

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN EL MARCO DE LA CENTENARIA OIT. UNA BREVE REFERENCIA A LA SITUACIÓN DE ESPAÑA COMO MIEMBRO DE LA MISMA

ANA GEMMA LÓPEZ MARTÍN*

*Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: SOBRE EL IMPORTANTE PAPEL DE LA OIT EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. 2. UNA BREVE RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA GESTACIÓN DE LA OIT. 3. EL FUNCIONAMIENTO DE LA OIT. 3.1. La estructura institucional. 3.2. La intensa actividad normativa de la OIT. 3.3. Proyección de las normas internacionales del trabajo. 4. LOS MECANISMOS DE CONTROL DEL RESPETO DE LOS DERECHOS LABORALES. 4.1. El sistema de control regular: los informes estatales. 4.2. Procedimientos especiales por incumplimiento de los convenios. 4.2.1. El procedimiento de queja. 4.2.2. Las reclamaciones colectivas. 4.2.3. Quejas sobre libertad sindical. 4.3. Efectividad de los mecanismos de control. 5. BREVE REFERENCIA A LA SITUACIÓN DE ESPAÑA COMO MIEMBRO DE LA OIT. 6. SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD RECIENTEMENTE CONSAGRADO (POR FIN) POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A PROPÓSITO DEL CONVENIO N° 158 DE LA OIT Y SU APLICACIÓN POSTERIOR.

RESUMEN: La OIT es la organización internacional más antigua que existe, habiendo cumplido ya cien años de existencia. Durante este largo período de tiempo ha realizado una importantísima labor en la protección de los derechos laborales la cual, a pesar de su relevancia, es poco conocida. En este trabajo se lleva a cabo una exposición de dicha tarea, para pasar a realizar un examen sobre la situación existente en España en relación con el respeto o no de las normas laborales adoptadas por esta organización de la que es Estado miembro desde su creación en 1919. Haciendo referencia al recién descubierto por nuestro Tribunal Constitucional ‘control de convencionalidad’, habida cuenta que ha generado una interesante práctica judicial en relación con convenios de la OIT.

* Miembro de número del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional
Fecha de recepción: 16 septiembre 2021
Fecha de aceptación: 30 septiembre 2021

PALABRAS CLAVE: Organización Internacional del Trabajo, derechos laborales, España, control de convencionalidad

SUMMARY: The ILO is the oldest International Organization in existence, having already been in existence for one hundred years. During this long period of time, it has carried out a very important work in the protection of labor rights which, despite its relevance, is little known. In this work, an exposition of said task is carried out, to go on to carry out an examination on the existing situation in Spain in relation to the respect or not of the labor standards adopted by this organization of which it has been a Member State since its creation in 1919. Referring to the conventionality control recently discovered by our Constitutional Court, given that it has generated an interesting judicial practice in relation to ILO conventions.

KEY WORDS: International Labor Organization, labor rights, Spain, conventionality control.

RÉSUMÉ: L'OIT est la plus ancienne organisation internationale existante, qui existe déjà depuis cent ans. Au cours de cette longue période, il a réalisé un travail très important dans le domaine de la protection des droits des travailleurs qui, malgré sa pertinence, est peu connu. Dans ce travail, un exposé de ladite tâche est effectué, afin de procéder à un examen de la situation existante en Espagne par rapport au respect ou non des normes du travail adoptées par cette organisation dont elle est membre depuis sa création 1919. Se référant au contrôle de conventionalité récemment découvert par notre Cour constitutionnelle, étant donné qu'elle a généré une pratique judiciaire intéressante par rapport aux conventions de l'OIT.

MOTS CLÉS: Organisation Internationale du Travail, droit du travail, Espagne, contrôle de conventionalité.

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE EL IMPORTANTE PAPEL DE LA OIT EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Al referirse a la protección de los derechos humanos, si hay una labor a destacar sobre todas es la realizada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), si bien, en un ámbito muy específico como son los derechos laborales; específico, pero no por ello menos importante. A pesar de esta realidad, lo cierto es que la OIT es la gran desconocida cuando se habla de derechos humanos, y ello a pesar de que su labor es la más longeva en este ámbito internacional.

Habiendo cumplido ya los cien años de existencia –fue creada por el Tratado de Versalles de 1919–, parece que la OIT está aún por descubrir. Porque ocurre, de manera habitual, que cuando se habla de derechos humanos uno piensa automáticamente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Naciones Unidas o, incluso, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero, lo cierto es que la protección de los derechos humanos va más allá de este –podríamos decir– triunvirato, y existen muchos otros órganos, organizaciones e instituciones que tienen como objetivo esa protección, y que incluso algunas de ellas, han conseguido unos resultados mayores pero que, en cambio, apenas se conocen, como ocurre con la OIT, que ha sido fundamental en el desarrollo de unos concretos derechos humanos, como son los relacionados con el derecho al trabajo.

Aspectos tan importantes en el marco de los derechos laborales como la paga por desempleo, el descanso semanal, la prohibición del trabajo forzoso, las vacaciones retribuidas, la negociación colectiva, la igualdad salarial e, incluso, la fijación de un salario mínimo –entre otros muchos–, han sido establecidos de manera obligatoria para los Estados por parte de la Organización Internacional del Trabajo, a través de diversos tratados internacionales. Tales son, respectivamente, los siguientes Convenios: el n° 2 de 1919; el n° 14 de 192; el n° 29 de 1930 (trabajo forzoso abolido de forma definitiva en el n° 105 de 1957); el n° 52 de 1936 (revisado por el Convenio n° 132 de 1970); el n° 98 de 1949; el n° 100 de 1951; y el n° 131 de 1970.

Una relación de tratados que no se limita a los mencionados, pues son 190 los convenios adoptados por la OIT desde 1919 hasta la actualidad. A los que debemos sumar 6 protocolos y 204 recomendaciones. Lo que hace un total nada desdeñable de 400 instrumentos jurídicos que da cuenta de la importante labor desempeñada por esta centenaria organización.

Resulta más reseñable aún, que su labor en pro de los derechos humanos ha sido ciertamente temprana en el marco del Derecho internacional de los Derechos Humanos. No en vano, los convenios anteriormente referidos son muy anteriores a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; y, más aún, anteriores a los primeros tratados generales de derechos humanos como son el Convenio de Roma de 1950, los Pactos de Nueva York de 1966, la Carta Social Europea de 1951 o la Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969 y el Protocolo de San Salvador de 1985. Siendo, incluso, muy destacables algunos de ellos como es el caso del Convenio n° 100 de 1951 sobre igualdad salarial, que es el primer tratado internacional que reconoce la igualdad de derechos entre hombre y mujeres, por lo que es considerado como un hito en el marco de ese reco-

nocimiento; un reconocimiento que no se plasmará en un tratado general hasta 1979, fecha en la que se adopta la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Más aún, cuando se crea la OIT en 1919 con el objetivo de promover la justicia social y los derechos humanos y laborales, no solo se implantó la elaboración de normas internacionales de trabajo a esos efectos; sino que, de forma paralela, se instauraron mecanismos de control del respeto de esas normas. Cuestión esta de vital importancia porque, si no existen mecanismos para controlar que los Estados cumplan lo dispuesto en los tratados y para actuar contra ellos cuando su legislación nacional no se ajusta a lo establecido por las normas internacionales del trabajo, los derechos reconocidos en ellas se convierten en letra muerta.

Siendo esto así, con vistas a la efectiva puesta en práctica de sus normas, la OIT fijó un amplio sistema de control sobre la aplicación de las mismas que constituye el primer modelo institucionalizado de supervisión normativa llevado a cabo por una organización internacional. Dicho sistema se articula, tanto en torno a la presentación de informes periódicos por parte de los Estados miembros sobre la adecuación de su legislación interna a las obligaciones emanadas de las normas de la OIT, como a diferentes procedimientos de quejas y reclamaciones en caso de que dicha legislación no se ajuste a los parámetros fijados por dichas normas. Resulta, además, que tal sistema ha servido de modelo y referente para los mecanismos de control que posteriormente han establecido otras organizaciones como la Organización de Naciones Unidas, el Consejo de Europa o la Organización de Estados Americanos.

Todo esto erige a la OIT en una auténtica pionera en la protección y defensa de los derechos humanos. Una organización de la que España es Estado miembro desde su creación, por lo que consideramos importante hacer un breve repaso a su situación en relación con su adecuación a los estándares de protección de los derechos laborales fijados por la misma.

2. UNA BREVE RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA GESTACIÓN DE LA OIT

La idea de una reglamentación internacional del trabajo empezó a manifestarse a principios del siglo XIX como consecuencia de las preocupaciones surgidas respecto de las condiciones de trabajo en la naciente

industria y con la competencia internacional. Se concibió como aspiración de hombres como Robert Owen, Daniel Le Grand, Villermé, Ducpétiaux, Audiganne y Fontaine, considerados los precursores de la idea. Sin embargo, la propuesta de una legislación internacional del trabajo no obtuvo los primeros apoyos oficiales hasta la segunda mitad del siglo XIX; primero por parte de agrupaciones privadas, después en las asambleas legislativas, hasta llegar, por fin, a las conferencias internacionales¹. Así, en 1890 tuvo lugar la “Conferencia de Berlín”, primera conferencia internacional de carácter oficial sobre cuestiones relativas al trabajo que constituyó un paso importante para futuros progresos, a pesar de que no lograra alcanzar muchos de los objetivos propuestos².

De manera paralela, surgieron iniciativas privadas de apoyo a la elaboración de una legislación internacional para protección de los trabajadores, la cuales culminaron en la fundación, en 1901, de una “Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores” y de una “Oficial Internacional del Trabajo”, con sede en Basilea. Si bien esta Asociación era una organización privada, supuso un esbozo de lo que luego sería la OIT³. En 1914, los trabajos desarrollados por la Asociación y la Oficina llevaron a la adopción de los dos primeros tratados en materia laboral, fruto de las Conferencias de Berna, y otros dos estaban en fase de elaboración. Además, se había consolidado la realización periódica de conferencias internacionales destinadas a la adopción de convenios sobre cuestiones del trabajo. No obstante, los avances quedaron paralizados con el inicio de la Primera Guerra Mundial⁴. Tras finalizar la Gran Guerra, la necesidad de una reglamentación internacional del trabajo se trasladó desde las iniciativas privadas hacia el ámbito gubernamental, siendo acogida como uno de los objetivos de la Conferencia de Paz. Así, ya en la primera reunión de ésta, se decidió crear una Comisión de Legislación Internacional del Trabajo con el propósito de elaborar el proyecto de una institución permanente bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones⁵.

El proyecto fue adoptado el 11 de abril de 1919 por la Conferencia de Paz, incorporándose una Parte XIII al Tratado de Versalles en la cual se establecía la creación de una Organización Internacional del Trabajo desti-

¹ VALTICOS, N., *Derecho Internacional del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 34.

² SÚSSEKIND, A., *Direito Internacional do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2000, pp.89-91.

³ VALTICOS, N., *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 45-47.

⁴ VALTICOS, N., *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 51.

⁵ DÍEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones Internacionales*, 16ª ed., Madrid, Tecnos, 2010, pp. 375-76.

nada a consolidar una paz duradera por medio de la justicia social. En este sentido, la Parte XIII (arts. 387 a 427) del Tratado de Versalles se convirtió en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), convirtiéndose en el primer instrumento jurídico de ámbito universal en establecer derechos de contenido social directo. La misión por la que se crea la OIT es la de alcanzar la paz laboral en el ámbito global, promoviendo la justicia social y los derechos humanos y laborales.

La cualidad de “Miembros originarios” de la OIT fue atribuida a los 29 Estados signatarios del Tratado de Paz⁶, así como a otros 13 Estados⁷, que fueron invitados a adherir al Pacto, entre los que se encontraba España⁸. Actualmente, la OIT cuenta con 187 Estados miembros⁹.

La primera Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) en el seno de la OIT, tuvo lugar en Washington en octubre de 1919, siendo entonces adoptados los primeros seis convenios internacionales del trabajo relativos a las siguientes materias: las horas de trabajo en la industria, desempleo, protección de la maternidad, trabajo nocturno de las mujeres, edad mínima y trabajo nocturno de los menores en la industria. En 1920, la OIT estableció su sede en Ginebra y eligió como primer Director General al francés Albert Thomas¹⁰. En su 26ª reunión, celebrada en 1944, la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó la “Declaración referente a los fines y objetivos de la OIT”, conocida como “Declaración de Filadelfia”, en la cual precisó y amplió los principios del Tratado de Versalles, avanzando en sus posibilidades de actuación. En el artículo 2 de esta Declaración están fijados los cuatro derechos fundamentales que existen en el trabajo: libertad de asociación, libertad sindical y derecho de negociación colectiva;

⁶ Bélgica, Bolivia, Brasil, Imperio Británico, Canadá, Australia, Africa del Sur, Nueva Zelanda, India, China, Cuba, Francia, Guatemala, Grecia, Haití, Honduras, Italia, Japón, Liberia, Nicaragua, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, Rumania, Estado Servo-Croata-Esloveno, Siam, Checoslovaquia, Uruguay (http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1976/76B09_931.pdf#page=10).

⁷ Además de España, fueron invitados y, por tanto, tienen la condición también de miembros originarios de la OIT: Argentina, Chile, Colombia, Dinamarca, Noruega, Paraguay, Países Bajos, Persia, Salvador, Suecia, Suiza y Venezuela (http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1976/76B09_931.pdf#page=10). Esto suma un total de 42 miembros originarios, lo que no está nada mal, sobre todo si lo comparamos con la Sociedad de Naciones, la primera gran organización internacional universal de carácter general la cual contó con uno menos: 41 miembros originarios.

⁸ <http://www.ilo.org/public/spanish/support/lib/century/>.

⁹ <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ctry-ndx.htm>.

¹⁰ <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>.

eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; abolición del trabajo infantil; y eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Debido a su importancia, la Declaración de Filadelfia pasó a ser un anexo a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

En los dos años siguientes, la OIT llevó a cabo varias reformas constitucionales para permitir, entre otras cosas, una actuación autónoma tras la disolución de la Sociedad de las Naciones. Concomitantemente a esas reformas, la OIT celebró el 30 de mayo de 1946 un acuerdo con la recién creada Organización de las Naciones Unidas por el cual se convertía en el primer organismo especializado de la ONU según lo establecido en el artículo 63 de la Carta de San Francisco.

En 1998, se adopta la “Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo “que vino a consolidar un núcleo duro de “derechos humanos laborales” en el ámbito de la OIT, estableciendo un grupo de principios y derechos fundamentales de aplicación primordial por los todos Estados Miembros. Además, estos derechos reflejan los valores esenciales de la OIT: libertad, igualdad y dignidad personal de los trabajadores¹¹. En el artículo 2 de esta Declaración están fijados los cuatro derechos fundamentales del trabajo: la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Desde luego, una de las más fuertes motivaciones de la OIT para poner énfasis en este listado de derechos se justifica en la importancia que tienen para que sean asequibles los demás derechos laborales¹². Más aún, como resaltó Philip Alston¹³, la explicación tiene en consideración que son derechos reconocidos como derechos humanos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De hecho, constituyen en la actualidad los objetivos clave de la Organización y son considerados intrínsecos a su funcionamien-

¹¹ VALTICOS, N., *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 239.

¹² Para Francis Maupain, los derechos fundamentales consagrados en la Declaración de la OIT de 1998 son “*enabling rights*”, es decir, serían derechos facilitadores/procedimentales para que los trabajadores puedan conquistar otros derechos (vid. MAUPAIN, F., “Revitalization Not Retreat: The Real Potencial of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers”, *European Journal of International Law*, vol. 16, núm. 3, junio 2005, p. 448).

¹³ ALSTON, P., “Labour Rights as Human Rights: The Not So Happy State of the Art”, en ALSTON, P. (dir.), *Labour Rights as Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 3.

to. Además, el compromiso de respetar, promover y hacer realidad los derechos y principios fundamentales constituye una obligación que deriva de la condición de Miembro que debe ser cumplida por todos los Estados que forman parte de la OIT.

La tercera declaración de principios y políticas de gran alcance dentro de la OIT es la “Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa”, adoptada en 2008 unánimemente por la Conferencia Internacional del Trabajo. Entre sus contribuciones están la institucionalización del concepto de “trabajo decente” y la incorporación de éste en el centro de las prioridades políticas de la Organización¹⁴.

La OIT recibió el primer Nobel de la Paz en 1969, con ocasión de su 50º aniversario.

3. EL FUNCIONAMIENTO DE LA OIT

Una de las mayores singularidades que tiene la OIT es su composición tripartita que es la base de todo el funcionamiento de esta organización. A diferencia del resto de Organizaciones internacionales que están compuestas solo por Estados, forman parte de la OIT organizaciones de trabajadores y organizaciones de empleadores, en pie de igualdad con los Estados, ostentando la misma voz y el mismo derecho al voto que los gobiernos en sus deliberaciones y adopción de decisiones. Esta peculiaridad se deja sentir y queda reflejada en todo el funcionamiento de esta Organización, que pasamos a exponer brevemente.

3.1. *La estructura institucional*

La organización institucional permanente de la OIT se estructura fundamentalmente en tres órganos: la Conferencia Internacional del Trabajo, el Consejo de Administración y la Oficina Internacional del Trabajo. Todos estos están organizados de forma tripartita.

La *Conferencia Internacional del Trabajo* (CIT) es la Asamblea General de la OIT. Se trata, esencialmente, de un foro que reúne representantes de los gobiernos, de los trabajadores y de los empleadores para la discusión de las cuestiones relativas al trabajo. La Conferencia es responsable de funciones

¹⁴ <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:61:0::NO:61>.

estructurales de la OIT, como la adopción de las políticas generales de la Organización y de las normas internacionales del trabajo. Por esta última función, la CIT es conocida como el “parlamento del trabajo”. Entre las competencias más importantes destacan la elaboración de las directrices de la política social de la OIT; la formulación y la adopción de los instrumentos jurídicos, convenios y recomendaciones; el seguimiento del cumplimiento de dichos instrumentos; la elección y la renovación del Consejo de Administración; la admisión de nuevos miembros en la Organización; la aprobación de los acuerdos de coordinación con otras organizaciones internacionales y con otros organismos especializados de la ONU y la aprobación del presupuesto de la Organización.

La Conferencia se reunirá “cada vez que sea necesario, y, por lo menos, una vez al año” (art.3). El lugar donde tienen lugar las reuniones es determinado por el Consejo de Administración, aunque puede ser acordado por la propia Conferencia en su último encuentro; normalmente se celebra en Ginebra. Cada Estado Miembro de la OIT está representado por cuatro delegados (lo que hace un total de 748 componentes), siendo dos de ellos representantes gubernamentales, uno representante de los empleadores y uno representante de los trabajadores. Importa destacar que, para la designación de los representantes no gubernamentales, se debe considerar a aquellas organizaciones de empleadores y trabajadores que sean las más representativas en el seno del país (art.3.5). En la toma de decisiones, cada delegado vota individualmente y de forma independiente. Así, pues, a diferencia de lo que ocurre normalmente en las organizaciones internacionales, no son solo los gobiernos quienes expresan la voluntad del Estado, sino que son los actores involucrados en las relaciones laborales quienes manifiestan la voluntad de la clase que representan. Habida cuenta que sus decisiones se adoptan por mayoría de 2/3, eso significa que se necesita el voto favorable de 498 representantes, lo que supone que sus normas son aprobadas por un amplísimo consenso procedente además de las 3 ramas implicadas (gobierno, trabajadores y empresarios). Esta es una de las claves del éxito de la elaboración de sus normas laborales.

El *Consejo de Administración* (CA) funciona como el órgano ejecutivo de la Organización Internacional del Trabajo. Entre sus principales funciones están: la adopción de decisiones sobre la política de la Organización; la determinación del orden del día de la Conferencia y de las reuniones regionales y técnicas; el análisis de las observaciones y conclusiones de sus comisiones internas, incluso de las del Comité de Libertad Sindical; la aprobación del formulario de preguntas sobre los convenios que deben contestar anualmente los Estados; la adopción de las medidas previstas en

los artículos 24 a 34 de la Constitución de la OIT, en caso de reclamación o queja contra un Estado; y la elaboración del presupuesto. Su composición también es tripartita: 56 miembros titulares (28 gubernamentales, 14 de los trabajadores y 14 de los empleadores) y 66 adjuntos (28 gubernamentales, 19 de los trabajadores y 14 de los empleadores). Entre los 28 representantes gubernamentales, 10 de ellos habrán de ser nombrados directamente por los diez Estados Miembros de mayor importancia industrial¹⁵. El mandato de los miembros del Consejo es de 3 años y las reuniones se realizan, de forma ordinaria, tres veces al año (en marzo, junio y noviembre).

La *Oficina Internacional del Trabajo* es el secretariado permanente de la OIT. Se trata de un órgano administrativo con funciones diversas las cuales pueden ser sintetizadas en tres grupos: funciones de compilación, distribución y publicación de informaciones relativas a la reglamentación internacional del trabajo; funciones de auxilio y soporte a la Conferencia; y funciones de asistencia técnica a los Miembros de la OIT (art.10). Se compone por un Director General –nombrado por el Consejo de Administración para un mandato de cinco años–, responsable de dirigir las labores de ésta, ejerciendo, además, el puesto de Secretario General en la Conferencia; y por un grupo de funcionarios elegido por el propio Director. Además, se encuentran vinculadas a la Oficina las dos instituciones especializadas de la OIT: el Instituto Internacional de Estudios Laborales, creado en 1960, con sede en Ginebra, y el Centro Internacional de Perfeccionamiento Profesional y Técnico, creado en 1965, con sede en Turín¹⁶.

3.2. *La intensa actividad normativa de la OIT*

La actividad normativa es una de las funciones más significativas de la OIT en su labor de protección de los derechos socio-laborales. Se trata de una acción esencial para que los objetivos de la Organización sean efectivamente concretizados. Así, a través de los convenios y las recomendaciones (principales instrumentos jurídicos de la Organización¹⁷) la OIT establece

¹⁵ Tales son: Alemania, Brasil, China, Estados Unidos, Francia, India, Italia, Japón, Reino Unido y Rusia (<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/governing-body/lang-es/index.htm>).

¹⁶ <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/who-we-are/ilo-centres-and-institutes/lang-es/index.htm>.

¹⁷ Entre los instrumentos normativos de la OIT figuran también las “resoluciones”, sin embargo, como no generan obligaciones para los Miembros, son aprobadas por mayoría simples y se refieren, en regla, a cuestiones internas de la Organización y las no incluidas en el orden del día de la Conferencia.

los parámetros normativos destinados a la aplicación por los Miembros en sus respectivos ordenamientos internos con vistas a la garantía de los derechos sociales y las libertades fundamentales en el trabajo. La competencia para elaborar y aprobar los instrumentos normativos es, como hemos visto, de la Conferencia Internacional del Trabajo.

La principal diferencia entre los convenios y las recomendaciones es de carácter jurídico. Los *convenios* son tratados internacionales y, por lo tanto, contienen normas obligatorias para los Estados que los ratifican. Su proceso de elaboración es único, tanto por el proceso en sí, como por quiénes son sus participantes.

Por lo que se refiere al primer aspecto, se lleva a cabo una ‘doble discusión’ para su adopción que opera de la siguiente manera. El Consejo de Administración decide inscribir un tema en el orden del día de la CIT. La Oficina Internacional del Trabajo prepara un informe en el que se analiza la legislación y la práctica de los Estados Miembros respecto del asunto de que se trate. Este informe se envía a los Estados Miembros y a las organizaciones de empleadores y de trabajadores para que formulen comentarios al respecto, y luego se discute en la CIT. Posteriormente, la Oficina prepara un segundo informe que contiene un proyecto de instrumento sobre el que también pueden formularse comentarios. Dicho proyecto se somete a discusión en la siguiente Conferencia, si se considera necesario se enmienda, y se propone para su adopción. Este sistema proporciona a los participantes en la Conferencia el tiempo suficiente para analizar el proyecto de instrumento y formular comentarios sobre el mismo. Para su adopción se requiere una mayoría de dos tercios.

El segundo aspecto peculiar y más relevante aún es que, como acabamos de ver, los convenios son adoptados por la CIT, de la que forman parte, no solo los Estados, sino representantes de trabajadores y empleadores los cuales tienen voz y voto en la elaboración y adopción de los convenios. Esto constituye una destacable excepción a la regla general de los tratados internacionales que, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969, son acuerdos celebrados por escrito entre Estados¹⁸. En el marco de la OIT, los tra-

¹⁸ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención de Viena de 1986, también son tratados los acuerdos celebrados por escrito entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales entre sí. Estos son los dos sujetos internacionales con capacidad normativa.

tados los celebran Estados y particulares, lo que le erige en caso único en Derecho internacional.

Por lo que se refiere a las *recomendaciones*, como indica su nombre, se dedican a establecer normas de orientación, sirviendo de inspiración para las futuras leyes de los Estados o como directrices para la interpretación de los convenios. Importa destacar, como advirtió Arnaldo Sussekind, que desde el punto de vista material no hay distinción entre los convenios y las recomendaciones¹⁹. Es decir, no hay un grupo de derechos u obligaciones que sean de tratamiento exclusivo por uno u otro instrumento. Todas las materias que son de competencia de la OIT pueden estar insertas en cualquiera de los dos tipos normativos. Sin embargo, de acuerdo con la Constitución de la OIT, en el momento de la adopción de las proposiciones normativas, se dará preferencia a la forma de “convenio internacional”, eligiendo la forma de recomendación sólo cuando la cuestión tratada no se considere conveniente para asumir la forma de un tratado (art.19).

Con relación a las obligaciones que generan para los Estados Miembros, los convenios y las recomendaciones poseen una obligación común: deben ser sometidos a la apreciación de la autoridad nacional competente²⁰. En cuanto a su contenido, los convenios y las recomendaciones se refieren, en gran medida, a la garantía de condiciones dignas de trabajo y a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los trabajadores, componiendo en su conjunto el amplio rol de los derechos socio-laborales.

Los 190 convenios que, como hemos indicado, han sido adoptados por la OIT se dividen en 3 categorías. Convenios fundamentales, Convenios de Gobernanza y Convenios Técnicos²¹.

Los Convenios *Fundamentales* tienen su razón de ser en la necesidad de garantizar la protección de unos derechos y principios básicos en el trabajo, ya que constituyen los cimientos del objetivo principal de la OIT: un trabajo decente, libre, igualitario, seguro y digno para mujeres y hombres. Por ello, en su Declaración de 1998, la OIT recuerda que los Estados pertenecientes a la Organización han de respetar los principios relativos a

¹⁹ SÜSSEKIND, A., *Direito Internacional...*, *op.cit.*, p. 182.

²⁰ Se trata de una obligación constitucional que deriva de la condición de Miembro de la Organización, tal como se prevé en el artículo 19, párrafos 5 y 6, de la Constitución de la OIT. *In: Anexo I.*

²¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, OIT, Ginebra, 2019, pp.18-24.

los derechos fundamentales que hemos apuntado antes²², independientemente de que hayan ratificado los Convenios que los contienen. Esta obligación de respeto aún por parte de los países no adheridos es poco común en la práctica internacional, basada principalmente en la autonomía de la voluntad, lo que demuestra la importancia que ostenta la consecución de estos derechos para la OIT. Los calificados como fundamentales son ocho:

- Convenio n° 29 sobre el trabajo forzoso, de 1930 y su Protocolo de 2014;
- Convenio n° 87 sobre la libertad sindical y derecho de sindicación de 1948;
- Convenio n° 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949;
- Convenio n° 100 sobre igualdad de remuneración, 1951;
- Convenio n° 105 sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957;
- Convenio n° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958;
- Convenio n° 138 sobre la edad mínima de 1973;
- Convenio n° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999.

Por otro lado, los Convenios de *Gobernanza* ostentan una posición prioritaria, ya que pretenden garantizar el cumplimiento de las normas laborales por parte de los Estados. Por ello, el Consejo de Administración insta a los Estados Miembros a su ratificación. Se diferencian de los anteriores en que no contienen un elenco de derechos colectivos e individuales que los Estados se ven obligados a garantizar, sino obligaciones políticas: crear un sistema de inspección de trabajo (en que se incluya el control del trabajo agrícola), fomentar el trabajo y el diálogo entre los agentes sociales. En el mecanismo de seguimiento de la *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa* se señala la importancia de estos convenios desde el punto de vista de la gobernanza. Son cuatro.

- Convenio n° 81 sobre la inspección del trabajo, 1947;
- Convenio n° 122 sobre la política del empleo, 1964;

²² 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.

- Convenio n° 129 sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969;
- Convenio n° 144 sobre la consulta tripartita, 1976.

Los demás convenios –178 en total (de los que están en vigor 102) figuran entre los llamados *Convenios técnicos*. Estos regulan distintos derechos laborales que, pese a su relevancia, no ostentan la cualidad de prioritarios o fundamentales para la OIT. Esta posición no es casual, sino que se debe a la imposibilidad de su implantación de no conseguirse la consolidación de los anteriores en primer lugar. Asimismo, su relevancia va a depender del momento histórico en que se dicten. Puede observarse como las primeras normas internacionales laborales versan en su mayoría sobre el trabajo desarrollado en los sectores primario y secundario, mientras que las más recientes se dedican a la protección de la familia, el trabajo doméstico, la salud y la prevención de conductas violentas en el trabajo.

Además del funcionamiento tripartito en su negociación y adopción que hemos señalado, otro rasgo específico de los convenios de la OIT es que los Miembros de la Organización están obligados a someter los convenios adoptados en la Conferencia Internacional del Trabajo, en el término de un año desde su adopción, a la autoridad o autoridades nacionales a quienes compete el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas. Se trata de una obligación derivada de la Constitución de la OIT (art.18, pa.5 (b)), a la cual están sujetos todos los Miembros. Esta peculiaridad quiebra la sistemática usual de los tratados según la cual no hay obligación para los gobiernos de someter al parlamento los tratados que no les interese poner en práctica²³.

Por último, quisiéramos apuntar otra de las singularidades que existen en el marco de la actividad normativa de la OIT. La misma viene referida a la existencia de un *mecanismo de examen de las normas* (MEN) que fue establecido por el Consejo de Administración en 2011 (en vigor desde 2015), para garantizar que la Organización cuente con un conjunto coherente y actualizado de normas internacionales del trabajo que respondan a la constante evolución existente en este ámbito, con la finalidad de proteger debidamente a los trabajadores. Esta labor la aborda el grupo de trabajo tripartito del MEN, compuesto por 32 miembros (16 representantes de los gobiernos, 8 de los trabajadores y 8 de los empleadores), y cuya misión es hacer recomendaciones al Consejo de Administración sobre la situación

²³ Tal es el caso del sistema español en el que la iniciativa para celebrar tratados internacionales recae en el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución.

de los instrumentos examinados, la identificación de lagunas y las medidas de seguimiento. De manera paralela, la entrada en vigor en octubre de 2015 del Instrumento 1997 de enmienda a la Constitución de la OIT ha fortalecido los esfuerzos de esta para garantizar que cuente con un conjunto coherente y actualizado de normas del trabajo que sirvan de referencia mundial. Desde entonces, la Conferencia está facultada para derogar un Convenio en vigor si resulta que ha dejado de tener propósito o de realizar ninguna contribución útil para alcanzar los objetivos de la Organización; para ello se necesita una mayoría de dos tercios y una recomendación del Consejo de Administración²⁴.

3.3. *Proyección de las normas internacionales del trabajo*

Las normas internacionales del trabajo elaboradas por la OIT son, ante todo, instrumentos para guiar e inspirar las legislaciones laborales nacionales de sus Estados Miembros con el fin de adecuarlas a las exigencias de las mismas; algo que sucede, tanto si el Estado ha ratificado los correspondientes convenios, como si no. Además de influir en la elaboración de la legislación, pueden servir de orientación para la formulación de políticas nacionales y locales, como, por ejemplo, las relativas al empleo o al trabajo y la familia. Pueden asimismo utilizarse para mejorar diversas estructuras administrativas, como la inspección del trabajo, la administración de la seguridad social o los servicios de empleo. También podrán ser fuentes de buenas relaciones profesionales que los organismos encargados de la resolución de conflictos laborales apliquen o podrán utilizarse como modelos para la elaboración de convenios colectivos²⁵.

En la medida en que los convenios de la OIT son tratados internacionales, una vez ratificados e integrados en el ordenamiento jurídico interno de un Estado, los mismos pueden y deben ser aplicados por sus jueces y tribunales, no solo para hacer valer los derechos en ellos recogidos o utilizarlos como instrumento de interpretación, sino también para dirimir casos en los que la legislación interna es inadecuada e, incluso, contraria a lo dispuesto en los Convenios. Cuestión esta última de gran importancia

²⁴ En su reunión de junio de 2017, la Conferencia llevó a cabo su primer debate tras la entrada en vigor del Instrumento de enmienda a la Constitución, examinando y aprobando la derogación de cuatro convenios internacionales del trabajo y la eliminación de otros dos convenios. En su reunión de junio de 2018, la Conferencia aprobó la derogación de otros seis convenios y la eliminación de tres recomendaciones.

²⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Las reglas del juego... op.cit.*, p.25.

y sobre la que, como apuntaremos más adelante, por fin nuestro Tribunal Constitucional ha tenido a bien sentenciar.

En esta línea, nos encontramos con que un creciente número de acuerdos bilaterales y multilaterales de libre comercio, así como de acuerdos regionales de integración económica contienen diferentes disposiciones relativas a los derechos de los trabajadores que hacen referencia a diversos instrumentos de la OIT, particularmente, a la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo* de 1998 y a distintos convenios. Desde 2013, el 80% de los acuerdos que han entrado en vigor contiene tales disposiciones, comenzando por los celebrados por la UE, EEUU o Canadá. Más recientemente, en el Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Japón, firmado en 2017, se hace referencia al Programa de Trabajo Decente y a la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 como normas vinculantes para las Partes, que han de hacer todo lo posible por ratificar los ocho convenios fundamentales²⁶.

Al margen de los Estados, las normas internacionales del trabajo constituyen una herramienta de utilidad para otros actores internacionales. En esta línea, cabe destacar su papel en la responsabilidad social de las *empresas*, la cual es definida por la OIT como la manera en que las empresas toman en consideración las repercusiones que tienen sus actividades sobre la sociedad y en la que afirman los principios y valores por los que se rigen, tanto en sus propios métodos y procesos internos, como en su relación con los demás actores²⁷. El cada vez mayor interés de los consumidores por la dimensión ética de los productos y por las condiciones laborales en su proceso de producción, ha llevado a las empresas multinacionales a adoptar códigos de conducta voluntarios para ser de aplicación de sus plantas de producción y en sus cadenas de suministro, los cuales toman como referente las normas internacionales del trabajo. Así, por ejemplo, distintas iniciativas que promueven prácticas empresariales inclusivas, responsables y sostenibles se remiten a instrumentos de la OIT como los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos* de 2011²⁸. Asimismo, varias ONGs toman como referencia las normas internacionales del trabajo para exi-

²⁶ El Acuerdo también contiene disposiciones sobre la responsabilidad social de las empresas que remiten a la Declaración tripartita de la OIT sobre las empresas y las multinacionales y la política social (vid. *Ibidem*, p.29).

²⁷ *Ibidem*, pp.26-27.

²⁸ En este ámbito, resulta igualmente destacable la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, revisada en 2017 por el Consejo de Administración, a la que acabamos de referirnos. Así como, el servicio de asistencia *Helpdesk* de la OIT que proporciona a las empresas y a sus dirigentes fácil acceso a la in-

gir cambios en las políticas, la legislación y/o las prácticas de los Estados; como *BCWS* o de *Soleil de'Afrique*.

También nos encontramos con que otras *organizaciones e instituciones internacionales* recurren regularmente a las normas internacionales del trabajo en el marco de sus actividades. Tal sucede con los diferentes órganos de las Naciones Unidas encargados de los derechos humanos; mientras que instituciones como el Banco Mundial, el Banco Asiático de Desarrollo o el Banco Africano de Desarrollo integran algunos aspectos de estas normas en sus actividades. Además, las normas internacionales del trabajo tienen impacto directo en sectores de ámbito mundial, como el marítimo; resulta así que, además de ser utilizadas, como hemos señalado, para adoptar la correspondiente legislación nacional, las mismas sirven de referencia para las inspecciones de buques por parte del Estado receptor del puerto y tienen incidencia directa en los reglamentos y códigos de la Organización Marítima Internacional.

4. LOS MECANISMOS DE CONTROL DEL RESPETO DE LOS DERECHOS LABORALES

Pero, tal y como avanzábamos al inicio de este trabajo, lo realmente importante en el marco de la protección de los derechos humanos es contar con un adecuado y efectivo sistema de garantía de estos, con el que poder controlar el debido respeto de los mismos por parte de los Estados.

A este respecto, con el objetivo de garantizar la eficacia de sus instrumentos normativos y, con ello, obtener la realización práctica de los derechos que estos preconizan, la OIT prevé en su Constitución un sistema de control de la aplicación y cumplimiento de los convenios y recomendaciones, el cual combina dos mecanismos: el control periódico, automático y obligatorio, fundado en el examen de las memorias estatales; y el control de naturaleza cuasi-contenciosa, realizado a partir de los procedimientos especiales de reclamaciones o quejas contra un Estado Miembro.

4.1. El sistema de control regular: los informes estatales

La técnica de control periódico de informes o memorias estatales consiste en el examen y evaluación por parte de órganos de control, de las in-

formación, asistencia y servicios de asesoramiento en relación con la responsabilidad social (<https://www.ilo.org/empent/areas/business-helpdesk/lang-es/index.htm>).

formaciones presentadas por los Estados acerca de las medidas legislativas, administrativas y judiciales adoptadas con el objetivo de garantizar el cumplimiento y aplicación de los derechos dispuestos en un tratado. En el ámbito de la OIT, el fundamento del control regular de las normas reside en tres obligaciones establecidas en su Constitución: la obligación de que los gobiernos presenten memorias sobre la aplicación de los convenios ratificados; la obligación de informar sobre los convenios no ratificados y sobre las recomendaciones; y la obligación de informar sobre el sometimiento de las normas a las autoridades nacionales competentes.

a) *Memoria anual*. Según el artículo 22 de la Constitución de la OIT, cada uno de los Estados Miembros se obliga a presentar memorias anuales sobre las medidas adoptadas para poner en práctica las disposiciones de los convenios que haya ratificado. Estas memorias deberán ser redactadas con base en los formularios elaborados por el Consejo de Administración²⁹, incluyendo la información que éste solicite. En virtud del artículo 23.2 de la Constitución de la OIT, los gobiernos deberán enviar copias de todas las memorias a las organizaciones de trabajadores y empleadores. A su vez, las organizaciones podrán formular observaciones sobre la aplicación de los convenios ratificados. Por lo que se refiere a la periodicidad, pese a la previsión anual, los problemas prácticos resultantes de la dificultad de cumplimiento por los países y de la inmensa carga de trabajo que resultaba para los órganos de control, culminaron en la flexibilización de la regla, estableciendo plazos más largos. En la actualidad, el sistema de presentación de memorias es resultado de una nueva formulación llevada a cabo por el Consejo de Administración en su 306ª reunión, en noviembre de 2009. Según la nueva fórmula, para los convenios fundamentales y los de gobernanza, la presentación de memorias debe darse cada tres años y, para los demás convenios, cada cinco años. El funcionamiento de este nuevo sistema pasó a hacerse efectivo a partir de las memorias de 2012³⁰.

Hay dos tipos de memorias que son exigidas en relación con un convenio ratificado: las detalladas y las simplificadas. Las memorias detalladas son redactadas conforme el formulario de memoria del Consejo de Administración y son exigidas en los siguientes casos: al año siguiente de la entrada en vigor del convenio; a petición expresa de la Comisión de Expertos o de la Comisión de la Conferencia; o por iniciativa propia del Estado, cuando se hayan producido cambios importantes en la aplicación

²⁹ https://www.ilo.org/global/standards/WCMS_665198/lang-es/index.htm

³⁰ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III – Parte 1A)*, Ginebra 2013, p. 18.

del convenio ratificado. En cambio, las memorias simplificadas contienen exclusivamente las respuestas a los comentarios de los órganos de control, informaciones sobre cambios legislativos referente a la materia del convenio, informaciones sobre la aplicación del convenio (estadísticas, etc.) y observaciones de las organizaciones de clase. Deben ser presentadas periódicamente (tres o cinco años), dependiendo del tipo de convenio.

A pesar de esta obligatoriedad, es posible una exención en relación con ciertos convenios –particularmente los que han sido dejados de lado– toda vez que se observen las condiciones y garantías establecidas por el Consejo de Administración³¹.

b) Informes sobre los convenios no ratificados y las recomendaciones. Según el artículo 19, párrafo 5, e, y párrafo 6, d) de la Constitución de la OIT, los gobiernos están obligados a informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la situación de su legislación y la práctica estatal en lo que concierne a los asuntos tratados en los convenios no ratificados y a las recomendaciones, así como las dificultades que impiden o retrasan la ratificación de un convenio. La frecuencia con que se exigirán tales informaciones es determinada por el Consejo de Administración. En general, el Consejo solicita anualmente que los Estados informen sobre algunos convenios (no ratificados) y recomendaciones relativos a temas previamente seleccionados, conforme al enfoque más inmediato de la OIT.

Cabe resaltar que esta obligación constituye una particularidad del sistema de control de la OIT, no existiendo ninguna similar en los demás sistemas de control de normas internacionales.

c) Informes sobre el sometimiento a las autoridades nacionales competentes. Los Estados Miembros deberán comunicar al Director General toda la información en relación con las medidas adoptadas para la aprobación interna de un convenio o recomendación y, asimismo, las relativas a la autoridad o autoridades consideradas competentes y las decisiones de las mismas³². La necesidad de comunicación sobre esta apreciación interna demuestra, en especial, la preocupación de la OIT respecto a que las normas sean efectivamente analizadas en el ámbito interno de los Estados Miembros. Sobre

³¹ Los 25 Convenios actualmente considerados en esta categoría son los núm. 4, 15, 20, 21, 28, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 48, 49, 50, 60, 64, 65, 67, 86, 91 y 104. El hecho de dejar de lado algunos convenios no tiene incidencia en los efectos de estos convenios en los sistemas jurídicos de los Estados que los han ratificado” (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe de la Comisión...*, *op. cit.* p. 25).

³² Artículo 19, párrafos 5, “c” y 6 “c”, de la Constitución de la OIT.

esta última obligación, la Oficina Internacional del Trabajo suele adoptar un memorándum en el que detalla el alcance de la regla.

Para llevar a cabo esa supervisión normativa fueron creados dos órganos en el seno de la OIT: la *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones* (CEACR) y la *Comisión Tripartita de Aplicación de Normas de la Conferencia*. Pues, como indica Nicolás Valticos³³, el simple envío de las memorias no es suficiente, en sí mismo, como un mecanismo de control. Es a partir de un efectivo análisis de éstas, a través de un examen de la conformidad de la práctica estatal con las normas, cuando se realiza verdaderamente el control.

La *Comisión de Expertos* fue creada en 1926 y está compuesta por veinte juristas, de reconocida competencia técnica y de completa independencia, nombrados por el Consejo de Administración para un período renovable de tres años. La actuación de la CEACR es el primer paso del procedimiento regular. Le corresponde, pues, a la Comisión de Expertos el primer examen de las memorias enviadas por los gobiernos. Es importante señalar que, además de las memorias presentadas por los Estados, la CEACR puede examinar otras fuentes, tales como, observaciones de las organizaciones de trabajadores y empleadores, documentos relacionados con los datos, etc.

Por otra parte, también cabrá a la Comisión de Expertos la función de seguimiento de las reclamaciones o quejas presentadas ante la OIT por incumplimiento de un convenio. A estos efectos, la CEACR será responsable para evaluar las medidas adoptadas por los Estados reclamados en cumplimiento de lo que les fue recomendado. En sus apreciaciones, la Comisión de Expertos realiza dos tipos de comentarios: observaciones y solicitudes directas. Las observaciones son dirigidas a Estados determinados y tratan de cuestiones fundamentales en relación con la aplicación de un convenio. Estas observaciones generan una solicitud de información adicional al Estado y son publicadas en el informe anual de la CEACR. A su vez, las solicitudes directas se refieren a cuestiones más técnicas o a la necesidad de más información. Éstas no son publicadas en el informe de la Comisión de Expertos, sino que son enviadas directamente al Estado considerado por el Director General en nombre de la CEACR³⁴.

³³ VALTICOS, N., *Derecho Internacional...*, *op.cit.*, pp. 502-503.

³⁴ <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>

El resultado final de la labor de la Comisión de Expertos se materializa en un informe, de periodicidad anual, formado por tres partes: un informe general, que describe los trabajos de la CEACR y destaca el grado de cumplimiento de las obligaciones constitucionales por parte de los Estados (Parte I); las observaciones relativas a determinados países, que examina la aplicación de los convenios ratificados, la sumisión a la autoridad competente, y el seguimiento de las reclamaciones o quejas presentadas contra un determinado país (Parte II); y un estudio especial sobre un convenio o grupo de convenios, previamente solicitado por el Consejo de Administración (Parte III)³⁵.

Por lo que se refiere a la *Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia*, se trata de un órgano tripartito compuesto por delegados de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores. Cabe a esta Comisión examinar, dentro del período de sesiones de la CIT, el informe anual elaborado por la Comisión de Expertos, eligiendo los comentarios y observaciones que serán objeto de debate. Este debate, juntamente con las conclusiones de la Comisión de la Conferencia, es publicado en su informe anual, en el que se incluyen párrafos especiales en los cuales se destacan los casos de mayor preocupación de la Comisión en virtud de la existencia de obstáculos graves a la aplicación de los convenios.

Como se puede apreciar, en el sistema de control periódico de la OIT hay un doble examen de las memorias estatales, una de carácter más técnico (a cargo de la Comisión de Expertos) y otra basada en el diálogo tripartito (por la Comisión de la Conferencia). A través de este sistema es posible alcanzar una mejor evaluación de las prácticas estatales y llegar a soluciones y conclusiones ampliamente discutidas, tanto por expertos en la materia, como por los actores directamente involucrados en los temas.

4.2. Procedimientos especiales por incumplimiento de los convenios

Paralelamente al control regular y automático de los informes, la Constitución de la OIT establece en sus artículos 24 y 26 dos procedimientos especiales de naturaleza cuasi-contenciosa fundados en la presentación de reclamaciones o quejas contra un Estado Miembro en virtud de una violación o de la falta de cumplimiento efectivo de las normas previstas en un convenio ratificado. Hay, además, un procedimiento específico de quejas por violación al ejercicio de la libertad sindical, que fue creado en 1951. El

³⁵ [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2013-102-1A\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2013-102-1A).pdf).

objetivo de estos mecanismos de control es obtener del Comité encargado del caso una conclusión acerca de la existencia o no, de la violación de un convenio y, en caso afirmativo, que sean recomendadas las medidas a ser adoptadas por el Estado implicado.

Los procedimientos especiales se articulan, por tanto, en tres modalidades que pasamos a exponer brevemente.

4.2.1. El procedimiento de queja

La queja contra un Estado Miembro por incumplimiento de un convenio se encuentra detallado en los artículos 26 a 34 de la Constitución de la OIT. De acuerdo con el artículo 26, están legitimados para interponer una queja: un Estado Miembro (desde que éste haya ratificado el convenio que alega haber sido violado), el Consejo de Administración –que puede hacerla de oficio–, o un delegado de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT). Cabe señalar, que no es necesario que el denunciante haya sufrido perjuicios con la violación del convenio para que la queja sea aceptada.

La queja formulada por un Estado debe ser presentada ante la Oficina Internacional del Trabajo, que las enviará al Consejo de Administración para su apreciación. A su vez, la queja proveniente de un delegado de la CIT debe ser presentada directamente al CA y, de igual forma, el procedimiento de oficio empieza su trámite en éste órgano. Recibida la queja o constatada la violación en su propio ámbito, el Consejo de Administración puede ponerse en contacto con el gobierno del país denunciado, invitando a éste a que se pronuncie sobre la cuestión. Cuando supone no ser necesaria dicha comunicación, o cuando no hay una respuesta satisfactoria por parte del Estado denunciado en un plazo razonable, puede el CA nombrar una Comisión de Encuesta compuesta por tres miembros independientes, con la finalidad de examinar en profundidad el caso planteado y elaborar un informe con conclusiones (determinación de los hechos) y recomendaciones al respecto. El establecimiento de una Comisión de Encuesta figura como el procedimiento más formal de la OIT y, en general, se pone en marcha cuando un Estado Miembro es acusado de cometer violaciones graves y persistentes.

En el desarrollo de su trabajo, la Comisión tiene libertad para hacer visitas *in loco* en el país denunciado, oír a las autoridades locales, sindicatos, países vecinos, ONGs... Cabe destacar que, durante el procedimiento de análisis de la queja, debe ser garantizado el carácter contradictorio del mismo y la amplia defensa de los Estados implicados, así como la impar-

cialidad de los miembros de la Comisión de Encuesta. El informe final de la Comisión es comunicado por el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo al Consejo de Administración y a los gobiernos implicados en la queja y, seguidamente, se procede a su publicación. Tras la comunicación del informe, cada uno de los gobiernos interesados debe informar al Director General, en el plazo de tres meses, si acepta, o no, las recomendaciones dispuestas en el informe y, en el caso de que no las acepte, si le interesa someter la cuestión ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) cuya decisión será inapelable. La Constitución de la OIT determina además que, en caso de incumplimiento de las recomendaciones de la Comisión de Encuesta (por parte del Estado que las haya aceptado) o de la decisión de la CIJ –según sea el caso–, el CA recomendará a la Conferencia las medidas que estime convenientes para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones. Esto dota al sistema de un cierto nivel de coercibilidad, que podrá ejecutarse desde la CIT.

También es importante mencionar que, además de las quejas en virtud del incumplimiento de un convenio que hemos expuesto, existe también la posibilidad de que un Estado Miembro presente una queja contra otro por incumplimiento, no de un convenio, sino de la obligación de someter los convenios y recomendaciones a la apreciación de las autoridades nacionales competentes, tal como prevé los párrafos 5 b), 6 b), y 7 b) i) del artículo 19 de la Constitución de la OIT. En este caso, cabrá al CA apreciar la queja e informar a la CIT cuando concluya por su procedencia

Debemos señalar que, además del seguimiento de las providencias adoptadas por los gobiernos denunciados en virtud de una queja, cabrá realizar el mismo a los órganos de control regular y permanente de la OIT, en especial a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. De ahí que, a través de sus memorias periódicas, los gobiernos tendrán que informar las medidas adoptadas para dar efecto a las recomendaciones que les fueron formuladas. Con esto, se establece un enlace entre el procedimiento de quejas y el procedimiento regular, proporcionando una mayor cohesión y conexión al sistema de control de las normas.

4.2.2. Las reclamaciones colectivas

Las reclamaciones son interpuestas por organizaciones profesionales de empleadores y trabajadores contra un Estado por incumplimiento de un Convenio internacional del trabajo que éste hubiera ratificado. Están reguladas en los artículos 24 y 25 de la Constitución OIT y por un Reglamento

relativo a su procedimiento, adoptado por el Consejo de Administración en su 57ª reunión (8 de abril de 1932) y modificado, posteriormente, en tres ocasiones; la última en su 291ª reunión (18 de noviembre de 2004). Los criterios de admisibilidad de una organización como reclamante son muy amplios y, en esencia, acogen como requisito primordial el carácter de representación profesional de la organización, aunque sea apenas de hecho y cuente con un número reducido de afiliados. Lo que permite que una gran diversidad de organizaciones profesionales (locales, nacionales o internacionales) puedan acceder al mecanismo.

Las reclamaciones deben referirse al incumplimiento de un convenio de la OIT del que sea Parte el Estado reclamado, y que el mismo haya tenido lugar dentro de su jurisdicción. El incumplimiento podrá fundamentarse en la violación sustancial de una o varias disposiciones del convenio, o a la falta de adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento satisfactorio del mismo. La inobservancia de obligaciones formales relativas a los convenios y las recomendaciones –como el deber de someter las normas a la apreciación de las autoridades nacionales competentes en los plazos determinados– no podrá ser objeto de una reclamación con arreglo al artículo 24, pudiendo ser alegada por otro Estado Miembro de acuerdo con el artículo 30 de la Constitución de la OIT.

El procedimiento de reclamaciones cuenta con cinco fases en su desarrollo:

1) *Recepción* de la reclamación por el Director General, a quien incumbe el papel de informar al gobierno del Estado demandado acerca de la reclamación y de transmitirla inmediatamente a la Mesa del Consejo de Administración.

2) Examen de la *admisibilidad*. Cabe a la Mesa del Consejo de Administración, en primer lugar, la función de hacer este examen preliminar, verificando si se cumplen los siguientes requisitos:

- Haber sido comunicada por escrito a la Oficina Internacional del Trabajo;
- Proceder de una organización profesional de trabajadores o empleadores;
- Hacer expresa referencia al artículo 24 de la Constitución de la OIT;
- Referirse a un Estado Miembro de la OIT (o un ex Miembro que siga vinculado al convenio);

- Referirse a un convenio de la OIT en el que sea Parte el Estado demandado;
- Precisar en qué sentido el Estado reclamado ha incumplido o no garantiza el cumplimiento efectivo del convenio en su ámbito interno.

Hay que mencionar que no se exige como condición de admisibilidad, el agotamiento de los recursos internos por el demandante, como sí ocurre en otros procedimientos de control de derechos humanos. Esta es, sin duda, una gran particularidad del mecanismo y que contribuye, sobremanera, para su utilización. En este sentido, las reclamaciones colectivas previstas por la OIT son medios complementarios a la protección nacional y no necesariamente un mecanismo subsidiario que se acciona cuando ya no es posible obtener la tutela estatal. Tras el análisis de estos requisitos, la Mesa comunica su parecer al Consejo de Administración por medio de un informe. Con base en éste, el Consejo decide sobre la admisibilidad o no de la reclamación.

3) *Transmisión* a un Comité Tripartito, compuesto por miembros del propio CA, seleccionándose en igual número integrantes del Grupo Gubernamental, del Grupo de Empleadores y del Grupo de Trabajadores. No podrá formar parte del Comité ningún nacional del Estado reclamado, ni ninguna persona que ocupe cargo oficial en la organización querellante. Las reuniones son a puerta cerrada, y todo el procedimiento es confidencial

4) *Análisis y estudio de fondo* de la reclamación. El Comité Tripartito tiene la función de realizar un examen de fondo de la reclamación. Para ello debe analizar los hechos narrados por la parte querellante, los fundamentos que indican que el Estado ha incumplido o no cumple de forma satisfactoria un convenio, así como también los alegatos del gobierno implicado y, en su caso, de otras organizaciones (como ONGs, instituciones públicas...). En su labor, el Comité tiene diversas facultades, previstas en el artículo 4 del Reglamento, entre ellas se destacan: la opción de invitar, o no, al gobierno demandado a hacer declaraciones sobre la reclamación; la posibilidad de solicitar informaciones adicionales a la organización querellante o al gobierno demandado; la capacidad de instar a un representante de la organización demandante que comparezca ante el Comité para prestar informaciones complementarias oralmente. El propio Comité es responsable de fijar los plazos de respuesta del gobierno implicado y de la organización profesional, pudiendo prolongarlos en caso de solicitud de las partes. Cuando el Comité invita al gobierno demandado a que formule declaraciones o a que envíe informaciones adicionales, éste podrá hacerlo por escrito

o de forma oral. Se puede solicitar que un representante del Director General visite su país y establezca “contactos directos” con autoridades, instituciones y organizaciones. Finalizado el análisis, el Comité presentará un informe al Consejo de Administración en el cual indicará sus conclusiones sobre las cuestiones planteadas en la reclamación y formulará recomendaciones a la decisión del CA.

5) El *examen y decisión* del Consejo de Administración. Compete a este órgano analizar, con base en el informe del Comité Tripartito, las cuestiones de fondo de la reclamación y tomar una decisión sobre la adopción del informe y de sus recomendaciones. Puede adoptar dos tipos de decisiones: a) publicación de la reclamación y, en su caso, de las declaraciones del gobierno según el artículo 25 de la Constitución de la OIT; b) transmisión del caso a una Comisión de Encuesta por medio de un procedimiento de queja contra el Estado implicado de conformidad con el artículo 26 de la Constitución. La publicación prevista en el artículo 25 constituye una especie de sanción moral con vistas a ejercer presión política sobre el Estado, tanto por los demás Miembros de la Organización como por su propia población, sobre todo por las organizaciones de la sociedad civil. Finalmente, conforme el artículo 9 del Reglamento, la Oficina Internacional del Trabajo notificará las decisiones del Consejo de Administración a la organización querellante y al gobierno demandado

Cabe destacar que este ha sido el primer mecanismo de ámbito internacional en posibilitar que una organización de clase, en interés de los individuos (trabajadores o empleadores), pudiera reclamar internacionalmente la violación o la falta de cumplimiento satisfactorio de derechos consagrados en un convenio internacional. No obstante lo anterior, debemos igualmente hacer notar que no estamos ante una reclamación individual, sino colectiva, esto es, no son los particulares, posibles víctimas de una violación quienes pueden interponer la reclamación. Este es uno de los grandes déficits de la protección de los derechos socioeconómicos, frente a los derechos civiles y políticos. Un déficit que solo ha sido paliado por parte de Naciones Unidas con la adopción del *Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 2008* –en vigor desde 2013 y del que España es parte–, el cual establece la posibilidad de presentar una comunicación individual contra un Estado por violación de estos derechos recogidos en el Pacto³⁶. Es el único trata-

³⁶ Para un análisis de este Protocolo, véase LÓPEZ MARTÍN, A.G., “La protección internacional de los derechos sociales. A propósito de la ratificación española del Protocolo

do de derechos socioeconómicos que reconoce la denuncia individual, lo que hace de él un auténtico hito.

4.2.3. Quejas sobre libertad sindical

Finalmente, debemos referirnos al procedimiento especial de quejas relativo a la libertad sindical y la negociación colectiva. Ambos derechos se encuentran entre los principios fundacionales de la OIT y, tras la adopción de los Convenios n° 87 y n° 98 sobre la materia, la OIT llegó a la conclusión de que el principio de libertad sindical requería otros procedimientos de control específicos –al margen de los establecidos en la Constitución de la OIT– para garantizar su cumplimiento en los países que no habían ratificado los convenios pertinentes. Como consecuencia, en 1951 se crea el Comité de Libertad Sindical con el objetivo de examinar las quejas sobre violaciones de la libertad sindical por parte de algún Estado miembro.

En lo que se refiere a su competencia *ratione personae*, afirma el propio Comité: “las quejas ante el Comité (de Libertad Sindical) pueden ser presentadas con independencia de que el país de que se trate haya o no ratificado los convenios sobre la libertad sindical”³⁷. Esta amplia competencia del Comité de Libertad Sindical constituye una gran singularidad de este procedimiento, ya que resulta aplicable a todos los Estados Miembros de la OIT, hayan o no ratificado los convenios específicos sobre la materia (n° 87 y n° 98), pudiendo ser admitidas quejas independientemente del consentimiento del Estado denunciado. Por esta razón, es el mecanismo que más quejas acumula de los tres. El fundamento jurídico para este control deriva de la propia Constitución de la OIT al consagrar el principio de la libertad sindical como uno de sus objetivos, debiendo ser garantizado por todos los Estados en virtud de su condición de Miembro de la Organización.

Las quejas deben presentarse por escrito, firmadas y respaldadas con una prueba de los alegatos referentes a infracciones concretas en materia de libertad sindical. Por lo que se refiere a la legitimación, igual que en el caso de las reclamaciones del art.24, pueden interponerlas *organizaciones de empleadores o de trabajadores o de gobiernos*; estas pueden ser:

Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008”, *Foro. Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n° 13/2011, pp.13-59.

³⁷ COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL, *Recopilación de Decisiones*, 1995, párrafo 34 (www.ilo.org/ilolex/spanish/digestq.htm)

- una organización nacional directamente interesada en el asunto (por ej. UGT, CCOO, CSIF...);
- una organización internacional de empleadores o de trabajadores que tenga estatuto consultivo ante la OIT; u
- otra organización internacional de empleadores o de trabajadores que no tenga estatuto consultivo, en el caso de que las quejas se refieren a asuntos que afecten directamente a organizaciones nacionales afiliadas a la misma.

Cumplidos los requisitos de admisibilidad, el Comité se pone en contacto con el gobierno demandado para determinar los hechos y, a continuación, proceder al examen de fondo de la queja. Si el Comité concluye que el gobierno ha violado las normas o principios relativos a la libertad sindical emitirá un informe, a través del CA, con recomendaciones sobre las medidas que necesitan ser adoptadas por el Estado³⁸.

El seguimiento de las providencias tomadas por el gobierno quedará a cargo de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones si el país implicado hubiera ratificado uno o algunos de los convenios relativos a la libertad sindical; o será realizado periódicamente por el propio Comité –a través del Director General–, en relación con los países que no son Partes en estos convenios. El Comité puede, además, recomendar al CA que intente obtener el acuerdo del gobierno demandado para que el caso sea remitido a la Comisión de Investigación y Conciliación. En este caso, el Comité envía al CA un informe con los progresos alcanzados y resalta los puntos que exigen una investigación más detallada por parte de la Comisión. Si el CA no consigue el consentimiento del gobierno, o si en el plazo de cuatro meses no hay respuesta de este, el Comité podrá elaborar un informe con recomendaciones sobre “medidas alternativas adecuadas”³⁹.

Además del procedimiento tradicional, el Comité puede optar por realizar una “Misión de Contactos Directos” con el gobierno demandado, abordando los problemas y proponiendo soluciones por medio de un abordaje directo con los funcionarios del gobierno y las organizaciones sociales⁴⁰.

³⁸ <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-on-freedom-of-association/lang-es/index.htm>.

³⁹ http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:62:2285341469915590::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2565060:NO.

⁴⁰ <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-on-freedom-of-association/lang-es/index.htm>.

Como apunta Bonnet Pérez, la efectividad del procedimiento de quejas ante el Comité Libertad Sindical se ha demostrado en varios ámbitos: a) en el preventivo, pues las opiniones y soluciones presentes en los informes han sido observadas por diversos Estados, incluso como parámetros para cambios legislativos y prácticas estatales; b) en la utilización, ya que se trata de un procedimiento muy utilizado –en la actualidad, el Comité ha apreciado cerca de 2500 casos y más de 60 países ya han actuado con base en sus recomendaciones–; c) con relación a quejas urgentes, habiendo realizado el Comité una importante acción de liberación de sindicalistas encarcelados y de protección de sus vidas⁴¹.

4.3. Efectividad de los mecanismos de control

Uno de los problemas aparejados a estos mecanismos de control, que comparte con otros existentes en el marco de la protección de los derechos humanos de Naciones Unidas, es que ninguno de ellos es un proceso jurisdiccional que termine en una sentencia jurídicamente vinculante como ocurre con el TEDH. Son recomendaciones a los Estados basadas en la invitación a su cumplimiento quienes se sienten obligados a su cumplimiento por la sanción moral que puede suponer ser requeridos públicamente.

A ello se debe unir la falta de medidas coercitivas o ejecutivas para asegurar su cumplimiento. Pese al carácter declarativo de los dictámenes o informes de los Comités, en virtud del artículo 33 de la Constitución de la OIT⁴², esta puede adoptar medidas externas de presión en su seno; como, por ejemplo, imponerle sanciones económicas. Estas medidas nunca pueden ser la expulsión de la organización. Este artículo fue invocado por primera vez en el año 2000, cuando el Consejo de Administración solicitó a la Conferencia Internacional del Trabajo que adoptase las medidas necesarias para hacer que Myanmar pusiese fin a la utilización del trabajo forzoso. En 1996, se había presentado una queja contra Myanmar en virtud del artículo 26 de la Constitución por violación del Convenio sobre el tra-

⁴¹ BONNET PÉREZ, J., *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal*, Barcelona, Atelier, 2007, p. 203.

⁴² Esta disposición establece que, “en caso de que un Miembro no dé cumplimiento dentro del plazo prescrito a las recomendaciones que pudiere contener el informe de la comisión de encuesta o la decisión de la Corte Internacional de Justicia, según sea el caso, el Consejo de Administración recomendará a la Conferencia las medidas que estime convenientes para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones”.

bajo forzoso, 1930 (núm. 29), y la comisión de encuesta resultante constató que en este país estaba muy extendido y era sistemático el uso del trabajo forzoso⁴³. En este caso, el Consejo de administración, solicitó a los Estados miembros de la OIT y a otras organizaciones internacionales que pudieran fin a todo tipo de relaciones con Myanmar que pudieran ayudar a consolidar la práctica del trabajo forzoso.

Cabe señalar que desde 1964, la OIT y, más concretamente, la *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios* toma nota del número de casos de progreso respecto de los cuales, tras las correspondientes advertencias u observaciones al Estado ha observado cambios en su legislación que mejoran la aplicación de los convenios ratificados.

En el período 1964-2019 (55 años), ha tomado nota de casi 3000 casos de progreso, esto es, casos en los que la comisión ha expresado su satisfacción. Desde que la Comisión de Expertos comenzó a señalar los casos de satisfacción en sus informes, ha seguido utilizando los mismos criterios generales. De hecho, la Comisión de Expertos expresa su satisfacción en los casos en que, tras sus comentarios sobre un problema particular, los gobiernos han tomado medidas, ya sea mediante la adopción de nueva legislación, una enmienda a la legislación existente o un cambio significativo en la política o la práctica nacionales, logrando así un mayor cumplimiento de sus obligaciones en virtud de los convenios en cuestión. Al expresar su satisfacción, la Comisión indica al Gobierno y a los interlocutores sociales que, en su opinión, se ha resuelto el problema concreto. La finalidad de registrar los casos de satisfacción es doble:

- reconocer formalmente que la Comisión acoge con agrado las medidas positivas adoptadas por los gobiernos en respuesta a sus comentarios; y
- servir de ejemplo a otros gobiernos e interlocutores sociales que se enfrentan a problemas similares.

Como ejemplo destacado y conocido de esos progresos, cabría referir, el relativo a Polonia, que había sido objeto de una queja del artículo 26 por graves violaciones de la libertad sindical. La comisión de encuesta constató graves violaciones de los Convenios n° 87 y n° 98. Basándose en las conclusiones de la Comisión, la OIT, al igual que muchos países y organizaciones, presionaron a Polonia para que reparase la situación, y en 1989 el Gobier-

⁴³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Las reglas del juego... op.cit.*, p.110.

no polaco legalizó *Solidarnosc*. El dirigente de este sindicato, y posterior Presidente, Lech Walesa, señaló que “la comisión de encuesta creada por la OIT después de la imposición de la ley marcial en mi país hizo contribuciones significativas a los cambios que llevaron la democracia a Polonia”⁴⁴.

Por lo que se refiere a España, resultan destacables los recientes cambios introducidos en nuestra legislación tras algunas reclamaciones colectivas. Como la modificación introducida en el Código Penal en 2015, tras la reclamación presentada en 2014 por CCOO y UGT ante el Comité de Libertad Sindical (caso n° 3093) por violación del derecho de huelga, en la medida en que el artículo 315.3 del Código Penal imponía penas excesivas y desproporcionadas por el delito de coacción a la huelga (de 3 años a 4 años y medio de prisión), respecto de la cual el Comité dictaminó en octubre de 2016 que sí hubo violación. O la relativa al descanso semanal de los jueces y magistrados de los partidos judiciales de una sola instancia, tras la decisión del Comité de 7 de noviembre de 2016, resolviendo la reclamación interpuesta el 29 de mayo de 2014 por la Asociación Profesional Foro Judicial Independiente en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT (C 106-2014), en la que se alegaba el incumplimiento por el Gobierno de España del Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas) n° 106 de 1957.

Pero, el impacto del sistema de control regular no se limita sólo a los casos de progreso. La Comisión de Expertos analiza cada año si los Estados Miembros han cumplido su obligación de someter los instrumentos adoptados a sus órganos legislativos para su consideración. Incluso si un Estado decide no ratificar un convenio, puede optar por armonizar su legislación con el mismo. Los Estados Miembros revisan regularmente los comentarios que la Comisión de Expertos formula sobre la aplicación de los convenios en otros países y pueden, por ende, enmendar su propia legislación y su propia práctica, con vistas a evitar problemas similares en la aplicación de una norma, o para emular las buenas prácticas. Cuando se ha ratificado un convenio, la Comisión envía con frecuencia solicitudes directas a los gobiernos, en las que señala problemas aparentes en la aplicación de una norma, dando al país de que se trate tiempo para responder y tratar estas cuestiones antes de que se publique cualquier comentario en su informe. Cuando los Estados Miembros así lo solicitan, la Oficina Internacional del Trabajo brinda una asistencia técnica sustancial para la elaboración y revisión de la legislación nacional, con el fin de garantizar su conformidad

⁴⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Promoting better working conditions: A Guide to the International Labor Standards System*, Washington DC, 2003, p. 29.

con las normas internacionales del trabajo. De este modo, los órganos de control también desempeñan una función importante al evitar que surjan problemas en la aplicación de las normas desde su concepción⁴⁵.

5. BREVE REFERENCIA A LA SITUACIÓN DE ESPAÑA COMO MIEMBRO DE LA OIT

España es miembro originario de la OIT, aunque abandonó esta condición entre 1942 y el 28 de mayo de 1956, por decisión de la dictadura franquista.

Ha ratificado 133 convenios de los 190: los 8 fundamentales, los 4 de gobernanza y 121 técnicos (de los 178). Esta es una cifra muy valorable por el alto índice obligacional que supone. De hecho, España es el Estado de la OIT que más convenios ha ratificado.

De manera paralela, sin entrar en un análisis en profundidad, parece que la legislación española es coherente con esas obligaciones internacionales. Por lo que se refiere a los Convenios Fundamentales, se ajusta adecuadamente a las exigencias de estos. Quizá cabría hacer alguna objeción en relación con los Convenios n° 100 sobre igualdad de remuneración y n° 11 sobre no discriminación en el empleo, en la medida en que, si bien está regulada la no discriminación respecto de la mujer –tanto el Estatuto de los Trabajadores como en otra normativa específica–, no lo está respecto de la obligación del respeto del derecho a la igualdad y no discriminación del resto de grupos igualmente vulnerables, como pudiera ser el caso de los inmigrantes. Sin embargo, la situación no resulta igual en el caso de los llamados Convenios Técnicos, esto es, los que recogen otros derechos laborales, especialmente los Convenios n° 132 y 158, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

Por lo que se refiere a los *mecanismos de control* que hemos expuesto anteriormente, cabe decir que España ha presentado puntualmente sus memorias. En cuanto a las reclamaciones y quejas por posibles inadecuaciones de la legislación española a la normativa internacional de la OIT –que es, sin duda, el aspecto más relevante, España no ha recibido ninguna queja de las previstas en el artículo 26 de la Constitución; esto es, ningún Estado, ni la propia Organización ha encontrado motivo para ello. Lo cual es muy

⁴⁵ Ibidem, pp.108-109.

loable pues son realmente muy pocos los Estados que no han tenido quejas de este tipo.

En relación con el procedimiento de las *reclamaciones* regulado en el *artículo 24* de la Constitución de la OIT⁴⁶, se han presentado 7 reclamaciones contra España como demandado único. Todas están cerradas y no hay ninguna pendiente de resolución. La primera fue interpuesta, por carta de 3 de junio de 1986, por la Federación Estatal de Asociaciones de Empleados y Trabajadores Integrados en la Administración del Estado (C111, C117-1987), alegando el no cumplimiento por España del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958 (núm. 111), y del Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos) de 1962 (núm. 117), no encontrando el Comité elementos que demostraran que había habido una violación de los convenios en cuestión.

La última reclamación (C-131) se presentó el 6 de marzo de 2014 por CCOO y UGT, emitiendo su informe el Comité el 15 de marzo de 2017. Se alegaba violación del Convenio n° 131 sobre salario mínimo, pues enten-

⁴⁶ Dichas reclamaciones son:

C106 – 2014 en la que se alega el incumplimiento por España del Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (núm. 106), presentada por la Asociación Profesional Foro Judicial Independiente.

C131 – 2014 en la que se alega el incumplimiento por España del Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 131), presentada por CCOO y UGT.

C158 – 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 CCOO y UGT

C081 – 2011 en la que se alega el incumplimiento por España del Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), presentada por la Federación Estatal de Asociaciones de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social (FESESS)

C097, C111, C122 – 1998 en la que se alega el incumplimiento por España de los Convenios sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97), sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) y sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122), presentada por la Confederación General de Trabajadores de la Argentina (CGT)

C131 – 1989 presentada por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras por la que se alega el no cumplimiento por España del Convenio sobre la fijación de los salarios mínimos, 1970 (núm. 131).

C111, C117 – 1987 presentada por la Federación Estatal de Asociaciones de Empleados y Trabajadores Integrados en la Administración del Estado, alegando el no cumplimiento por España del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), y del Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos, 1962 (núm. 117)

Toda la información sobre estas reclamaciones puede consultarse en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:50010::NO::P50010_ARTICLE_NO:24

dían que el SMI fijado por el Gobierno para 2014 y 2015 (RD n°3/2014) en 757 euros, no cubría las necesidades básicas de los trabajadores y sus familias, siendo que en 2011 y 2013 se había congelado, y además no se había consultado a los agentes sociales. El Comité indica en su informe de 2017 que el Convenio no fija cuál debe ser el salario mínimo y que esta decisión del gobierno se fija en un contexto de crisis económica, por lo que sobre la cuantía determina que no hubo violación, pero sí la hubo en cuanto al procedimiento de adopción de esta decisión porque no tuvieron lugar las preceptivas consultas a los interlocutores sociales. Lo mismo había decidido antes en relación con la queja interpuesta en 1988 (por parte de CCOO), porque hacía años que no se había revisado; el Convenio no establece ninguna periodicidad, pero sí la obligación de información lo que no se hizo.

Resulta igualmente interesante la reclamación presentada en 2014 por la Asociación Profesional Foro Judicial Independiente (a la que nos hemos referido anteriormente), por vulneración del Convenio n° 106 sobre descanso semanal en relación con el sistema de guardias de partidos judiciales de pocos juzgados. En su Informe de 2016, el Comité concluye que sí había violación de ese convenio en los partidos judiciales de un único juzgado (no en el resto), y que debe establecerse un adecuado sistema de sustituciones que garantice ese descanso. También la presentada en 2012 por CCOO y UGT por violación del Convenio n° 158 sobre terminación de la relación de trabajo, respecto del contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, establecido en la reforma laboral de ese año, que permitía que este tipo de contrato fuese terminado por el empleador sin cumplir los requisitos de protección del convenio, respecto de la cual el Comité observó incumplimiento del convenio por la falta de diálogo social en la elaboración de la reforma.

Además, ha sido objeto de dos reclamaciones en las que aparecía junto con otros Estados. La C 122-1996, por presunta violación del Convenio sobre la política del empleo n° 122 de 1964⁴⁷, y la C098-2016 por presunto incumplimiento del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva n° 98 de 1949⁴⁸. Ninguna de ellas fue admitida a trámite.

⁴⁷ La reclamación fue interpuesta por la Asociación danesa de los asala transporte aéreo, contra Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia.

⁴⁸ La misma fue presentada por *Solidarity, Independence, Democracy* (SID), contra Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania y Suecia.

Y, por lo que se refiere, al *Comité de Libertad Sindical*, se han presentado 91 casos contra España, todos están ya cerrados⁴⁹ y no existe, a fecha de hoy, ningún caso activo. Uno de ellos terminó con arreglo amistoso; se trata del caso núm. 2785, presentado el 3 de junio de 2010 por la Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA) contra el empleador, AENA.

La primera reclamación se presentó el 23 de junio de 1952 (caso n° 53) por UGT en el exilio, pero la misma fue desestimada porque, como hemos indicado, España no era miembro de la OIT en ese momento (abandonó su condición de miembro entre 1942 y 1956), por lo que el Comité carecía de legitimación. La siguiente la presentaron la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres, UGT en el exilio y la Federación Sindical Mundial el 15 de abril de 1959 (caso n° 143); esta vez sí es admitida por el Comité, quien determina en su Informe n° 60 de 1962 que hubo violación de la libertad sindical, en la medida en que no estaba reconocido ese derecho en la legislación española –estamos en la época franquista–.

La última reclamación presentada hasta el momento ante el Comité de Libertad Sindical contra España es la interpuesta por CCOO y UGT el 25 de julio de 2014 (caso n°3093), por violación del derecho de huelga en la medida en que el Código Penal español imponía en su artículo 315.3 penas excesivas y desproporcionadas por el delito de coacción a la huelga (de 3 años a 4 y medio de prisión). En su Informe de octubre de 2016, el Comité concluye que sí hay violación y recomienda la derogación de dicha disposición. El artículo ya había sido modificado por la Ley Orgánica de 2015, estableciendo penas de entre un año y nueve meses a tres años, aunque no ha sido eliminado.

Además de los casos referenciados, revisten especial interés algunos otros, sobre todo, por las medidas que fueron objeto de reclamación. Es el caso de los casos n° 2918 de 2011 (informe de 2013) y n° 2123 de 2001 (informe de 2002), por la congelación del sueldo de los funcionarios, respecto de los cuales, el Comité concluye que hubo vulneración de los acuerdos colectivos. O el caso n° 2947, reclamación interpuesta el 10 mayo 2012 por CCOO, UGT, la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), la Unión Sindical Obrera (USO) y numerosas organizaciones sindicales nacionales, contra el RD 3/2012 sobre reforma laboral, alegando y constatando el Comité vulneración de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva. Dos años antes se había interpuesto también contra la reforma de 2010, con idéntica decisión.

⁴⁹ Pueden consultarse en: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:20060:0::NO::>

Cabe deducir de este somero análisis, que parece que la situación en España es bastante positiva en relación con las exigencias de la OIT, tanto en lo que se refiere al nivel de implicación en el reconocimiento de los derechos laborales por el número de convenios ratificados, como por lo que se refiere a las reclamaciones presentadas y violaciones constatadas. Máxime si lo comparamos con otros países de nuestro entorno que presentan una situación mucho más deficitaria en ambos aspectos. Así, por ejemplo, Alemania solo ha ratificado 85 convenios; menos aún Canadá que ha ratificado la irrisoria cifra de 37, solo superada por EEUU que tan solo se ha obligado por 14 Convenios; Dinamarca ha ratificado 72; Irlanda, 73; y Suecia, 94. Tan solo se acerca a los niveles de España, Francia con 127 convenios ratificados.

Por lo que se refiere a las reclamaciones, estas debemos ponerlas en relación con el número de convenios ratificados pues, a más convenios ratificados, más posibilidades hay de violación y a la inversa. Siendo esto así, a pesar de que España es el Estado que más se ha obligado, no es el más denunciado. Este puesto lo ocupa Colombia con 213 reclamaciones, a pesar de que solo ha ratificado 61 convenios. Le siguen: Argentina con 206 reclamaciones, pese a sus 81 convenios ratificados; Perú con 194 reclamaciones y 76 convenios; y Canadá con 113 reclamaciones con tan solo 37 convenios ratificados. Todos ello, mucho peor, que España.

6. SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD RECIENTEMENTE CONSAGRADO (POR FIN) POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A PROPÓSITO DEL CONVENIO Nº 158 DE LA OIT Y SU APLICACIÓN POSTERIOR

Ya hemos tenido oportunidad de poner de manifiesto las dos deficiencias que, a nuestro parecer, existen en relación con los mecanismos de protección de los derechos laborales reconocidos por la OIT. Por un lado, la falta de coerción de los dictámenes que establecen la falta de adecuación de la normativa interna a los convenios; y, por otro, la imposibilidad de presentar una denuncia individual, por parte de una persona que ha sido víctima de una vulneración de alguno de esos derechos. Esto constituye un indudable déficit. Pues, pensemos en la siguiente hipótesis: una persona que ha sido objeto de un despido sin causa justificativa porque se ha llevado a cabo el mismo en el marco de un despido colectivo pactado con los sindicatos, pero sin mediar ninguna causa justificativa. Esta suposición no es tan hipotética pues la permite nuestra legislación laboral. Resultando

sorprendente que tal suceda, porque esto no lo permite el Convenio n° 158 de la OIT. Ante tal eventualidad, ¿qué podría hacerse? Quizá una vía sería presentar una denuncia ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el marco del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008 –ratificado por España en 2010 y en vigor desde el 5 de mayo de 2013–, habida cuenta que el artículo 6 del Pacto de 1966 reconoce el derecho al trabajo. El problema es que no contamos con una interpretación detallada de este artículo porque aún no tenemos jurisprudencia sobre este derecho concreto⁵⁰, ni el Comité ha desarrollado este aspecto en sus Observaciones Generales, por lo que no tenemos garantizado el éxito. No obstante, aún en este caso, es necesario agotar previamente la vía interna, pues este es un requisito de admisibilidad de las demandas y las quejas individuales.

Precisamente en este trámite interno es donde podemos encontrar la aplicación de la debida protección que garantizan las normas internacionales de la OIT, que son también derecho español y, por tanto, de obligada aplicación por parte de nuestros jueces y tribunales. Siendo, además, que tienen primacía o aplicación prevalente sobre las normas internas. Así lo establece el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 –de la que España es parte⁵¹–, al disponer que un Estado –sea cual sea el órgano estatal: judicial, ejecutivo...– no puede alegar su derecho interno para no cumplir un tratado internacional; sentando así el carácter jerárquicamente superior en cuanto a su aplicación de los tratados internacionales que desplazan a la norma interna⁵².

⁵⁰ Los casos conocidos por el Comité DESC, casi todos contra España (de las 74 quejas presentadas hasta la fecha, 66 han sido contra nuestro país), se han centrado fundamentalmente en la violación del derecho a la vivienda recogido en el artículo 11 PIDESC. Puede consultarse la información en: <https://juris.ohchr.org/Search/Results>.

⁵¹ BOE n°142, 13 de junio de 1980. Esta disposición es, además, norma consuetudinaria.

⁵² Además, respecto a la responsabilidad internacional de los Estados, el artículo 3 del *Proyecto de la CDI sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001* (UN Doc. A/56/10), establece que solo el Derecho internacional puede ser tenido en cuenta para calificar un hecho ilícito, siendo irrelevante que el derecho interno permita tal comportamiento. En la misma línea, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el *asunto relativo al intercambio de poblaciones griegas y turcas*, ya estableció que un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos (CPJI, Serie B, núm. 10, p. 20). Así como que no puede invocar respecto de otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el Derecho Internacional (consuetudinario) o los tratados en vigor (CPJI, Serie A/B, núm. 44, p. 24). Por lo que queda claro, desde el

En idéntico sentido se manifiesta el derecho español. Según el artículo 96 de la Constitución española (CE), los tratados válidamente celebrados por España pasan a formar parte del derecho interno desde su publicación oficial, y no pueden ser derogados ni modificados por una ley interna. Mientras que el artículo 31 de la Ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales establece claramente, en caso de conflicto, la prevalencia de las normas jurídicas contenidas en los tratados sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno –salvo las constitucionales–. Todo esto determina el carácter supra-legal de los tratados. Lo que significa que, si un convenio de la OIT ratificado por España reconoce un derecho a los trabajadores que no está recogido en la legislación interna española (ya sea el Estatuto de los Trabajadores, ya sea la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social o cualquier otra), el juez tiene la obligación de reconocerle ese derecho en aplicación de ese tratado internacional que es, igualmente, derecho español.

El argumentario jurídico es claro y notorio. Pero, a pesar de ello, nuestros jueces de lo social parecen haberlo obviado, de tal forma que de manera reiterada han desdeñado la aplicación directa de los Convenios de la OIT de los que España es parte (133), limitándose a resolver los casos que se les presentaban sobre la base de la legislación laboral española. Lo cual resulta ciertamente sorprendente, no solo por esa supra legalidad de los tratados, sino porque el mismo artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores dispone la obligación de aplicar la condición más beneficiosa en caso de conflicto entre normas laborales, lo que debería llevar a los jueces a la aplicación de los Convenios de la OIT por su mayor proteccionismo.

Esta lamentable situación jurídica se ha mantenido así hasta que el Tribunal Constitucional (TC), por fin⁵³, parece haberse percatado de que los jueces españoles lo estaban haciendo mal. Y, en su sentencia 140/2018

punto de vista del Derecho internacional, la primacía y prevalencia de los tratados internacionales sobre la normativa interna.

⁵³ Como pone de manifiesto Alonso García, ya existían en la jurisprudencia constitucional ciertas pistas acerca de la competencia exclusiva del juez ordinario para resolver los conflictos entre las leyes y los tratados internacionales, fundamentalmente a raíz de su Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, en la que el TC declaró que “el examen de esta supuesta contradicción [entre ley y tratado] no corresponde a este Tribunal [...] ya que no puede considerarse vulnerado el artículo 96.1 de la Constitución”. Pero no menos cierto es que, en el momento de dictarse la Sentencia 140/2018, de 20 diciembre, tales pistas no dejaban de ser eso mismo, meras pistas, sobre las que, como advirtiera justo tres años antes el magistrado Xiol Ríos en su voto particular a la Sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, “este Tribunal, como máximo intérprete de la Constitución, deberá pronunciarse más fundadamente en algún momento” (Vid. ALONSO GARCÍA,

de 20 de diciembre⁵⁴, ha establecido claramente que, de conformidad con el artículo 96 CE, los jueces pueden (y, añadiríamos, deben) aplicar directamente los tratados internacionales en lugar de la legislación interna, desplazando la aplicación de esta. Tal pronunciamiento lo ha realizado a través del reconocimiento explícito de una figura ‘creada’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, 26 de septiembre de 2006), conocida como “control de convencionalidad”, la cual establece una especie de control difuso de la ley interna.

A este respecto, afirma literalmente el TC en el Fundamento jurídico 6º de la citada sentencia que este control de convencionalidad supone:

“...que, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional”⁵⁵.

Con ella se viene a dar una respuesta tardía a la incógnita de a quién corresponde la competencia para decidir la normativa a aplicar cuando un mismo supuesto se encuentra regulado en la norma nacional y en tratados internacionales por los que se ha obligado España, otorgándola a los tribunales ordinarios. Estableciendo, además, que los tratados internacionales van a desplazar las normas anteriores a su válida celebración y a resistir a las posteriores al sólo poder ser derogados de conformidad con sus propias disposiciones, sin que ello suponga la derogación de la norma interna, sólo su inaplicación. Ahora bien, debemos tener presente que esta competencia de la jurisdicción ordinaria sobre el control de convencionalidad, entendido en España como un juicio de aplicabilidad en situación de conflicto de normas nacionales e internacionales respecto a un supuesto de hecho, no va a implicar que el TC no pueda revisar la decisión del derecho aplicable a través del recurso de amparo por vulneración del artículo 24 CE.

R., “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 119, p.19).

⁵⁴ La sentencia del TC 140/2018 de 20 de diciembre (de 62 páginas) desestima el recurso de inconstitucionalidad planteado por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados contra la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, por la que se modifica la LOPJ de 1985.

⁵⁵ ECLI:ES:TC:2018:140. No podemos dejar de hacer notar que echamos en falta en la argumentación del TC alguna referencia al artículo 31 de la Ley 24/2015 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, al que nos hemos referido anteriormente.

Por lo que hace a este trabajo, resulta relevante, no solo que el TC haya dejado clara a nuestros jueces, de una vez, la aplicación directa y prevalente de los tratados internacionales, sino que lo haya hecho sobre la base de un Convenio de la OIT, *el n° 158 sobre terminación de la relación del trabajo*. A este respecto, no es un hecho desconocido que, tras la reforma del año 2012, la protección de los trabajadores frente al despido en nuestro país quedó muy mermada. La supresión de los salarios de tramitación (salvo en caso de readmisión o de despido de representantes de los trabajadores), la reducción de la indemnización contenida en el artículo 56 ET y la eliminación de la solicitud de autorización por parte del empresario para llevar a cabo un despido colectivo son algunos ejemplos. De ahí que el Convenio de la OIT que ha gozado de más protagonismo en los últimos tiempos haya sido, precisamente, el n° 158, que viene a regular los requisitos de la extinción de la relación laboral, y que ha dado pie a interesantísimas decisiones judiciales⁵⁶, las cuales retoman los dictados sentados por el TC en su sentencia de 20 de diciembre de 2018. Contamos ya, en este sentido, con seis sentencias –cinco de 2020 y una de 2021– en las que han hecho uso de este control de convencionalidad, justamente para estimar demandas de despido improcedente en aplicación del Convenio n° 158 de la OIT, ignorando la legislación interna que no hubiera permitido admitir la demanda por no recoger el supuesto de hecho.

El primero fue el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Por *sentencia n°274/2020, de 17 de enero*⁵⁷ determina la inaplicabilidad del artículo 52 d) del ET⁵⁸ (afortunadamente ya derogado por el Real Decreto Ley

⁵⁶ Véase, a este respecto, ÁLVAREZ DÍEZ, R., *La Organización Internacional del Trabajo y España. La adecuación a sus Convenios Fundamentales en el Estatuto de los Trabajadores y la aplicación de sus Convenios Técnicos por los tribunales españoles*, Trabajo Fin de Máster del MAB, UCM, Madrid, 2021, pp.38-50 (inédito).

⁵⁷ ECLI:ES:TSJCAT:2020:1.

⁵⁸ A cuyo tenor, el contrato de trabajo podía extinguirse “Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a 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, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o

04/2020, 18 febrero), frente al Convenio n° 158 sobre terminación de la relación laboral. Resulta interesante esta decisión, no solo por el resultado: declaración del despido improcedente (que hubiera sido procedente de aplicarse el Estatuto de los Trabajadores), sino por la enumeración, por primera vez, por parte de un tribunal español de las normas internacionales aplicables al supuesto enjuiciado contravenidas por el artículo 52 d) ET. Tales son el artículo 6 del Convenio n° 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, y los artículos 3 e), 4.1. 5 b), 13 y 19 f) del *Convenio n° 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo* (ambos de la OIT); los cuales, en esencia, prohíben el despido o la adopción de medidas disciplinarias sobre la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad o lesión. Todo ello, le lleva al TSJ a no aplicar el art.52 d) por contravenir las normas internacionales que forman parte del derecho español, declarando el despido improcedente, y dando la opción al empresario de readmisión o debida indemnización.

Le sigue la *resolución n° 71/2020, 21 febrero 2020, del Juzgado de lo Social de Madrid*⁵⁹. Esta sentencia, siendo magistrado D. Antonio Seoane García, resuelve sobre la procedencia de un despido disciplinario, notificado mediante carta, en la que se imputa al trabajador una falta de desobediencia a las órdenes de su superior jerárquico. El juzgador determina que la falta está incorrectamente calificada, dado que los hechos se deberían haber calificado como “disminución del rendimiento” y que, aun así, la carta no se encontraba fundamentada de forma suficiente, por lo que ha de determinarse la improcedencia del despido. Hasta ahí, nada nuevo. Lo novedoso está en el hecho de que el juez determina que no es aplicable el artículo 56 del ET que otorga la facultad al empleador de optar en estos casos, entre la readmisión y abono de los salarios de tramitación o la extinción definitiva con el pago de una indemnización. Rechaza la aplicación del citado artículo por considerarlo contrario a los artículos 4, 8, 9, 10 y 12 del Convenio n° 158 de la OIT según los cuales, no es el empleador, sino que son los Tribunales de Justicia los que tienen la capacidad para ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada. Afirma el juez que, según el principio de jerarquía normativa, estas normas prevalecen sobre el ET. Llega incluso a sostener, en lo que

psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.”

⁵⁹ ECLI: ES:JSO:2020:2251.

consideramos que es un exceso, que el artículo 56 ET deviene en nulo por esa contradicción con los tratados internacionales.

Las sentencias del *Juzgado de lo Social de Barcelona de 10 de julio y de 31 de julio de 2020*⁶⁰ resuelven sobre la procedencia de dos extinciones por iniciativa empresarial llevadas a cabo durante la vigencia del famoso Real Decreto Ley 9/2020 de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. Concretamente, en base a su artículo 2 que excluía de las causas justificativas del despido aquellas económicas, técnicas, organizativas o de producción derivadas de la crisis producida por el COVID-19; la de 10 de julio trata un despido disciplinario de un trabajador con un salario de 1.600 euros, y la del 31 del mismo mes, un despido objetivo con una retribución mensual de 6.666,67 euros. El juzgado determina la improcedencia de los despidos por carecer de causa porque, aunque el artículo 2 del Real Decreto Ley lo permitía, se están violando las disposiciones del Convenio n° 158 de la OIT que exige la existencia de causa justificada en toda terminación de la relación laboral, por lo que condena a la empresa al abono de la indemnización prevista en el artículo 56 ET.

La *sentencia de 18 de noviembre de 2020, del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares*⁶¹, resuelve el recurso de suplicación que se interpone por dos trabajadoras en contra de la desestimación de su demanda de despido por el Juzgado de lo Social n°5 de Palma de Mallorca. Estos despidos se habían producido en el marco de un procedimiento de despido colectivo por parte del Centro Deportivo Son Valenti SL, finalizado con acuerdo y sin impugnación por parte de los sujetos legitimados en virtud del artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), por lo que el Juzgado de lo Social considera aplicable la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo de 2016 y 2018 (anterior a la sentencia del TC) y determina la falta de legitimación activa de las demandantes, así como que la falta de motivación de la carta de despido individual en el marco de un procedimiento de despido colectivo no es causa de improcedencia. Ante esto, las recurrentes alegan vulneración del art. 24 CE y del art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, invocando la necesidad de realizar un control de convencionalidad. El TSJ, tras descartar la aplicación del Derecho de la UE, entra en el FJ 5° a realizar un juicio de aplicabilidad del art. 124 LRJS en relación con el Convenio n° 158 de la OIT. A su juicio, lo dispuesto en el artículo 124 entra en contradicción con

⁶⁰ ECLI: ES:JSO:2020:2248 y ECLI: ES:JSO:2020:2262, respectivamente.

⁶¹ ECLI: ES:TS:2020:4246.

los artículos 1, 4, 8 y 9 del Convenio, los cuales exigen que exista siempre causa justificada, legitiman al trabajador para demandar individualmente aún en casos de despido colectivo pactado, la carga de la prueba de la causa recae sobre el empleador. Lo que le habilita para conocer de la demanda y, ante la inexistencia de causa justificativa, declara la improcedencia del despido y la condena a la empresa de conformidad con el artículo 56 ET (readmisión o indemnización).

Finalmente, debemos referirnos a la reciente *sentencia de 23 de abril de 2021*, nuevamente del *Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*⁶² por la que resuelve un recurso de suplicación donde el Juzgado de lo Social n° 26 de Barcelona declaraba improcedente el despido objetivo de un trabajador residente en Argentina que recibe una oferta de trabajo de una empresa española, trasladándose a Barcelona para que seis meses después, y en plena pandemia COVID-19, la empresa resuelva su contrato de trabajo sin tener derecho a percibir prestación por desempleo. El Juzgado de lo Social n° 26 de Barcelona entiende que la indemnización de 33 días de salario por año de servicio no es adecuada ni disuasoria y decide aumentar la indemnización a la cuantía correspondiente a nueve mensualidades del trabajador, lo que supone un aumento de 4.200 a 60.000 euros. El magistrado de primera instancia entiende que la indemnización resultante, si se siguen los límites legales, no tendría efecto disuasorio ni sería adecuada con las circunstancias concurrentes, lo que comportaría una vulneración del Convenio n° 158 de la OIT y de la Carta Social Europea, motivo por el cual realiza un juicio de convencionalidad y da prioridad a la norma internacional sobre la nacional. En este punto, el TSJ establece que cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma nacional con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional. Este desplazamiento de la normativa nacional para un supuesto concreto no supone la expulsión de la norma interna del ordenamiento, sino su mera inaplicación en el caso concreto. El artículo 10 del Convenio n° 158 establece que, si la terminación de la relación laboral es injustificada y no fuese posible anular la resolución contractual readmitiendo al trabajador, se tendrá que proceder al pago de una indemnización adecuada. El TSJ considera que, ante esta contradicción entre la normativa nacional y la internacional, será posible y lícito, en determinados casos, efectuar un juicio de convencionalidad sobre la adecuación de la indemnización. En estos supuestos resultaría posible que la indemnización

⁶² ECLI:ES:TSJCAT:2021:1586.

supere los límites legales si se cumplen dos requisitos coincidentes, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio n° 158 de la OIT⁶³.

Todas estas decisiones referidas tienen en común el ejercicio del control de convencionalidad consagrado en la STC n°140/2018, declarando inaplicables determinados preceptos de la legislación nacional por considerarlos contrarios al contenido de instrumentos internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con el derecho de los tratados vigente en España. Independientemente de si el razonamiento del tribunal sobre la incompatibilidad entre la norma interna y la norma internacional es más o menos correcto o acertado, no puede negarse la relevancia de esta práctica judicial y las consecuencias que acarrea en el ejercicio del derecho por parte de otros operadores jurídicos.

Es por ello que no podemos sino aplaudir la redescubierta importancia de la OIT y sus convenios por parte de nuestros jueces y tribunales, con los beneficios sociales que ello comporta para los trabajadores.

⁶³ <https://www.todanelo.com/fr/actualidad-juridica/el-tsj-de-cataluna-admite-la-posibilidad-de-aumentar-la-indemnizacion-de-los>