario⁴⁸ y a la de ciudadano como legitimador de la Administración⁴⁹, a través de la participación, la cual, como ya se ha dicho, es uno de los atributos de la ciudadanía⁵⁰.

En fin, por lo que respecta a la noción de participación que aquí se maneja, la misma viene a equivaler a la implicación de los ciudadanos en la toma de decisiones⁵¹ o, incluso, podría entenderse aún con carácter más general en el poder público⁵². Bien es cierto que no se pretende aquí proceder a un análisis jurídico exhaustivo y en profundidad de la participación y, en particular, de su concepto ni del derecho a la misma, ni siquiera del alcance concreto que puede darse a su mención en la Constitución Española, en particular, en los artículos 9.2 y 23⁵³ u otros textos⁵⁴, quizás por la propia dificultad de hallar un clara

⁴⁶ No es infrecuente precisamente vincular estrechamente la participación con la propia definición de democracia administrativa, así, véanse, por ejemplo, AUBY, J-B., «La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes de droit administratif», *AJDA*, 2001, p. 915, CHICOT, P-Y., «La démocratie administrative: essai de conceptualisation», *La Revue Administrative*, 2011, p. 139; o TESTARD, CH., *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.* p. 111, para quien la democracia administrativa puede definirse como la participación de los ciudadanos en el proceso de elaboración de una decisión administrativa.

⁴⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*

⁴⁸ DONIER, V., «Les droits de l'usager et ceux du citoyen», *op. cit.*, p. 13.

⁴⁹ ÉVEILLARD, G., «La citoyenneté administrative, vecteur de nouveaux droits publics subjectifs des administrés», dans ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF, *Les droits publics subjectifs des administrés. Actes du 4^e colloque organisé les 10 et 11 juin 2010*, LexisNexis, Paris, 2011, pp. 98-99.

⁵⁰ PINEL, F., *La participation du citoyen à la décision administrative*, *op. cit.*, p. 17.

⁵¹ Así, como ha dicho DEBAETS, E., «Protection des droits fondamentaux et participation de l'individu aux décisions publiques», *op. cit.*, p. 155, la participación del individuo en toma de decisiones públicas está en el corazón de la democracia, se trata de un mecanismo de devolución del poder.

⁵² En el sentido de que no requeriría necesariamente que se ciña la misma a un proceso que concluya con la adopción de una decisión administrativa, así, por ejemplo, no toda iniciativa popular y/o ciudadana desemboca necesariamente en ese final.

⁵³ En términos similares se expresa la Constitución portuguesa en los artículos 9 y 48 o el artículo 11 de la Constitución Austríaca, entre otras.

⁵⁴ Sin olvidar que de forma mucho más clara la Carta Europea de la Autonomía Local, hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985, sí se refiere a la participación ciudadana directa, en su artículo 3.º 2. O en cuanto al tema crucial del medioambiente el Convenio Aarhus de 1998. Respecto a este ámbito, ha sido uno en los que mayor incidencia ha tenido la participación, por ejemplo, en Francia, así, como han indicado BERTRAND, Th., y MARGUIN, J., «La notion de participation à l'aune de la protection de l'environnement et de la procédure de débat public», *Revue juridique de l'environnement*, núm. 3, 2017 (vol. 42), p. 457, con la creación de la Commission nationale du débat public en 1995 se introduce el debate público como nueva forma de concretización del principio de participación en el derecho al medioambiente. La participación, junto a la información y el acceso a la justicia, de acuerdo con VAN LANG, A., «Le principe de participation: un succès inattendu», *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel (Le conseil constitutionnel et l'environnement)*, núm. 43, avril 2014, forman el tríptico de la democracia ambiental.

y única definición de este término desde una perspectiva estrictamente jurídica⁵⁵-, y a lo que la mejor doctrina ya ha dedicado sus denuedos⁵⁶, sino simplemente me refiero a esta noción como punto clave de la nueva gobernanza pública con el sentido mencionado⁵⁷, es decir, desde la perspectiva de la colaboración o contribución de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas⁵⁸, por tanto, en cierto modo a la noción de «participación administrativa»⁵⁹ o en un sentido más general «pública», se trataría de permitir a los ciudadanos hacer oír su voz en el proceso de elaboración de las decisiones públicas⁶⁰, compartir en este sentido el ejercicio del poder público⁶¹.

⁵⁵ A estas dificultades se ha referido de forma clara la doctrina francesa, entre otros, véanse PAOLETTI, M., *La démocratie locale et le référendum: analyse de la démocratie à travers la genèse institutionnelle du référendum*, thèse, l'Harmattan, París, 1997, p. 172; IDOUX, P., «Les eaux troubles de la participation du public», *Environnement*, juillet 2005, étude 26; o VAN LANG, A., «Le principe de participation: un succès inattendu», *op. cit.*, quien indica que esta circunstancia puede haber contribuido precisamente a un menor desarrollo de la participación frente a otros aspectos, como el acceso a la información. Si bien algún autor ha ofrecido una definición, por ejemplo, así PRIEUR, M., «La Convención de Aarhus, un instrumento universal de democracia ambiental», *Revue Juridique de l'environnement*, 1999, núm. spec., p. 9, enriende por *participación* «una forma de asociación e intervención de los ciudadanos en la preparación y toma de decisiones administrativas». Especial interés ofrece la tesis de PINEL F., *La participation du citoyen à la décision administrative*, *op. cit.*, quien dedica sus esfuerzos precisamente a ofrecer una definición clara de *participación*.

⁵⁶ Así, por ejemplo, respecto al estudio del derecho fundamental de participación reconocido en el artículo 23 de la CE, véase, entre otros, AGUIAR DE LUQUE, L., «El derecho a participar en los asuntos públicos: artículo 23.1.º», en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales, Madrid, 1996-1999, T. II, pp. 647-663.

⁵⁷ Lo que implica en cierta medida referirse a la participación preferentemente vinculada a la idea de ciudadano y no tanto como interesado concreto en un procedimiento contradictorio, que, no obstante, como ya se ha dicho, sí entra a nuestro juicio, dentro del concepto amplio de participación.

⁵⁸ Así, por ejemplo, en esta línea se han utilizado también otras expresiones, es el caso del *Code des Relations entre le public et l'administration*, *aprobado por la ordonnance núm. 2015-1341 du 23 octobre 2015*, que habla en su título III del libro I, de la «asociación del público con las decisiones tomadas por la Administración», expresión esta que ha sido criticada por algún autor, es el caso de TESTARD, CH., *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.* p. 377, para quien esta novedad, en alusión al término *asociación*, proviene sin duda de la necesidad de reunir los distintos procesos de participación pública, pero parece que precisamente la noción de participación favorecida hasta ese momento era lo suficientemente maleable como para incluir las distintas hipótesis de intervención pública en la elaboración de las decisiones administrativas. De otro lado, en este título el citado código francés no regula la participación de los interesados en los procedimientos contradictorios, lo que hace en otro lugar y de lo que podría deducirse que en esa noción de asociación pública no se incluye este supuesto de participación, sino las consultas abiertas en Internet, las investigaciones públicas, las comisiones administrativas de carácter consultivo y los procedimientos de referéndum, que sí prevé en dicho título. En cuanto a esta cuestión precisamente PINEL F., *La participation du citoyen à la décision administrative*, *op. cit.*, p. 25, se plantea en su tesis si dentro de la noción de *participación* podrían incluirse tanto los instrumentos que permiten la asociación pública como los procedimientos contradictorios.

⁵⁹ Término empleado por DUMONT, G., *La citoyenneté administrative*, *op. cit.*, p. 269.

⁶⁰ En relación con la esfera de la Administración, véase, PINEL, F., *La participation du citoyen à la décision administrative*, *op. cit.*, p. 28.

⁶¹ RIVERO, J., «Introduction», dans DELPÉRÉE, F. (Dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*, Bruylant, Bruxelles, 1986, p. 9. Sin olvidar, que la participación se entiende como procesal, no se comparte la competencia respecto de la decisión.

Sin olvidar, una precisión importante, que se vincula con otro aspecto terminológico al que me he referido en otros trabajos⁶², la diferencia entre buen gobierno, buena regulación y buena administración. Y es que esa participación de la ciudadanía puede y debe darse en los tres niveles, es decir, en cuanto a las decisiones políticas, respecto a la regulación, pero también en cuanto a las decisiones de carácter administrativo, por ejemplo, en relación con la prestación de servicios públicos. Lo dicho conecta de forma frontal con la idea de buena administración y buen gobierno, contribuye a una verdadera nueva gobernanza pública y con el ejercicio de la ciudadanía administrativa y política⁶³.

III. EL PRECEDENTE DE LA GOBERNANZA EN LA OIT: EL DIÁLOGO SOCIAL

Sentadas estas premisas conceptuales y de contexto, es preciso ya entrar de pleno en el análisis de la gobernanza en el ámbito de la OIT y sus convenios, y, por tanto, prestar atención a una de esas formas de participación a que me he referido, en concreto, el diálogo social; para pasar en el epígrafe siguiente a analizar cómo a su vez ello ha tenido reflejo en la normativa española propia del ámbito laboral.

Así, es preciso comenzar por recordar que la propia OIT al definir el diálogo social dice que comprende todo tipo de negociaciones y consultas, e incluso, el mero intercambio de información, entre representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores, sobre temas de interés común relativos a las políticas económicas y sociales, lo cual juega un papel de suma relevancia en el actual panorama expuesto con anterioridad.

Si, como se ha mostrado en líneas previas, la *new public governance*, que viene permeando desde hace algún tiempo en nuestro sistema y los de nuestro entorno, se basa en la colaboración, transparencia, cooperación, participación,

⁶² Como MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. *De la función consultiva clásica a la buena administración. Evolución en el Estado Social y Democrático de Derecho*, op. cit.

⁶³ En cuanto a la participación política, caben destacar los múltiples trabajos de PRESNO LINERA, M. A., «Algunos apuntes sobre la calidad de la democracia española», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 14, núm. 28, julio-diciembre 2017, pp. 243-268; «Democracia ciudadana y ciudadanía democrática», Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional, núm. 7, 2012, pp. 243-283 (ejemplar dedicado a: El pueblo del Estado. Nacionalidad y Ciudadanía en el Estado Constitucional); «La titularidad del derecho de participación política», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 104, 2002, pp. 517-558 (<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3718/4572>), o respecto al ámbito legislativo «La participación ciudadana en el procedimiento legislativo como parte de la esencia y valor de la democracia», *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 27, 2012, pp. 85-120, etc.

etc., es una forma de toma de decisiones a tres bandas (Administración y agentes sociales –sindicales y patronales–) ya conocida en otros ámbitos y organizaciones, un ejemplo claro de ello es la OIT⁶⁴.

En ella, desde sus orígenes, se encuentran representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores, elegidos estos últimos por las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de cada Estado, en definitiva, lo que se ha dado en llamarse tripartismo⁶⁵.

Merece la pena apuntar que ya en el Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919, constitutivo de esta organización, se recoge que la OIT estará compuesta por un consejo de administración de 24 personas, de las cuales 12 representarán a los gobiernos, 6 a los patronos y 6 a los empleados⁶⁶.

Un hito fundamental para la OIT fue, sin duda, la Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944⁶⁷, donde se establecieron las bases de un nuevo «contrato social», a buen seguro, inspirándose en el discurso de las cuatro libertades de Franklin D. Roosevelt; y en la que se reforzó esa idea de la gobernanza a través del tripartismo.

Si bien, en la OIT no solo cabe hablar de gobernanza interna, sino también con reflejo *ad extra*, que se ha incorporado a diversos convenios y recomendaciones⁶⁸. Entre todos ellos, merecen una mención especial los Convenios núm. 122, sobre la política del empleo⁶⁹, el núm. 144 sobre la consulta tripartita⁷⁰, y sin perder de vista tampoco la importancia de contar con instituciones garantes eficaces, de ahí la relevancia de la Inspección de Trabajo y, por ende, del Convenio OIT núm. 81⁷¹. Sin olvidar tampoco el aspecto relativo a la llamada Administración del trabajo y, por tanto, el Convenio núm. 129 sobre

⁶⁴ Respecto a la misma, véase, entre otros, SEMPERE NAVARRO, A. V., «Sobre la OIT y su acción normativa», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2002, pp. 199-204.

⁶⁵ Véase a este respecto el interesante trabajo de DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Los convenios de gobernanza de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 174, 2020, pp. 91-109.

⁶⁶ Artículo 393, parte XIII.

⁶⁷ En relación con la importancia de la misma en relación con la justicia social véase lo dicho en MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.^a, *La Administración al servicio de la justicia social*, Iustel, Madrid, 2016. Así como la obra de SUPIOT A., *L'esperit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, France, 2010.

⁶⁸ DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Los convenios de gobernanza de la OIT», *op. cit.*

⁶⁹ A este respecto, como bien ha dicho CARRILLO LÓPEZ, A., «Convenio sobre la política de empleo 1964 (núm. 122)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, 2019, p. 364, el citado convenio parte de la idea de que el diálogo social amplio es la mejor garantía para que las políticas de empleo sean eficaces.

⁷⁰ En relación con el citado convenio, véase, entre otros, el trabajo de la autora CUADROS GARRIDO, M.^a E., «Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo) 1976 (núm. 144)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, 2019, pp. 382-397.

⁷¹ Entre otros, mencionar el trabajo de MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, G., «Convenio sobre la Inspección de trabajo 1947 (núm. 81)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, 2019, pp. 335-350.

la inspección del trabajo (agricultura), 1969⁷². También resulta de interés el Convenio núm. 150⁷³.

Ya solo de la simple enumeración de estos Convenios, considerados de gobernanza, puede comprobarse con facilidad que suponen un antecedente fundamental de la situación actual, pues ya con mucha anterioridad promulgaban el diálogo social, la consulta, la negociación y cooperación entre el gobierno y los interlocutores sociales, etc., destacando especialmente en esa dirección el Convenio núm. 144, que fue adoptado en la Conferencia General de la Organización Internacional del trabajo reunida en Ginebra el 2 de junio de 1976.

Entre sus previsiones, cabe destacar el compromiso de los Estados de efectuar consultas sobre cada una de las medidas que han tomarse en el ámbito nacional con relación a las normas internacionales del trabajo. Comprometiéndose a poner en práctica procedimientos que garanticen la celebración de consultas efectivas entre los representantes del gobierno, de los empleadores y de los trabajadores respecto a una serie de cuestiones⁷⁴.

A las consultas también se refiere el artículo 3 del Convenio núm. 122⁷⁵, así como la Recomendación sobre la política de empleo núm. 169 del

⁷² Nótese que la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social declara expresamente que «el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social ejercerá sus funciones en todo el territorio español, dando cumplimiento a las previsiones contenidas en los Convenios número 81, 129 y 187 de la Organización Internacional del Trabajo», así como que «La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es un servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, conciliación, mediación y arbitraje en dichas materias, lo que efectuará de conformidad con los principios del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución Española, y con los Convenios número 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo» (art. 1.2), y «La Inspección de Trabajo y Seguridad Social a que se refiere esta ley se ejercerá en su totalidad por funcionarios de carrera de nivel técnico superior y habilitación nacional, pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, cuya situación jurídica y condiciones de servicio les garanticen la independencia técnica, objetividad e imparcialidad que prescriben los Convenios número 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo» (art. 3.1), pudiendo encontrarse en el cuerpo normativo otras referencias a estos Convenios.

⁷³ En relación con el mismo cabe mencionar, entre otros, el trabajo de BARABA RAMOS, F. J., «Convenio sobre la administración de trabajo (núm. 150)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, 2019, pp. 1185-1197.

⁷⁴ En concreto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5, en cuanto a las respuestas de los gobiernos a los cuestionarios relativos a los puntos incluidos en el orden del día de la Conferencia y sus comentarios sobre los proyectos de textos que deba discutir la Conferencia; las propuestas que hayan de presentarse a la autoridad competente en relación con la sumisión de los instrumentos; el reexamen de convenios no ratificados y de recomendaciones; las memorias sobre la aplicación de los convenios ratificados; y las propuestas de denuncias de convenios.

⁷⁵ Así, en el artículo 3, se establece que la aplicación del presente Convenio se consultará a los representantes de las personas interesadas en las medidas que se hayan de adoptar y, en relación con la política del empleo, se consultará sobre todo a los representantes de los empleadores y de los trabajadores con el objeto de tener plenamente en cuenta sus experiencias y opiniones y, además, de lograr su plena cooperación en la labor de formular la citada política y de obtener el apoyo necesario para su ejecución.

año 1984⁷⁶, que además se refiere también a la incorporación de las nuevas tecnologías al mundo del trabajo.

El mismo, inspirado en la mencionada Declaración de Filadelfia, se firmó en 1964, entró en vigor el 15 de julio de 1966, se ratificó por España el 28 de diciembre de 1970, y sigue siendo considerado como el principal mecanismo para orientar y coordinar las políticas nacionales⁷⁷.

Esta idea de gobernanza, donde juega un papel crucial la participación de las partes interesadas a través del diálogo social⁷⁸, es impulsada de forma destacada a principios del presente siglo, cuando en 2008 la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social calificó expresamente como Convenios de gobernanza los mencionados. Una gobernanza cuya piedra angular es el tripartismo, que reposa sobre el diálogo social⁷⁹. Un modelo de gobernanza que requiere, además, la existencia de un sistema de inspección que garantice el cumplimiento de las normas internacionales, de ahí, como se ha dicho, la relevancia del Convenio núm. 150.

Es más, dicho Convenio conjuga la «racionalidad vertical» (propia de la intervención heterónoma estatal) con la «racionalidad horizontal» (propia de la actuación de los sujetos colectivos en el terreno de las relaciones laborales). Y es que en las normas de la OIT el diálogo social no se concibe como algo separado, sino integrado en la Administración del trabajo⁸⁰.

Un año más tarde, en 2009, se adopta el Pacto Mundial para el empleo, que recoge el compromiso contraído por los gobiernos, así como por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, de trabajar conjuntamente para que el objetivo del empleo pleno y productivo y el trabajo decente. Y que, entre los principios para promover la recuperación y el desarrollo, incluye el de participar en el diálogo social, mediante procesos constructivos como el tripartismo y la negociación colectiva entre empleadores y trabajadores, con el fin de maximizar el impacto de las respuestas a la crisis en relación a las necesidades de la economía real.

Sin olvidar que en noviembre de ese mismo año se adopta el Plan de acción para la ratificación generalizada y aplicación efectiva de los Convenios de gobernanza, que se orienta fundamentalmente hacia la creación de diálogo social, así como respecto a la inspección del trabajo.

⁷⁶ Por ejemplo, en los puntos, 5, 12, 19, 23, 31 o 33.

⁷⁷ CARRILLO LÓPEZ, A., «Convenio sobre la política de empleo 1964 (núm. 122)», *op.cit.*, p. 353.

⁷⁸ El diálogo social, como indica CUADROS GARRIDO, M.ª E., «Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo) 1976 (núm. 144)», *op. cit.*, p. 394, es una herramienta esencial para avanzar en la promoción de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

⁷⁹ DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Los convenios de gobernanza de la OIT», *op. cit.*, p. 147.

⁸⁰ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «Integración del diálogo social en el sistema de administración del trabajo (la perspectiva del derecho internacional del trabajo)», *Temas Laborales*, núm. 105, 2010, p. 91.

Teniendo en cuenta esta cronología, resulta interesante recordar que es precisamente en ese mismo año 2009 cuando se cifra el origen del término o idea de gobierno abierto, que se atribuye al Presidente Obama en el *Memorandum on Transparency and Open Government* del 21 de enero de 2009⁸¹, el cual se basa en los principios de transparencia, colaboración y participación, así como rendición de cuentas.

Sin embargo, como ha podido comprobarse, en el ámbito de la OIT y en el texto de sus Convenios, la idea subyacente a esa nueva gobernanza, especialmente por lo que se refiere a la colaboración y participación, ya estaban presentes mucho antes. Por lo que se erige en un importante precedente respecto de esta forma de entender la gobernanza.

IV. EL REFLEJO DE LOS CONVENIOS DE GOBERNANZA DE LA OIT EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Muy brevemente, si hasta el momento se ha expuesto lo que implica la denominada *New public governance*, que se ha venido desplegando en los últimos años, así como el importante precedente que al respecto significan los Convenios de gobernanza de la OIT⁸², es hora de concluir con alguna reflexión particular respecto a la influencia concreta de esta visión propia de la citada organización internacional en ciertas normas concretas adoptadas en nuestro sistema.

El diálogo social en nuestro país ha ido generando un rastro fácilmente identificable en el acervo normativo desde los comprometidos equilibrios fraguados en los albores de nuestra democracia en 1978 hasta la, por el momento, última reforma laboral⁸³. Aunque es justo señalar que esa relación no siempre ha sido pacífica y fructífera, así pueden encontrarse tiempos de fluido diálogo entre el Gobierno y los interlocutores sociales, coronados por grandes refor-

⁸¹ Si bien, es cierto que dichos principios ya estaban presentes incluso en la Revolución Francesa y sin duda en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, evidentemente no con esa denominación, tal y como sugiere GILLES, W., «From the right to transparency to the right to open government in a digital era. A french approach», *International Journal of Open Government*, vol. 2, 2015, p. 14.

⁸² Véase el documento de investigación publicado por la OIT bajo el título: «La contribución del diálogo social a la Agenda 2030 – Formalizando la economía informal», disponible en: <https://www.ituc-csi.org/dialogo-social-para-ods-formalizar-economia-informal?lang=en>, p. 6.

⁸³ Determinantes fueron los Acuerdos o Pactos Sociales de carácter tripartito alcanzados en España durante los años 80, por ejemplo, el Acuerdo Marco Interconfederal de 1980, el Acuerdo Nacional de Empleo de 1981, el Acuerdo Interconfederal de 1983 o el Acuerdo Económico y Social de octubre de 1984. También fueron muy importantes los acordados en el marco de la Declaración para el Diálogo Social de 2004 (el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 2006 o el Acuerdo sobre Medidas de Seguridad Social de 2006).

mas pactadas, pero también importantes reformas globales aprobadas en contra del sentir de los agentes sociales –de los unos, de los otros o de ambos–, la de 2012 probablemente fue la más conocida. De todos modos, hay que decir que en los últimos años esa relación –amén de sonados distanciamientos, por ejemplo, a propósito de la última subida del salario mínimo interprofesional, aunque el relevante incremento de 2020 sí había sido pactado y aceptado por la patronal⁸⁴–, se ha reforzado notablemente, siendo posible encontrar muchos y variados ejemplos de esta forma de creación normativa tripartita.

Aunque tampoco cabe prescindir del hecho de que con carácter general las organizaciones sindicales y empresariales han sabido mantener con buen tono sus relaciones a través de la firma, casi permanente, de Acuerdos Interconfederales de negociación colectiva, habiéndose mantenido de forma continua⁸⁵, por ejemplo, los Acuerdos Sociales en Defensa del Empleo, para actuar de forma negociada ante las graves consecuencias económicas y sociales de la pandemia por coronavirus⁸⁶.

Obviamente, no es el momento de rememorar todas las reformas laborales o normas neurálgicas de nuestro sistema que han visto la luz mediante este mecanismo de participación social, pero sí vale la pena centrarse en las más recientes (prescindiendo de las generadas al calor de las medidas de urgencia en tiempos de pandemia⁸⁷, de la llamada Ley de los *riders*: Ley 12/2021 o de

⁸⁴ Las últimas normas sobre planes de igualdad en su desarrollo reglamentario no han obtenido el apoyo de la parte empresarial, pese a haberse intentado en el marco del diálogo social.

⁸⁵ Véanse, en este sentido, los siguientes acuerdos: VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (BOE de 23 de diciembre de 2020); IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE de 18 de julio de 2018); III Acuerdo para el empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, suscrito el 8/6/15 (BOE de 20 de junio); Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, sobre ultraactividad de los Convenios Colectivos (BOE de 14 de junio de 2013); V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales 2012-2016 (BOE del 23 de febrero); II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, suscrito el 25/01/2012 (BOE del 6 de febrero); Compromiso de Actuación entre CEOE y CEPYME, y CCOO y UGT, sobre la Negociación Colectiva pendiente – 2011; Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010, 2011 Y 2012, suscrito el 09/02/2010 (BOE de 22 de febrero de 2010); Compromiso de Actuación entre CEOE y CEPYME, y CCOO y UGT, sobre la Negociación Colectiva pendiente – 2009; Prórroga para el año 2008 del Acuerdo para la Negociación Colectiva 2007; Acuerdo para la Negociación Colectiva 2007 (BOE 24/02/2007); Prórroga para el año 2006 del Acuerdo para la Negociación Colectiva 2005 (BOE de 10 de febrero de 2006); Acuerdo para la Negociación Colectiva 2005 (BOE de 16 de marzo); Prórroga para el año 2004 del Acuerdo para la Negociación Colectiva 2003 (BOE de 31 de diciembre de 2003); Acuerdo para la Negociación Colectiva 2003 (BOE de 24 de febrero); Acuerdo para la Negociación Colectiva 2002 (BOE del 17 de enero); Acuerdo para la Negociación Colectiva 1997 (BOE de 6 de junio).

⁸⁶ En este sentido, DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M., «Principales acuerdos nacidos a nivel estatal del diálogo y la concertación social», *Trabajo y derecho*, núm. 15, 2022.

⁸⁷ Véase el Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes y extraordinarias para hacer frente al impacto del COVID-19, y la normativa que continuó a esta norma y con la que se reforzó el sistema de los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE), sucesivamente prorrogados mediante acuerdo del diálogo social, algunos a tres bandas, otros sin la patronal.

Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia), en particular, la reforma laboral aprobada en 2021, así como la Ley de formación profesional (LO 3/2022) y, por supuesto, la reciente Ley de 3/2023, de 28 de febrero de 2023, de Empleo.

Respecto a la primera de ellas, es decir, la llamada reforma laboral, obvia decir que ha generado ríos de tinta no solo su contenido y alcance, sino también la difícil comprensión de algunas de sus previsiones, que sólo resultan comprensibles precisamente desde la óptica de su carácter negociado. En efecto, los comprometidos equilibrios que han hecho posible que la reforma resultase de un Acuerdo Social Tripartito entre el actual Gobierno de coalición entre PSOE y Unidas Podemos, las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal –CC. OO. y UGT– y la asociación empresarial de idéntica condición –CEOE-CEPYME–, tras meses de intensa negociación en el marco del componente laboral 23 del Plan Nacional de Recuperación Económica, aprobado por la Unión Europea, explican algunas reglas que de otro modo no resultarían comprensibles a simple vista⁸⁸. Ciertamente, ese acuerdo permite comprender el alcance y la razón de ser de los cambios y de las inmutabilidades de la reforma, pues tanto las modificaciones llevadas a cabo como las que han dejado de hacerse han respondido a la compleja pretensión de que la concertación social se tradujese en una norma legal.

De otro lado, cabe referirse a la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional. Esta norma pretende conformar el nuevo Sistema de Formación Profesional, en el que se vertebren coordinadamente la vertiente estrictamente educativa del sistema con la propiamente laboral, mediante una suerte de modelo de formación dual en el que de forma convergente se fusionen ambos mundos. Pues bien, por lo que aquí importa, esta doble dimensión del Sistema de Formación Profesional, educativa y laboral, tiene trascendencia en el papel del diálogo social y, por tanto, en la intervención de los agentes sociales, que lógicamente alcanzará mayor protagonismo en la vertiente menos ligada a la formación reglada. Es cierto que, a grandes trazos, se puede decir que la norma pretende que los agentes sociales asuman una función conectada con la representación institucional, participando en la «gobernanza ejecutiva y estratégica del Sistema de Formación Profesional» (art. 117 LO 3/2022). Pero, aunque no se explicita parece evidente que la presencia de sindicatos y organizaciones patronales será más relevante en la faceta de formación profesional para el empleo, aunque esta se incorpore formalmente ahora al Sistema de Formación Profesional.

⁸⁸ Un balance de esos comprometidos equilibrios puede encontrarse en LAHERA FORTEZA, J., *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, 2022.

En todo caso, la LO 3/2022 atribuye a los sindicatos y a las organizaciones empresariales funciones relevantes, como el impulso, promoción y asistencia a proyectos de formación profesional; la participación colaborativa respecto del papel que han de asumir las empresas, con labores de asesoramiento y actuando como enlace para la integración en este nuevo entramado; también se encomienda a los agentes sociales la labor de promover la agrupación de empresas y entidades de tamaño pequeño y mediano en red para la rotación de las personas en formación durante los periodos de formación, de manera que complementen los resultados de aprendizaje y faciliten, a la vez, la transferencia de conocimiento y nuevas prácticas entre pequeñas y medianas empresas; deben recibir información sobre los puestos de formación profesional en las empresas; y han de colaborar fomentando la creación de nuevas figuras, como, en primer lugar, los «perfiles colaboradores» en las empresas, en la forma de «personas trabajadoras expertas sénior», para la facilitación de la permanente actualización del currículo en el centro de formación profesional por parte del equipo docente y su relación con la realidad productiva; en segundo lugar, las «personas prospectoras de empresas u organismos equiparados», encargadas de facilitar los contactos de centros de formación profesional y empresas; y, en tercer lugar, «personal de apoyo especializado», con el fin de asesorar y facilitar el acompañamiento en el itinerario formativo de personas con discapacidad (art. 89). Además, los agentes sociales deben «promover» entre empresas y trabajadores el «valor añadido de acreditar las competencias de todos los trabajadores, así como colaborar en su difusión, seguimiento y evaluación» (art. 91.4)⁸⁹. Desde luego, un catálogo nada escueto de espacios de participación social, de cuya efectiva implementación habremos de seguir pendientes en los próximos tiempos.

El último ejemplo, es la reciente Ley de Empleo, aprobada el pasado 28 de febrero de 2023, respecto de la cual cabe indicar, que el Capítulo II del Título I, lleva por denominación «Gobernanza», y comprende los artículos 8.ª 10.

Si bien, lo cierto es que, en dichos preceptos, dedicados respectivamente al Sistema Nacional de Empleo, la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales y el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, se regula no solo la gobernanza en el sentido aquí expuesto, sino también –o más bien–, la estructura institucional en la materia.

Aun así, dentro de dicha estructura, destaca, desde la perspectiva planteada en este trabajo, el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, que es

⁸⁹ En este sentido, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. e RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «El impacto de la nueva ordenación legal de la Formación Profesional en el Derecho del Trabajo: una primera aproximación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 63, noviembre 2022.

el órgano consultivo y de participación institucional en materia de Empleo. Se trata de un órgano tripartito, que estará presidido por la persona titular de la Dirección de la Agencia Española de Empleo e integrado por un representante de cada una de las Comunidades Autónomas y por igual número de miembros de la Administración General del Estado, de las organizaciones empresariales y de las organizaciones sindicales más representativas.

Asimismo, el artículo 10 establece que para la adopción de acuerdos se ponderarán los votos de las organizaciones empresariales y los de las organizaciones sindicales para que cada una de estas dos representaciones cuente con el mismo peso que el conjunto de los representantes de ambas administraciones manteniendo así el carácter tripartito del Consejo.

La citada ley, además, menciona en varias ocasiones el diálogo social que, como bien ha indicado la doctrina, se ha convertido en un elemento central de la gobernanza socio-laboral en las sociedades contemporáneas⁹⁰. Y, por lo que a este estudio interesa, se mantiene expresamente que la «ordenación del Sistema Nacional de Empleo se llevará a cabo, principalmente, mediante la aplicación de los principios de lealtad institucional, adecuación al orden de distribución de competencias [...] colaboración, coordinación y cooperación recogidos en el artículo 140 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, como estrategia de la ejecución de la política de empleo y a través de los instrumentos de planificación y coordinación de la misma, y a su vez, a los de “participación, concertación y diálogos sociales recogidos en el Convenio 144 de la Organización Internacional del Trabajo, de 21 de junio de 1976, ratificado por España el 13 de febrero de 1984, así como en el Convenio 150 de 26 de junio de 1978, ratificado por España el 3 de marzo de 1982”». Por tanto, la norma tiene el declarado propósito de hacer propios para nuestro sistema los mecanismos de participación y concertación social tal como los ha venido entendiendo la OIT.

Una penúltima referencia debe hacerse a la reciente reforma de la Seguridad Social⁹¹, acometida a través del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la re-

⁹⁰ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «Integración del diálogo social en el sistema de administración del trabajo (la perspectiva del derecho internacional del trabajo)», *op. cit.*, 87.

⁹¹ Véase, en este punto, la disposición final cuarta de la Ley 21/2021, que a propósito del mecanismo de equidad intergeneracional y su evaluación a los diez años de su entrada en vigor (2033), hace una clara llamada a la concertación social, disponiendo expresamente que en ese momento «Si el nivel de gasto previsto no supera este umbral, no se aplicará ninguna medida. En tal caso, *podrá valorarse en el seno del diálogo social* para su elevación como propuesta a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo la utilización de los recursos del Fondo de Reserva de la Seguridad Social para reducir las cotizaciones sociales o mejorar la cuantía de las pensiones...».

ducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, que finalmente ha visto la luz con el consideración favorable de la parte sindical, pero con la oposición de la patronal. Como expresamente se indica en el Preámbulo de la norma «el Gobierno ha trabajado intensamente en el ámbito del diálogo social y dentro del marco delimitado por las recomendaciones del Pacto de Toledo, resultando de esta negociación un acuerdo con las organizaciones sindicales CC. OO. y UGT».

Por último, téngase en cuenta la próxima reforma en materia de prevención de riesgos laborales, respecto de la cabe destacar que acaba de firmarse (febrero de 2023) un acuerdo entre el Gobierno, la patronal y los sindicatos, para la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, que habrá de materializarse, previsiblemente, en futuras reformas en esta materia⁹², en la que también se está procurando alcanzar un acuerdo en el marco del diálogo social, si bien por el momento las posiciones no parecen estar muy próximas entre la patronal, de un lado, y el Gobierno y los sindicatos de otro.

V. CONCLUSIÓN

Desde hace un tiempo asistimos a un verdadero cambio en la relación entre la ciudadanía y los poderes públicos. En particular, dicha transformación en el ámbito o esfera de la gestión pública se ha denominado *new public governance*, y se basa esencialmente en los principios de ética pública, transparencia, participación y rendición de cuentas.

Sin embargo, y aunque se vienen identificando orígenes más recientes, en concreto, a principios del presente siglo, lo cierto es que con mucha anterioridad y, por tanto, erigiéndose en un importante precedente, la OIT viene practicando y abogando por este tipo de gobernanza, especialmente por lo que se refiere al principio de la participación, representada de forma destacada por el diálogo social.

A su vez y de forma más concreta, también ese reflejo e influencia de los Convenios de gobernanza de la OIT, especialmente los núm. 122, 144 o 150, entre otros, se puede encontrar con claridad en algunas de las últimas normas de Derecho laboral aprobadas en España, como la reforma laboral de finales

⁹² De hecho, en el marco del anuncio de este acuerdo ya se ha adelantado la próxima apertura de una mesa de diálogo social para actualizar el marco normativo de la Ley de Prevención de Riesgos laborales a fin de mejorar la integración de la actividad preventiva de las empresas, la introducción de la perspectiva de género en la gestión de la prevención de riesgos y el reforzamiento de la protección de las personas trabajadoras frente a los riesgos psicosociales.

de 2021, la LO 3/2022, de formación profesional o, más recientemente, la Ley de empleo de 2023.

En definitiva, en esta materia resulta crucial la estela que a través de su labor viene marcando desde largo tiempo atrás la OIT.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, L., «El derecho a participar en los asuntos públicos: artículo 23.1.º», en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales, Madrid, 1996-1999, T. II.
- ALICINO, F., «L'evoluzione dell'istituto della cittadinanza. Un nuovo homo juridicus nell'epoca dello Stato dei diritti», in VV. AA., *Scritti Degennaro*, Cacucci, Bari, 2014.
- ARENA, G., «Transparencia administrativa e democracia», in BERTI, G. y DE MARTIN, G. C. (Dirs.), *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1996.
- AUBY, J-B., «La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes de droit administratif», *AJDA*, 2001.
- BARABA RAMOS, F. J., «Convenio sobre la administración de trabajo (núm. 150)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, 2019.
- BERTRAND, Th. y MARGUIN, J., «La notion de participation à l'aune de la protection de l'environnement et de la procédure de débat public», *Revue juridique de l'environnement*, núm. 3, 2017 (Volume 42).
- BLANES CLIMENT, M. A., *La transparencia informativa de las administraciones públicas: el derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Thomson Reuters, Navarra, 2014.
- BOBBIO, N., *Democrazia e segreto*, Einaudi, Torino, 2011.
- BURDEAU, G., «Processus décisionnel et décision politique (Plaidoyer pour l'irrationnel)», dans *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974.
- CAMPOS JIMÉNEZ, A., «El derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos. Participación orgánica», *Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 8, 2016.
- CARDI, Q., *Les normes de la démocratie à l'épreuve de la participation citoyenne numérique institutionnalisée: une étude de l'appropriation du numérique par le politique dans le cadre des processus de participation citoyenne*, Thèse, Philosophie, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018.
- CARRILLO LÓPEZ, A., «Convenio sobre la política de empleo 1964 (núm. 122)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, 2019.

- CASSESE, S., «Il cittadino e l'amministrazione pubblica», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 4, 1998.
- CASTELLANOS CLARAMUNT, J., *Participación ciudadana y buen gobierno democrático. Posibilidades y límites en la era digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Las leyes de transparencia y la innovación en las administraciones públicas», *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 5, 2017.
- CHEVALLIER, J., «Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique», *Revue du droit public et de la science politique*, 1998, núm. 3.
- «De l'Administration démocratique à la démocratie administrative», *Revue Française d'Administration Publique*, núm. 137-138, 2011.
- «Le «public» du code», dans KOUBI, G., CLUZEL-MÉTAYER, L., TANZANI, W., *Lectures critiques du Code des relations du public avec l'administration*, Lex-tenso, 2018.
- CHICOT, P-Y., «La démocratie administrative: essai de conceptualisation», *La Revue Administrative*, 2011.
- CHRISTOPHE, B., «La transparence administrative en droit français», *Economic papers*, 2006.
- CLUZEL-MÉTAYER, L., «La loi pour une République numérique: l'écosystème de la donnée saisi par le droit», *L'Actualité juridique. Droit administratif*, Dalloz, 2017.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, La Documentation Française, París, 2011.
- *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, La Documentation Française, París, 2018.
- CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., PUF, París, 2007.
- COTINO HUESO, L., «Derecho y «gobierno abierto». La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas: propuestas concretas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extraordinario, 2013.
- CUADROS GARRIDO, M.^a E., «Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo) 1976 (núm. 144)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, 2019.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Los convenios de gobernanza de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 174, 2020.
- DE MIGUEL MOLINA, M., BAÑÓN GOMIS, A. y CATALÁ-PÉREZ, D., *Management para las Administraciones públicas*, Universitat Politècnica de Valencia, Valencia, 2017.
- DEBAETS, E., «Protection des droits fondamentaux et participation de l'individu aux décisions publiques», *Jurisdoctoria*, núm. 4, 2010.
- DELAUNAY, B., *L'amélioration des rapports entre l'administration et des administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives depuis 1945*, LGDJ, París, 1993.

- DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M., «Principales acuerdos nacidos a nivel estatal del diálogo y la concertación social», *Trabajo y Derecho*, núm. 15, 2022.
- DONIER, V., «Les droits de l'usager et ceux du citoyen», *RFDA*, núm. 1, 2008.
- DUMONT, G., *La citoyenneté administrative*, Université Panthéon-Assas Paris 2, 2002 (HAL Id: tel-01292880, <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01292880>).
- DURAN, P., «L'évaluation des politiques publiques en son contexte», dans CONSEIL D'ÉTAT., *Etude annuelle 2020. Conduire et partager l'évaluation des politiques publiques*, La Documentation Française, Paris, 2020.
- ÉVEILLARD, G., «La citoyenneté administrative, vecteur de nouveaux droits publics subjectifs des administrés», en ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF, *Les droits publics subjectifs des administrés. Actes du 4^e colloque organisé les 10 et 11 juin 2010*, LexisNexis, Paris, 2011.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «Integración del diálogo social en el sistema de administración del trabajo (la perspectiva del Derecho Internacional del trabajo)», *Temas Laborales*, núm. 105, 2010.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y VALERO TORRIJOS, J., *Régimen jurídico de la transparencia del sector público: del Derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters, Navarra, 2014.
- FERRARA, R., «La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico», *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, núm. 2, 2017.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Principes et modalités de la participation à la vie administrative», dans DELPÉRÉE, F. (Dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative (Travaux des XIIes Journées d'études juridiques Jean Dabin)*, Bruylant, Bruxelles, 1986.
- Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1996.
- GÉNY B., *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels*, Université de Nancy, Librairie du Recueil Sirey, 1930.
- GILLES, W., «From the right to transparency to the right to open government in a digital era. A french approach», *International Journal of Open Government*, vol. 2, 2015.
- GUICHOT, E., «El nuevo derecho europeo de acceso», *Revista de Administración Pública*, núm. 160. Enero-abril 2003.
- GUICHOT, E. (Coord.), *Derecho de comunicación*, Iustel, Madrid, 2018; VVAA., *Configuración legal, actuación y funciones de las autoridades de transparencia: algunas propuestas de mejora*, Fundación democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2019.
- IDOUX, P., «Les eaux troubles de la participation du public», *Environnement*, juillet 2005, étude 26.
- LAHERA FORTEZA, J., *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, 2022.

- LONGO MARTÍNEZ, F., «La Administración Pública en la era del cambio exponencial. Hacia una gobernanza exploratoria», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. especial, 3/2019.
- MCBRIDE GONZÁLES, D., STEPHEN JUNIOR VALENCIA NAVARRO P. y ELCINA MEJIA LOZANO, L., «La Nueva Gobernanza Pública ¿una nueva manera de gestionar lo público en el siglo XXI?», en *III Congreso Internacional de Ciencias de la Gestión*, PUCP, Perú, 25, 26 y 27 de septiembre de 2019.
- MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, G., «Convenio sobre la Inspección de trabajo 1947 (núm. 81)», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 7, 2019.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., *La Administración al servicio de la justicia social*, Iustel, Madrid, 2016.
- *De la función consultiva clásica a la buena administración. Evolución en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.^a y BALLINA DÍAZ, J., *Sostenibilidad social y ciudadanía administrativa digital*, Reus, Madrid, 2022.
- OROFINO, A. G., *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo cívico*, Cacucci Editore, Bari, 2020.
- OSBORNE, D. y PLASTRIK, P. *Herramientas para transformar el Gobierno. Directrices prácticas, lecciones y recursos para revitalizar las escuelas, los servicios públicos y los organismos gubernamentales de todos los niveles*, Paidós, Barcelona, 2003.
- PAOLETTI, M., *La démocratie locale et le référendum: analyse de la démocratie à travers la genèse institutionnelle du référendum*, thèse, l'Harmattan, París, 1997.
- PEREZ, S., «Secrets, transparence et corruption des administrations: Rapport Union européenne», *Annuaire européen d'administration publique*, Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2014.
- PINEL, F., *La participation du citoyen à la décision administrative*, Thèse, Droit, Université Rennes 1, 2018.
- PRESNO LINERA, M. A., «Algunos apuntes sobre la calidad de la democracia española», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 14, núm. 28, julio-diciembre 2017.
- «Democracia ciudadana y ciudadanía democrática», *Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 7, 2012.
- «La titularidad del derecho de participación política», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 104, 2002.
- «La participación ciudadana en el procedimiento legislativo como parte de la esencia y valor de la democracia», *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 27, 2012.
- PRIEUR M., «La Convención de Aarhus, un instrumento universal de democracia ambiental», *Revue Juridique de l'environnement*, 1999, núm. spec.

■ LA INFLUENCIA DE LOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES...

- RAUX, C., «Les voies dispersées de la liberté d'expression communale: la démocratie locale entre représentation et participation», *Revue de la recherche juridique*, 2007.
- RUBIO NÚÑEZ, R., *La Administración consultiva como mecanismo de participación ciudadana*, CEPyC-INAP, Madrid, 2020.
- SCHNAPPER D., *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Folio actuel, núm. 75, Gallimard, París, 2000.
- *La citoyenneté à l'épreuve. La démocratie et les juifs*, Collection NRF Essais, Gallimard, París, 2018.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., «Sobre la OIT y su acción normativa», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2002.
- SUPIOT, A., *L'esperit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, France, 2010.
- TESTARD, CH., *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, vol. 304, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2018.
- TOURNEPICHE, A.-M., «Vers de nouveaux champs d'application pour la transparence administrative en droit communautaire», *Cahiers de droit européen- CDE*, Larcier, Bruxelles, 2007.
- VAN LANG, A., «Le principe de participation: un succès inattendu», *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionne (Le conseil constitutionnel et l'environnement)*, núm. 43, avril 2014.
- VAQUER CABALLERÍA, M., «Corrupción pública y ordenamiento jurídico», en VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J. M.^a y TEJEDOR BIELSA, J. C. (Dir.), *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016.
- VILLODRE, J., «Innovación pública abierta», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 17.
- VV. AA., *La comunicazione pubblica in Europa*, Franco Angeli, 1999; ALLEGRETTI U., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè; Milano, 2009.
- WOJCIK, S., «Prendre la démocratie électronique au sérieux: De quelques enjeux et controverses sur la participation politique en ligne», *La démocratie électronique*, Nov 2009, Besançon, France.
- ZAMBONINO PULITO, M., *Buen Gobierno y buena administración: cuestiones claves*, Iustel, Madrid, 2019.

LA REGULACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN ESPAÑA Y LA INFLUENCIA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

MARIA LUZ VEGA RUIZ

HORACIO GUIDO ¹

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *La influencia de la OIT en la legislación española.*–3. *La influencia de la OIT en la legislación sobre inspección de trabajo.*–4. *La influencia de la OIT en la evolución normativa: los comentarios de los órganos de control de la OIT sobre la aplicación de los convenios núms. 81 y 129.*–5. *Conclusiones.*–*Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN

Desde las primeras manifestaciones del llamado «Derecho obrero o social», la idea de un control independiente y efectivo de la legislación nacional de trabajo, más allá del existente, quedó establecida como una prioridad. La Conferencia de Berlín sobre Regulación del Trabajo en Establecimientos Industriales y Minas de marzo 1890 (con participación española) contemplaba ya en su Protocolo final que «la ejecución de las medidas adoptadas en cada Estado sea vigilada por un número suficiente de funcionarios, especialmente designados por el Gobierno del país, e independientes de los empresarios y los trabajadores». Esta Conferencia plasma una tendencia existente en numerosos países europeos, que ya habían establecido delegaciones y oficinas de inspec-

¹ El presente artículo refleja opiniones personales de los autores, sin reflejar posturas o recomendaciones de la Organización para la que prestan o prestaron servicio.

ción dependientes de la administración estatal (Rusia 1882, España 1883, Bélgica 1894), convirtiéndose en las verdaderas precursoras de los actuales Ministerios de Trabajo.

Siguiendo los pasos de Berlín, en 1900 se crea, en París, la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, donde la inspección es reconocida como necesaria para cumplir los fines legales de protección. Confirmando la tendencia, la propuesta se recogió de forma tan unánime que, el primer Congreso de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, celebrado en Berna en 1905, concluyó que era necesario adoptar un convenio internacional sobre inspección de trabajo. Desde entonces la creación de inspecciones independientes para el control de la legislación se convirtió en una práctica habitual en Europa y a partir de 1900 se sucede la creación de las diferentes inspecciones nacionales, siendo 1906 la fecha en que España estableció su propia institución.

En esta tendencia imparable, en 1910 la Oficina internacional del trabajo (OIT) publicó el primer informe comparado sobre «la aplicación de las leyes obreras en Europa»² en el que se registraba que veintidós estados europeos consideraban necesaria una inspección de trabajo unitaria e independiente, de alta competencia técnica. Concebida como una inspección para «la gran fábrica y las minas», la institución aspiraba entonces a abarcar a la pequeña industria en su afán de alcanzar la verdadera protección de las condiciones de trabajo (horarios y descanso), y la salud y la vida de todas las personas.

Desde el principio, todos los países comprendidos en el estudio manifestaban su intención de contar con variedad y pluralidad en el personal de la inspección, garantizando que estuviera compuesto de diferentes profesiones con un amplio espectro de bagaje técnico (inspectores/as médicos y obreros/as), de ambos géneros. En paralelo, todas las inspecciones proponían reforzar las cuantías de las sanciones para hacerlas disuasorias. El informe registra ya el número de inspecciones y las sanciones impuestas en casi una veintena de países (según este informe, en España en 1887 se realizaron visitas en 1.579 establecimientos, y se constataron 2.838 infracciones).

El informe de la OIT terminaba abordando propuestas de reforma buscando la efectividad y la claridad de acción de las inspecciones, pero sin formular recomendaciones concretas o comunes a todos los países objeto del estudio. Era necesario el cambio pero faltaba determinar unas líneas de acción.

² Association internationale pour la Protection légale des travailleurs: *L'inspection du travail en Europe* (París, 1910).

La evolución de las diferentes normas nacionales, apoyada por las demandas de los trabajadores (por ejemplo, en Hamburgo, la IX Conferencia de la Unión de Obreros Metalúrgicos reclama en mayo de 1909 una reorganización de la Inspección concediendo mayores atribuciones a los inspectores. Se solicitaba la incorporación como inspectores de médicos y personas competentes en higiene industrial y también a los trabajadores para velar por el cumplimiento de las leyes protectoras y de accidentes de trabajo) llevó en los años sucesivos a reafirmar la necesidad de confirmar la autoridad de los inspectores a nivel estatal y convertirlos en funcionarios públicos. La inspección empezaba a consolidarse como pilar del entramado de protección social.

Al acabar la primera guerra europea, la parte XIII del Tratado de Paz de Versalles, de 28 de junio de 1919, que crea la OIT, proclama en uno de sus nueve principios «de importancia particular y urgente» que «cada Estado deberá organizar un servicio de inspección, que comprenderá a las mujeres, con objeto de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores» (artículo 427, 9.º), principio que se consagra en la Constitución de la Organización aún vigente.

Desde entonces, la inspección es un instrumento fundamental de la acción de la OIT y parte de su objeto normativo.

Ya en su primera reunión, en Washington en 1919, la Conferencia Internacional de la OIT aprobó, por 92 votos a favor y ninguno en contra, una Recomendación, la número 5, pidiendo a cada miembro de la OIT que «implante lo más pronto posible (si no lo hubiere ya hecho), no sólo un sistema que asegure una inspección eficaz de las fábricas y talleres, sino también un servicio público encargado especialmente de salvaguardar la salud de los obreros»³.

En la reunión que el Consejo de Administración de la Organización celebró en Interlaken en julio de 1922⁴ se acordó incluir como único punto en el orden del día de una próxima conferencia la cuestión de la inspección de trabajo en los diferentes países, los resultados prácticos obtenidos y las recomendaciones eventuales que hubieran de formularse. Siguiendo la práctica para desarrollar los instrumentos legales internacionales, los servicios de la oficina confeccionaron un cuestionario con tres partes (tareas, atribuciones y organización), al que contestaron veintinueve países, con dos concepciones, una de ellas más amplia, la francesa, y otra más restringida, la británica. Además, la mayoría, y España en este grupo, se pronunció por la conveniencia de unos

³ OIT. 1930. Proyectos de convenio y recomendación adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo en el transcurso de las catorce reuniones celebradas de 1919 a 1930, Ginebra, página 23.

⁴ Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria. *Información acerca del organismo permanente para la legislación internacional del trabajo*, Madrid, Minuesa, 1925, p. 341.

principios comunes, admitiendo en cuanto a las tareas encomendadas las funciones de vigilancia. Un grupo menor admitió la eventual intervención de la inspección en los conflictos laborales.

Como resultado, la Conferencia internacional del trabajo en 1923 aprobó por unanimidad el texto final de la Recomendación número 20 «sobre los principios generales para la organización de servicios de inspección, destinados a asegurar la aplicación de las leyes y reglamento para la protección de los trabajadores», que anunciaba en más de un respecto el futuro Convenio núm. 81.

Con posterioridad se adoptaron otras recomendaciones sobre la inspección del trabajo, entre ellas la Recomendación sobre la inspección del trabajo (gente de mar), 1926 (núm. 28), y la Recomendación sobre la inspección (construcción), 1937 (núm. 54). que auguraban la necesidad de un convenio sobre la inspección del trabajo, pues sólo un texto susceptible de desplegar efectos obligatorios podía realmente garantizar la evolución que se consideraba necesaria y sentar las bases de las inspecciones nacionales sobre bases homogéneas.

La cuestión de la inspección del trabajo, inscrita en el orden del día de la 26a reunión de la Conferencia (1940), no se analizó debido a la guerra hasta 1947, fecha en la que se adoptó el Convenio sobre la inspección del trabajo (núm. 81), así como las Recomendaciones sobre la inspección del trabajo (núm. 81) y sobre la inspección del trabajo (minas y transporte) (núm. 82). En la misma reunión, la Conferencia adoptó el Convenio sobre la inspección del trabajo (territorios no metropolitanos), 1947 (núm. 85)]. El Convenio 81 sólo se refiere a la industria y al comercio por lo que en su Estudio General de 1966, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) estimaba «que sería sumamente conveniente que la Conferencia Internacional del Trabajo pudiese examinar la cuestión de la inspección del trabajo en la agricultura con el fin de adoptar un instrumento que sirviese de complemento al Convenio núm. 81».⁵

En la 50.a reunión (1966) de la Conferencia, la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones lamentó igualmente el campo de aplicación limitado del Convenio, en atención al hecho de que una gran parte de la población del planeta está ocupada en la agricultura y habida cuenta también de la creciente mecanización de este sector de la actividad económica. En consecuencia, insistió de forma muy particular en la necesidad de inscribir la cuestión de la inspección del trabajo en la agricultura en el orden del día de una sesión inmediata

⁵ *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, CIT, 50.d reunión (Ginebra, 1966), Informe II (parte IV), cuarta parte: La inspección del trabajo en la industria, el comercio, las empresas mineras y los transportes, párrafo 235. (Denominado más abajo «Estudio general de 1966 sobre la inspección del trabajo».)

de la Conferencia. El Consejo de Administración en su 167.ª reunión (noviembre de 1966), decidió inscribir el tema en la agenda de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1969, y en ese marco se adoptó el Convenio núm. 129 y la Recomendación núm. 133 sobre la inspección del trabajo (agricultura).

La tendencia a garantizar al mayor número de trabajadores la protección de la inspección del trabajo se reforzó todavía más mediante la adopción, en 1995, de un protocolo que pueden ratificar los Estados Miembros de la OIT vinculados por el Convenio núm. 81, aplicable a los servicios no comerciales ⁶. Más adelante, en 1996, se adoptó un Convenio sobre la inspección del trabajo referente a la gente de mar. ⁷

Además numerosos instrumentos y resoluciones de la OIT contienen referencias a la inspección y su importancia y a su papel en garantizar las condiciones de trabajo.

Por último es importante mencionar que los dos Convenios de inspección forman parte del grupo de Convenios considerados prioritarios (impulsando así a los Estados Miembros a su ratificación, dada la importancia de los mismos para el funcionamiento del sistema de normas internacionales del trabajo) y que desde el 2008 fueron calificados como Convenios de gobernanza (ver Declaración de la OIT sobre la justicia social para una mundialización equitativa ⁸).

2. LA INFLUENCIA DE LA OIT EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución española, los convenios de la OIT pasan a formar parte del ordenamiento interno una vez que han sido ratificados, pero también, oficialmente publicados en el BOE ⁹. A partir de ese momento, el ordenamiento jurídico nacional ha de respetar las obligaciones adquiridas a través de los convenios de la OIT y esto en el caso de España, alumna aplicada en término de ratificaciones, ¹⁰ implica ya una influencia directa en la legislación nacional.

⁶ Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, de 1947.

⁷ Convenio sobre la inspección del trabajo (gente de mar), 1996 (núm. 178).

⁸ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_099768.pdf.

⁹ Aunque, como han indicado las SSTs de 30 de septiembre de 1982 (recurso), de 19 de mayo de 1983 y de 22 de mayo de 1989, la falta de publicación no impide que el convenio pueda ser invocado por los particulares, la administración o aplicado de oficio por los órganos judiciales. Sobre esta cuestión, véase CEINOS SUÁREZ, A. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., (*Capítulo II: Norma internacional*, en GARCÍA MURCIA, J. (coord.), *El sistema de fuentes en la relación laboral*, Universidad de Oviedo (Oviedo, 2007), p. 93.

¹⁰ En efecto, España ha ratificado 135 Convenios y 1 Protocolo, incluyendo los 10 fundamentales y los 8 instrumentos de gobernanza.

No cabe duda que la OIT fue inspiración en la regulación laboral española en el particular entorno histórico que se vivió en el siglo xx y la salida de España, como Estado miembro de la OIT, hasta 1956, es un evidencia de la tendencia en ese periodo a la restricción de derechos y de las voces que reclamaban una transformación para plasmar libertades fundamentales.¹¹ Es evidente que las demandas por la ratificación de los Convenios 87 (sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación) y 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva) fueron una de las grandes *causas belli* intelectuales y políticas de casi cuatro décadas, pero incluso con estos vacíos claves, la legislación se vio influenciada por los avances normativos que plasmaba la OIT.

Así, la OIT ha sido a veces impulsora de transformaciones del ordenamiento interno (el reciente caso de la ratificación del Convenio 189 sobre trabajo decente para trabajadoras del hogar) es ilustrativo por cuanto ha supuesto una ampliación de derechos necesaria y una consecuente modificación legislativa. En otros casos la influencia se revela vía Directivas Europeas (quizás una fuente de inspiración., que por su obligatoriedad es más evidente), como por ejemplo en materia de Salud y seguridad (Directiva 89/391 – Directiva marco sobre salud y seguridad en el trabajo de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo) que se inspira directamente en el Convenios 155 (sobre seguridad y salud de los trabajadores) de la OIT abordando el tema con un enfoque moderno que tiene en cuenta la seguridad técnica y la prevención general de enfermedades.

La impronta OIT trasciende, así, de forma directa e indirecta en toda la legislación española.

3. LA INFLUENCIA DE LA OIT EN LA LEGISLACIÓN SOBRE INSPECCIÓN DE TRABAJO

Desde su creación, la inspección de trabajo española se ha visto influenciada, como otras partes de la legislación (ver supra) por las normas de la OIT y puede afirmarse que todas las reformas tienen una clara vinculación con las normas internacionales relativas al sistema de inspección español.

En materia de inspección, España ha ratificado en mayo de 1960 el Convenio 81 y en mayo de 1971 el Convenio 129, (los dos Convenios de Gober-

¹¹ No hay que olvidar que España ha formado parte de la OIT desde su fundación en 1919, con el largo paréntesis de 1941-1956 motivado por la implantación de la dictadura franquista en 1939. España se incorporó de nuevo a la OIT en 1956, después de haberlo hecho a la ONU.

nanza). No ha ratificado, sin embargo, el Protocolo de 1995¹², ni el Convenio sobre la inspección del trabajo (gente de mar), 1996 (núm. 178).

Creada en 1906, como se mencionó, la legislación «marco» que regula la inspección española ha sido bastante estable y desde hace más de un siglo son cuatro los momentos claves en que se modifica su ordenamiento¹³, todos ellos intrínsecamente relacionados con las normas OIT de referencia, en particular desde la ratificación del Convenio 81¹⁴.

Desde su creación, la Inspección de Trabajo en España ha experimentado un proceso constante de modernización y ajuste a las necesidades del mercado de trabajo y del sistema productivo, tanto en el plano organizativo como en el terreno de sus funciones y su ámbito de actuación. Aunque los cambios de régimen político se han dejado notar en determinados aspectos de su regulación, también es cierto que a pesar de los años transcurridos ha sabido mantener muchos de sus rasgos característicos, y siempre estar situada en el centro de nuestro sistema de relaciones laborales y de protección social.

Todos estos cambios legales han perseguido sobre todo dos fines: por un lado, la consolidación orgánica y funcional del sistema de Inspección de Trabajo y, por otro, la modernización y adaptación de su estructura al contexto social, económico y político y a la evolución del mercado de trabajo y su correspondiente ordenamiento. En este contexto, la inspiración de la normativa de la OIT y las obligaciones que dimanaban de la ratificación de los Convenios, ha estado siempre presente.

El sistema español está caracterizado como el exponente más claro de lo que se llama sistema generalista¹⁵. Este modelo es avalado por el Convenio 81 en su artículo 3.1, que atribuye a los sistemas nacionales de inspección la misión de «velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión,

¹² Abierto a ratificación a países que hubieren ratificado el Convenio 81.

¹³ Tras su primera regulación en marzo de 1906, la inspección fue objeto de reordenación legal en cuatro ocasiones: mediante la Ley de 15 de diciembre de 1939; mediante la Ley 39/1962, de 21 de julio; mediante la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, y mediante la Ley 23/2015, de 21 de julio.

¹⁴ Aunque la salida de España de la OIT hasta 1956, demoró de forma práctica la adaptación a dicho Convenio.

¹⁵ Los sistemas nacionales de inspección suelen clasificarse en dos grandes grupos atendiendo a la mayor o menor amplitud de sus cometidos funcionales: las inspecciones generalistas y las inspecciones especialistas o especializadas. Las primeras, entre las que se encuentran las de países como Francia, Portugal, Italia y la mayor parte de América Latina, asumen competencias no sólo en materia de control de las condiciones laborales (salario, jornada, etc.), sino también de la normativa de seguridad y salud en el trabajo; las segundas, en cambio, circunscriben su actividad al ámbito de la seguridad y salud laboral, pudiendo destacar a título ejemplificativo los casos de Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, o Suecia. En todo caso se trata de una división más teórica que real, puesto que en la práctica existen más bien sistemas híbridos o mixtos que no encajan en la categorización.

tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines». De hecho en algunos textos de la Oficina se considera que, «un desfile de especialistas en una misma fábrica» podría provocar serios problemas de coordinación, por lo que se considera que la mejor solución es «recurrir a inspectores con conocimientos generales muy amplios y, si hubiese lugar, apelar a personal especializado»¹⁶.

Si bien fue concebida con un carácter generalista, a lo largo del tiempo y sobre todo en las últimas décadas ha buscado también cierta especialización en los terrenos del empleo, la seguridad y salud en el trabajo o la protección social. Del mismo modo, sus funciones iniciales de vigilancia y control se han ido enriqueciendo paulatinamente con la asunción de otras tareas de asistencia técnica o mediación en conflictos laborales. Por lo demás, su diseño unitario e integral ha tratado de hacerse compatible con las estructuras políticas puestas en marcha con la Constitución de 1978.

3.1 Los primeros pasos: desde su origen a 1962

Tras su creación, la Inspección de Trabajo española fue objeto de diferentes reformas ligadas a los avatares de la consolidación de una «administración de trabajo». La más importante fue la llevada a cabo por el Decreto de 9 de mayo de 1931, que establecía el Reglamento para el Servicio de la Inspección de Trabajo (completado por el Reglamento para las Delegaciones Provinciales de Trabajo aprobado por Decreto de 23 de junio de 1932, una vez reorganizadas dichas estructuras territoriales por la Ley de 12 de mayo de 1932), considerando la necesidad de renovar y adaptarse a las necesidades legislativas (en particular en materia de sanciones) e influida por los acuerdos e instrumentos adoptados en la V Conferencia de la OIT en 1923. Cabe recordar, que en dicha Conferencia se adoptó la Recomendación 20 sobre inspección de trabajo que sienta las bases de las necesidades organizativas, el funcionamiento e incluso las memorias anuales.

La participación española en dicha Conferencia fue muy activa, y tuvieron intervenciones importantes en temas tales como la ampliación de funciones, la necesidad de inspecciones especiales, independencia de los inspectores o participación de la mujer.¹⁷

¹⁶ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La Inspección del Trabajo: misión, métodos*. Ginebra, OIT, 1973; pp. 8 ss.

¹⁷ Ver CUESTA BUSTILLO, Josefina. *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones Española OIT 1936-39*», vol. I. CES. Colección estudios núm 13, Madrid, 1994. p. 192.

Tras la guerra civil, la Ley de 15 de diciembre de 1939 reemplazó la antigua legislación y supuso en términos generales una intensa concentración de la función inspectora en los cuerpos de funcionarios del Servicio público de Inspección de Trabajo adscrito a la Administración laboral¹⁸, recogiendo competencias delegadas a otros organismos y unificando los tres cuerpos de inspección existentes (seguridad social, emigración y trabajo) en un cuerpo nacional único.

La ley 39/62 de 21 de Julio estableció una nueva ordenación, respondiendo a los cambios del mercado de trabajo y a un cierto giro a la apertura. Además, sirvió para adecuarse a las exigencias derivadas del Convenio núm. 81 de 1947 de la OIT¹⁹, que España había ratificado en 1960²⁰. Fue desarrollada por el Decreto 2121/1971, de 23 julio, (aspectos organizativos y de personal, y por el Decreto 2122/1971, también de 23 julio, (alcance y desarrollo de la labor inspectora.)

Vigente por más de 30 años (incluso tras el cambio de régimen y el retorno a la democracia y tras la consiguiente modificación legislativa) la ley 39 consolidó la importancia del sistema de inspección española y su carácter central en el cumplimiento de la legislación.

3.2 De la Constitución a un nuevo siglo

Tal y como se hizo referencia, el paso del modelo autoritario al nuevo modelo de Estado social y democrático de Derecho proclamado por la Constitución, provocó un importante paréntesis en la reglamentación de la Inspección.

Tras la Constitución, la principal reforma hasta el año 1997, vino de la mano de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, mediante la cual se estructuró la función inspectora en torno a dos cuerpos: el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y el Cuerpo de Controladores Laborales (este Cuerpo se integró en 1997 al Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social).

¹⁸ GARCÍA MURCIA, Joaquín. «La Inspección de Trabajo en España: unos cuantos trazos sobre su evolución histórica», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Derecho del trabajo*, núm. 218, Madrid, p. 20.

¹⁹ Lo señala expresamente en su preámbulo

²⁰ A juicio de algunos autores esta ratificación realmente no significó un gran cambio de la norma antes existente sino una reafirmación del compromiso del estado en las funciones de vigilancia y control atribuidas, incidiendo en que se trataba de una función propia del Ministerio de Trabajo a ejercer de manera exclusiva e indelegable. Ver GARCÍA MURCIA, J. «Origen y trayectoria histórica de la inspección en España», en *La Inspección de Trabajo. Regulación española y perspectiva internacional*. Thomson Reuter Aranzadi, Estudios, Madrid, 2016, página 67.

Sin duda, el reto mayor tras la Carta Magna estaba en la construcción de un sistema de Inspección laboral compatible con el Estado de las Autonomías. Como pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos de la Ley 42/1997, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, resultaba compleja la «situación de coexistencia de la Ley 39/1962, de 21 de julio, de Ordenación de la Inspección de Trabajo, con el sistema constitucional de derechos y libertades. A su vez, la concepción política imperante en 1962 pugna con la nueva organización territorial del Estado también surgida de la Constitución de 1978 con lo que, además de por las disfuncionalidades nacidas del transcurso del tiempo, se hace precisa la promulgación de una nueva Ley Ordenadora que tenga en cuenta la configuración de la actividad inspectora, como propia de un sistema institucional integrado y coherente con el modelo constitucional, que el Estado y las Comunidades Autónomas comparten de acuerdo con las reglas de distribución de competencias entre ambos bloques de poderes públicos».

Es así como la Ley 42/1997, configura el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social como un sistema institucional integrado, teniendo en cuenta el reparto de competencias que en materia laboral efectúa la Constitución española en el artículo 149.1. 7.^a y 17.^a. Por ello la Ley define «un sistema institucional de Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se asienta conjuntamente en el ámbito del Estado y de las Comunidades Autónomas, en función de sus respectivas competencias y bajo el principio de colaboración interinstitucional y sin que tal configuración pueda cerrarse a eventuales modificaciones posteriores ni impedir el ejercicio de las competencias autonómicas en la línea establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», el tema de la autoridad central es sin duda una de las cuestiones más arduas en la aplicación del Convenio 81 y que se pretendía solventar en este primer intento de regulación tras la Constitución²¹.

El texto de la Ley 42, tiene numerosa referencias al Convenio 81 (directa²² e indirectamente).²³

²¹ Artículo 18 Ley 42/1997. «La Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. 1. La Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a que se refiere el artículo 4 del Convenio número 81 de la Organización Internacional del Trabajo es un órgano del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2. El sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social dependerá orgánicamente de dicha Autoridad Central y funcionalmente de la Administración competente por razón de la materia de los asuntos en que intervenga, sin perjuicio del carácter unitario e integrado de sus actuaciones. Los funcionarios de dicho Sistema de Inspección, en el desarrollo de su actividad, dependerán funcionalmente, por tanto, de la Administración General del Estado o de la Autonómica correspondiente, en función de la materia en que actúen (...)».

²² A título de ejemplo véase además del artículo ya mencionado *supra* el artículo 6.

²³ En el texto la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se configura como «servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, arbitraje, mediación y conciliación en

La Ley 42/1997 no llegó a cerrar el proceso de ordenación legal de la Inspección de Trabajo en esta etapa, ya que quedaban retos y cuestiones pendientes, esencialmente la cuestión autonómica, además de nuevos retos que surgieron de nuevas reglamentaciones del mundo del trabajo y la influencia de la legislación europea.

Intentando solventar las carencias evidentes, la Ley 23/2015, de 21 de julio, y de acuerdo con su propia declaración de intenciones, busca cumplir tres fines principales: reparar la situación de obsolescencia del marco legal anterior, profundizar en el proceso de «modernización y tecnificación» del correspondiente servicio público, y potenciar algunas de las funciones complementarias de la Inspección, como las de información, asistencia técnica y mediación en los conflictos de trabajo.

La Ley 23/2015 ha llevado a cabo una profunda reorganización de la estructura de la Inspección de Trabajo en España. Siguiendo las directrices del Convenio núm. 81 de la OIT, la Ley de 1997 (que se sigue aplicando hasta el desarrollo completo de la reforma legal de 2015) había creado una Autoridad Central de la Inspección de Trabajo dependiente del Ministerio de Trabajo a través de una Dirección General, pero al mismo tiempo la Inspección organizaba su actividad por Comunidades Autónomas y podía depender funcionalmente de éstas.

Esta nueva reordenación en el terreno de las estructuras que busca resolver los problemas de coordinación es el tema fundamental de la nueva ley. Así, y tras insistir en los deberes de colaboración y cooperación entre dichas Administraciones, la Ley 23/2015 crea, como señala Joaquín García Murcia²⁴, «un doble cauce de participación de las Administraciones autonómicas: uno de carácter general, que conduce a la presencia de esos entes territoriales en el «Organismo Estatal» en el que ahora se cobija la Inspección, y otro más particular, que concede a determinadas Comunidades Autónomas (las que hubieran recibido el pertinente traspaso de competencias y servicios) la posibilidad de mantener «las facultades organizativas y directivas respecto de su propio personal».

La nueva ley sigue haciendo guiños constantes a la OIT, siguiendo el modelo de la ley anterior²⁵, con referencias expresas a los Convenios de referencia en los temas de independencia (artículo 3) y, garantías en el ejercicio de la función inspectora (artículo 15.1).

dichas materias, que efectuará de conformidad con los principios del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución Española, y con los Convenios números 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo».

²⁴ *Op cit.* en *Estudios Ministerio de Trabajo*, p. 25.

²⁵ En su preámbulo señala que «cabe destacar que el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social ejercerá sus funciones en todo el territorio español, dando cumplimiento a las previsiones contenidas en los Convenios número 81, 129 y 187 de la Organización Internacional del Trabajo»

4. LA INFLUENCIA DE LA OIT EN LA EVOLUCIÓN NORMATIVA: LOS COMENTARIOS DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE LA OIT SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS NÚMS. 81 Y 129

La ratificación del Convenio núm. 81 por parte de España se registró el 30 de mayo de 1960 y desde entonces, en el marco del control regular, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha venido examinando su aplicación en la legislación y en la práctica y emitiendo diversas observaciones que sin duda han influido los procesos de reforma desde 1975. De manera complementaria la Comisión de Aplicación de normas (CAN) también examinó en una ocasión (1992) la aplicación del Convenio²⁶.

Además, en el contexto de los procedimientos especiales de control, basados en la presentación de reclamaciones y quejas, el Consejo de Administración de la OIT constituyó en 2011 un comité tripartito *ad hoc* para examinar una reclamación presentada contra el Gobierno de España en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución de la OIT, en la que se alegó la violación del Convenio núm. 81 y que tuvo notable influencia en algunos de los aspectos tratados en la reforma del 2015 (ver *infra*).

La influencia de la ratificación del Convenio núm. 129 por parte de España en la reforma del ordenamiento (que se registró el 5 de mayo de 1971) es marginal, ya que hasta el año 2016, la CEACR no formuló comentarios sustanciales sobre la aplicación de este Convenio.

4.1 Período comprendido entre la ratificación del Convenio y 2015

Prácticamente desde la entrada en vigor del Convenio 81 y en virtud de lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución de la OIT, la Unión General de Trabajadores (UGT) y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) enviaron, de manera regular, observaciones sobre la aplicación del Convenio 81. La CEACR las consideró en el marco del diálogo establecido con el Gobierno por medio de solicitudes directas hasta que en 1992 formuló una observación²⁷ en la que se hizo referencia a las preocupaciones de las or-

²⁶ La CAN selecciona para su examen un número reducido de casos (en la actualidad 24) del informe de la CEACR para ser examinados durante la sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo.

²⁷ Las observaciones se utilizan, por lo general, en los casos más graves o más persistentes de incumplimiento de las obligaciones. Sirven para indicar discrepancias importantes entre las obligaciones que se derivan de un convenio y la legislación y/o las prácticas en la materia de los Estados Miembros. En ellas se puede tratar la falta de medidas para dar cumplimiento a un convenio o para dar curso mediante acciones apropiadas a las solicitudes de la Comisión. También sirven, si procede, para subrayar los progresos.

ganizaciones de trabajadores. Estas se referían de manera principal, al número insuficiente de efectivos y de recursos, lo que a su juicio impedía el correcto cumplimiento de sus funciones; a la poca colaboración entre los representantes de los trabajadores y la inspección de trabajo; a la imposibilidad de verificar el cumplimiento de las cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de trabajo, de seguridad, de higiene y de salud y a las facultades de los controladores de trabajo. La mayor parte de estas cuestiones afectan más al desarrollo y aplicación de la legislación que al propio marco normativo, salvo las relativas a las facultades de los controladores y la seguridad y salud.

Estos temas fueron examinados por la CEACR en años siguientes, en distintas observaciones, concluyendo: 1) en lo que hace al «número de efectivos de la Inspección», la CEACR tomó nota entre 1996 y 2010 de un aumento sistemático de los mismos. Además y particularmente, en 2013, ante un aumento en los índices de accidentes de trabajo, la CEACR pidió al Gobierno que continuara tomando medidas para reforzar el número de técnicos en materia de prevención de riesgos; 2) en lo que respecta a «la colaboración entre los representantes de los trabajadores y la inspección de trabajo», la CEACR en 2007 tomó nota con interés de que tal colaboración se prevé en el artículo 10 de la Ley núm. 42/1997 Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y que una Comisión Consultiva Tripartita de Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, creada en 2006, se encarga de aportar consejos, formular proposiciones sobre las estrategias de acción, las prioridades y los objetivos generales en materia de inspección del trabajo, las campañas de inspección, los efectivos y los materiales del sistema de inspección, los procedimientos de selección del personal de inspección y su formación, etc; y 3) en cuanto a «la verificación de la aplicación de las cláusulas normativas de los convenios colectivos», la CEACR tomó nota de que, en virtud de la ley relativa a las infracciones y a las sanciones en el orden social, la inspección del trabajo se encarga del control, no sólo de las acciones u omisiones de los empleadores que están en contradicción con las normas legales y reglamentarias, sino también de aquellas contrarias a las cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de trabajo, de seguridad, de higiene y de salud.

Las solicitudes directas permiten a la Comisión mantener un diálogo continuo con los Gobiernos, a menudo cuando las cuestiones planteadas son principalmente de orden técnico. Además, pueden utilizarse para aclarar determinados puntos cuando la información disponible no permita una plena valoración de la medida en que se da cumplimiento a las obligaciones. Las solicitudes directas también se utilizan para examinar las primeras memorias presentadas por los Gobiernos sobre la aplicación de los convenios. Véase Informe de la CEACR https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_836655.pdf, párrafo 89. El artículo tiene principalmente en consideración los comentarios formulados por la CEACR en sus observaciones.

La Comisión trató también durante estos años la cuestión relativa al sistema de información de la inspección de trabajo (en particular se tomó nota del Proyecto «LINCE» y de la aplicación informática INTEGRÁ).

En general y en conformidad con los comentarios formulados, la Comisión parecía mostrarse conforme con las explicaciones del gobierno y alentaba a seguir mejorando y avanzando para dar plena aplicación al Convenio.

En cuanto a la cuestión relativa a «las facultades de los controladores del trabajo», siguiendo la práctica habitual, la CEACR suspendió su tratamiento debido a la presentación de una reclamación en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución de la OIT contra el Gobierno de España vinculada con este tema (ver infra).

En 2014, la CEACR por primera vez trató en una observación la cuestión vinculada al control de extranjería por parte de los inspectores de trabajo. En esa ocasión «la» Comisión pidió al Gobierno que indicara «la proporción de visitas de inspección consagradas al control de extranjería y de la economía irregular, en relación con el número total de visitas de inspección efectuadas y que se sirva precisar de qué manera la inspección del trabajo garantiza el cumplimiento de las obligaciones de los empleadores (tales como el pago de salarios y otras prestaciones por el trabajo efectivamente realizado) respecto de los trabajadores extranjeros en situación irregular, incluso en los casos en que estos trabajadores son objeto de una medida de deportación o de reconducción a la frontera en virtud de la legislación sobre la inmigración».

En 1992, como se mencionó, la CAN decidió discutir la aplicación del Convenio núm. 81 por parte del Gobierno de España, concluyendo «que el Gobierno había tomado medidas para mejorar la situación de la Inspección de Trabajo con la finalidad de ampliar sus recursos y reforzar sus atribuciones»²⁸. Esto confirmaba que el rumbo del país en la aplicación de este Convenio parecía ser el adecuado.

Referencia especial merece la Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT ante el Consejo de Administración de la OIT en 2011 por la Federación Estatal de Asociaciones de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social (FESESS), alegando el incumplimiento por España del Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81). En 2014 el Comité tripartito del Consejo que se constituyó para examinar la reclamación formuló sus conclusiones e «invitó al Gobierno a que considerara la posibilidad de atribuir a los subinspectores de empleo y seguridad social, en la ley y

²⁸ Véase https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:2554888,102847.

en la práctica, las facultades y prerrogativas previstas en el Convenio, cuando fueran necesarias o útiles para el desempeño de sus funciones que estuvieran de conformidad con el objetivo del Convenio»²⁹.

Esta decisión fue de especial objeto de discusión en la redacción de la ley 23/2015 que atribuyó y ordenó la organización y funciones de los subinspectores y sin duda fuente de inspiración en su presente redacción.

4.2 La evolución de los comentarios a partir de la adopción de la Ley núm. 23/2015, de 21 de julio

En su informe de 2017, con el fin de proporcionar una visión global de las cuestiones relativas a la aplicación de los principales convenios ratificados de gobernanza sobre inspección del trabajo, la Comisión de expertos consideró oportuno examinar los Convenios núms. 81 y 129 en un solo comentario³⁰. Este comentario es de particular importancia porque en el mismo se examinó el seguimiento a las recomendaciones formuladas por el comité tripartito *ad hoc* que había formulado conclusiones sobre la aplicación del C81 (ver *supra*) y se tomó nota de la entrada en vigor de la Ley núm. 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LOITSS) por la que se derogó la Ley núm. 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En este contexto, la CEACR tomó nota con satisfacción de que el artículo 14, apartado 4, de la nueva ley núm. 23/2015 establece que para el desempeño de sus funciones, los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores Laborales (SESS) pueden proceder en la forma establecida en el artículo 13, apartados 1 a 3, lo que les otorga las facultades previstas en el «artículo 12, 1), c), ii)», del Convenio. Refiriéndose a las conclusiones del comité tripartito *ad hoc* que había examinado la reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT mencionada, la Comisión consideró que, como el Gobierno ha decidido ampliar las prerrogativas de los SESS para incluir las previstas en el Convenio núm. 81, en particular aquéllas que les habilitan a obtener copias de documentos (artículo 12, 1), c), ii)) quizá fuera conveniente considerar la posibilidad de examinar también las cuestiones jurídicas relacionadas que se plantean en el marco de la Ley núm. 23/2015, Orde-

²⁹ Véase https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_247266.pdf.

³⁰ véase https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:3297580,102847.

nadora del Sistema de Inspección del Trabajo y Seguridad Social en concordancia con la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (LOPCDH), solicitando al al Gobierno que le informara de los avances realizados al respecto.

Dando seguimiento a la cuestión ya tratada en informes anteriores y a las preocupaciones manifestadas por las organizaciones sindicales UGT y CCOO, la Comisión pidió al Gobierno que informara sobre la política de recursos humanos seguida para definir las necesidades en cuanto al número de inspectores y de subinspectores con vistas a una cobertura adecuada de los lugares del trabajo sujetos a inspección (artículos 10 y 16 del Convenio núm. 81 y artículos 14 y 21 del Convenio núm. 129). Asimismo, solicitó que le proporcionara información sobre la creación de la oficina nacional de lucha contra el fraude (incluyendo el número de inspectores asignados a la misma y sus funciones) y que remitiera los datos sobre el total de las actuaciones de inspección, desglosados por materias competencia de la ITSS.

En 2021, en el marco del examen regular de la aplicación de los Convenios 81 y 129, la CEACR³¹, en una solicitud directa, apreció los esfuerzos desplegados por el Gobierno para proporcionar información sobre las medidas adoptadas en el contexto de la pandemia de COVID-19 y en particular de la adopción del Real Decreto núm. 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma y de otras medidas extraordinarias dirigidas a prevenir la propagación del citado virus y a proteger la salud de los trabajadores y de la población en general. No obstante, la Comisión recibió observaciones de la organización sindical UGT en las que indicaron que el número de funcionarios adscritos al Organismo Estatal de ITSS es insuficiente (tema recurrente). En este sentido, la Comisión tomó nota de las informaciones del Gobierno sobre el aumento de la plantilla de inspectores y le pidió al Gobierno que siga comunicando información sobre la evolución del número de funcionarios que forman parte del Organismo Estatal de ITSS, así como de los medios materiales previstos para su funcionamiento.

La Comisión también pidió al Gobierno en esta solicitud directa que: 1) proporcionara información sobre el funcionamiento, en la práctica, del Consejo General del Organismo Estatal de ITSS, incluyendo algunos ejemplos de la manera en que lleva a cabo la colaboración entre los funcionarios de la inspección del trabajo y los empleadores y los trabajadores o sus organizaciones; y 2) «en relación con el Convenio 129» proporcionara información estadística (nú-

³¹ Vease https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:4049458,102847.

mero de infracciones, sanciones) ilustrando los resultados del control de la aplicación del Plan Director y de las medidas legales mencionadas en lo relativo a la jornada laboral en el sector agrícola y a las condiciones de trabajo en las cooperativas del sector agrícola.

5. CONCLUSIONES

De lo expuesto no cabe duda que España se esmeró y lo sigue haciendo, en respetar sus obligaciones constitucionales para con la OIT de forma general y en particular en el tema que nos ocupa. En primer lugar, España ha venido cumpliendo y cumple de manera regular en someter los instrumentos normativos que se adoptan por la Conferencia Internacional del Trabajo (Convenios, protocolos y/o Recomendaciones) a la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto (por lo general el Poder Legislativo de los países), a efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas (véase artículo 19, incisos 5 y 6 de la Constitución de la OIT). Para el caso de los Convenios o protocolos ratificados (se indicó ya que España ha ratificado un importante número de ellos³²; probablemente uno de los países con la tasa más elevada de ratificaciones), los sucesivos gobiernos a cargo del ejecutivo español envían las memorias solicitadas en las que se informa sobre la aplicación en la legislación y en la práctica de las normas ratificadas (obligación derivada del artículo 22 de la Constitución de la OIT³³). Además cuando en el marco del control regular se ha invitado al Gobierno de España a que comunique informaciones completas sobre la aplicación de un Convenio determinado a la Conferencia Internacional del Trabajo, los representantes del Gobierno han acudido a la cita y han participado activamente de los debates. Más aún, el Gobierno español también ha enviado sus observaciones cuando fue invitado a hacerlo en el contexto de una reclamación presentada ante el Consejo de Administración en la que se alegaba el incumplimiento del Convenio núm. 81.

Además, un aspecto fundamental que hace a la esencia de la OIT es el tripartismo y en ese sentido, el Gobierno de España no deja de comunicar a las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores una copia de las memorias que se envían en relación con los instrumentos ratifica-

³² Para ver la lista de instrumentos normativos ratificados, véase https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102847.

³³ Para conocer el calendario de memorias que el Gobierno de España debe enviar en los próximos seis años, véase https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:14000:0::NO:14000:P14000_COUNTRY_ID:102847.

dos, tal como dispone el artículo 23, inciso 2 de la Constitución de la OIT. Aprovechando la oportunidad otorgada y valorando la instancia de control de la OIT, las organizaciones representativas de trabajadores de España no han dejado de mantener informada a la CEACR sobre sus puntos de vista en materia de cumplimiento de los Convenios en materia de inspección de trabajo (véase página 12 en lo relativo a la presentación de observaciones por parte de UGT y CCOO casi desde la entrada en vigor del C81). Puede afirmarse así, que los constituyentes españoles han sabido respetar las reglas de juego del sistema de control y han aprovechado el acompañamiento técnico de las diferentes recomendaciones que se han formulado por parte de los órganos de control.

En cuanto a la inspección, la influencia va más allá que en el mero seguimiento de las obligaciones o el control. La «doctrina « OIT empapa de forma evidente la legislación y la práctica española, basándose más que en un afán de bien cumplir, en una creencia que los principios adoptados por la OIT representan la esencia del derecho internacional.

Es importante poder seguir trabajando e intercambiando experiencias. España es un buen modelo de inspección generalista que sirve de referencia en las actividades de la OIT para expandir el conocimiento de los Convenios de gobernanza y con frecuencia se ha contado con expertos españoles para trabajar conjuntamente en mejorar inspecciones nacionales, en la función de asistencia técnica que la OIT tiene encomendada.

Por último, cabe recordar que el cumplimiento de los Convenios implica el avance en la justicia social y en el trabajo decente, por tanto seguir progresando para mejorar el cumplimiento es una labor que tiene la mejor de las recompensas.

BIBLIOGRAFÍA

- ASSOCIATION INTERNATIONALE POUR LA PROTECTION LÉGALE DES TRAVAILLEURS, *L'inspection du travail en Europe* (París, 1910).
- CEINOS SUÁREZ, A. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., (capítulo II: Norma internacional, en GARCÍA MURCIA, J. (coord.), *El sistema de fuentes en la relación laboral*, Universidad de Oviedo (Oviedo, 2007).
- CUESTA BUSTILLO, J., *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones Española OIT 1936-1939*, Vol. I. CES. Colección estudios núm 13, Madrid 1994.
- GARCIA MURCIA, J., «La Inspección de Trabajo en España: unos cuantos trazos sobre su evolución histórica», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Derecho del Trabajo*, núm 218, Madrid,

- «Origen y trayectoria histórica de la inspección en España», en *La Inspección de Trabajo. Regulación española y perspectiva internacional*. Thomson Reuter Aranzadi. Estudios. Madrid 2016.
- MINISTERIO DE TRABAJO, COMERCIO E INDUSTRIA, *Información acerca del organismo permanente para la legislación internacional del trabajo*, Madrid, Minuesa, 1925, p. 341.
- OIT. 1930. Proyectos de convenio y recomendación adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo en el transcurso de las catorce reuniones celebradas de 1919 a 1930, Ginebra, página 23.
- Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CIT, 50.ª reunión (Ginebra, 1966), Informe II (parte IV), cuarta parte: La inspección del trabajo en la industria, el comercio, las empresas mineras y los transportes, párrafo 235. (Denominado más abajo «Estudio general de 1966 sobre la inspección del trabajo».)
- *La Inspección del Trabajo: misión, métodos*. Ginebra, OIT, 1973.

TRABAJADORES MIGRANTES

BEATRIZ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Migración y trabajo transfronterizo.*—3. *Migración y desplazamiento temporal de trabajadores en el desarrollo de su prestación laboral.*—4. *Migración y asilo.*—5. *La labor reguladora de la Organización Internacional del Trabajo en materia de migración.*—6. *El diálogo entre la ordenación de la migración por la Organización Internacional del Trabajo y por la Unión Europea.*—7. *La proyección de la regulación supranacional en la normativa española en materia de inmigración, con especial atención a la labor reguladora de la Organización Internacional del Trabajo.*—8. *Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN

No existe un concepto jurídico común institucionalizado sobre qué es la migración. Tenemos que definirlo de manera negativa, por contraposición, y por abstracción. Solo podemos partir de la idea de que en la noción de migración tiene cabida todo fenómeno de traspaso de fronteras de un sujeto para desenvolverse en otro país o, incluso, los cambios de residencia dentro del propio país, de carácter temporal o con vocación de ser definitivos. Dentro de la noción de trabajadores migrantes hay diferentes manifestaciones que, al haber recibido un tratamiento jurídico específico, podríamos decir que se han emancipado de este concepto genérico. Este es el caso de la regulación del trabajo transfronterizo o el estatuto del refugiado.

Entre los instrumentos jurídicos de la OIT, sí podemos localizar en cambio un concepto de trabajador migrante en el artículo 11 del Convenio núm. 143

sobre trabajadores migrantes. En este artículo se determina, en lo que se refiere a la aplicación de este Convenio, que ha de entenderse como trabajador migrante «toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia». Dentro de esta noción tan amplia, dicho precepto determina unas condiciones específicas, a las que no niega ser migrantes, pero sí especifica que no les va a dar la protección que establece para los mismos en el Convenio. En concreto estas condiciones son las siguientes: a) los trabajadores fronterizos; b) los artistas y las personas que ejerzan una profesión liberal y que entren en el país por un período de corta duración; c) la gente de mar; d) las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación; e) las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones. En este trabajo vamos a analizar, dentro de estos supuestos, los que corresponden a relaciones laborales comunes por cuenta ajena (sin entrar en relaciones especiales como la de artistas o los trabajadores del mar¹).

El fenómeno de la migración² puede tener distintos orígenes o fines, según el prisma hermenéutico que se adopte. Unas veces es una motivación económica, otras de seguridad, por estudios, por razones políticas... incluso las causas relacionadas con el medio ambiente. Según la Organización Internacional para las migraciones (OIM), perteneciente al marco de la Organización Internacional de Naciones Unidas, una valoración cuantitativa del fenómeno de la migración, en sus diversas variantes, arroja los siguientes números dignos de atención: «una de cada 30 personas es migrante»; y con carácter internacional las estimaciones hablan de que en 2020 había aproximadamente 281 millones, lo que supone un 3.6 % de la población mundial. Lo que destaca también es la fuerte subida de estos números en las últimas décadas³.

En todo caso debemos que tener en cuenta que, sin perjuicio de que con frecuencia subyazca tras la decisión de migrar una necesidad de buscar un mejor porvenir en otro país —y en ese sentido podríamos considerar que la deci-

¹ En todo caso, la Recomendación de la OIT sobre los trabajadores migrantes (revisado). 1949, núm. 86, rechaza ser aplicada a los siguientes supuestos: a) a los trabajadores fronterizos; b) «a la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal»; c) a los trabajadores del mar.

² Vid. al respecto, entre otros, FOTINOPOYLOU BASURKO: «La OIT ante los trabajadores desplazados: ¿100 años de trabajadores migrantes?» *En OIT 100 años: una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XXI* / coord. por Thereza C. NAHAS y Fernando FITA ORTEGA, 2018.

³ Vid. el siguiente enlace: Migración | Naciones Unidas.

sión no es libre— la migración tiende a ser interpretada como un derecho⁴. Vamos avanzando a su concepción como un derecho humano en la medida en que es materialización del derecho al libre tránsito. En este sentido la Declaración Universal de los Derechos Humanos, principalmente en su artículo 13, reconoce que «toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado» y que «toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país». Hablar de derecho, en rigor, tiene implicaciones muy importantes, porque inevitablemente exige que su ejercicio satisfaga un interés de su titular. Hablar de un derecho a elegir la residencia, significa en último término el derecho a elegir una residencia con condiciones favorables y por lo tanto que pueda ser atractiva o satisfactoria.

La importancia de este fenómeno y el progreso de la protección de los derechos humanos, todo ello en un contexto de globalización creciente⁵, ha hecho de que entre los objetivos de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible⁶, el fenómeno de la migración tenga un lugar importante. También tiene protagonismo dentro de la noción de «trabajo decente»⁷, que ha consagrado la OIT, y cuyos pilares han pasado a ser contenido de los objetivos de la Agenda 2030. Entre estos 17 objetivos, que la Organización Nacional de Naciones Unidas define como unos objetivos de desarrollo y un «plan maestro para conseguir un futuro sostenible para todos», se reconocen e integran, como retos, la lucha contra la «pobreza, desigualdad, el clima, la degradación ambiental, la prosperidad, la paz y la justicia». Para abordar el fenómeno de la migración y ubicarlo en este marco debe adoptarse un enfoque transversal. La migración está conectada con multitud y muy diversos aspectos relacionados con estos objetivos. No obstante podemos destacar que, dentro de los objetivos de la Agenda 2030, hay dos conexiones más destacables:

a) El objetivo 10, enunciado «Reducción de desigualdades»: en concreto, en su manifestación enumerada como apartado 10.7, se afirma que se ha de facilitar «la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas».

⁴ Vid. al respecto, SONG, S.: «Is there a right to free movement across borders?», en *Is There a Right to Free Movement across Borders? Immigration and Democracy*. Oxford Academic (oup.com); LESSER, A. H.: «The right to the free movement of labour», *The International Migration of Health Workers*, 2010.

⁵ BAYLOS GRAU, A., «Globalización y Derechos del trabajo: Realidad y proyecto», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 15 (1999), pp. 20 ss..

⁶ Objetivos y metas de desarrollo sostenible. Desarrollo Sostenible (un.org).

⁷ Vid. al respecto USHAKOVA, T., «El trabajo decente en el contexto de la migración internacional», *Relaciones Laborales* (número monográfico), núm. 15-18 (2012), pp. 235-258.

b) En todo caso, también en el objetivo 17 podemos encontrar un marco de desarrollo de una migración ordenada y, por ende, respetuosa con los derechos humanos y derechos fundamentales. Se destaca la importancia del aspecto institucional, planteándose que los mecanismos de cooperación y asociación internacionales son un importante impulso, no ya para garantizar una «migración sostenible», sino para acabar con los problemas que motivan la misma.

En este trabajo es de esto de lo que nos vamos a ocupar⁸. Vamos a analizar cuál es el estado de la cuestión en diversos marcos institucionales y jurídicos y principalmente el papel de la Organización Internacional del Trabajo, la que, a su vez, como agencia especializada de las Naciones Unidas, es una de las instituciones que contribuyen a la implementación y consecución de los logros de la Agenda 2030. Analizaremos esta ordenación, principalmente en lo relativo a la protección sustantiva, y su proyección en el tratamiento jurídico del trabajador migrante en nuestro ordenamiento jurídico. Vamos a estudiar la ordenación de la Organización Internacional del Trabajo sobre la migración, su relación con otros instrumentos normativos internacionales y, especialmente, su ascendente sobre la normativa española. En todo caso debemos destacar cómo la OIT en diversos pronunciamientos subraya que esta materia no está llamada a tener una «ordenación centralizada y uniformada», sino que debe afrontarse más allá de la actividad reguladora de la institución y ser objeto prioritario de lo que denomina «diálogo social transfronterizo»⁹, dando espe-

⁸ Vid. al respecto, entre otros, GIL Y GIL, J. L.: «Los trabajadores migrantes y la OIT», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2009; GIL Y GIL, J. L.: «Los trabajadores migrantes y la OIT», en *Inmigración y movilidad de los trabajadores*. Coord. por Ricardo ESCUDERO RODRÍGUEZ Y Fernando VALDÉS DAL-RÉ (pr.), 2010; LANTARÓN BARQUÍN, D., «Migraciones laborales y Organización Internacional del Trabajo: revisando los pilares de una construcción normativa universal», *Temas laborales*, núm. 152 (2020); GERLANDO VON POTOBsky: «Los trabajadores migrantes y las normas de la OIT», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 19, 1984; RAMOS QUINTANA, M. I. (Coord.), *Migraciones laborales, Acción de la OIT y política europea*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2010; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La OIT y los trabajadores migrantes», en JAVILLIER, J.-C. y GERNIGON, B. (Dir.), POLITAKIS, G. P. (Coord.), «Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir». *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Bureau international du Travail, Genève, 2004; SMITH R.: «La Organización Internacional del Trabajo y los trabajadores migrantes», *Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes* (2005: México) / coord. por Juan Carlos Gutiérrez Contreras, 2005; USHAKOVA, T., «El trabajo decente en el contexto de la migración internacional», *Relaciones Laborales* (número monográfico), núm. 15-18, 2012.

⁹ El «diálogo social regional, subregional e interregional son formas importantes de diálogo social transfronterizo. En la Unión Europea (UE), el diálogo social transfronterizo ha tenido una larga historia. Se han emprendido asimismo iniciativas en otras agrupaciones regionales, tales como la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO), la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo (SADC), la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN), la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Comunidad del Caribe (CARICOM) y la subregión del Gran Mekong» MECBSD Conclusiones Finales_ES (ilo.org).

cial importancia al que tiene lugar entre «los actores en las cadenas de suministro». Destaca cómo «contribuye a la aplicación efectiva de muchos instrumentos internacionales, tales como la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, de la OIT (la Declaración EMN), los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales»¹⁰.

Por último debemos destacar cómo la OIT ha manifestado explícitamente la necesidad de abordar el fenómeno de la inmigración irregular¹¹ con mayor rigor, puesto que va en aumento y de manera muy notoria. «Afrontarla se ha convertido en una cuestión urgente, como se refleja en el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (2018), a través del cual la comunidad internacional se comprometió a minimizar los impulsores adversos y los factores estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen, y a abordar y reducir las situaciones de vulnerabilidad en el marco de la migración». «Ofrecer una imagen estadística de la migración irregular no es tarea fácil, pero una estimación prudente indica que unos 58 millones de personas migrantes se encuentran en situación irregular (OIM, 2018)»¹². Además destaca la OIT los beneficios directos e indirectos de las medidas que se adopten en esta línea, afirmando que así «los gobiernos no solo mitigan la pobreza, la desigualdad, la vulnerabilidad y la inseguridad de los ingresos a lo largo del ciclo de vida de una persona; también promueven el crecimiento inclusivo, el desarrollo sostenible, la integración en la comunidad, la justicia social, la cotización a los ingresos fiscales, la mejora de la salud pública, la reducción de la dependencia y la cohesión social, entre otras ventajas»¹³.

2. MIGRACIÓN Y TRABAJO TRANSFRONTERIZO

Los trabajadores transfronterizos son aquellos que desarrollan su actividad laboral en un país distinto a aquel en el que residen, de manera que, como regla general, mantienen su residencia en el país «de origen», retornando al mismo diariamente o con relativa frecuencia tras prestar su servicios¹⁴. Esto

¹⁰ MECBSD Conclusiones Finales_ES (ilo.org).

¹¹ Proteger los derechos de las personas trabajadoras migrantes en situación irregular y afrontar la migración laboral irregular: Compendio de la OIT (ilo.org).

¹² wcms_860978.pdf (ilo.org).

¹³ DomesticWorkerModelILO.

¹⁴ En la legislación española se recoge el parámetro diario (vuelta diaria al lugar de residencia) como elemento definidor del concepto de trabajador transfronterizo. Así se establece en el artículo 43 de la Ley

exige su residencia en zona próxima a las fronteras. Este último hecho creemos que tiene consecuencias, porque aunque normalmente la atención se centre en el aspecto de que no se ejerce la actividad lucrativa en el lugar dónde se reside, realmente la circunstancia de esa proximidad de la residencia al país donde se trabaja, también es relevante. Se ha de tener en cuenta que en la faceta personal del trabajador migrante está condicionada por esa proximidad. Es más que probable cierta comunicación en lo que se refiere a otras dimensiones vitales importantes como puede ser el consumo, el intercambio cultural... y esto ha de influir en su estatus.

Esta circulación diaria o frecuente presupone con carácter general una libertad de movimientos y la motivación principal del trabajador para ello es la razón económica, directa o indirecta (como posicionamiento profesional, adquisición de competencias, etcétera). Esto es relevante, como analizaremos posteriormente, porque las premisas de las que parte el sistema jurídico de protección para otorgar las necesarias autorizaciones para integrarse en el mercado de trabajo, no encuentran las facilidades que veremos tienen los trabajadores migrantes por motivos humanitarios. En todo caso, se debe tener en cuenta que, el trabajador transfronterizo se integra en el mercado de trabajo del país de destino y no deviene ciudadano del mismo a todos los efectos. Esto tiene por consecuencia que las condiciones para llegar a obtener la autorización para trabajar sean más flexibles, en diversos aspectos, que las del resto de trabajadores migrantes con fines económicos. No obstante, debe obtener dicha autorización cumpliendo unos requisitos preestablecidos y el procedimiento para obtenerla es similar al necesario para obtener el resto de autorizaciones para trabajar de los extranjeros.

Si se tiene en cuenta que en estos casos no hay estrictamente un cambio de residencia, aunque sí una opción vital de renunciar a desarrollar, en el lugar habitual de residencia, una parte tan primordial de la vida de una persona (desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo), como es la profesional, podríamos descartar que se consideren trabajadores migrantes. En todo caso están protegidos por el principio de igualdad, que es el eje esencial común del sistema protector de los trabajadores migrantes. En la medida en que a los trabajadores transfronterizos se les aplica, en lo que afecta a la relación laboral, el

Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y en el Reglamento que la desarrolla. En este sentido se considera trabajador transfronterizo los «trabajadores extranjeros que, residiendo en la zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente deberán obtener la correspondiente autorización administrativa, con los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen general». En el mismo sentido los artículos 182 ss. del Real Decreto 557/2001, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

derecho del país en el que realiza la prestación laboral, sus derechos y condiciones laborales han de ser las mismas que el resto de trabajadores de ese país.

3. MIGRACIÓN Y DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE TRABAJADORES EN EL DESARROLLO DE SU PRESTACIÓN LABORAL

En una economía globalizada, cada vez es más frecuente que un empresario tome la decisión de trasladar a sus trabajadores para prestar servicios en otro país. En este sentido la decisión del cambio geográfico es del empresario y el interés del cambio es principalmente también el suyo. En unas ocasiones el empresario buscará cumplir un compromiso negocial con unos clientes o destinatarios de sus servicios o productos en el país al que «desplaza» al trabajador. En otras ocasiones se buscará poner en marcha, impulsar o desarrollar una iniciativa económica o potenciar la actividad de un establecimiento empresarial en el país de destino. En todo caso, la motivación del cambio de residencia, que no parte del trabajador, sino de su empresario, es económica y precisamente por estos factores y porque no hay una vocación de integración en el mercado de trabajo del país de destino, no se puede hablar de que sean en sentido estricto trabajadores migrantes¹⁵.

Siempre que un trabajador cambia de país, el principio de igualdad emerge como eje vertebrador de su estatuto jurídico¹⁶. No obstante, en el caso de desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, la cuestión se hace algo más compleja, porque no hay una integración en sentido estricto del trabajador en el mercado de trabajo del país de destino. Surge así el interrogante trascendental de cuál ha de ser el régimen jurídico de las condiciones laborales del trabajador durante el mismo. Se produce un dilema entre la aplicación del derecho del país de origen, manteniéndose por tanto el nivel de protección social que el trabajador venía disfrutando antes de ser desplazado, y la aplicación del derecho del país de destino, igualándose dicho nivel de protección al del resto de trabajadores de este Estado en el cual el trabajador desplazado va a realizar su prestación. Cuando el despla-

¹⁵ En este sentido CARRASCOSA BERMEJO, M. D.: «Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019 (ejemplar dedicado a Derecho social internacional y comunitario), p. 38.

¹⁶ Vid. al respecto LÓPEZ AHUMADA, J. E.: «Igualdad y no discriminación de los trabajadores migrantes», en *Migraciones y su transversalidad: análisis interdisciplinar*. Coord. por Martha Elisa MONSALVE CUÉLLAR, 2018.

zamiento de trabajadores se produce además en el marco de la Unión Europea surgen exigencias adicionales, cuando afecta a ciudadanos europeos titulares de las libertades básicas de la libre prestación de servicios, libertad de establecimiento y la libre circulación de trabajadores. La cuestión de determinar cuál sea el derecho aplicable al trabajador durante el desplazamiento es una cuestión que interesa, no ya sólo desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, sino también, y de manera rotunda, desde el punto de vista del Derecho Comunitario. La opción de política jurídica que se adopte está ligada de manera íntima al desarrollo de las libertades básicas del Tratado de la Unión Europea y a los pilares básicos sobre los que se construye el sistema comunitario (artículo 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE); artículo 4, apartado 2, letra a), y artículos 20, 26 y 45 a 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)). A la hora de determinar el estatuto jurídico de un trabajador migrante, si ha de hacerse una elección o combinación de aplicaciones entre el derecho del país de origen o el del país de destino –dados los diferentes niveles de protección social que existen entre los distintos países–, el «coste laboral» empresarial y el grado de protección laboral del trabajador desplazado es muy distinto. Cuando se produce en el ámbito de la Unión Europea, donde a pesar de ser un espacio único sigue existiendo notables diferencias en los estándares sociales entre los diferentes países que lo integran, se está condicionando de manera muy importante diversos pilares esenciales de la construcción europea: por un lado, el factor clave de la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento del empresario, por los distintos costes empresariales; por otro lado, la libertad de circulación del trabajador, ligada al nivel de protección social del que pueda disfrutar el trabajador y, en general, el desarrollo de la política social comunitaria,

Existen diferentes instrumentos normativos internacionales, comunitarios y nacionales que regulan el régimen jurídico del desplazamiento del trabajador en el marco de una prestación de servicios: Reglamento (CE) Núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), la Directiva revisada sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios (Directiva 2028/957 que modifica la Directivas 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios) y la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, que transpone en nuestro ordenamiento jurídico la mencionada Directiva. En este contexto no existe aportación especial en los instrumentos jurídicos de la OIT. De la interpretación conjunta de estas normas mencionadas se deduce unas reglas básicas que informan el sistema común de de determinación de la ley aplicable: a) el principio de los víncu-

los más estrechos; b) el principio de igualdad con los trabajadores del país del destino; c) el respeto de la autonomía conflictual de las partes; d) el respeto del orden público del país de destino. Pero como decíamos, cuando el desplazamiento se produce por ciudadanos europeos, a la hora de interpretarlas es esencial tener en cuenta su relación con las libertades básicas comunitarias y, en este aspecto, se ha de tener en cuenta la evolución jurisprudencial de estas libertades, desde una prohibición de discriminación a una prohibición de restricción. Más allá de la letra de estas normas supranacionales, en las que se apela a un principio de igualdad y una prohibición de discriminación, se persigue, no ya un trato igualitario, sino impedir cualquier obstaculización de la iniciativa de desarrollar la actividad profesional en otro país europeo. El Tribunal de Luxemburgo exige que toda conducta de los poderes públicos o entre particulares que suponga un obstáculo para la toma de decisión o desarrollo del trabajo en el país de destino es irregular, porque vulnera estas libertades básicas y, no solo las del trabajador, sino también del empresario. Pero la cuestión es muy compleja y presenta dilemas delicados ya que, si se analiza con detenimiento todos los aspectos en juego, se comprueba que el respeto de las distintas libertades básicas, en esa interpretación jurisprudencial que las potencia, exigiría una solución de derecho aplicable mucho más compleja que la que se puede deducir en una aplicación automática de las reglas en juego: mientras que la libre prestación de servicios exige la aplicación del derecho del país de origen, la libertad de establecimiento y la libre circulación de trabajadores exigen la aplicación del derecho del país de destino¹⁷. Ello exige buscar equilibrios y contrapesos a la hora de ordenar esta materia y de aplicar la norma.

4. MIGRACIÓN Y ASILO

Como decíamos, se puede distinguir tipos de trabajadores migrantes en función de los diferentes móviles que animan su decisión migratoria. Hemos analizado anteriormente dos fenómenos conectados con la migración por razones económicas, que da lugar a los que son llamados vulgarmente «inmigrantes económicos». Ahora vamos a estudiar otro tipo de migración, bajo la que subyace motivaciones de carácter extrapatrimonial. En este ámbito encontramos migrantes designados como solicitantes de asilo, refugiados y desplazados.

¹⁷ Sobre esta tensión entre objetivos de protección en conflicto y la evolución de las libertades básicas desde una prohibición de discriminación a una prohibición de obstaculización GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2000, se explica esta conclusión fundamentándola en un estudio extenso de las libertades básicas comunitarias.

Estas dos lógicas patrimonial y extrapatrimonial, dan lugar a dos colectivos de migrantes que son destinatarios de opciones de política jurídica diferentes. Podemos distinguir por tanto dos ramas diferenciadas del «Derecho de los extranjeros»: política de inmigración en sentido estricto y política de asilo. La primera de estas políticas gira sobre planteamientos que buscan equilibrios de carácter económico y social. La segunda se apoya sobre bases humanitarias y de respeto de los derechos esenciales reconocidos por la comunidad internacional¹⁸.

El ámbito subjetivo de la política de asilo se delimita en torno a personas que, como consecuencia de una persecución en su país de origen por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas se ven obligadas a huir de su país de origen. Esta realidad se concreta en los siguientes colectivos:

- a) Sujetos a los que les ha sido reconocido el derecho de asilo
- b) Sujetos que se encuentran pendientes de que su expediente sobre la concesión del derecho de asilo se resuelva.
- c) Sujetos que tienen la condición de desplazados por conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, que se han visto obligados a abandonar su país de origen.
- d) Demás sujetos que por razones humanitarias hayan obtenido permiso de residencia especial en nuestro país. Estos son sujetos que no disfrutaban de la condición de desplazados, pero en los que concurren razones humanitarias, en particular haber sido víctimas de conductas tipificadas como delitos, racistas o xenófobas, de interés nacional o de seguridad nacional, entre otras.

Esta distinción de lógicas jurídicas, la económica y la humanitaria, va a ser la clave que explique ciertas diferencias en el régimen jurídico de los refugiados, solicitantes de asilo, desplazados y sujetos con permiso especial de residencia y el resto de trabajadores no comunitarios en nuestro país. Estas diferencias otorgan en ocasiones cierto trato más favorable a los segundos, lo que justifica la afirmación de que disfrutaban de un régimen privilegiado, de lo que es un ejemplo claro la regulación de las condiciones de acceso al territorio español con el apoyo del derecho de no devolución. Esta es una de las razones

¹⁸ Como dice GROSS, T: «Europäische Grundrechte als Vorgaben für das Einwanderungs- und Asylrecht», *Kristische Justiz*, vol. 34, núm. 1, 2001, pp. 100 ss., en las nociones de migración y asilo laten muy diferentes concepciones, entre las que se encuentra la diferenciación entre las motivaciones económicas y humanitarias de la política de inmigración y de asilo respectivamente. En la órbita del concepto de migración se acepta la lógica de que el país receptor, en virtud de valoraciones políticas, decide quienes y cuántas personas son necesarias para satisfacer necesidades económicas suyas. El asilo por el contrario se considera un derecho subjetivo y se debería reconocer sin condicionamientos políticos.

de que se haya tratado de evitar los intentos fraudulentos de acogerse a este régimen integrado en el Derecho Humanitario por parte de inmigrantes llegados a nuestro país con motivaciones realmente económicas. Este problema ha dado lugar a la figura jurídica del abuso del derecho de asilo.

Este régimen especial, y que podríamos calificar –al menos teóricamente– como privilegiado, se traduce especialmente en el ámbito de las relaciones laborales en las disposiciones relativas a la concesión de la autorización administrativa para trabajar. A partir de ahí, la protección jurídica para los migrantes por razones humanitarias, vuelve a girar sobre el principio de igualdad y esto es declarado expresamente por la propia OIT, respecto de sus disposiciones al respecto. La OIT aporta en esta materia una serie de principios, de carácter no vinculante, pero que sí pretende unificar las prescripciones de los convenios regionales, interestatales y políticas nacionales al respecto («Principios rectores: Acceso de refugiados y otras personas desplazadas por la fuerza al mercado de trabajo»¹⁹). Sobre los mismo afirma que fomentan la «promoción de la igualdad de oportunidades y de trato para todos, en especial en lo atinente a las condiciones de trabajo, los salarios y el derecho a las prestaciones de la seguridad social, entre otros aspectos; y también la facilitación de la portabilidad de los derechos relacionados con el trabajo»²⁰.

Requisito general para que los extranjeros puedan trabajar de manera legal en España es que hayan sido autorizados para ello por la Administración. Por lo tanto, también los extranjeros que se encuentran en nuestro país por razones humanitarias, se ven sometidos a esta exigencia. No obstante en relación a estos sujetos se encuentran dos especialidades: a) el principio de reciprocidad se relativiza notablemente; b) no se condiciona su concesión con carácter general a la situación nacional del empleo.

a) En la Ley 4/2000 se contempla que la concesión inicial de la autorización para trabajar puedan aplicarse criterios especiales para determinadas nacionalidades en función del principio de reciprocidad». Esta previsión ha de relajarse notablemente para los refugiados y el resto de extranjeros movidos por razones humanitarias, en virtud de lo establecido en el artículo 7 de la Convención de Ginebra, titulada «Exención de reciprocidad». En el apartado 4 de este artículo se establece que los «Estados Contratantes examinarán con buena disposición la posibilidad de [...] hacer extensiva la exención de reciprocidad a los refugiados que no reúnan las condiciones previstas en los párrafos 2 y 3», esto es respectivamente, haber cumplido un plazo de residencia de

¹⁹ wcms_747596.pdf (ilo.org).

²⁰ DomesticWorkerModelILO.

tres años –plazo a partir del cual automáticamente se les aplicará la exención de reciprocidad legislativa– o el mantenimiento de los derechos que ya les correspondieran en la fecha de entrada en vigor de la Convención para el Estado contratante de destino. Por lo tanto, el régimen jurídico de acceso al mercado de trabajo y de ejercicio de la actividad laboral de los refugiados en España no ha de estar condicionado en principio por el trato que reciban los nacionales españoles en el país de procedencia del refugiado.

b) Por regla general la concesión inicial de la autorización para trabajar de los extranjeros se condiciona a la situación nacional del empleo. Este criterio influye a la hora de establecer los contingentes de trabajadores extranjeros y, en todo caso, a la hora de concederse el permiso inicial de trabajo. Esta consideración de la situación nacional de empleo se traduce en la toma en consideración a la hora de conceder el permiso de la insuficiencia de trabajadores para cubrir las necesidades de trabajo en todo el territorio nacional, tanto españoles como comunitarios o extranjeros autorizados para trabajar, y que estén capacitados para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo solicitado por los empleadores. De esta manera se está dando preferencia a los españoles y a los sujetos que proceden de un Estado de la Unión Europea a la hora de encontrar un puesto de trabajo, e incluso, a diferencia de lo que ocurría con la normativa anterior, a los extranjeros que ya han obtenido la autorización para trabajar.

Unas de las especialidades del régimen de concesión de autorización para trabajar de los refugiados es precisamente la de no someterse la concesión de su permiso de trabajo a la situación nacional del empleo. Por lo tanto, si no se ven relegados en favor de los nacionales, de los trabajadores comunitarios y de los extranjeros que ya tienen una autorización para trabajar, en este sentido se puede justificar la afirmación de que son «extranjeros privilegiados».

El caso es que estas facilidades para acceder al mercado de trabajo son contenido esencial del derecho de asilo y, dentro de mismo, la clave son las facilidades para obtener la autorización para trabajar, a no ser que concurren «circunstancias excepcionales de índole política, económica y social» que justifiquen la denegación de la misma (según el art. 16 de la Ley reguladora del derecho de asilo).

En definitiva, si la mera concesión del derecho de asilo implica automáticamente la autorización inicial para trabajar, se deduce que los criterios de los que depende esta concesión no son los generales de la situación del empleo nacional que afectan al resto de extranjeros, sino, en todo caso, los motivos que justifican la concesión del asilo, es decir, razones humanitarias. En conclusión, el permiso de trabajo de los refugiados se concede por razones humani-

tarias, en coherencia con la necesidad de lograr la integración social de estos sujetos en el país de acogida, fundamento esencial del derecho de asilo. Una vez más comprobamos la importancia de la actividad laboral como factor de integración social y de desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, este régimen más beneficioso en relación a la autorización para trabajar puede entenderse que se extiende o que se debería extender también a los meros solicitantes de asilo, cuya solicitud haya sido admitida a trámite. Así parecía deducirse del régimen jurídico anterior al establecido en la Disposición adicional vigésimo primera (Autorización de trabajo de los extranjeros solicitantes de protección internacional) del Reglamento de Extranjería (RD 557/2011), que establece que los extranjeros autorizados a permanecer en España mediante documento de solicitante de asilo podrán ser autorizados sin tener en cuenta la situación nacional del empleo «cuando hubieran transcurrido seis meses sin haberse resuelto su solicitud por circunstancias no imputables a los mismos». Este retraso de seis meses en la concesión provoca una distorsión injustificable en el sistema de protección del derecho de asilo. Si la admisión a trámite de la solicitud de asilo concede la autorización de permanencia en el territorio español durante la tramitación del expediente no parece razonable que durante, al menos seis meses de estancia en España, no pueda acceder a un trabajo en condiciones de legalidad. No se puede olvidar que la misma admisión a trámite de la solicitud de asilo se ve acompañada de una serie de garantías que han de impedir los abusos a este respecto.

Se debe analizar por último la situación de los desplazados, quienes también se han llamado refugiados *de facto*, y demás sujetos que por razones humanitarias han obtenido un permiso de residencia especial en nuestro país. A este respecto se debe tener en cuenta el artículo 129 del Reglamento de Extranjería Ley 4/2000 establece que, cuando hayan obtenido un permiso de residencia, podrán ser autorizados para trabajar. Esta autorización se regula, junto con la de los sujetos con permiso de residencia especial por circunstancias excepcionales y paradójicamente no se establece período de estancia previa similar al de los solicitantes de asilo para su concesión.

5. LA LABOR REGULADORA DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN MATERIA DE MIGRACIÓN

La protección de los trabajadores migrantes gira en torno al Convenio núm. 97 sobre los trabajadores migrantes de 1949 y el posterior sobre la misma materia núm. 143. La propia OIT reconoce en diversos pronunciamientos

que el problema de la migración merece atención de forma cada vez más acuciante, debido a su crecimiento en una sociedad globalizada en el que los lazos económicos supranacionales cada vez son más estrechos.

Ya la protección de la migración es un objetivo fijado en la misma Constitución de la OIT y, posteriormente, en la Declaración de Filadelfia, que la complementa, se vuelve a insistir en ello. Es también un reto destacado, entre otros instrumentos jurídicos, en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 18 de junio de 1998. En su Preámbulo se establece que la OIT tiene el deber de «prestar especial atención a los problemas de personas con necesidades sociales especiales, en particular los desempleados y los trabajadores migrantes, movilizar y alentar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales encaminados a la solución de sus problemas, y promover políticas eficaces destinadas a la creación de empleo» (párr. 4)²¹.

Tenemos por tanto un doble nivel de protección que se le otorga a la migración, esto es, por un lado, los instrumentos normativos específicos sobre migración y, por otro, los instrumentos jurídicos genéricos sobre cuestiones laborales, en cuyas directrices encontramos algunas sobre migración. A este respecto podemos destacar cómo la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 18 de junio de 1998 «resalta el papel esencial de estos principios y derechos para la consecución de otros derechos en el trabajo y para los objetivos constitucionales de la OIT. Así, se los denomina como «habilitadores» o «facilitadores» (enabling rights). En la misma línea, se establece una distinción conceptual entre los derechos que dependen del desarrollo económico y los derechos que hacen posible el progreso social²². También cabe destacar en este sentido la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, actualizada en 2022 para incluir el objetivo de un entorno seguro y saludable, y la Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo, de 2019.

El hecho de que en esta materia hayan proliferado los instrumentos de «soft law» no es una excepción, sino que es una tendencia creciente por factores diversos. Pero también es cierto que en el ámbito de los Convenios sobre los trabajadores migrantes es especialmente notable. Ejemplo de esta línea de

²¹ Vid. al respecto Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (DECLARATION) (ilo.org).

²² USHAKOVA TATSIANA: «La contratación equitativa como un nuevo enfoque de la OIT para la migración laboral», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58 (2021), quien continúa afirmando, con razón, que sin «embargo, parece que tan solo la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva poseen un carácter «habilitador», mientras que otros tres principios y derechos condenan las prácticas social y moralmente inadmisibles, como el trabajo infantil, el trabajo forzoso o la discriminación en el trabajo».

soft law es la iniciativa sobre la contratación equitativa, cuyo precedente es el Marco multilateral para las migraciones laborales. Contiene principios, líneas de protección y objetivos de naturaleza no vinculante. «Esta tendencia se debe en parte a una aceptación muy limitada de los Estados miembros de los convenios sobre los trabajadores migrantes núms. 97 y 143. La falta de consenso es evidente, si se tiene en cuenta el carácter flexible de los convenios mencionados: la necesidad de tan solo dos instrumentos de ratificación para su entrada en vigor (habitual para los convenios de la OIT), la posibilidad de excluir los anexos (Convenio núm. 97) o una de las partes (Convenio núm. 143) y el uso de fórmulas flexibles y referencias a la legislación y las prácticas nacionales en el texto. Además, la inclinación de la OIT por los instrumentos de soft law es un reflejo del panorama general. Valga recordar la iniciativa de las Naciones Unidas relativa al Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, de 2018»²³.

Si analizamos cuáles eran las líneas de revisión/complementación del Convenio núm. 97, ello nos permite deducir qué se consideraban los aspectos más «candentes» y necesitados de atención específica por parte de la OIT. Es cierto que con ello lo que podemos es deducir cuáles se consideraban más prioritarios en ese momento de elaboración del Convenio, pero en todo caso es lo que tenemos más reciente y de ahí su interés... Por otro lado, dada la entidad de dichos retos, desde luego que siguen siendo actuales. Si analizamos los Considerandos del Preámbulo del Convenio núm. 143 podemos deducir distintas líneas, unas materiales –respecto de aspectos de tutela sustantiva importantes de los trabajadores–, y otros formales, en el sentido de que están referidos a cómo se ha de gestionar el hecho migratorio.

Dentro de los materiales podemos destacar dos grandes líneas de protección:

— La lucha contra el tráfico ilícito o clandestino de mano de obra²⁴. Se hace un llamamiento directo a dictar normas «especialmente dirigidas contra estos abusos». A esta cuestión dedica también los artículos 2 y 3 del Convenio. En concreto se establece en este último que todos los Estados han de adoptar «todas las medidas necesarias y convenientes, tanto en el ámbito de su propia jurisdicción como en colaboración con otros Estados»: a) «para suprimir las

²³ USHAKOVA TATSIANA: «La contratación equitativa como un nuevo enfoque de la OIT para la migración laboral», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58 (2021).

²⁴ *Vid.* al respecto, entre otros, CAIRÓS BARRETO, D. M., «La protección de los trabajadores migrantes y la prevención y protección contra las prácticas migratorias abusivas dentro del Marco Multilateral de la OIT para las migraciones laborales», en RAMOS QUINTANA, M. I. (Coord.), *Migraciones laborales, Acción de la OIT y política europea*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2010.

migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes»; b) «contra los organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes con fines de empleo, que procedan de su territorio, se dirijan a él o transiten por el mismo, y contra los que empleen a trabajadores que hayan inmigrado en condiciones ilegales, a fin de evitar y suprimir los abusos» en esta materia²⁵.

— Se hace un llamamiento al respeto del principio de igualdad. Sabemos que este se proyecta en una dirección vertical frente a los poderes públicos, en el sentido de que su virtud se debe respetar y garantizar la igualdad entre los ciudadanos, en este caso, también los extranjeros migrantes. En todo caso, el carácter esencial de este derecho en las relaciones laborales exige que, a su vez, los poderes públicos adopten las medidas adecuadas para garantizar la prohibición de discriminación en las relaciones horizontales entre particulares.

En esa dimensión del respecto del derecho de igualdad podemos ubicar también otra cuestión, que conecta con esa proyección formal de la que hablamos, lo que es lógico si la protección sustantiva se protege en gran medida con las cuestiones procedimentales. Nos estamos refiriendo al aspecto crucial del derecho aplicable en las relaciones laborales en las que existe un elemento internacional, al que nos referíamos anteriormente. En todo caso, hay un aspecto digno de ser destacado y es que en el Convenio solo se exige el trato igualitario en determinadas materias. En este sentido afirma que todo Estado Miembro que «lo ratifique se obliga a aplicar a los migrantes que se encuentren legalmente en su territorio un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con ciertas materias enumeradas en el instrumento, en la medida en que éstas estén reglamentadas por la legislación o dependan de las autoridades administrativas». En una primera impresión pudiera parecer que el Convenio no adopta una posición ambiciosa a este respecto. Sin embargo, cuando se estudia su articulado, se comprueba que, los espacios en los que se exige respeto del derecho a la igualdad son tan amplios, que abarcan la totalidad de los aspectos de las relaciones laborales. Por lo tanto, se exige una proyección general de derecho de igualdad y la prohibición de discriminación. En este sentido, en el artículo 10 se establece que todo Estado Miembro «para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete

²⁵ En esta línea el artículo 5 del Convenio establece que las «medidas previstas en los artículos 3 y 4 deben tener especialmente por objeto que los traficantes de mano de obra puedan ser objeto de una acción en justicia sea cual fuere el país que sirve de base a sus operaciones». Por otro lado el artículo 6 hace un llamamiento a que se tipifiquen las «sanciones administrativas, civiles y penales, incluyendo la prisión, para el empleo ilegal de trabajadores migrantes, para la organización de migraciones con fines de empleo [...] para la asistencia deliberadamente prestada, con fines lucrativos o no, a tales migraciones.

a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio»²⁶.

Por otro lado, dentro de la vertiente procedimental o formal, se recoge todo un abanico de mecanismos y vías para alcanzar esta igualdad de los trabajadores migrantes y recoge en su artículo 12 que todo Estado Miembro deberá, «mediante métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales»: 1) hacer lo posible por obtener la colaboración de los interlocutores sociales y demás instituciones que puedan servir de apoyo para conseguir los objetivos del Convenio; 2) adoptar las medidas legislativas para lograr su observancia; 3) «tomar medidas, promover programas de educación y fomentar otras actividades tendientes a que los trabajadores migrantes conozcan lo mejor posible la política adoptada, sus derechos y obligaciones, así como las actividades destinadas a prestarles ayuda efectiva en el ejercicio de sus derechos y para su protección»; 4) derogar toda norma jurídica o práctica administrativa contraria u obstaculizadora de la consecución de los objetivos del Convenio; 5) nutrir el «diálogo social con los interlocutores sociales sobre la materia; 6) garantizar la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo a todos los trabajadores migrantes que ejerzan la misma actividad, cualesquiera que sean las condiciones particulares de su empleo».

Este último aspecto merece ser subrayado porque, como se comprueba, se exige no solo la igualdad con los nacionales del país de destino, sino también entre los distintos migrantes entre sí en un mismo entorno laboral. No obstante, como comentamos anteriormente, esto tiene una excepción: los tra-

²⁶ En esta línea, en la Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1975 (núm. 151), en su apartado I titulado «Igualdad de trabajo y de oportunidades», desarrolla estos aspectos en los que se ha de proyectar el principio de igualdad. En concreto establece que el principio de igualdad ha de ser garantizado en el a) acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación; b) acceso a la formación profesional y al empleo de su propia elección, de acuerdo con sus aptitudes personales para tal formación o empleo, tomando en cuenta las calificaciones adquiridas en el extranjero y en el país de empleo; c) promoción, de acuerdo con sus cualidades personales, experiencia, aptitudes y aplicación al trabajo; d) seguridad del empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación profesional; e) remuneración por trabajo de igual valor; f) condiciones de trabajo, incluso la duración del trabajo, los períodos de descanso, las vacaciones anuales pagadas, las medidas de seguridad y de higiene del trabajo, así como las medidas de seguridad social y los servicios y prestaciones sociales relacionados con el empleo; g) afiliación a las organizaciones sindicales, ejercicio de los derechos sindicales y posibilidades de ocupar cargos en los sindicatos y en los organismos de relaciones profesionales, incluidos los órganos de representación de los trabajadores en las empresas [*vid.* al respecto, también, el art. 17 de la Recomendación sobre los trabajadores migrantes 49 (revisado) núm. 86].

bajadores migrantes por razones humanitarias. La clave aquí es cómo se interpretan estas razones humanitarias, puesto que si se hace con flexibilidad dando cabida a una motivación final en mayor o menor medida económica, la estructura del sistema se tambalea. En principio las razones humanitarias se conciben como aquellas que buscan proteger y promover los derechos humanos y la dignidad de las personas en situaciones de conflicto armado o violencia, entre otras. Estas justifican proteger proporcionando asistencia humanitaria, a través –entre otras vías– de garantizar servicios básicos como alimento, alojamiento, atención médica, educación... y mayor facilidad para acceder al mercado de trabajo. Pero no integran una motivación económica, al menos de manera inmediata o directa. En todo caso, este es un tema muy sensible y sometido a una muy importante casuística, de manera que solo se pueden indicar orientaciones al respecto.

Para terminar debemos subrayar cómo el análisis realizado permite afirmar que el principio de igualdad es el eje vertebrador de la protección. Como acabamos de ver, es que la mayoría de los instrumentos jurídicos supranacionales y nacionales, incluidos los instrumentos de la OIT construyen la protección de los trabajadores migrantes a través del principio de igualdad o una prohibición de discriminación entre particulares. Así ocurre también en el ámbito de la Unión Europea, aunque aquí se da un paso más para los nacionales de los Estados Miembros y aquellos extranjeros a los que se pueda reconocer un estatus equiparable. Nos estamos refiriendo a la evolución que, gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, han experimentado las libertades básicas de movimiento, desde una prohibición de discriminación a una prohibición de obstaculización, como destacábamos anteriormente al analizar el supuesto de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios. Toda acción de los poderes públicos o de particulares que suponga un desincentivo para la decisión de tomar la iniciativa de trasladarse, se considera irregular y debe anularse. Pero este paso, de produce en el contexto de una «comunidad regional», la Unión Europea, precisamente porque la movilidad de trabajadores de los distintos países es un elemento indispensable para crear el espacio único económico y social que se persigue. Paradójicamente aquí, en este espacio único, la movilidad con fines económicos se promociona especialmente, pero esto se debe precisamente a que en el espacio europeo, para los nacionales de los Estados Miembros «no han de existir fronteras». Por lo tanto el traslado a otro país comunitario no puede considerarse una migración en sentido estricto. Creemos que convenía hacer este apunte, pero por esta última razón explicada, su exposición no altera la interpretación y construcción expuesta anteriormente.

6. EL DIÁLOGO ENTRE LA ORDENACIÓN DE LA MIGRACIÓN POR LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y POR LA UNIÓN EUROPEA

Como destacábamos anteriormente, la migración es uno de los aspectos en los que la actividad normativa de la Unión Europea está siendo más activa recientemente, por la alarmante situación de continuos flujos migratorios dirigidos a acceder a ese espacio único europeo con unos estándares económico y social altos. La Comisión Europea lo reconoce como problema, hasta el punto de hablar de «crisis migratoria» y, en este marco, destaca que hay un problema de base que hay que atajar: «con arreglo a las normas vigentes, los solicitantes de asilo no reciben un trato uniforme en toda la UE y la proporción de decisiones positivas en materia de asilo en los distintos países también varía considerablemente»²⁷. «Como resultado, los solicitantes de asilo viajan por Europa y solicitan asilo en los países en los que consideran que tendrán mayores posibilidades de recibir protección internacional». Para afrontar este el «Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) establece criterios mínimos comunes para el tratamiento de todos los solicitantes y las solicitudes de asilo en toda la UE». Se reconoce una necesidad de modificar el ordenamiento sobre la materia el contexto de una reforma más general de las normas de la UE en materia. Este sentido el 23 de septiembre de 2020 la Comisión Europea propuso un Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. Se propone establecer un marco europeo común con vocación de ser integral para gestionar este reto y recoge varias iniciativas legislativas.

En este ámbito es muy relevante observar que se adopta un prisma unitario para tratar la situación de migrantes y refugiados. Aunque esta última es una condición específica dentro del género de los primeros, es cierto que, mientras la regla general ha sido que la regulación de la protección de los asilados era específica, ahora se rompe ese planteamiento, En todo caso esto no necesariamente tiene que derivar en una menor protección ni confusión de conceptos. Una opción formal de optar por utilizar un mismo instrumento normativo para ordenar todos los tipos de migración no osta para que, cuando esté justificado, se reconozca una interpretación específica adaptada a cada situación.

A la hora de estudiar la influencia de los instrumentos jurídicos de la Organización Internacional del Trabajo en nuestra normativa española, conviene hacer esta referencia al posicionamiento de la Unión Europea al respecto, sobre todo porque, como decimos, España no ha ratificado el último Convenio de

²⁷ Un estudio comparativo de distintas líneas políticas de asilo en distintos países europeos, en *Asylum and migration policies in the European Union*, S. Angenendt ed., Europa Union Verlag, 1999.

la OIT sobre los trabajadores migratorios, pero obviamente, si los instrumentos europeos recogen las directrices de la misma, por esa vía indirecta podemos determinar que acaban influyendo en nuestro ordenamiento. Al existir una importante y creciente alianza entre la Unión Europea y la OIT, esto implica que sus políticas se comuniquen y existan estrategias, herramientas y apoyo mutuo para su implementación. De alguna manera, a través de los instrumentos europeos en materia de migración, a su vez «portadores» del legado sobre la materia de la OIT, España se ve influenciada por las directrices de esta última, aunque no haya ratificado directamente sus instrumentos. En este sentido, entre otros aspectos, se puede destacar el proyecto «Trade for Decent Work», a través del cual la Unión Europea apoya la promoción y la aplicación de los convenios fundamentales de la OIT, no ya solo en su territorio, sino «en una serie de países asociados, incluidos aquellos que se benefician de regímenes preferenciales de exportación»²⁸.

7. LA PROYECCIÓN DE LA REGULACIÓN SUPRANACIONAL EN MATERIA DE INMIGRACIÓN EN LA NORMATIVA NACIONAL, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA LABOR REGULADORA DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

A la hora de reflexionar sobre cómo la labor de la OIT se ha proyectado en la normativa española, debemos tener en cuenta que, tal como apuntábamos anteriormente, esta regulación de la OIT ha inspirado otras normas supranacionales que nos vinculan²⁹, comunicándose contenidos y creando multitud de comitancias... Esto significa que, a la hora de analizar dicha influencia, deberían contemplarse también previsiones de estos otros instrumentos jurídicos supranacionales³⁰. Ya lo hemos hecho con la labor normativa de la Unión Europea y sería conveniente hacerlo con el resto de convenios multilaterales y bilaterales, que vinculan a España y que también recogen directrices de la OIT. Sin embargo son tantos y tan amplios, que su análisis es una tarea demasiado ambiciosa, que excede de las posibilidades en un estudio de estas características.

²⁸ Vid. al respecto https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-brussels/documents/publication/wcms_847849.pdf.

²⁹ Sobre la protección que otorgan convenios multilaterales y bilaterales es de gran interés el informe de la OIT «Migración laboral: nuevo contexto y desafíos de gobernanza» de 2017 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_550278.pdf

³⁰ Refiriéndose a la idea de un «derecho global» LANTARÓN BARQUÍN, D., «Migraciones laborales y Organización Internacional del Trabajo: revisando los pilares de una construcción normativa universal», *Temas laborales*, núm. 152 (2020), pp. 53-95.

Vamos a centrarnos por tanto en profundizar en el instrumento principal de protección que recogen estos instrumentos normativos supranacionales y que gira en torno al principio de igualdad y al trato recíproco entre los trabajadores de los distintos países, en línea con la protección de la OIT. El estudio de la labor de la OIT en materia de migración ha sido objeto de numerosos trabajos doctrinales³¹. El común denominador de los mismos es, como decimos, partir de la premisa o llegar a la conclusión de que el eje que inspira y vertebra todos los instrumentos jurídicos de la OIT es la garantía del principio de igualdad y la prohibición de discriminación de los trabajadores migrantes y ello, desde luego, es así. De hecho anteriormente lo destacábamos cuando hacíamos un repaso de los distintos instrumentos jurídicos de la OIT en materia de migración. Sin embargo lo más interesante creemos que es dar un paso más y avanzar sobre esta idea, para ahondar en la verdadera trascendencia de este principio de trato igualitario, que va más lejos de lo que pueda parecer en primera instancia.

Por un lado, en un mundo en que las barreras nacionales van siendo cada vez más porosas, no ya solo por la internacionalización de las relaciones económicas y sociales, sino porque incluso las relaciones virtuales debilitan su significado y fuerza, surge la idea de un Derecho Global. El Derecho de Gentes, pretendía delimitar el estatus del extranjero, sin atender a equiparación alguna con los ciudadanos del Estado. El Derecho internacional gira sobre las relaciones entre los Estados y por ello la igualdad de sus ciudadanos no es objeto de atención prioritario. La consolidación de un estatus de derechos a un sujeto con independencia de su nacionalidad, allá donde se encuentre, a través de cada vez más abundantes y ambiciosas normas internacionales apunta a un «Derecho Supranacional». La filósofa Hannah Arendt definía la nacionalidad como un «derecho a derechos». Esto se supera en la medida en que el «Derecho Supranacional» reconoce a todos los hombres un conjunto de derechos por el mismo hecho de ser hombre y esta protección va aumentando integrando nuevos derechos o aplicando los mismos³². La manera de ir consolidando este estatuto protector es mediante la equiparación de derechos y oportunidades a través del principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

Por otro lado, en relación a los trabajadores que se encuentran o llegan a nuestro país por motivos humanitarios, al menos sin lugar a duda a los refugiados, podemos reconocer una proyección especialmente intensa del principio

³¹ *Vid.*, entre otras, las citadas en el nota a pie de página núm. 7.

³² Gross, T: «Europäische Grundrechte als Vorgaben für das Einwanderungs- und Asylrecht», *Kristische Justiz*, vol. 34, núm. 1, 2001, p. 110.

de igualdad, cuando se excepciona un principio esencial que rige el sistema de acceso al mercado de trabajo de los extranjeros. Este es el principio tradicional de prioridad de los nacionales y sujetos procedentes de un Estado de la Unión Europea en el acceso al mercado de trabajo español, y, recientemente, de prioridad también de los extranjeros que se encuentra en España con autorización para trabajar. Por lo tanto, como decíamos, los refugiados disfrutaban de una mayor aproximación en su estatuto jurídico al nivel de derechos de los trabajadores nacionales y comunitarios, al no reducirse su equiparación de derechos a lo relativo al contenido y desarrollo de su relación laboral –como la generalidad de los trabajadores procedentes de Estados no comunitarios en nuestro país–, sino extenderse en cierta medida también a la fase previa de acceso a un puesto de trabajo. Este es uno de los argumentos que, junto con otros aspectos laborales que no procede estudiar en este breve estudio (por ejemplo, que sean incluidos dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la reglamentación europea relativa a la coordinación de los regímenes de seguridad social), permite concluir que estos sujetos disfrutaban de un estatuto privilegiado.

Este trato más favorable se basa, como decíamos, en el diferente espíritu que informa la política de inmigración y la política de asilo. Esta última se informa en mayor grado de los principios de integración en el país de acogida, ya que conecta directamente con los valores de solidaridad, hospitalidad y tolerancia que inspiran nuestro Estado social y democrático de Derecho y el ordenamiento jurídico internacional³³. La política de asilo, como parte integrante del Derecho Humanitario es una cuestión de relevancia jurídica supranacional. La política de inmigración, inspirada fundamentalmente en planteamientos socio-económicos, es una cuestión interna de los diferentes Estados, sin perjuicio de la progresiva importancia que está adquiriendo en un plano comunitario³⁴. Prueba de ello es el ejemplo que hemos analizado: la situación nacional de empleo en España es un factor que puede condicionar la política de inmigración, mientras que no puede afectar a la realización de los compromisos humanitarios que vinculan a nuestro país. Por ello, en la medida en que el trabajo, como factor clave del desarrollo de la personalidad e integración social, es un elemento esencial del derecho de asilo, dicho criterio socio-

³³ Cfr. LEDESMA BARTRET, F.: «Libertad de circulación y derecho de asilo en la Unión Europea. La doctrina del Consejo de Estado», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89, 1996, p. 13.

³⁴ Como destaca THOMPSON, T.: «La protection des droits des migrants et la souveraineté de l'Etat», *La protection des droits des migrants et la souveraineté de l'État | Nations Unies*, preocupa que la protección de los derechos humanos y el derecho de los extranjeros, clave en el marco de la protección de los migrantes, puedan socavar la soberanía de los Estados o que la inclusión de la gobernanza de la migración en el marco jurídico internacional vigente pueda socavarla. Sin embargo no existe un derecho internacional que obligue a los Estados a gestionar sus corrientes migratorias o a formular sus políticas migratorias de ninguna manera.

económico no puede limitar el acceso al mercado de trabajo de los extranjeros que vienen o se encuentran en nuestro país por razones humanitarias.

También conviene, en esta línea de ahondar en la trascendencia del principio de igualdad como hilo conductor de la protección de los migrantes, reflexionar sobre cómo algunos actores han querido ver en algunas referencias que se hace a la equidad en algunos instrumentos de la OIT, una renovación de la clásica referencia al principio de igualdad y prohibición de discriminación, evolucionando a un enfoque más integrador y holístico³⁵. En nuestra opinión, cuando analizamos estos instrumentos, no es fácil concluir que haya un verdadero cambio en la protección material que reconocen a los trabajadores migrantes. Por otro lado, si acudimos al diccionario de la RAE, el significado del término equidad se identifica con dos aspectos relacionados entre sí y que se encuentran bajo el manto del derecho a la igualdad. Equidad es «disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece» y equidad es también, nos dice la RAE, la «justicia natural por contraposición a la ley positiva». En nuestra opinión las referencias a la equidad son una forma de apelar a una «versión» ambiciosa del principio de igualdad, que avance hacia la igualdad material, sin estancarse en la igualdad formal. Pero el eje sigue estando en este principio.

Una vez analizadas distintas perspectivas del protagonismo del principio de igualdad, como eje de la protección de los trabajadores migrantes en los instrumentos supranacionales y, sobre todo, una vez reflexionado sobre la exigencia de un trato igualitario también entre los migrantes entre sí y cuándo esto se excepciona por razones humanitarias, tenemos las claves esenciales para concluir la vía principal de influencia de la regulación de la OIT en materia de migración en el ordenamiento español. Esta exigencia de igualdad ocupa el papel central y en nuestro ordenamiento español se recoge con claridad. En todo caso no se puede dejar de ser conscientes de que existen otra fuente de medidas protectoras de los trabajadores migrantes localizables en el marco de los instrumentos normativos de la OIT³⁶, también en instrumentos no especí-

³⁵ Vid. en este sentido USHAKOVA TATSIANA: «La contratación equitativa como un nuevo enfoque de la OIT para la migración laboral», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58 (2021).

³⁶ Por otro lado, surge la necesidad de delimitar el objeto de estudio en otro sentido puesto que el concepto de norma de la OIT es muy amplio. De hecho se pronuncia manifestando que a «parte de las normas, en sentido estricto, tenemos además otra serie de instrumentos de gran calado. Como se dice por la propia OIT las «normas internacionales del trabajo son instrumentos jurídicos elaborados por los mandantes de la OIT (gobiernos, empleadores y trabajadores) con objeto de enunciar los principios y derechos fundamentales en el trabajo y de reglamentar otros ámbitos del mundo laboral. Aunque estas normas revisten principalmente la forma de convenios y recomendaciones, la OIT también adopta otros instrumentos jurídicos, como declaraciones y resoluciones que contienen manifiestos oficiales y solemnes en que se reafirma la importancia que los mandantes tripartitos otorgan a determinados principios y valores» (Normas internacionales del trabajo (Oficina del Consejero Jurídico) (ilo.org)).

ficos para estos colectivos, puesto que cuando Convenios y Recomendaciones de la OIT reconocen cierto derecho, también se extiende a los migrantes. Estas medidas en normas comunes sobre condiciones laborales son especialmente importantes si tenemos en cuenta que España no ha ratificado, como decíamos, el último Convenio de la OIT sobre trabajadores migrantes. A este respecto se puede hacer la siguiente clasificación de las líneas de protección:

a) Protección regulada específicamente para los trabajadores migrantes
b) Protección derivada de la regulación de derechos laborales para el conjunto de los trabajadores

b.1) Como el resto de trabajadores, los trabajadores migrantes disfrutan de estos derechos laborales

b.2) Las normas o reglas sobre los derechos laborales del común de los trabajadores influyen en la interpretación y aplicación de las normas específicas sobre migración.

La complicación a la hora de analizar la influencia sobre la normativa española de estas normas genéricas sobre derechos laborales de la OIT es que, al versar sobre la práctica totalidad de las condiciones laborales, puesto que las normas de la OIT así lo hacen, es inabordable examinarlas de manera global en un estudio de estas características. A esto se une la dificultad de afirmar con convencimiento pleno que una regulación española venga determinada necesariamente, y más difícil aún en exclusividad, por directrices de la OIT, cuando estos preceptos coinciden con los recogidos en otros instrumentos normativos supranacionales, al menos en sus rasgos básicos. En todo caso esta es una dificultad añadida. La dificultad principal es que es arriesgado pronunciarse con claridad sobre la influencia de la regulación de la OIT en materia de migración en el ordenamiento español, cuando España no ha ratificado el Convenio más reciente sobre esta materia, el núm. 143, por mucho que este tuviera funciones de incluir disposiciones adicionales al Convenio núm. 97, que si se ratificó. La normativa española está alineada con la regulación de la OIT, entre otras cuestiones, porque le vincula haber ratificado el Convenio núm. 97 y porque los instrumentos normativos de la OIT integran el «estatuto laboral supranacional», que se reconoce en la comunidad internacional. Además, como veíamos anteriormente, España está vinculada por las decisiones europeas al respecto, como miembro de la Unión, y la UE colabora con la OIT para abordar estrategias y directrices en materia de migración. También las exigencias de la OIT sobre la materia se recogen en acuerdos y convenios bilaterales y multilaterales firmados o ratificados por España. Pero en qué medida la influencia es más

o menos directa y más o menos específica, es algo difícil de afirmar con rotundidad, sobre todo cuando en esa falta de ratificación puede intuirse cierta reticencia a esa vinculación.

Por ello adoptamos la posición más tímida de subrayar los instrumentos de la OIT susceptibles de influenciar la normativa española y, en esta línea, a su vez, adoptamos una posición intermedia, en la que no nos limitamos a atender a los Convenios dictados estrictamente sobre migración, pero tampoco atendemos a todos los instrumentos jurídicos que pueden relacionarse con la misma, puesto que, como decíamos, es una labor inabarcable. Lo que si podemos hacer es destacar algunos que, sin ser estrictamente sobre migración, en principio tienen una influencia más relevante sobre la misma. En este sentido podemos destacar además que varios pertenecen a lo que el Consejo de Administración de la OIT ha determinado que puede delimitar un núcleo de protección especialmente relevante y que denomina «instrumentos fundamentales»³⁷. «Estos abarcan temas que son considerados principios y derechos fundamentales en el trabajo: la libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Estos principios también estaban incluidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998). Tras la adopción del Protocolo de 2014 al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930», se declaró como noveno pilar: la protección de un entorno seguro y saludable, enmarcado en el «Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981 (núm. 155) y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y la salud en el trabajo, de 2006 (núm. 187)³⁸.

Todos pueden ser de especial interés para proteger a los trabajadores migrantes, pero entendemos que la protección frente al trabajo forzoso³⁹ y frente

³⁷ Convenios y recomendaciones (ilo.org).

³⁸ Se declara que los once instrumentos fundamentales son los siguientes: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) (y su Protocolo de 2014); Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138); Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182); Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111); Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155); Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187).

³⁹ Sobre esta materia se pueden subrayar los siguientes instrumentos jurídicos de la OIT: Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29); Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930; Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); Recomendación sobre la imposición indirecta del trabajo, 1930 (núm. 35); Recomendación sobre el trabajo forzoso (medidas complementarias), 2014 (núm. 203).

al trabajo de menores⁴⁰ son especialmente indicados en este contexto. La protección frente a la discriminación por razón de raza, religión, origen... y otras circunstancias personales, también como destacábamos antes, puesto que la tasa de incidencia de desigualdad de trato ilegítima entre los trabajadores migrantes en los países de destino puede ser especialmente alta, sin dejar de ser un problema relevante entre los trabajadores nacionales de cualquier país de nuestro entorno jurídico. Por otro lado, ya fuera de los nueve instrumentos que destaca la OIT como fundamentales, también podemos subrayar los Convenios en materia de «gestión de la contratación», esto es, los convenios relativos a las oficinas y agencias de colocación y servicios de empleo (Convenio 88, 96 y 181), así como los instrumentos sobre reclutamiento, esto es, la Recomendación sobre la supresión del reclutamiento, 1936 (núm. 46) y los instrumentos en materia de seguridad social, que prestan una especial atención al trabajador migrante, como son el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (núm. 118); el Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982 (núm. 157) o la Recomendación sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1983 (núm. 167). A todo esto podemos añadir que, si analizamos el mercado de trabajo en España, comprobamos que hay ciertos sectores en los que el índice de trabajadores extranjeros es más alto. Sobre algunos de los sectores profesionales en los que estos predominan existen convenios específicos de la OIT, como es hostelería, servicio doméstico o trabajo a domicilio⁴¹

8. BIBLIOGRAFÍA

Asylum and migration policies in the European Union, S. Angenendt ed., Europa Union Verlag, 1999.

CAIRÓS BARRETO, D. M., «La protección de los trabajadores migrantes y la prevención y protección contra las prácticas migratorias abusivas dentro del Marco Multilateral de la OIT para las migraciones laborales», en RAMOS QUINTANA, M. I.

⁴⁰ Sobre esta materia se pueden subrayar los siguientes instrumentos jurídicos de la OIT: Convenio sobre el examen médico de los menores (industria), 1946 (núm. 77); Convenio sobre el examen médico de los menores (trabajo subterráneo), 1965 (núm. 124); Recomendación sobre el examen médico de aptitud para el empleo de los menores, 1946 (núm. 79); Recomendación sobre las condiciones de empleo de los menores (trabajo subterráneo), 1965 (núm. 125).

⁴¹ Sobre esta materia se pueden subrayar los siguientes instrumentos jurídicos de la OIT: Convenio sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), 1991 (núm. 172); Recomendación sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), 1991 (núm. 179); Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177); Recomendación sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 184); Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189); Recomendación sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 201).

- (Coord.), *Migraciones laborales, Acción de la OIT y política europea*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2010.
- FOTINOPOYLOU BASURKO: «La OIT ante los trabajadores desplazados: ¿100 años de trabajadores migrantes?» En *OIT 100 años: una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XXI*. Coord. por Thereza C. NAHAS, Fernando FITA ORTEGA, 2018.
- Gil Y GIL, J. L.: «Los trabajadores migrantes y la OIT», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2009.
- «Los trabajadores migrantes y la OIT», en *Inmigración y movilidad de los trabajadores*. Coord. por Ricardo ESCUDERO RODRÍGUEZ; Fernando VALDÉS DAL-RÉ (pr.), 2010.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- LANTARÓN BARQUÍN, D., «Migraciones laborales y Organización Internacional del Trabajo: revisando los pilares de una construcción normativa universal», *Temas laborales*, núm. 152 (2020).
- LESSER, A. H.: «The right to the free movement of labour», *The International Migration of Health Workers*, 2010.
- LÓPEZ AHUMADA, J. E.: «Igualdad y no discriminación de los trabajadores migrantes», en *Migraciones y su transversalidad: análisis interdisciplinar*. Coord. por Martha Elisa Monsalve Cuéllar, 2018.
- GERLANDO VON POTOBSKY: «Los trabajadores migrantes y las normas de la OIT», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 19, 1984.
- GROSS, T.: «Europäische Grundrechte als Vorgaben für das Einwanderungs- und Asylrecht», *Kristische Justiz*, vol. 34, núm. 1, 2001.
- RAMOS QUINTANA, M. I. (Coord.), *Migraciones laborales, acción de la OIT y política europea*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2010.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La OIT y los trabajadores migrantes», en JAVILLIER, J.-C. y GERNIGON, B. (Dirs.), POLITAKIS, G. P. (Coord.), «Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir». *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Bureau international du Travail, Genève, 2004.
- SMITH, R.: «La Organización Internacional del Trabajo y los trabajadores migrantes», *Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes (2005: México)*. Coord. por Juan Carlos Gutiérrez Contreras, 2005.
- SONG, S.: «Is there a right to free movement across borders?», en *Is There a Right to Free Movement across Borders? Immigration and Democracy*. Oxford Academic (oup.com).
- THOMPSON, L.: «La protection des droits des migrants et la souveraineté de l'Etat», *La protection des droits des migrants et la souveraineté de l'État*. Nations Unies.
- USHAKOVA, T., «El trabajo decente en el contexto de la migración internacional», *Relaciones Laborales* (número monográfico), núm. 15-18, 2012.
- «La contratación equitativa como un nuevo enfoque de la OIT para la migración laboral», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021.

UNA PERSPECTIVA DE CONTRASTE: EL CONVENIO OIT NÚMERO 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS, ANTECEDENTES Y SIGNIFICACIÓN

HUMBERTO VILLASMIL PRIETO

Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) de Caracas (Venezuela) y de la Universidad Central de Venezuela (UCV) Miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

SUMARIO: I. *Los trabajadores indígenas en las normas internacionales del trabajo.*—II. *La misión Beaglehole.*—III *El camino hacia el convenio 169.*—IV. *El Convenio 169: sentido y contenido:* i) *Criterios orientadores de aplicación del Convenio.* ii) *¿Quiénes son los pueblos indígenas?*—V. *La piedra angular del Convenio 169: la consulta y la participación:* a) *La consulta: modalidad y ámbito.* b) *La participación.*—VI. *A modo de conclusión.*

I. LOS TRABAJADORES INDÍGENAS EN LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

La situación de los pueblos indígenas y tribales fue una preocupación de la OIT desde los años inmediatos a su fundación en 1919. La discriminación y explotación de los pueblos había inspirado en parte la adopción del Convenio 29 sobre el trabajo forzoso de 1930, un tratado precursor de lo que fue el largo recorrido, hasta nuestros días, de la legislación internacional sobre los derechos humanos¹.

¹ El 25 de septiembre de 1926 en el marco de la Sociedad de las Naciones se adoptaba la Convención sobre la Esclavitud.

En lo particular, la OIT se había ocupado de la situación de los denominados «trabajadores aborígenes» en las colonias de las potencias europeas. En medio de este proceso de adopción de normas internacionales sobre la materia se evidenció que estos pueblos necesitaban contar con una protección especial en los casos en que se vieran expulsados de sus dominios ancestrales convirtiéndose en trabajadores temporeros, migrantes, serviles o domésticos.

En 1945, tras la Segunda Guerra Mundial, se creaba la Organización de las Naciones Unidas –que reemplazó a la Liga de las Naciones– organismo multilateral que se inauguraba lanzando la política de la descolonización que resultó no poco influyente para la adopción de normas internacionales del trabajo (NIT) a propósito de los pueblos indígenas.

La OIT, primera agencia especializada de la ONU desde 1946, mantuvo su preocupación sobre la situación de los trabajadores indígenas y así, en la década de los años cincuenta del siglo pasado, comenzó a preparar lo que fue después el «Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 107)».

Mucho antes, la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) de 1936 adoptó «el Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936 (núm. 50)», instrumento que tuvo en vigor hasta 2018 cuando la 107.^a sesión de la CIT lo derogó. Vinculada a este, en la CIT de ese mismo año se adoptaba «la Recomendación sobre la supresión del reclutamiento, 1936 (núm. 46)» instrumento retirado por decisión de la CIT en su 92.^a reunión (2004)². En 1939 se adoptó «el Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), núm. 64».

Estas dos NIT se ocupaban del indígena, pero propiamente en el marco de una relación de trabajo y en lo particular del reclutamiento³; no todavía a

² La Conferencia:

Habiendo adoptado un Convenio relativo a la reglamentación de ciertos sistemas especiales de reclutamiento;

[...]

Recomienda a cada Miembro de la Organización Internacional del Trabajo la adopción de medidas para conseguir rápidamente esta supresión por los medios siguientes:

[...]

(a) mejoramiento de las condiciones de trabajo;

(b) desarrollo de los medios de transporte;

(c) estímulo para el establecimiento de los trabajadores y sus familias en la zona de trabajo, cuando dicho establecimiento corresponda a la política de la autoridad competente;

(d) concesión de facilidades al movimiento espontáneo de la mano de obra, bajo la vigilancia y el control administrativo;

(e) educación progresiva de los indígenas y mejoramiento de su nivel de vida.

³ «Las operaciones de reclutamiento pueden dar lugar abusos, por lo que el Convenio sobre reclutamiento de los trabajadores indígenas, de 1936 (número 50), exigió que se reglamentase el reclutamiento y estableció diversas normas tendentes a evitar que se ejerciesen coerciones, a proteger a las colectividades

propósito de los pueblos, noción de muy precisa significación en el ámbito del Derecho Internacional⁴.

El artículo 1 del Convenio 64 define al trabajador indígena, de este modo: «Que pertenezca o esté asimilado a la población indígena de un territorio dependiente de un Miembro de la Organización, o que pertenezca o esté asimilado a la población indígena dependiente del territorio metropolitano, de un miembro de la Organización». Se trataba de regular un contrato, esto es, una relación jurídica por la que «un trabajador se obliga a prestar sus servicios a un empleador para ejecutar un trabajo manual por una retribución en efectivo o en otra forma cualquiera»⁵.

La definición que el Convenio 50 estableció sobre los trabajadores indígenas es virtualmente la misma a la del Convenio 64⁶.

Vinculada al Convenio 64, ese mismo año de 1939, la CIT adoptó «la Recomendación sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas) número 58». Este instrumento puso el foco en lo dispuesto en el artículo 9 del convenio que «estipula que la legislación deberá fijar la duración máxima del período de servicio que podrá estipularse en un contrato, así como las vacaciones que eventualmente deban concederse durante dicho período».

El texto de la Recomendación 58 quiso completar las disposiciones del Convenio 64 «con una declaración de principios que le han parecido indica-

contra las repercusiones de la marcha de un gran número de adultos de sexo masculino, a proteger del reclutamiento a los no adultos, a limitar el derecho al reclutamiento por parte de los funcionarios públicos y a prohibirlo por parte de los jefes u otras autoridades indígenas. El convenio dispone que los reclutadores deben actuar con licencia de las autoridades y precisa las condiciones de concesión de tales licencias y las obligaciones de los titulares. Prevé un cierto control de las autoridades sobre el reclutamiento y establece diversas garantías en cuanto al examen médico de los trabajadores reclutados, a su transporte, a su repatriación, a los adelantos salariales, etc.

El convenio se completó con una recomendación de 1936 (núm. 46), que preconiza un cierto número de medidas tendientes a acelerar la eliminación del reclutamiento». Nicolas VALTICOS. *Derecho Internacional del Trabajo*. Editorial Tecnos Madrid, 1977, pp. 439-440.

⁴ El concepto étnico del pueblo no carece de significación jurídico-internacional, como atestiguan el derecho de las minorías [...] y el principio de autodeterminación de los pueblos [...]; pero no debe ser confundido con el concepto fundamental de pueblo organizado en Estado, propio del DI.

e) Este concepto fundamental ha sido recogido por la Carta de la ONU, que mantiene el principio de responsabilidad colectiva en los artículos 39 y siguientes. Por otra parte, su preámbulo se inicia con las palabras: «Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas ..., hemos decidido aunar nuestros esfuerzos ...». Esta aplicación consciente de la expresión «pueblo» en lugar del término Estado, o también «potencia», antes usuales, no tiene una significación meramente ideológica, sino que sirve para subrayar que la Carta de la ONU da derechos e impone obligaciones a los pueblos, y no a los gobiernos». Alfred VERDROSS, *Derecho Internacional Público*. Biblioteca Jurídica Aguilar, edición española, sexta edición 1976, p. 107.

⁵ Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1939 (núm. 64), artículo 2.1.

⁶ Artículo 2,b) la expresión trabajadores indígenas comprende a los trabajadores que pertenecen o están asimilados a las poblaciones indígenas de los territorios dependientes de los Miembros de la Organización, así como a los trabajadores que pertenecen o estén asimilados a las poblaciones indígenas dependientes de los territorios metropolitanos de los Miembros de la Organización.

dos para orientar la política de los miembros interesados, cuando deban fijar la duración máxima del período de servicio...». En este sentido, este instrumento recomendaba que el miembro que ratifique el Convenio, tome en consideración, entre otros principios: que la duración máxima del período de servicio debiera ser lo más breve posible; que la duración máxima del período de servicio, cuando el trabajador no tenga que hacer un viaje largo o costoso por tierra o por mar, no debería en ningún caso exceder de 12 meses, que la duración máxima del período de servicio cuando el trabajador tuviere que hacer un viaje costoso por mar o por tierra, no debería en ningún caso exceder de 2 años, etc.

Ese mismo año, se adoptó la «Recomendación sobre la inspección del trabajo (trabajadores indígenas)» número 59 que incluyó un texto –muy breve, por cierto– que dejó establecido que: «La Conferencia: [...] Recomienda que los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo interesados establezcan un servicio de inspección del trabajo en aquellos de sus territorios donde no exista todavía».

El Convenio 64 fue derogado por decisión de la CIT en su 107.^a reunión del 2018, mientras que la Recomendación 58 fue retirada por decisión de la CIT en su 92.^a reunión del 2004. La Recomendación 59 fue retirada por decisión de la CIT en su 90.^a reunión del 2002.

Otros instrumentos de índole multilateral se han ocupado de los derechos de los pueblos indígenas. Al respecto valdría la pena mencionar⁷:

«El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas» (que entró en vigor el 23 de marzo de 1976) cuyo artículo 27 dispuso que: «En los Estados en que existan «minorías étnicas», religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

«La Convención sobre los Derechos del Niño», adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 incluyó una disposición que refiere explícitamente a la situación de los niños indígenas: artículo 30: «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o «personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde», en co-

⁷ Vid. *Normas internacionales relativas a los pueblos indígenas*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-indigenous-peoples/international-standards-relating-indigenous-peoples>.

mún con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma».

En 1992, se adoptó «la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático» que persigue moderar las concentraciones de gases de efecto invernadero a un nivel que impida interferencias peligrosas inducidas por el hombre en el sistema climático, sobre la base de una doble estrategia de medidas de mitigación y adaptación. En 2016, los Estados partes se comprometieron a reforzar su respuesta mundial en el histórico Acuerdo de París, en cuyo preámbulo se reconoce que el cambio climático es una preocupación común de la humanidad y que las partes, al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático, deben respetar, promover y considerar sus respectivas obligaciones en materia de derechos humanos, el derecho a la salud y «los derechos de los pueblos indígenas».

Por fin, «el Acuerdo de Escazú», un acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y la justicia en materia de medio ambiente en América Latina y el Caribe, abierto a la firma en septiembre de 2018 en la sede de las Naciones Unidas, requiere a los Estados que presten asistencia a «los pueblos indígenas» en la preparación de sus solicitudes de información ambiental y la obtención de una respuesta. (Art. 5.4), les exige que garanticen el cumplimiento de su legislación interna y de sus obligaciones internacionales en relación con «los derechos de los pueblos indígenas» (Art. 7), dispone que deberán garantizar un entorno seguro y propicio para las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en materia ambiental, a fin de que puedan actuar libres de amenazas, restricciones e inseguridad (Art. 9).

II. LA MISIÓN BEAGLEHOLE

En 1952 fue aprobado un proyecto de estudio, en colaboración, por la OIT, las Naciones Unidas, la UNESCO, la OAA FAO y la OMS sobre la situación de los aborígenes del altiplano andino. Como señaló Ernest Beaglehole –quien integrara la misión de un modo tan relevante que al final se la conoció por su nombre («la Misión Beaglehole»)–, en un artículo publicado en la Revista Internacional del Trabajo en 1953⁸, esta misión tuvo como antece-

⁸ BEAGLEHOLE, Ernest. 1953: *Una misión de asistencia técnica en el altiplano andino*. Revista Internacional del Trabajo, vol. 47, núm. 6, (Ginebra), pp. 582-598.
<http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09645/09645%281953-47-6%29582-598.pdf>.

dente «una resolución de la primera reunión de la Comisión de Expertos de Trabajo Indígena de la OIT celebrada en La Paz, Bolivia, en enero de 1951»⁹.

El problema que se planteaba a la misión era pues de una engañosa sencillez: preparar, con la cooperación tripartita de los gobiernos, «de los indios» y de las organizaciones internacionales, programas de acción que aceleraran la integración de los indígenas en la vida política, social y económica de cada uno de los tres países andinos, «orientándolos de manera que la integración actual de subordinación se transformara en una integración de carácter democrático», que, además, fuera de alcance regional, abarcara todos los aspectos del problema, se desarrollara orgánicamente, se basara en la libre aceptación antes que en la coacción, y se realizara sin destruir la organización de las comunidades aborígenes ni el modo de vida actuales que tanto valor tienen para «el indio»¹⁰.

Lo dicho –por uno de los miembros más destacados de la misión– deja ver la concepción que sobre los derechos de los pueblos indígenas originarios regía en ese momento y que se orientaba «en el sentido de promover la integración o asimilación de los indígenas en la colectividad nacional».

En las conclusiones de su artículo, Ernest Beaglehole, a la sazón profesor de Psicología del Victoria College, Universidad de Wellington, Nueva Zelandia, escribió que:

«[I]a misión andina puede ser concebida de muy diversas maneras: como relato de lo que pueden el entusiasmo y la resistencia; como estudio en tonos sombríos de «la vida de los indios» en uno de los panoramas más imponentes del mundo; como ensayo o esbozo a grandes rasgos de una de las pruebas más apasionantes a que ha sido sometida la capacidad de construcción de las naciones unidas y de los organismos especializados».

La asistencia técnica de la OIT en la región de las Américas, función que en buena medida constituye un aspecto determinante de su actividad, comenzó en el Perú en los años 50 del siglo pasado. La relación privilegiada que muy tempranamente tuvo la OIT con el Perú explica que el 25 de agosto de 1953 se firmara el Acuerdo para la Prestación de Asistencia Técnica en la Región Andina, entre el Gobierno del Perú y la OIT –actuando esta en su propio nombre y en representación de la ONU para la Agricultura y la Alimentación, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

El Programa Andino, que se desarrolló en el marco del programa ampliado de asistencia técnica de las Naciones Unidas y que contó con participación de la FAO, de la OMS, de la UNESCO, de la UNICEF y cuya dirección general se asignó a la OIT «[t]uvo como objeto una serie de actividades, especialmente

⁹ Beaglehole, 1953, p. 583.

¹⁰ Beaglehole, 1953, p. 585.

de asistencia técnica, dirigida a elevar el nivel de vida de «las poblaciones indias» –terminología al uso en ese tiempo– de Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia, Chile y la Argentina y a favorecer su integración en los respectivos países»¹¹.

Las ideas de integración y asimilación, como lo destacara Jef Rens¹², en un artículo que resultó célebre por fundadas razones, orientaron el Programa Andino¹³: «“Como dicha integración interesa a los indígenas o aborígenes”, y como todos estos viven de su trabajo, veamos en primer lugar, lo que se entiende por trabajadores indígenas o trabajadores aborígenes»¹⁴. El tópico de interés era, como se evidencia, definir a los trabajadores indígenas antes que a los pueblos, lo que vino a reorientar «el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)»¹⁵.

«La idea de la integración progresiva o de la asimilación», que después incorporara el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales (núm. 107), surgían así de un modo explícito y determinante. En el preámbulo del Convenio quedaba clara su orientación: «Considerando que la adopción de normas internacionales de carácter general en la materia facilitará la acción indispensable para garantizar la protección de las poblaciones de que se trata, “su integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales, y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo”».

Esta doctrina, si se la quiere llamar así, fue explícitamente corregida por «el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)», cuyo preámbulo dejó establecido que «la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia “a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”».

¹¹ *Una visión «americana» del centenario de la OIT: aproximación a la comprensión de una relación histórica*. Humberto Villasmil. Oficina de la OIT para el Cono Sur de América Latina, diciembre de 2019, p. 88.

¹² Quien fuese director adjunto de la Oficina Internacional del Trabajo.

¹³ Rens, Jef. 1961: *The Andean Programme*, International Labour Review, vol. 84, núm. 6, (Geneva), pp. 423-461 (en inglés).

¹⁴ *Una visión «americana» del centenario de la OIT: aproximación a la comprensión de una relación histórica, ibid.*, p. 88.

¹⁵ Artículo 1. 1. El presente Convenio se aplica:

(a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

(b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

III. EL CAMINO HACIA EL CONVENIO 169

En la década de los cincuenta del siglo pasado, se dijo antes, la OIT adopta «el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (Núm. 107)». Este convenio fue el primer tratado internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas. Tuvo 27 ratificaciones, principalmente de países de América Latina, pero también del sur de Asia y de algunos países de África y Europa. Su preámbulo deja ver la orientación de un instrumento que, con todo, tuvo una visión mucho más holística de lo que involucraba los derechos de las poblaciones indígenas y tribuales trascendiendo al marco de una relación de trabajo y del reclutamiento, que había sido el objeto y sentido del Convenio 64 y de las Recomendaciones 58 y 59 de 1939.

El preámbulo del Convenio 107 confirmaría lo dicho:

— «“Considerando que en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribuales y semitribuales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional” y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población».

— «“Considerando que la adopción de normas internacionales de carácter general en la materia facilitará” la acción indispensable para garantizar la protección de las poblaciones de que se trata, “su integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo;”»¹⁶.

Como se muestra, el instrumento se dirigía a procurar la integración de las poblaciones indígenas y tribuales en la colectividad nacional antes que al establecimiento de derechos y obligaciones de los pueblos, con independencia de que se integraran progresivamente o no a sus colectividades nacionales.

El Convenio 107 incluyó, aparte de los principios generales, disposiciones relativas a las tierras, a la contratación y condiciones de empleo, a la formación profesional, artesanía e industrias rurales, a la seguridad social y sanidad, a la educación y medios de información y a la administración. Entró en vigor en 1959 y actualmente tiene el status de instrumento que ha sido superado¹⁷. En tal sentido, los países que habiendo ratificado el Convenio 107 hubieran ratificado el Convenio 169 lo habrán denunciado automáticamente al ratificar este último. Con todo, y a la fecha, el Convenio 107 continúa en vigor

¹⁶ Preámbulo del Convenio 107.

¹⁷ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107.

en 17 países incluyendo un número importante de estados de América Latina, como El Salvador, Haití, Panamá, la República Dominicana y Cuba.

En la misma década de los cincuenta del siglo pasado, la OIT adopta la «Recomendación sobre población indígenas y tribuales, 1957 (Núm. 104)»¹⁸ que pone el foco en las poblaciones tribuales o semitribuales, en los países independientes (artículo 1.1) incluyendo disposiciones sobre las tierras, la contratación y condiciones de empleo, la formación profesional, la artesanía e industrias rurales, seguridad social y medidas de asistencia, sanidad, educación, idiomas y otros medios de información, grupos tribuales de zonas fronterizas y finalmente la administración de todo ello por medio de organismos gubernamentales especialmente establecidos a este objeto.

En 1986 una Comisión de Expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT concluyó que «el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno». Comenzaba así un proceso de revisión del Convenio 107 que dio lugar a la adopción del Convenio 169 en 1989. El preámbulo de este, que revisó el Convenio 107, explica el camino recorrido y la rectificación que procuraba: «[...] la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores...».

Pero, de igual modo, incorporar al texto del convenio revisor lo relativo a la consulta y la participación explica concluyentemente el sentido y necesidad de la adopción del Convenio 169. para eliminar finalmente el enfoque integracionista del Convenio 107:

Estas «disposiciones sobre la consulta son algunos de los principios fundamentales incluídos en la revisión del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (número 107) como requisito necesario para eliminar el enfoque integracionista de ese Convenio». A fin de entender de manera apropiada el alcance de este nuevo principio que se introdujo en el Convenio número 169, la Comisión emprendió un examen exhaustivo de los trabajos preparatorios que condujeron a la inclusión de este principio y derecho en el Convenio número 169¹⁹.

¹⁸ En el preámbulo de este instrumento se destaca que para entonces tanto la FAO como la UNESCO y la OMS –en sus respectivos ámbitos– habían adoptado normas sobre el tema, con la colaboración de las Naciones Unidas.

¹⁹ Pueblos indígenas y tribales. Observación CEACR 2010/81. Observación general.

El Convenio 169 es un típico convenio de gobernanza²⁰. Puede decirse con propiedad que los principios de participación y de consulta son la piedra angular del instrumento que con ello quiere estimular la gobernanza democrática y el desarrollo incluyente y sostenible. Por ende, es también un convenio de diálogo social, el paradigma que atraviesa todo el hacer de la OIT como la única agencia del sistema de NN. UU de integración tripartita²¹.

En este sentido cabría destacar del Preámbulo del Convenio:

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión.

IV. EL CONVENIO 169: SENTIDO Y CONTENIDO

El Convenio 169 es el único tratado internacional abierto a ratificaciones que aborda de manera integral y específica los derechos de los pueblos indíge-

²⁰ «El Consejo de Administración de la OIT también ha designado otros cuatro convenios como instrumentos “prioritarios”, por lo cual impulsa a los Estados Miembros a su ratificación, en razón de su importancia para el funcionamiento del sistema de normas internacionales del trabajo.

En su mecanismo de seguimiento, la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa señala la importancia de estos convenios desde el punto de vista de la gobernanza.

Los cuatro convenios de gobernanza son los siguientes:

- Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81)
- Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129).
- Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144)
- Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122)». Las reglas del juego: una breve introducción a las normas internacionales del trabajo / Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra: OIT, tercera edición revisada 2014, p. 16.

²¹ «En dos oportunidades, la ratificación del Convenio núm. 169 constituyó un elemento fundamental de los acuerdos de paz que condujeron al término de conflictos armados internos originados en la exclusión de las comunidades indígenas. En Guatemala, el Acuerdo de Paz Firme y Duradera puso fin a 36 años de guerra civil, en diciembre de 1996. Este Acuerdo puso en vigor varios acuerdos previos negociados durante un período de seis años, tales como el Acuerdo sobre la identidad y los derechos de los pueblos indígenas, firmado el 31 de marzo de 1995, por el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). Los acuerdos de paz facilitaron la ratificación del Convenio núm. 169 por parte de Guatemala el 5 de junio de 1996. En Nepal, el término formal del conflicto armado que comenzó en febrero de 1996 se alcanzó el 21 de noviembre de 2006 con la firma de un Acuerdo de Paz Integral entre el Gobierno y el Partido Comunista de Nepal (maoísta). El proceso de paz consistió en varios acuerdos, alguno de los cuales incluían disposiciones sobre la ratificación del Convenio núm. 169, el cual fue efectivamente ratificado por Nepal el 14 de septiembre de 2007». *Ibidem*, p. 100.

nas y tribales²²: «consagra los principios de respeto a la integridad cultural de los pueblos indígenas, reconociendo su valor y el de la participación en las decisiones que los afectan»²³.

Como se apuntó, se encuentra vigente en 15 países de la región por lo que América Latina y el Caribe concentran el mayor número de ratificaciones²⁴.

El instrumento se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre las tierras y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al desarrollo. El objetivo del convenio es superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas. Por lo tanto, los principios fundamentales de consulta y participación constituyen la piedra angular del mismo²⁵.

El establecimiento de mecanismos de consulta es fundamental para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones. Por ende, los artículos 6 y 7 referidos a consulta y participación resultan disposiciones clave del Convenio núm. 169 sobre las cuales «reposa la aplicación de las demás disposiciones», si bien otros artículos también hacen referencia a la consulta y a la participación²⁶.

El convenio reconoce que los pueblos indígenas se encuentran a menudo en una posición de desventaja, lo que impide su participación equitativa²⁷. Es por ello importante destacar que en virtud del artículo 2 del convenio los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática para promover entre otras cosas, el derecho de estos pueblos a gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población.

Para hacer frente a la situación de los pueblos indígenas que no pueden gozar o ejercer plenamente el derecho de participación política en el mismo gra-

²² En su 107.ª sesión plenaria del 13 de septiembre de 2007, la ONU aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, instrumento de naturaleza y eficacia distinta a la del Convenio 169. <https://www.bing.com/search?q=declaraci%C3%A7%C3%B3n+de+la+ONU+sobre+los+pueblos+indigenas&cv=5cad204cbc234068846d068d73ba1df2&aqs=edge..69i57.12037j0j4&FORM=ANAB01&PC=EDGE>.

²³ Observación General (CEACR). Adopción: 2018, 108.ª Reunión CIT (2019). Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169).

²⁴ El Convenio núm. 169 ha sido ratificado por 23 países de los cuales quince son de América Latina y el Caribe: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela.

²⁵ OIT, Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Ginebra, 2013, página 1.

²⁶ Comisión de Expertos, 76.ª reunión, 2005. Observación Guatemala (párrafo 6), publicación 2006.

²⁷ OIT, Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Ginebra, 2013, página 19.

do que el resto de la población de los países en que viven, el artículo 6. (1)(b) del Convenio requiere que los gobiernos establezcan medios para asegurar que los pueblos indígenas puedan ejercer su derecho a la participación en dos sentidos: primero, en todos los niveles de adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole; y segundo, en la adopción de políticas y programas que les conciernan.

El informe preparado por la Oficina para la Conferencia Internacional del Trabajo de 1988 indicó que para que el derecho de participación de los pueblos indígenas sea efectivo debe brindarles a dichos pueblos, «la oportunidad de hacerse escuchar y de influir en las decisiones adoptadas» y que debe ser respaldado «por mecanismos adecuados de procedimiento instaurados a nivel nacional de acuerdo con las condiciones del país»²⁸.

En su Observación General de 2008, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)²⁹ señaló que, aunque el convenio no impone un modelo específico de participación requiere la existencia o establecimiento de instituciones u otros mecanismos apropiados, con los medios necesarios para cumplir debidamente sus funciones y la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales.

El ámbito de aplicación de los conceptos de consulta y participación se da en el contexto de las relaciones entre los pueblos indígenas y los estados. Por ende,

[e]l objetivo del Convenio es superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas. Por lo tanto, los principios fundamentales de consulta y participación constituyen la piedra angular del Convenio³⁰.

i. Criterios orientadores de aplicación del Convenio

Dispuso el artículo 5.º del Convenio que al aplicar las disposiciones del mismo:

a. deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomar-

²⁸ OIT, Informe VI (1), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), Conferencia Internacional de Trabajo, 75.ª reunión, 1988, página 33

²⁹ «En 1926, se creó la Comisión de Expertos, con el fin de examinar el creciente número de memorias de los gobiernos sobre los convenios ratificados. Actualmente, está compuesta por 20 juristas eminentes, nombrados por el Consejo de Administración por periodos de tres años. Los Expertos proceden de diferentes regiones geográficas y de diferentes sistemas jurídicos y culturas. El cometido de la Comisión de Expertos es la realización de una evaluación técnica imparcial del estado de la aplicación de las normas internacionales del trabajo»: Las reglas del juego: una breve introducción a las normas internacionales del trabajo, *op. cit.*, p 102.

³⁰ OIT. *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, *op. cit.*, p. 1).

se debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b. deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

c. deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

ii. ¿Quiénes son los pueblos indígenas?

El Convenio 169 no incluye una definición de pueblos indígenas y tribales, pero ofrece una serie de criterios subjetivos y objetivos para su identificación. Utiliza la terminología incluyente de «pueblos indígenas y tribales» y atribuye a ambas categorías los mismos derechos.

Más que una definición ontológica, el Convenio adoptó una conceptualización descriptiva fijando criterios subjetivos y objetivos de identificación. Ente los criterios subjetivos, a propósito de los «pueblos indígenas», destacan la conciencia de su identidad indígena, mientras que entre los criterios objetivos lo harían: descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales. Cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas³¹.

En cuanto a los «pueblos tribales», los criterios subjetivos incluirían la conciencia de su identidad tribal, mientras que los objetivos atenderían a sus condiciones sociales, culturales y económicas que les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional o que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

³¹ Artículo 1.

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) [...]

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

V. LA PIEDRA ANGULAR DEL CONVENIO 169: LA CONSULTA Y LA PARTICIPACIÓN

a. La consulta: modalidad y ámbito

El artículo 6.º del Convenio dispone:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [...].

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

En virtud del Convenio las consultas:

i. Deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe;
ii. debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo;

iii. deberán establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias;

iv. debe llevarse a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas, y;

v. deberán llevarse a cabo consultas con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas. Las consultas pro forma o la simple información no cumplirán con los requisitos del *Convenio*. «Al mismo tiempo, dichas consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento³²».

El Convenio subraya particularmente la necesidad de consultar en las circunstancias siguientes:

i. Antes de la prospección o explotación de los minerales y los recursos del subsuelo [artículo 15(2)].

³² *Vid.*, CEACR, Observación general sobre el Convenio núm. 169, formulada en el 2010 y publicada en 2011.

ii. Antes del traslado y la reubicación, los cuales sólo deberán efectuarse con consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa (artículo 16).

iii. Siempre que se considere la enajenación o la transmisión de las tierras de los pueblos indígenas fuera de su comunidad (artículo 17).

iv. En relación con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional (artículo 22).

v. En relación con la alfabetización y programas y servicios de educación (artículos 27 y 28).

En una Observación General de la CEARC de 2008, el cuerpo dejó establecido el alcance de la consulta a propósito del Convenio 169:

En relación a las consultas, la Comisión toma nota de dos desafíos fundamentales: i) garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales; y ii) incluir disposiciones en la legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y exploración de recursos naturales. La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión –con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas– de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes. Si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos.³³

Por su parte, en otra Observación General de la CEARC de 2010, el órgano afinó más aún el sentido y la consecuencia de la consulta y particularmente el alcance del consentimiento.

En relación con el objeto de las consultas, la Comisión considera que las consultas con los pueblos indígenas y tribales deben tener lugar concretamente en relación con las siguientes cuestiones: cuestiones legislativas o administrativas que pueden afectarles directamente (artículo 6, 1, a)); la autorización o ejecución de todos los programas de exploración o explotación de recursos minerales o del subsuelo existentes en sus tierras (artículo 15, 2)); siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad (artículo 17, 2)); y cuestiones específicas relacionadas con la educación (artículos 27, 3) y 28, 1)).

³³ Observación General (CEACR) – Adopción: 2008, Publicación: 98.ª reunión CIT (2009).

«Se debe contar con el consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa, de los pueblos indígenas y tribales», cuando, excepcionalmente se considere necesario el traslado de esos pueblos de las tierras que ocupan y su reubicación (artículo 16, 2)).

Se requiere la participación de los pueblos indígenas y tribales en relación con lo siguiente: el desarrollo de una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de sus pueblos y a garantizar el respeto de su integridad (artículo 2, 1)); la adopción de medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y trabajo (artículo 5, c)); la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernen (artículo 6, 1, b)); la formulación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (artículo 7, 1)); el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y de nivel de salud y educación (artículo 7, 2)); la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras (artículo 15, 1)); y el fortalecimiento y la promoción de las actividades tradicionales [artículo 23, 1)]³⁴.

Por fin, en una Observación General de 2018 la CEACR expresa que.

[t]uvo la ocasión de aclarar el concepto de «consulta» en sus observaciones generales publicadas en 2009 y 2011. «La Comisión destacó que las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo». Además, la Comisión recuerda que corresponde a los gobiernos establecer mecanismos apropiados de consulta a escala nacional, y que las autoridades públicas deben realizarla, sin injerencias, de una manera adaptada a las circunstancias; a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales; y con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas³⁵.

Con todo, el alcance del derecho a la consulta en otros instrumentos internacionales –si bien de naturaleza y eficacia distinta al Convenio 169– es ciertamente diferente. El artículo 19 de *la Declaración de la ONU sobre los pueblos indígenas* es de este tenor: «Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, «a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado»³⁶.

³⁴ Observación General (CEACR) – Adopción: 2010, Publicación: 100.^a reunión CIT (2011).

³⁵ Observación General (CEACR) – Adopción: 2018, Publicación: 108.^a reunión CIT (2019).

³⁶ *Vid., Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas*, Nueva York, 17 a 19 de enero de 2005 (E/C.19/2005/3): «Libre

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que «[...] cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena o tribal], “el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a[l pueblo], sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de éste, según sus costumbres y tradiciones”»³⁷.

b) La participación

El artículo 6. 1. B del Convenio dispone que:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

[...]

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

debería implicar que no hay coerción, intimidación ni manipulación. Previo debería implicar que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos de consulta/ consenso con los pueblos indígenas. Informado debería implicar que se proporcione información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos: a) [l]a naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; b) [l]a razón o razones o el objeto u objetos del proyecto [...]; c) [l]a duración [...]; d) [l]os lugares de las zonas que se verán afectados; e) [u]na evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos [...]; f) [e]l personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto [...]; g) [p]rocedimientos que puede entrañar el proyecto»

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 134. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) «[...] la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo». En la misma sentencia se lee: [...] el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que:

[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.

En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que «[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo», párrafo 135.

En el artículo 7.1, por su parte, se dice:

«1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente [...]».

«c) El vínculo entre la consulta y la participación».

Pero, por fin, conviene destacar el vínculo inescindible entre la consulta y la participación, un tópico que los órganos de control de aplicación de la OIT y particularmente la CEACR han puesto de manifiesto:

El derecho de los pueblos indígenas a la consulta no se limita al derecho de dar a conocer su reacción a medidas iniciadas o impuestas desde el exterior. «Los órganos de control de la OIT han subrayado la interrelación de los conceptos de consulta y de participación». Lo anterior implica que los pueblos indígenas no deben dar a conocer únicamente su reacción y ser capaces de influir sobre las propuestas iniciadas desde el exterior, sino que deben participar activamente y proponer medidas, programas y actividades que construyan su desarrollo. «La participación significa asimismo más que una mera consulta y debe llevar a la apropiación de las iniciativas por parte de los pueblos indígenas. En este sentido, los conceptos entrelazados de consulta y de participación son los mecanismos que aseguran que los pueblos indígenas puedan decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y controlar su propio desarrollo económico, social y cultural», como lo establece el artículo 7(1) del Convenio³⁸.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. El Convenio 169 muy probablemente sea el instrumento más complejo del sistema normativo de la OIT. De una parte, por el muy extenso ámbito temático que incluye y, de la otra, porque –como se dijo desde el momento de su adopción³⁹– se trata de un instrumento que de alguna manera desborda el ámbito competencial de la organización.

³⁸ Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), *op. cit.*, p. 20.

³⁹ Algo similar se apuntó al considerarse la adopción del convenio 107.

2. Desde los primeros convenios de la OIT dedicados al tema –adoptados en los años treinta del siglo pasado– que se ocuparon de los trabajadores indígenas y de su reclutamiento, hasta el Convenio 169 de 1989, se dibuja una hipérbola que deja ver una sostenida evolución en el enfoque y en la adopción de normas internacionales dirigidas, primeramente, a la protección de los trabajadores indígenas y de las poblaciones indígenas y tribales después.

3. En lo que hace a la América Latina, seguramente por lo que significó el alto número de ratificaciones del instrumento –comparativamente mayor a otras regiones del mundo– el Convenio 169 ha sido objeto no solo de una profusa legislación de desarrollo sino, al mismo tiempo, de una jurisprudencia constitucional que le ha asignado caracterizaciones muy particulares. Por todas, y para ejemplificar, cabría mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (Sentencia Rol 309/2000) que dejó establecido que el artículo 7 del Convenio 169 resultaba una norma *self-executing provisions*, esto es, de aplicación directa por parte del juzgador⁴⁰. En otros casos se le ha reconocido como un instrumento incluido en el llamado «bloque de la constitucionalidad», doctrina judicial que posiblemente marque el aporte más relevante de la jurisprudencia constitucional de la región en los últimos tiempos. Por todos, cabría mencionar la Sentencia T-002/17 de la Corte Constitucional de Colombia (Acuerdo de consulta previa-Protección constitucional. Convenio 169 de la OIT y bloque de constitucionalidad-Fundamento del derecho a la consulta previa)⁴¹.

4. En 2019 el Convenio 169 cumplió 30 años desde su adopción. En esa ocasión la Oficina Internacional del Trabajo publicó un estudio que hacía un balance sobre la aplicación del instrumento después de más de tres décadas,

⁴⁰ «Que, en cambio, la situación es diferente respecto de las otras dos normas de la Convención Núm. 169 que, a juicio de los requirentes, versan sobre materias propias de ley orgánica constitucional, según se pasará a demostrar.

En efecto, el artículo 7, núm. 1.º, oración final, del tratado en estudio dispone: “Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

“La simple lectura de este precepto es suficiente para estimar que estamos en presencia de una norma autoejecutable” como se infiere con claridad de la forma imperativa en que se encuentra redactada al disponer que los pueblos “deberán participar”.

Esta disposición en los términos en que está concebida, modifica parcialmente el artículo 16, letra a), de la Ley núm. 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, pues establece la obligación de participar a los pueblos indígenas en una función propia del gobierno regional que en el artículo 16, letra a), de la señalada ley se la entrega a dicho gobierno, sin limitaciones».

⁴¹ «La trascendencia constitucional del derecho a la consulta previa emana del Convenio 169 de la OIT, aprobado por el Congreso de la República mediante Ley 21 de 1991 “Por la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, pues vía bloque de constitucionalidad, en sentido estricto, pasó a ser un mecanismo directo de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales y una fuente obligatoria de derecho constitucional».

destacando la labor de los órganos de control de aplicación de la OIT y particularmente de la CEACR.

Una cita parcial de ese texto quizás sea oportuna para dar un sentido final y conclusivo a estas líneas:

En 2019 se conmemoró el trigésimo aniversario de la adopción del Convenio núm. 169, un hito en la trayectoria centenaria de la OIT de mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos indígenas y tribales. El Convenio es un instrumento único y su impacto trasciende en gran medida el contexto de la OIT. Al tratarse del único tratado internacional abierto a ratificación con disposiciones específicas sobre la promoción y la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, plantea una visión contemporánea y proporciona orientaciones concretas para asegurar los derechos y el bienestar de estos pueblos. «Con el giro adoptado respecto del paradigma asimilacionista de normas anteriores de la OIT, el Convenio núm. 169 reconoce a los pueblos indígenas y tribales como comunidades diferentes y considera la diversidad cultural que representan y sus contribuciones como algo fundamental para la sociedad en su conjunto»⁴².

⁴² Aplicación del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la OIT: Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo. OIT. 2019, p. 33.

AUTORES QUE INTERVIENEN EN ESTA OBRA

Raquel Aguilera Izquierdo	Diego Álvarez Alonso
Henar Álvarez Cuesta	Rafael Álvarez Gimeno
Macarena Ángel Quiroga	Marialaura Birgillito
María Antonia Castro Argüelles	Ángeles Ceinos Suárez
Juan Escribano Gutiérrez	José Antonio Fernández Avilés
Óscar Fernández Márquez	Olga Fotinopoulou Basurko
Joaquín García Murcia	Juan Carlos García Quiñones
Alba García Torres	Ignacio González del Rey Rodríguez
José María González del Río	Horacio Guido
Beatriz Gutiérrez-Solar Calvo	Ana Matorras Díaz-Caneja
Eva María Menéndez Sebastián	Paz Menéndez Sebastián
María Nieves Moreno Vida	Federico Navarro Nieto
Sira Pérez Agulla	Daniel Pérez del Prado
Raquel Yolanda Quintanilla Navarro	Iván Antonio Rodríguez Cardo
Mariola Serrano Argüeso	María José Serrano García
Francisco Javier Torollo González	María Luz Vega Ruíz
Humberto Villasmil Prieto	