

VNIVERSITAT D VALÈNCIA



INSTITUT DE DRETS HUMANS

PROGRAMA DE DOCTORADO DE DERECHOS HUMANOS,
DEMOCRACIA Y JUSTICIA INTERNACIONAL
(CÓDIGO 3110)

**LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL
DEL TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS
TRIBUNALES ESPAÑOLES**

**UN ESTUDIO A PARTIR DE LA LIBERTAD SINDICAL Y
LAS GARANTÍAS EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE
TRABAJO**

**TESIS DOCTORAL
RD 99/2011**

**DOCTORANDO: MIGUEL ÁNGEL GARRIDO PALACIOS
DIRECTORA: ADORACIÓN REYES GUAMÁN HERNÁNDEZ**

JULIO 2020

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA



INSTITUT DE DRETS HUMANS

PROGRAMA DE DOCTORADO DE DERECHOS HUMANOS,
DEMOCRACIA Y JUSTICIA INTERNACIONAL
(CÓDIGO 3110)

**LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL
DEL TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS
TRIBUNALES ESPAÑOLES**

**UN ESTUDIO A PARTIR DE LA LIBERTAD SINDICAL Y
LAS GARANTÍAS EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE
TRABAJO**

**TESIS DOCTORAL
RD 99/2011**

**DOCTORANDO: MIGUEL ÁNGEL GARRIDO PALACIOS
DIRECTORA: ADORACIÓN REYES GUAMÁN HERNÁNDEZ**

JULIO 2020

INFORME DIRECTORES/AS Y TUTOR/A PARA DEPÓSITO DE TESIS

Director:

1.- Apellidos y nombre: **GUAMÁN HERNÁNDEZ, ADORACIÓN REYES** N.I.F. 53054005C,
Departamento/Instituto:

DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL Centro: UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Directora de la tesis doctoral: “LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES: UN ESTUDIO A PARTIR DE LA LIBERTAD SINDICAL Y LAS GARANTÍAS EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO”.

de D. MIGUEL ÁNGEL GARRIDO PALACIOS,

estudiante del **Programa de Doctorado en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional** (RD99/2011) del Instituto de los Derechos Humanos de la Universitat de València, emite informe favorable para la realización del depósito y la defensa de la tesis doctoral.

Fecha: 4 de junio de 2020



ESCUELA DOCTORAL UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Facultad de Derecho. Doctorado. Avda. Tarongers, s/n. 46022-Valencia Telef. (+34) 96 386 41 00 Fax (+34) 96 382 85 96 Web: www.uv.es/doctdret e-mail: doctorado.derecho@uv.es

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quiero agradecer su dedicación a mi directora de tesis sin la cual no hubiera sido posible llegar a este punto. No solo por el cumplimiento de su labor, sino por su paciencia, por su virtud para abrirme nuevos caminos hacia el conocimiento, así como su capacidad de motivación cuando este doctorando más lo necesitaba.

En el ámbito de la institución, a los trabajadores del Instituto de Derechos Humanos de Valencia por su profesionalidad y disposición. A Mercedes Romero, por sus imprescindibles lecturas.

A mis padres. A Gael y a Nazaret, por su cariño, apoyo incondicional y comprensión. A Miguel Lorente y a Alberto Franco por tener su respaldo, en momentos difíciles para alcanzar la culminación de este trabajo. Al profesor Enrique Múgica, que tras su reconversión a librero, me ha procurado buena parte de las obras que sustentan este trabajo. A Luis Miguel Sanguino y a José Luis González por su resorte moral y cobertura jurídica; siempre.

A Manuel Fernández-Cuesta, que se nos fue demasiado pronto, y que es artífice e inspiración intelectual de este trabajo. A Luis Miguel Sánchez Seseña y a Andrés Luque por ser escuela de sindicalismo. A José Luis Núñez Casal (Patri), a Nieves San Vicente y a Coral Gimeno por enseñarme la honradez y la coherencia en el compromiso hacia la clase trabajadora en el día a día. A todas aquellas personas que han luchado, luchan y lucharán por la liberación del ser humano.

Resumen

Esta investigación parte de la hipótesis de que la recepción del Derecho Internacional del Trabajo en nuestro ordenamiento jurídico es insatisfactoria. Para pertrechar esta tesis se escogen los derechos de la libertad sindical y las garantías en la terminación del contrato de trabajo por su centralidad para el Derecho del Trabajo. A fin de confirmar el planteamiento, conviene afirmar una serie de premisas. En primer lugar, la existencia del propio Derecho Internacional del Trabajo como concepto o disciplina autónoma del Derecho Internacional Público. Así mismo, conviene situar el Derecho Internacional del Trabajo en relación con otros fenómenos que interactúan, derivados tanto de la globalización como de la integración de nuestro país en la Unión Europea. Tampoco podemos omitir otros factores de merma que pueda afrontar la norma internacional, como el contenido *non self executing* de los tratados o la flexibilidad de la que gozan los Estados en cuanto a la aplicación de la propia norma internacional. En segundo lugar, la exigibilidad de los derechos estudiados en función de su pertenencia a la categoría de los derechos sociales dentro de los derechos humanos. Plasmadas las anteriores premisas, la cuestión central que hay que dirimir es si es posible, a través del control de convencionalidad, la aplicación de la norma internacional sobre la nacional cuando esta última sea contraria y descienda el nivel de protección de la primera. Una vez asentado el marco teórico, procede el estudio de los derechos escogidos en este trabajo en la jurisprudencia. Para ello se abarca la lectura de la norma internacional por los órganos de control y tribunales (desde los Pactos Internacionales de Naciones Unidas hasta el Consejo de Europa), con especial atención a sus pronunciamientos sobre nuestro país. La siguiente fase del estudio y definitoria para los resultados es precisar cómo se aplica la norma internacional en nuestra jurisprudencia interna. Con esta investigación exhaustiva estaremos en condiciones de afirmar la ratificación de la hipótesis.

Palabras clave: Derecho Internacional del Trabajo, control de convencionalidad, doctrina de los órganos de control de la norma internacional, jurisprudencia interna.

Abstract

This research starts from the hypothesis that the reception of International Labor Law in our legal system is unsatisfactory. To equip this thesis, the rights to freedom of association and guarantees on termination of the employment contract are chosen due to their centrality to Labor Law. To confirm the approach, it is convenient to affirm a series of premises. Firstly, the existence of International Labor Law itself as an autonomous concept or discipline of Public International Law. Likewise, it is convenient to situate International Labor Law in relation to other phenomena that interact, both derived from globalization and the integration of our country in the European Union. Nor can we omit other reduction factors that the international norm may face, such as the content of non-self executing treaties or the flexibility that States enjoy regarding the application of the international norm itself. Secondly, the enforceability of the rights studied based on their belonging to the category of social rights within human rights. Once the previous premises have been established, the central question to be resolved is whether it is possible, through the control of conventionality, the application of the international standard on the national where the latter is contrary and the level of protection of the former is lowered. Once the theoretical framework is established, the study of the rights chosen in this work in the jurisprudence proceeds. For this, the reading of the international standard by the control bodies and courts (from the United Nations International Covenants to the Council of Europe) is covered, with special attention to their pronouncements on our country. The next phase of the study and defining the results is to specify how the international standard is applied in our internal jurisprudence. With this exhaustive investigation we will be in a position to affirm the ratification of the hypothesis.

Key words: International Labor Law, control of conventionality, doctrine of the control bodies of the international standard, internal jurisprudence.

ÍNDICE

Listado de abreviaturas	15
Listado de tablas	18
Introducción	20
Objetivos de la investigación	24
Metodología.....	25
Estructura de la tesis	27
Capítulo I. Los derechos sociales y el Derecho Internacional del Trabajo.....	29
1.1. Cuestiones introductorias	31
1.1.1. La formación del DIT en el siglo XIX.....	32
1.1.2. Desde los inicios del siglo XX al periodo de entreguerras.....	36
1.1.3. Desde la Segunda Guerra Mundial a nuestros días	41
1.2. Los derechos sociales como derechos humanos desde el enfoque de las teorías críticas.....	48
1.2.1. Los derechos sociales son derechos humanos	49
1.2.2. Cuestiones sobre exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales ...	59
1.3. El Derecho Internacional del Trabajo ante el Derecho Transnacional del Trabajo y la <i>Lex Mercatoria</i>	63
1.3.1. Sobre el Derecho Transnacional del Trabajo	63
1.3.2. <i>Lex Mercatoria</i>	67
Capítulo II. La interacción entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos estatales	71
2.1. Escuelas teóricas.....	72
2.2. Control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad	76
2.2.1. Control de legalidad.....	76
2.2.2. Control de constitucionalidad.....	78
2.2.3. Control de convencionalidad	80
2.3. La relación del Derecho Internacional del Trabajo con el ordenamiento jurídico interno en el modelo español	94
2.3.1. La recepción del Derecho Internacional del Trabajo desde el canon hermenéutico del artículo 10.2 de la Constitución española	95
2.3.2. La recepción del Derecho Internacional del Trabajo al amparo de los artículos 93 a 96 de la Constitución española.....	99
2.4. Factores de merma de eficacia de los tratados internacionales.....	107
2.4.1. Tratados <i>non self executing</i>	107
2.4.2. Flexibilidad de las normas para adaptarse a las diferentes condiciones económicas y sociales de los diferentes países y el margen de apreciación razonable	109
2.4.3. El Derecho de la Unión Europea y su interacción con la norma internacional del trabajo.....	111
Capítulo III. Fuentes y mecanismos de control del Derecho Internacional del Trabajo.....	123
3.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos	124
3.2. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.....	125
3.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las resoluciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre libertad sindical respecto de España	126

3.4. La Organización Internacional del Trabajo	136
3.4.1. Los Convenios de la OIT 87, 98 y 158.....	141
3.4.2. La Corte Internacional de Justicia y su interpretación de las normas OIT147	
3.4.3. Aportaciones críticas sobre el papel de la OIT.....	149
3.4.4. El debate sobre España en la Conferencia Internacional del Trabajo.....	152
3.4.5. La CEACR: especial atención a sus resoluciones respecto de España.....	162
3.4.6. La Comisión de Aplicación de Normas: remisión a sus resoluciones respecto de España	185
3.4.7. El Comité de Libertad Sindical: análisis de sus resoluciones respecto de España.....	189
3.5. El Consejo de Europa	220
3.5.1. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.....	221
3.5.2. La Carta Social Europea	231
3.6. La Organización de Estados Americanos	246
Capítulo IV. El Derecho Internacional del Trabajo en los tribunales españoles: un análisis de la jurisprudencia estatal	251
4.1. La jurisprudencia sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	251
4.1.1. La jurisprudencia en el orden social sobre el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	252
4.1.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	258
4.2. La Jurisprudencia sobre el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales	258
4.2.1. La jurisprudencia en el orden social respecto al artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	259
4.2.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 8 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales	264
4.3. La jurisprudencia sobre el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo.....	266
4.3.1. La jurisprudencia en el orden social sobre el Convenio 87 de la OIT.....	266
4.3.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio 87 de la OIT	274
4.4. La jurisprudencia sobre el Convenio 98 de la OIT	276
4.4.1. La jurisprudencia en el orden social sobre el Convenio 98 de la OIT.....	277
4.4.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio 98 de la OIT	289
4.5. La jurisprudencia sobre el Convenio 158 de la OIT	293
4.5.1. La jurisprudencia en el orden social sobre el Convenio 158 de la OIT.....	294
4.5.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio 158 de la OIT.....	312
4.6. La jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos	319
4.7. La jurisprudencia sobre la Carta Social Europea	324
4.7.1. La jurisprudencia en el orden social sobre el artículo 5 de la Carta Social Europea.....	325
4.7.2. La jurisprudencia en el orden social sobre el artículo 4.4 de la Carta Social Europea.....	330
4.8. Últimas consideraciones en torno al control de convencionalidad y la jurisprudencia interna	353

4.8.1. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018	354
4.8.2. La sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018 de 20 de diciembre de 2018	356
4.8.3. La sentencia número 274/2020 de 17 de enero de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña	358
Capítulo V. Conclusiones	361
Bibliografía	372

Listado de abreviaturas

ADEDY	CONFEDERACIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS
AENA	AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA
AILPT	ASOCIACIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES
AMG	ACUERDOS MARCO GLOBALES
AN	AUDIENCIA NACIONAL
ASEAN	ASOCIACIÓN DE NACIONES DEL SUDESTE ASIÁTICO
ASEC	ACUERDO SOBRE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS
BIT	ACUERDOS BILATERALES DE INVERSIÓN
BOE	BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
CAE	CONTRATO DE APOYO A EMPRENDEDORES
CAS	COMITÉ DE APLICACIÓN DE NORMAS
CADH	CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CC	CONFEDERACIÓN DE CUADROS
CCAA	COMUNIDADES AUTÓNOMAS
CCOO	COMISIONES OBRERAS
CDESC	COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
CDFUE	CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA
CE	CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
CEACR	COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES
CEDAW	CONVENCIÓN SOBRE ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER
CEDH	CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES
CEDS	COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES
CEOE	CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES
CEPYME	CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE LA PEQUEÑA Y DE LA MEDIANA EMPRESA
CESM	CONFEDERACIÓN ESTATAL DE SINDICATOS MÉDICOS
CETA	ACUERDO ECONÓMICO Y DE COMERCIO GLOBAL
CGT	CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO
CIDH	COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CIOSL	CONFEDERACIÓN INTERNACIONAL DE ORGANIZACIONES SINDICALES LIBRES
CIT	CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO
CHA	CHUNTA ARAGONESISTA
CIJ	CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA
CLS	COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL
CNT	CONFEDERACIÓN NACIONAL DEL TRABAJO
CorteIDH	CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CSE	CARTA SOCIAL EUROPEA
CSIF	CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS
CSTC	CONFEDERACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE CATALUÑA
CSUT	CONFEDERACIÓN DE SINDICATOS UNITARIOS DE TRABAJADORES
CSI	CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL
CP	CÓDIGO PENAL
C087	CONVENIO 87 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
C098	CONVENIO 98 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
C122	CONVENIO 122 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

C158	CONVENIO 158 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
DDHH	DERECHOS HUMANOS
DESC	DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
DIP	DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
DIT	DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO
DTT	DERECHO TRANSNACIONAL DEL TRABAJO
DUDH	DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS
ERNE	ERTZAINEN NAZIONAL ELKARTASUNA (SOLIDARIDAD NACIONAL DE LA POLICIA VASCA)
ET	ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
ETN	EMPRESAS TRANSNACIONALES
ETTS	EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL
FASGA	FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES SINDICALES DE GRANDES ALMACENES
FEBASO	FEDERACIÓN ESTATAL DE BANCA, AHORRO, SEGUROS Y OFICINAS
FEDECA	FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE CUERPOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO
FENAE	FEDERACION NACIONAL DE AUTOESCUELAS
FMI	FONDO MONETARIO INTERNACIONAL
FNT	FUERZA NACIONAL DEL TRABAJO
FSM	FEDERACIÓN SINDICAL MUNDIAL
GATT	ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS
GENOP-DEI	FEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA NACIONAL DE ELECTRICIDAD
ICV-EUIA	INICIATIVA PER CATALUNYA-ESQUERRA UNIDA I ALTERNATIVA
INTG	INTERSINDICAL NACIONAL DE TRABAJADORES GALLEGOS
ISDS	ARBITRAJE DE DIFERENCIAS ESTADO-INVERSOR
IU	IZQUIERDA UNIDA
JEFTA	ACUERDO DE LIBRE COMERCIO UE-JAPÓN
LOLS	LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD SINDICAL
MEDE	MECANISMO EUROPEO DE ESTABILIDAD
MERCOSUR	MERCADO COMÚN DEL SUR
OCDE	ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS
OEA	ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS
OIE	ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE EMPLEADORES
OIT	ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
OTAN	ORGANIZACIÓN DEL TRATADO DEL ATLÁNTICO NORTE
OTRAS	ORGANIZACIÓN DE TRABAJADORAS SEXUALES
ONU	ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS
PCE	PARTIDO COMUNISTA DE ESPAÑA
PIDCP	PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS
PIDESC	PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
PSOE	PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL
SIBESA	SINDICATO DE LA BENEFICENCIA Y SANIDAD MUNICIPAL
SID	SOLIDARITY, INDEPENDENCE, DEMOCRACY
SIDH	SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
SOC	SOLIDARITAT D'OBREERS DE CATALUNYA
STC	SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
STSJ	SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
STV	SINDICATO DE TRABAJADORES VASCOS
TC	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TEDH	TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
TFUE	TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA
TJUE	TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
TLC	TRATADOS DE LIBRE COMERCIO
TS	TRIBUNAL SUPREMO
TSJ	TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
UE	UNIÓN EUROPEA
UGT	UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES
UPN	UNIÓN DEL PUEBLO NAVARRO
URSS	UNIÓN DE REPÚBLICAS SOCIALISTAS SOVIÉTICAS
USCA	UNIÓN SINDICAL DE CONTROLADORES AÉREOS
UUAG	UNIÓN DE UNIONES DE AGRICULTORES Y GANADEROS
USO	UNIÓN SINDICAL OBRERA

Listado de tablas

Tabla 1. Reparto sentencias por órganos PIDCP.....	252
Tabla 2. Reparto de las sentencias por fases PIDCP	253
Tabla 3. Procedimientos PIDCP	253
Tabla 4. Sentencias por periodos PIDCP	254
Tabla 5. Partes en el procedimiento PIDCP	255
Tabla 6. Categorías de citas PIDCP	255
Tabla 7. Reparto de las citas PIDCP	256
Tabla 8. Citas repartidas por artículos PIDCP.....	256
Tabla 9. Reparto sentencias por órganos PIDESC	259
Tabla 10. Reparto de las sentencias por fases PIDESC.....	260
Tabla 11. Procedimientos PIDESC	260
Tabla 12. Sentencias por periodos PIDESC	261
Tabla 13. Partes en los procedimientos PIDESC	261
Tabla 14. Categorías de citas PIDESC	262
Tabla 15. Reparto de las citas PIDESC	262
Tabla 16. Citas repartidas por artículos PIDESC	263
Tabla 17. Reparto sentencias por órganos Convenio 87 OIT.....	267
Tabla 18. Reparto de las sentencias por fases Convenio 87 OIT	267
Tabla 19. Procedimientos Convenio 87 OIT	268
Tabla 20. Sentencias por periodos Convenio 87 OIT.....	268
Tabla 21. Partes en los procedimientos Convenio 87 OIT	269
Tabla 22. Categorías de citas Convenio 87 OIT.....	270
Tabla 23. Reparto de las citas Convenio 87 OIT.....	270
Tabla 24. Citas repartidas por artículos Convenio 87 OIT.....	271
Tabla 25. Reparto de las sentencias por órganos Convenio 98 OIT	277
Tabla 26. Reparto de las sentencias por fases Convenio 87 OIT	278
Tabla 27. Procedimientos Convenio 87 OIT	278
Tabla 28. Sentencias por periodos Convenio 87 OIT.....	279
Tabla 29. Partes en los procedimientos Convenio 87 OIT	280
Tabla 30. Categorías de citas Convenio 87 OIT.....	280
Tabla 31. Reparto de las citas Convenio 87 OIT.....	281
Tabla 32. Citas repartidas por artículos Convenio 87 OIT.....	282
Tabla 33. Reparto de las sentencias por órganos Convenio 158 OIT	295
Tabla 34. Reparto de las sentencias por fases Convenio 158 OIT	295
Tabla 35. Procedimientos Convenio 158 OIT	296
Tabla 36. Sentencias por periodos Convenio 158 OIT.....	297
Tabla 37. Partes en los procedimientos Convenio 158 OIT	298
Tabla 38. Categorías de citas Convenio 158 OIT.....	298
Tabla 39. Reparto de las citas Convenio 158 OIT.....	299
Tabla 40. Citas repartidas por artículos Convenio 158 OIT.....	300
Tabla 41. Reparto de sentencias por órganos CEDH	319
Tabla 42. Reparto de las sentencias por fases CEDH	320
Tabla 43. Procedimientos CEDH	320
Tabla 44. Partes en los procedimientos CEDH	321
Tabla 45. Categorías de citas CEDH.....	321
Tabla 46. Reparto de las citas CEDH.....	322
Tabla 47. Reparto de sentencias por órganos, artículo 5 de la CSE.....	326
Tabla 48. Reparto de las sentencias por fases, artículo 5 CSE.....	326

Tabla 49. Procedimientos artículo 5 CSE.....	327
Tabla 50. Sentencias por periodos, artículo 5 CSE	327
Tabla 51. Partes en los procedimientos, artículo 5 CSE.....	328
Tabla 52. Reparto de las citas, artículo 5 CSE	328
Tabla 53. Reparto sentencias por órganos, artículo 4.4 CSE	331
Tabla 54. Reparto de las sentencias por fases, artículo 4.4 CSE.....	331
Tabla 55. Procedimientos artículo 4.4 CSE.....	332
Tabla 56. Partes en los procedimientos, artículo 4.4 CSE.....	332
Tabla 57. Categoría de citas, artículo 4.4 CSE.....	333
Tabla 58. Reparto de las citas, artículo 4.4 CSE	333

Introducción

La recepción del Derecho Internacional del Trabajo (DIT) en el ordenamiento jurídico español es insuficiente. Esta afirmación se está convirtiendo en un lugar común entre doctrina y aplicadores del derecho que, en la última década y en particular a partir de 2012, han apelado al derecho internacional a efectos de mantener o recuperar el tradicional carácter tuitivo del Derecho del Trabajo. Las razones de esta creciente atención hacia el ordenamiento internacional son diversas. La presente investigación va a aceptar como explicación más adecuada la que afirma que venimos de un modelo jurídico donde la legislación nacional ha presentado, en términos generales, un mayor nivel de protección que la normativa internacional, por lo que no era necesario alegar dicha fuente. Esta puede ser una explicación a la falta de pericia en el manejo de la citada fuente. A partir del año 2012, con la reforma laboral, se produce un viraje a dicho estado de la cuestión, al acudir a la norma internacional para tratar de asegurar y mantener los derechos laborales ahora cuestionados en el ámbito internacional.

Esta operación ha estado plagada de dificultades que han motivado las continuas quejas respecto de las carencias en la aplicación y en el respeto de los estándares laborales internacionales. Sin embargo, y a pesar de la insistencia en estas carencias, no es posible encontrar, hasta el momento, un estudio sistemático que permita evidenciar el alcance de las mismas y, más importante aún, determinar sus causas a efectos de plantear vías jurídicas de actuación que permitan asegurar el correcto respeto de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado español y de los mandatos constitucionales relativos a las interacciones jurídicas multinivel en el campo de los derechos humanos. Abordar este estudio es el objetivo de la presente tesis doctoral.

No es, evidentemente, una cuestión sencilla. La demostración de la hipótesis de la recepción insuficiente solo es un primer paso de la investigación que, como todo trabajo enmarcado en las teorías críticas, aspira a aportar propuestas que permitan una evolución jurídica orientada a la transformación social y a la mejora de las condiciones de vida de las mayorías sociales. En este sentido, es oportuno señalar ya en esta introducción que esta investigación opta de manera clara por un enfoque crítico que analice los hechos, la doctrina y, fundamentalmente, la jurisprudencia, desde la relación entre el derecho y el contexto social. Así, nuestro estudio va a analizar el ordenamiento jurídico-laboral tanto desde la dependencia social del derecho como desde la idea del derecho como herramienta de cambio social (Jeammaud, 1984).

De igual manera, la investigación que se acomete parte del convencimiento de que la protección multinivel de los derechos humanos en general y laborales en particular debería conducir siempre a la aplicación del estándar más alto establecido en las normas en concurrencia, así como a la permanente vigencia del control de convencionalidad en nuestro ordenamiento. Esto no solo es una obligación jurídicamente aceptada en la ratificación de las normas supranacionales y en la propia constitución, sino que es, además, una necesidad derivada de la creciente interconexión global que nos impide pensar en los derechos y en el trabajo desde un prisma que no sea el internacional, que se ha exacerbado en un momento histórico marcado por una profunda regresión en la protección de los derechos sociolaborales en el ámbito global en general y español en particular.

Con este enfoque, la investigación pretende desentrañar los puntos de conflicto entre el Derecho Internacional del Trabajo y el derecho interno, tomando como elementos de análisis el derecho de libertad sindical y las garantías en la estabilidad del empleo en su vertiente de la extinción de los contratos de trabajo, puesto que suponen dos elementos troncales del Derecho del Trabajo que gozan de contenidos e interpretaciones concretas desde el ámbito del Derecho Internacional del Trabajo.

Para abordar este objetivo, y aun cuando el estudio realizado es predominantemente jurisprudencial, la investigación comienza con un amplio barrido y sistematización de carácter doctrinal. Este análisis permite abordar el complejo y poco desarrollado concepto de Derecho Internacional del Trabajo, necesario para dar cuenta de la pertinencia de la hipótesis que, repetimos, es la no conformidad de determinados aspectos importantes de nuestro ordenamiento laboral interno con la normativa internacional y, muy en particular, con los criterios que emanan de sus órganos de control. La demostración de esta hipótesis dentro del marco teórico propuesto nos permitirá concluir que no solo son precisas reformas normativas, sino que la corrección de estas carencias requiere, de manera ineludible, una serie de correcciones en el enfoque interno y en las dinámicas en la recepción y aplicación del derecho internacional en el ámbito nacional.

Adoptar como punto de partida la necesaria definición del Derecho Internacional del Trabajo presenta aristas importantes. Por un lado, y atendiendo a su conformación, es bien sabido, se trata de un conjunto normativo que se ha ido forjando de forma dinámica a lo largo de los siglos XIX y XX, y que en la actualidad sigue modelándose de manera permanente. En sus orígenes, el DIT se disciplinó en consonancia con los intereses del

capitalismo para generar unas condiciones de competencia equitativas en el mercado¹ que evitaran un *dumping* inhumano. Sin embargo, en paralelo y derivado de la fuerte influencia de las distintas corrientes del pensamiento socialista, la clase trabajadora, mediante su organización en sindicatos, fue reivindicando unas condiciones laborales dignas en materia de jornadas de trabajo, salubridad e higiene que se expresaban no solo en un plano nacional.

La vocación internacionalista calaría en el sindicalismo que se iría asentando en la segunda mitad del siglo XIX en los distintos países europeos a través de las ideas de pensadores como Owen, Marx, Engels, Bakunin (Ramos, 2019). Su estudio requiere, por tanto, atender a la permanente dialéctica entre capital y trabajo para comprender sus diferentes etapas, así como la actuación de los principales actores, en particular la OIT, pero no solo. Otras instituciones y mecanismos de derechos humanos han jugado y están jugando un importante papel en el desarrollo de los derechos sociolaborales (desde Naciones Unidas al sistema del Consejo de Europa o al sistema interamericano de Derechos Humanos).

Por añadidura, y más allá del estudio de los mecanismos, la correcta comprensión de las relaciones señaladas exige la visión de los desafíos que, tanto para el Derecho Internacional Público (DIP) en general como para el DIT en particular, supone el momento de globalización acelerada en el que vivimos. Así, como han señalado múltiples autores, el ordenamiento al que nos estamos refiriendo corre un riesgo permanente de vaciarse de contenido por la tendencia autorregulatoria del capital y de la empresa global en el mercado mundial. Aun teniendo en cuenta que los Estados que representan a las grandes potencias mundiales han abogado por el modelo neoliberal, en esta fase histórica se muestran los límites de los gobiernos nacionales sobre el control de la economía de escala mundial, lo que influye en el proceso de erosión de la capacidad regulatoria del Derecho del Trabajo y, por añadidura, en el vaciamiento del proceso democrático de toma de decisiones (Monereo, 2018).

Precisamente la globalización económica justifica, más aún en el contexto de regresión de los derechos sociolaborales antedicho, una mayor consideración judicial del Derecho Internacional del Trabajo, teniendo presente que el hecho de que las relaciones económicas y laborales se internacionalicen no obsta a la capacidad de los tribunales

¹ Tal y como viene a señalar Montt (1998), la competencia desleal fue el argumento que permaneció presente durante más de un siglo y en el que, de cierta forma, coincidían empresarios, sindicatos y los Estados para el establecimiento de una normativa internacional de trabajo.

nacionales de acudir a los instrumentos internacionales para resolver los litigios laborales (Beaudonnet, 2009). En este sentido, este trabajo aboga decididamente por el refuerzo de los mecanismos de tutela judicial como expresión que emana en última instancia del pueblo, con su independencia y sometimiento al imperio de la ley.²

Será necesario reflexionar y desgranar la cuestión de los derechos sociales en su condición de derechos humanos y en cómo se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico. Diversos autores han repetido que los derechos sociales se encuentran un escalón por debajo de los derechos civiles y políticos. Para refutar este enfoque teórico, se debe justificar la ubicación de los derechos sociales en la categoría de derechos humanos. Una vez realizado lo anterior, procede asentar la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, a lo que dedicaremos un buen número de páginas. Como obstáculo añadido, cabe apuntar la relativa marginación que han sufrido los derechos sociales, y esto se explica por la secundaria ubicación en las constituciones nacionales, siendo un caso evidente la nuestra de 1978.

La exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos sociales posibilita su efectividad y refutan aquellas posiciones que los ubican como políticas coyunturales, programáticas, etc. En cualquier caso, respecto a la libertad sindical no se puede olvidar su naturaleza mixta entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y su preeminencia en los llamados Derechos Humanos Laborales. En cuanto a las garantías por extinción del contrato de trabajo, estas tienen una regulación concreta y específica, alejadas de cuestiones “programáticas”.

Lo siguiente, y ya como punto central de la investigación, el estudio de la recepción del derecho internacional en nuestro derecho interno requiere comprender los mecanismos y sus factores de merma. Solo con esta base es posible acometer la parte empírica del presente estudio, que permite la plena justificación de la hipótesis, y que consiste en un análisis pormenorizado de la jurisprudencia. Este análisis revela, como se detalla en el capítulo IV, un uso mecánico y poco profundo de la norma internacional por parte de nuestro orden jurisdiccional, siendo muy pocas las sentencias que usan con detalle esta fuente. Más bien, se produce una repetición masiva de algunas sentencias que citan la norma internacional sin profundidad, refiriéndose a las mismas como un mantra.

El análisis de los marcos normativos señalados va a abordarse, por tanto, en un doble plano. En primer lugar, se realiza un estudio del contenido de la norma internacional y,

² Dicha legitimidad democrática emana del artículo 117 y siguientes de nuestra Constitución de 1978, al igual que debe ser reforzada su vertiente de servicio público al servicio de los ciudadanos.

muy particularmente, de los pronunciamientos de los distintos órganos de control sobre España en cuanto a la libertad sindical y las garantías en la extinción del contrato de trabajo. Nos encontramos ante una especie de “jurisprudencia” que aporta una mirada distinta a la de los agentes que operan en nuestro país y que nos permite evaluar nuestra normativa y su conformidad o no en el órgano internacional. Este análisis habilita la adopción de un prisma que nos coloca en una mejor posición para estudiar con más precisión el nivel de cumplimiento de la normativa internacional que nos vincula en nuestro plano interno. Por esta razón, se trabaja fundamentalmente sobre las fuentes directas, acudiendo a los textos que componen el Derecho Internacional del Trabajo y las resoluciones e informes de los órganos de control de los tratados en la materia, cuya consideración al máximo nivel se justificará adecuadamente.

Tras evidenciar la hipótesis de partida, el presente trabajo se orienta al análisis de las causas de esta carencia. Existen, sin duda, factores de formación jurídica cuya inercia no puede ser cambiada de forma automática, pero, al mismo tiempo, se estudiarán una serie de resoluciones de órganos jurisdiccionales que marcan el camino. En tal sentido, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo e incluso del Tribunal Constitucional, que se abordará, muestran que el control de convencionalidad es una tarea indeclinable del juzgador. En esta evolución, siendo conscientes del carácter inconcluso de la misma, se sitúa esta tesis, cuya aspiración es servir como explicación, pero también como guía de solución de las carencias de la recepción del Derecho Internacional del Trabajo en el ordenamiento jurídico español.

Objetivos de la investigación

Como se ha apuntado, el objetivo principal es analizar la recepción del Derecho Internacional del Trabajo en el ordenamiento jurídico español y valorar las causas de la insuficiente penetración del primero en el segundo.

Para conseguir el planteamiento propuesto es necesario alcanzar una serie de objetivos previos:

El primero de ellos es abordar la definición del DIT como marco jurídico en el que se insertan los derechos materiales que vamos a estudiar en la tesis.

El segundo de ellos es conseguir delimitar el concepto de derechos sociales, cómo se insertan en los derechos humanos y su exigibilidad ante sus posibles vulneraciones.

El tercer objetivo consiste en precisar y acometer el marco teórico de la recepción del derecho internacional en España, así como los factores de merma de la norma internacional. En tal sentido, precisamos las escuelas teóricas y el contenido constitucional al respecto para luego acudir al concepto de control de convencionalidad, tanto en la aportación doctrinal como en su elaboración jurisprudencial.

El cuarto objetivo es estudiar la normativa internacional y regional supranacional sobre los derechos estudiados, así como sobre sus órganos de control. En tal sentido, se abordarán los pronunciamientos de dichos órganos sobre el cumplimiento y respeto de los derechos reconocidos a nivel internacional en España.

Por último, se establece un quinto objetivo, que es el estudio de la jurisprudencia interna en conexión con los derechos estudiados y desde la óptica del recibimiento por nuestros órganos judiciales de la normativa internacional y de sus órganos de control.

Metodología

La metodología empleada se incardina en una convergencia de diversas fuentes. En cada apartado se desgrana el derecho positivo, es decir, el contenido de la norma publicada en los oportunos boletines oficiales. A continuación, se acude a la fuente primaria basada en lo dicho directamente por el órgano de control competente. Después se completa el estudio con los trabajos de los autores relevantes en la doctrina.

Este procedimiento se ha seguido con el estudio de cada texto normativo, desde el máximo ámbito internacional descendiendo hasta el ámbito regional europeo.

En los dos primeros capítulos, aunque no se abandona el análisis del derecho positivo puesto que la conformación del DIT y de los derechos humanos (DDHH) se han ido forjando con su reconocimiento en la fuente internacional, prioriza el estudio de la doctrina más avanzada desde sus distintos puntos de vista. Por lo tanto, estos dos primeros capítulos se ocupan de armar el marco teórico para poder desgranar, *a posteriori*, los resultados empíricos.

Después de la aproximación a un enfoque científico sobre la conformación del DIT y los derechos sociales como derechos humanos, la gran parte de la tesis se ha centrado en el estudio normativo y jurisprudencial de las distintas normas. Se ha respetado una metodología basada en estudiar por bloques, primero, la norma internacional. En tal sentido, se sigue del ámbito superior al ámbito inferior, abordando primero las Naciones Unidas, luego la agencia especializada de la anterior que es la OIT, y después el Consejo de Europa. Igualmente, el acercamiento a otros textos internacionales como el Derecho

de la Unión Europea o los convenios bilaterales es obligado, con la misma metodología: el estudio de la literalidad de la norma, los criterios jurisprudenciales relevantes y el estudio de la doctrina.

El estudio de los derechos de libertad sindical y de las garantías en la extinción del contrato de trabajo generan cierta asimetría en función de la fuente internacional. Esto es así puesto que no todas las normas internacionales comprenden el estudio de ambos derechos. En el ámbito de la OIT están los convenios específicos sobre libertad sindical o el convenio propio sobre la terminación del contrato de trabajo. Asimismo, en el marco de los pactos internacionales de Naciones Unidas no se recoge disposición significativa sobre las garantías en la extinción del contrato de trabajo. No obstante, la tesis se va perfilando con la adecuada comprensión sobre el contenido jurídico de cada organización supranacional en conexión con los derechos estudiados para acometer el siguiente paso. Respecto del estudio sobre las garantías en la extinción del contrato de trabajo, escogemos las dos normas internacionales que más impacto han tenido en nuestra jurisprudencia interna, esto es, el Convenio 158 de la OIT (C158)³ y el artículo 4.4 de la Carta Social Europea (CSE)⁴.

A continuación, es menester acudir a la recepción interna de la normativa internacional siguiendo el estudio de la norma, a los fallos jurisprudenciales y al estudio de la doctrina. En este trabajo, el esfuerzo se centra en determinar en la jurisprudencia ordinaria el impacto de cada fallo, desgranar los datos referidos a las partes, el procedimiento, la forma en que se cita, quién cita, cómo se cita, etc. Igualmente, respecto a los fallos del Tribunal Constitucional, se prioriza el análisis del razonamiento de la resolución y cómo esto incide en la jurisdicción ordinaria.

Del estudio de la recepción del DIT en la jurisprudencia interna, iniciamos el estudio desde los Pactos Internacionales, puesto que la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)⁵ es un texto fundamentalmente con relevancia moral, y desde su propio ámbito no hay órgano de control que reproduzca doctrina sobre libertad sindical ni con mayor motivo sobre las garantías en la terminación del contrato de trabajo que nos posibilite hacer la labor de análisis comparado.

³ Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982. *Boletín Oficial del Estado*, número 155, de 29 de junio de 1985, pp. 20352-20354.

⁴ Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961. *Boletín Oficial del Estado*, número 153, de 26 de junio de 1980, pp. 14533-14540.

⁵ Asamblea General de la ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, Resolución (217 [III] A) de París. Recuperado de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Para localizar el volumen de sentencias, se busca toda la jurisprudencia existente en la base de datos consultada, situando como criterio de búsqueda el nombre de la norma y su delimitación por artículos en el caso que de la misma se estudie un precepto específico. Por situar un ejemplo, se ha buscado toda la jurisprudencia en el orden social y constitucional sobre el Convenio 158 OIT puesto que se estudia en su totalidad; sin embargo, respecto de la Carta Social Europa únicamente se traspasa a consulta el artículo 4.4 sobre el preaviso en la extinción del contrato de trabajo, y el artículo 5, que comprende el derecho a la libertad sindical.

En definitiva, es una metodología que busca el análisis de la jurisprudencia o cuasi jurisprudencia de los órganos internacionales y después se contrasta con la jurisprudencia interna para dictaminar si existe o no el diálogo entre dichos ámbitos. Para estudiar las resoluciones de los órganos de control internacionales, se acude directamente a sus publicaciones o, en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a la consulta de la base de datos jurisprudencial pertinente. En el caso de la jurisprudencia interna, el prisma empleado es la consulta a través de la base de datos jurisprudencial consultada o, en otros casos, al *Boletín Oficial del Estado* o a otro tipo de fuentes de forma residual.

Con la plasmación de todos estos elementos se puede acudir a confirmar nuestra hipótesis y, en consecuencia, a trasladar las oportunas conclusiones.

Estructura de la tesis

La presente tesis se estructura en cinco capítulos. Con carácter previo, la introducción de este trabajo donde se sitúa la justificación y las razones que nos llevan a acometer el estudio, los objetivos marcados para ello y la metodología empleada.

El primer capítulo aborda el análisis del estudio histórico y material de la formación del concepto del Derecho Internacional del Trabajo. La segunda parte de este capítulo estudia los derechos sociales en la perspectiva de los derechos humanos, y sus condicionantes y obstáculos para hacer realidad su exigibilidad y justiciabilidad. La tercera parte sitúa al DIT con dos grandes fenómenos que vienen a interactuar en el panorama global, como son el Derecho Transnacional del Trabajo y el fenómeno de la *Lex Mercatoria*.

El segundo capítulo versa, en primer lugar, sobre las escuelas teóricas en la recepción del derecho internacional por los Estados. El segundo elemento de esta parte versa sobre los distintos controles que se han incorporado históricamente a los ordenamientos

jurídicos, destacando el control de convencionalidad como mecanismo judicial que articula la prevalencia del DIT. El tercer elemento que aborda es cómo se recibe el derecho internacional en nuestro ordenamiento. Por último, estudiamos los factores de merma que pueden incidir y aminorar la efectividad de la norma internacional.

El capítulo tercero trata sobre los textos internacionales fundamentales que abordan el derecho a la libertad sindical y sobre las garantías ante la terminación del contrato de trabajo. Después de este primer estudio, acudimos en un segundo plano al eco de los órganos de control sobre España. Por último, estudiamos otras organizaciones y acuerdos internacionales que contienen elementos sobre el Derecho del Trabajo.

El capítulo cuarto estudia la recepción en la jurisprudencia interna de cada texto internacional visto anteriormente y de los comentarios pertinentes de los órganos de control, en relación con los derechos de libertad sindical y sobre el despido y/o terminación del contrato de trabajo.

El capítulo quinto queda reservado para las conclusiones definitivas del estudio.

Capítulo I. Los derechos sociales y el Derecho Internacional del Trabajo

Como se señalaba en la introducción, la presente investigación busca demostrar una hipótesis de partida clara: el Derecho Internacional del Trabajo está impregnando de una manera lenta e insuficiente el ordenamiento jurídico español. En este sentido, y a pesar de la relativa aceleración que se produjo en los años iniciales de la crisis comenzada en el año 2008, el núcleo del apartado empírico de esta obra, el capítulo IV, se orienta a demostrar esta hipótesis evidenciando las insuficiencias de nuestro modelo laboral en relación con el respeto o la aplicación de los estándares internacionales para desarrollar los derechos al trabajo y sus vinculados, muy en concreto la libertad sindical y la negociación colectiva, pero también los relativos a la estabilidad en el empleo. Se asume que este estudio se mueve inevitablemente en el mundo del pluralismo jurídico, entendido por la coexistencia de legislación estatal con las normas que provienen de organismos internacionales, lo que determina un enfoque de mayor entendimiento de la dialéctica entre poder y derechos (Guamán y Noguera, 2014).

El planteamiento de esta hipótesis se deriva de una constatación empírica, que proviene de la mera observación de la realidad en el ámbito de los aplicadores del derecho, pero sobre todo en una serie de premisas teórico/técnicas que, como también se anunciaba en la introducción, van a desarrollarse a lo largo de los tres primeros capítulos, dedicados a la compleja cuestión de la caracterización del Derecho Internacional del Trabajo. La constatación de las deficiencias en la recepción de este marco jurídico, y a la luz de los postulados teóricos que se enuncian en las siguientes páginas, la presente investigación sostiene como tesis fundamental que el Estado español se mantiene en una situación de incumplimiento permanente del derecho internacional, fundamentalmente en los aspectos más conflictivos de la reforma laboral de 2012, que debe ser solventada, no solo mediante reformas normativas, sino con una particular actuación y formación en torno al derecho internacional de los aplicadores jurídicos. Se trata de una tarea ímproba, de rescate del derecho laboral internacional en las controversias domésticas (González de Rivera, 2015).

Mayor importancia adquiere este estudio por su actualidad y futuro en la resolución y tutela de los derechos laborales. Ya Beaudonnet (2009) percibe una tendencia al alza en el uso del DIT, estando totalmente vigente para resolver los problemas jurídicos que se suceden en un mundo complejo.

Hay que partir, por lo tanto, del estudio material de dos derechos que ocupan un espacio central en el mundo del trabajo. La libertad sindical se encuentra reconocida en

los textos fundamentales de índole internacional, posibilitando y determinando las condiciones laborales vigentes en cada momento. Por lo que respecta a la estabilidad del empleo y las garantías ante el despido, la perspectiva internacional es esencial para conectar con el derecho constitucional del trabajo, tal y como lo han expresado Baylos y Pérez Rey (2009), siendo necesario cambiar la lógica económica del despido, a una dimensión política de un sistema democrático que reconoce derechos a los ciudadanos, en la óptica colectiva e individual, en relación con la posición social del trabajo asalariado.

Por esto, uno de los problemas constantes que presenta el modelo de relaciones laborales español es el abuso en la contratación temporal. Se trata de una dinámica fomentada en las distintas reformas legislativas que obedecen a una ofensiva ideológica que da sustento a las condiciones de precariedad (Pérez Rey, 2016). Por lo tanto, en este ámbito la norma internacional del trabajo sirve como estándar mínimo de derechos y como prisma interpretativo al que acudir ante las reformas de carácter economicista que minan los derechos y las garantías ligadas a la estabilidad en el empleo.

El inicio del marco que permita desarrollar en el plano teórico y técnico las obligaciones del Estado español respecto del DIT debe partir, necesariamente, de dos premisas sobre las que pivotarán las siguientes páginas. Por un lado, y como es bien sabido, el artículo 10.2 de la Constitución española impone una interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Teniendo claro el mandato, es necesario elucidar dos cuestiones: por un lado, la propia consideración del derecho al trabajo y a la libertad sindical como derechos sociales que forman parte del conjunto de los derechos humanos; por otro lado, y vinculada, la aceptación del Derecho Internacional del Trabajo como parte de esos tratados que deben impregnar la interpretación del bloque de laboralidad constitucional. Teniendo estas perspectivas teóricas claras, será posible entrar en las cuestiones técnicas y los mecanismos relativos a las vías de impregnación del constitucionalismo social supranacional en el ámbito jurídico interno.

Para ello, es preceptivo en este primer capítulo adentrarse en la definición del Derecho Internacional del Trabajo a partir de un somero repaso a las teorías que justifican la indivisibilidad de los derechos humanos, incluyendo claramente a los sociales. Para la formación de dicho concepto y su comprensión con mayor claridad, se hace pertinente acudir a una serie de hechos históricos de relevancia. Una vez sentada esta cuestión, es

procedente plasmar unas notas históricas para situar la formación del DIT. Por último, se aborda el impacto para el Derecho Internacional del Trabajo del Derecho Transnacional del Trabajo y la *Lex Mercatoria*.

1.1. Cuestiones introductorias

A la hora de adentrarse en esta cuestión, este estudio se topa con una dificultad previa consistente en la disparidad de opiniones doctrinales existentes respecto de la entidad o incluso la propia adecuación del concepto de “Derecho Internacional del Trabajo”. Asimismo, la formación del DIT se interrelaciona con la lucha y organización de la clase trabajadora, por un lado, y las condiciones del mercado y la producción, por otro, por lo que a continuación se acude a las notas más relevantes para la configuración y desarrollo del DIT.

En relación con lo anterior y en alusión a los antecedentes históricos necesarios para comprender la formación del Derecho Internacional del Trabajo, cabe manifestar que confluyen varios factores, no existiendo una visión unívoca. En consecuencia, no existe un consenso sobre los componentes del DIT, pero sí se puede resaltar una serie de rasgos comunes como la necesidad de regular las condiciones laborales de los trabajadores que hasta entonces eran muy precarias, la competencia internacional en cuanto a las condiciones vigentes para el mercado y el comercio exterior, así como las pretensiones de paz, fruto de los conflictos internacionales que van a abocar a la Primera y Segunda Guerra Mundial. Puesto que tiene una conexión evidente con el contenido del Derecho Internacional del Trabajo, es pertinente el enfoque desde el papel de la Organización Internacional del Trabajo optando, eso sí, por un punto de vista crítico. Asentadas estas notas previas, se estará en mejor posición para ofrecer un concepto más preciso del Derecho Internacional del Trabajo.

Para el marco conceptual de la presente tesis es fundamental acercarse al concepto de Derecho Internacional del Trabajo. Es por ello necesario acotar qué se entiende por dicho concepto y qué comprende, puesto que no existe una definición legal o positiva del mismo en los diferentes textos internacionales que vamos a analizar a lo largo de este trabajo.

En primer lugar, hay que referir que el DIT se incardina en una rama que se ubica dentro del Derecho Internacional Público. Para ello es necesario acudir a una definición del Derecho Internacional Público que, a grandes rasgos, sería el conjunto de normas jurídicas que, en un momento dado, regulan las relaciones, es decir, los derechos y obligaciones de los miembros de la sociedad internacional a los que se reconoce

subjetividad en este orden (Remiro, Riquelme, Díez-Hochleitner, Orihuela y Pérez-Prat, 2010).

Por la propia evolución y orígenes del concepto de Derecho Internacional del Trabajo cabe remontarse, aunque sea de forma sucinta, a sus antecedentes históricos más importantes. Esta cuestión se antoja necesaria puesto que su formación arranca de la lucha de la clase trabajadora por unas condiciones de trabajo y de vida dignas en el siglo XIX (Arias Domínguez, 2002). En ese periodo histórico se vuelven fundamentales las reivindicaciones mínimas de jornada, salubridad e higiene, así como la limitación del trabajo de los menores en las fábricas. Por lo tanto, conviene resaltar una serie de hitos históricos y de personalidades que influirían en la formación de lo que hoy es el Derecho Internacional del Trabajo. Por ello, conviene dividir estas notas en función del periodo histórico que abarca cada fase de formación del DIT.

1.1.1. La formación del DIT en el siglo XIX

A comienzos del siglo XIX, nos encontramos ante una fase de desarrollo del capitalismo, en el marco de los efectos de la Revolución Industrial, caracterizada por unas condiciones sociales paupérrimas para los trabajadores. A grandes rasgos, se produce el hacinamiento en fábricas, el trabajo generalizado de menores, las jornadas laborales extensas y los salarios miserables.

Ante este estado de las cosas, se van sumando iniciativas y voces que impugnan dicha realidad social. Partiendo de la reivindicación de unas condiciones dignas en la primera mitad del siglo XIX, citamos la labor del médico Louis René Villermé, que pretendía la internacionalización de las condiciones laborales a través de acuerdos entre fabricantes (Arias Domínguez, 2002). Su pensamiento y trabajo se situó en la temática de la higiene pública defendiendo unas condiciones dignas para los trabajadores. En 1840 publica su obra titulada *Cuadro del estado físico y moral de los obreros empleados en las fábricas de algodón, de lana y seda* que, como su propio nombre ilustra, describe las condiciones de salud de los trabajadores en los centros de trabajo de esta época industrial (Valticos, 1977).

En esta primera mitad del siglo XIX, es de resaltar también las ideas de Robert Owen como pensador socialista por su papel en la toma de conciencia de los trabajadores (Valticos, 1977), representando su pensamiento utópico una referencia primordial de la época. En consecuencia, ensayó un modelo de sociedad utópica en la fábrica New Lanark,

en Escocia, que gestionó personalmente, abogando por un modelo basado en la mejora de las condiciones de los trabajadores.

Por otro lado, también merecen un reconocimiento las medidas tomadas por el industrial y filántropo Daniel Le Grand, que redujo la jornada laboral a doce horas, aplicando en consonancia el debido descanso semanal, así como la prohibición del trabajo nocturno (Machicado, 2010). A partir de 1840, Daniel Le Grand se dedicó a elaborar propuestas de leyes internacionales en el ámbito de las condiciones laborales de los trabajadores.

Estas iniciativas de tipo individual generan una inercia que da paso a propuestas colectivas que avanzan en la conformación del Derecho Internacional del Trabajo. Se ha mantenido que la labor doctrinal de estos autores y otros como Raynaud, Chatelain o Mahaim es lenta pero certera, imprescindible para influir a la opinión pública y permitir al legislador, desde la ciencia jurídica, asentar las bases para un derecho internacional de protección de los trabajadores. Así mismo, una vez terminada la Primera Guerra Mundial sirvió para recuperar la paz social y reparar los daños que la contienda había dejado con mayor énfasis en las clases más desfavorecidas (Ramos, 2019).

En tal sentido, se produce el Congreso de Fráncfort en 1857 que, en distintas sesiones, marca el comienzo de una acción colectiva a favor de una legislación internacional del trabajo en el que se plantea una moción sobre regulación en la industria (Valticos, 1977).

Igualmente, la Asociación Internacional de Trabajadores juega un papel primordial en la defensa y reivindicación de las condiciones de la clase obrera tanto en su formato de Primera como de su Segunda Internacional. El manifiesto inaugural del 28 de septiembre de 1864 de la asamblea pública celebrada en Saint Martin's Hall de Londres es toda una declaración de intenciones. Karl Marx es el autor de dicho manifiesto y combina sus habituales apreciaciones agudas de política internacional, la denuncia de las condiciones laborales insufribles a las que se sometía a la clase trabajadora con, al mismo tiempo, la valoración positiva de la consecución de la reducción de la jornada diaria a diez horas para el bienestar de los obreros. En el tono del manifiesto y la propia visión política de Marx, el internacionalismo ocupa un eje central en el ideario de la organización (Marx, 1864).

Sin embargo, las iniciativas de corte internacionalista reseñadas anteriormente fracasaron frente a la corriente estatista oficial de los primeros Estados decimonónicos de Derecho, basados en el liberalismo político y en los principios de la economía política.

Por eso, en esta primera fase, las normas que se dictaron en protección de la clase trabajadora fueron de carácter nacional (Ramos, 2017).

Tal y como hemos referido con anterioridad, la reglamentación internacional se utilizó en sus orígenes como respuesta a los adversarios de la legislación nacional de protección de trabajo que defendían que la regulación situaba a dichos países en una posición de desventaja en el mercado internacional. Se trataba, en definitiva, de evitar un *dumping* inhumano. No obstante, el argumento de la competencia fue perdiendo influencia puesto que incidían más factores en los mercados al margen de la fuerza de trabajo, como la productividad, el precio de las materias primas, las inversiones, los aranceles, etc. (Valticos, 1977).

En el último tercio del siglo XIX entramos en una fase donde la conciencia en conseguir una reglamentación internacional del Derecho del Trabajo se eleva a iniciativas parlamentarias y legislativas con el fin de tratar de reflejar la regulación de condiciones laborales dignas para los trabajadores. Como señala Valticos en su estudio (1977), se trataba de iniciativas oficiales que hicieron transformarse en realidades lo que en principio habían sido ideas utópicas. Suiza fue la vanguardia en este aspecto, pues su Consejo Nacional, el 30 de abril de 1881, aprobó una moción presentada por Emil Frey, de profesión periodista, en la cual se solicitaba al Consejo Federal que se implementara una negociación con los Estados para conseguir una legislación internacional del trabajo, no encontrando muy buena recepción por sus interlocutores (Valticos, 1977).

En el mismo sentido, el 7 de diciembre de 1885 un grupo de diputados socialistas franceses llevaron al Parlamento una iniciativa legislativa para conseguir una legislación internacional del trabajo, señalando la importancia de equiparar las condiciones laborales para no generar desequilibrios en la competencia internacional (Valticos, 1977).

La iniciativa de conseguir una legislación internacional del trabajo siguió en el país helvético, dando lugar a que el Consejo Federal aceptara en junio de 1888 negociar tratados o leyes internacionales de índole laboral con otros Estados (Valticos, 1977). Así, se celebró la Conferencia Internacional del Trabajo de Berlín el 15 de marzo de 1890, cuyo objetivo fue la creación de un derecho internacional obrero. En ella no se cerró ningún acuerdo internacional o tratado concreto, pero sí una serie de recomendaciones sobre diversas condiciones laborales que afectaban a los trabajadores (Valticos, 1977).

En 1897 se celebró en Zúrich el primer Congreso Internacional de Protección Obrera en el que sí se alcanzaron acuerdos concretos sobre descanso, edad mínima de trabajo, trabajo minero o la creación de órganos de inspección. Más importante si cabe fue la

aprobación de una declaración expresa sobre la necesidad de una legislación obrera internacional (Valticos, 1977).

El siguiente hito fue el Congreso de Bruselas de septiembre de 1897, titulado Congreso Internacional de Legislación del Trabajo, que reunió a un grupo de expertos para valorar los resultados en cuanto a la aplicación de las conclusiones de la anterior Conferencia de Berlín. En dicho encuentro podemos destacar dos aspectos: el acuerdo internacional sobre la prohibición de sustancias venenosas en las industrias y la necesidad de realizar estadísticas internacionales del trabajo. Ambos impulsaron una comisión especial para la promoción de una organización o asociación internacional para la protección de los trabajadores de carácter permanente (Ramos, 2017).

Casi tres años después se celebró la Conferencia Internacional para la protección legal de los trabajadores, que se llevó a cabo en París entre el 25 y el 29 de julio de 1900. En este encuentro se acordó la creación de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores (AIPLT), que jugó un papel fundamental para impulsar a los Estados a adoptar acuerdos o tratados bilaterales como paso previo a ir configurando acuerdos internacionales (Valticos, 1977).

Se atisba en el papel de la AIPLT la aspiración a mejorar las condiciones de la clase trabajadora sin apostar por la revolución obrera, rol del que ha sido continuista la OIT hasta la actualidad. Se ha cuestionado la supuesta neutralidad política de la AIPLT cuando uno de los objetivos era el de evitar los conflictos sociales que pusieran en jaque el *statu quo* existente, por lo que es manifiesto que había un posicionamiento político concreto de corte reformista. Concuera con su enfoque político, la composición de la AIPLT como una asociación privada con una finalidad informativa y cuyo objetivo era la coordinación e igualación de las legislaciones sobre protección obrera de los Estados presentes en ella, con el objetivo de evitar que la falta de protección de un país pudiera suponer una ventaja competitiva en el comercio internacional. La sección española tenía un marcado carácter elitista, no encontrándose obreros entre sus socios, aunque recíprocamente muestra una falta de confianza de los trabajadores en la labor de la AIPLT para la mejora de sus condiciones laborales (Vallés, 2019).

Después, siguieron las Conferencias de Berna de 1905, 1906 y 1913 donde se alcanzó un acuerdo sobre la prohibición del fósforo blanco en la elaboración de cerillas. Igualmente, se acordó la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria. Sin restar valor a dichos acuerdos, lo más importante es que, por primera vez en la historia, los Estados occidentales habían conseguido ponerse de acuerdo y legislar en

materias sociales superando las cuestiones habituales sobre las que se había legislado: diplomáticas, bélicas o de comercio fundamentalmente (Ramos, 2017).

1.1.2. Desde los inicios del siglo XX al periodo de entreguerras

Centrando el marco temporal y conceptual, el núcleo del Derecho del Trabajo del siglo XX se elaboró como una reacción tanto a los excesos de la Revolución Industrial como a los abusos procedentes del derecho civil del siglo XIX (Bronstein, 2010).

El estallido de la Primera Guerra Mundial provocó la paralización de los trabajos de la Conferencia Internacional de Berna y toda esta etapa de construcción del Derecho Internacional del Trabajo.

En todo este recorrido histórico se puede acudir a las definiciones más antiguas y, en particular, a la pionera obra de Barthélemy Raynaud, *Derecho Internacional Obrero*, en 1907. En dicho texto se sitúa al Derecho Internacional Obrero como la parte de derecho internacional que regula las condiciones laborales de los obreros extranjeros. La importancia de esta obra radica en demostrar aquella primigenia apuesta por forjar una disciplina que proteja en el plano internacional los derechos de los trabajadores.

Más allá de la anterior obra, es posible referir una cierta polémica doctrinal en torno a la expresión “Derecho Internacional del Trabajo”, vinculada sin duda y desde sus orígenes al desarrollo de la OIT.

En este sentido, debe recordarse que el final de la Primera Guerra Mundial trajo consigo la consecución del (embrionario) Derecho Internacional del Trabajo.⁶ Para Ramm (1994), a finales del siglo XIX hubo una apuesta por conseguir una unificación internacional de la legislación reguladora de las relaciones de trabajo, con anterioridad a la formación de la Organización Internacional del Trabajo, pero aún en el marco de un Derecho del Trabajo compuesto por una suma de derechos nacionales. De tal forma que se sucedieron una serie de congresos y conferencias nacionales, acompañada de la constitución en 1901 de la “Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores”, que coadyuvaron a la formación de tratados internacionales bilaterales y multilaterales sobre protección de los trabajadores y seguros de accidentes laborales, así

⁶ Lo afirma con rotundidad Ramm (1994, p. 339), aunque se considere necesario matizar que no fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando realmente puede hablarse de un funcionamiento de esta institución, órgano de creación de este Derecho Internacional del Trabajo, con continuidad. Sobre la construcción de esta normativa internacional véase, en extenso, Lyon-Caen (1991).

como respecto a una cuestión fundamental en esta fase embrionaria: la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres.⁷

Se puede concluir respecto a esta fase histórica que, en el origen, por lo tanto, de la formación del Derecho Internacional del Trabajo encontramos las luchas obreras del siglo XIX por unas condiciones laborales dignas. La tesis defendida por Arias Domínguez (2002) consiste en destacar que la aspiración en el nacimiento del Derecho del Trabajo estaba abonada de pretensiones internacionalistas por la clase trabajadora. Sin embargo, estas afirmaciones hay que tomarlas con moderación puesto que, como defiende Bronstein (2010), la Revolución Rusa se situó en confrontación con la OIT, por lo que el papel de la organización se situó en la toma de iniciativas para la pervivencia del capitalismo. Más adelante sistematizaremos las críticas fundamentales que ha recibido la OIT.

Esta lucha por dichas condiciones laborales dignas no perdía de vista la construcción de un marco igualitario en el mercado y en la competencia internacional (Valticos, 1977) para impedir que se beneficiaran aquellos países que precisamente no respetaban dichas condiciones mínimas.

Los anhelos de paz y de condiciones laborales y humanas dignas vinieron a acelerar la construcción de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, en el seno de la Sociedad de Naciones, siendo un paso fundamental en la consolidación del Derecho Internacional del Trabajo. Pese a que el argumento de la igualación de las condiciones laborales para asegurar la competencia internacional fue perdiendo fuerza, se mantiene constante la necesidad de la justicia social interrelacionándose con el aseguramiento de la paz mundial y la extensión de esta para los pueblos (Valticos, 1977). Como defiende Ramos (2019), se culmina toda la labor doctrinal que hemos venido repasando en el recorrido del siglo XIX, esencial para concienciar a la opinión pública y permitir al legislador y a la ciencia jurídica la implantación de un derecho internacional protector de los trabajadores, que fue necesario tras la Primera Guerra Mundial para recuperar la paz social y reparar los daños que había generado el conflicto bélico en la clase trabajadora.

Es después de la Primera Guerra Mundial cuando se sientan las bases para la plasmación del Derecho Internacional de Trabajo. Sin embargo, los sindicatos en la Conferencia de Berna de 1919 se situaron en una posición crítica puesto que abogaban por la conformación de un auténtico derecho internacional con la creación de un poder

⁷ Tema que nos indica el profundo carácter patriarcal y paternalista de las primeras iniciativas a nivel internacional.

legislativo dotado de soberanía internacional que se concretaba con el establecimiento de un Parlamento Internacional del Trabajo (Ramm, 1994). Se trata, por lo tanto, de una nueva dimensión del DIT. Así, el derecho internacional se marca como objetivos el aseguramiento de la paz mundial, la promoción del bienestar social y la creación de un sistema jurídico de normas. En el marco concreto del Derecho del Trabajo la internacionalización se basa en dos factores: la idea de que en lo que en cada país ocurra en materia laboral puede trascender a la comunidad internacional y la creciente frecuencia con la que se suceden los movimientos migratorios (Arias Domínguez, 2002).

La aspiración basada en el Parlamento del Trabajo Mundial nunca llegó a producirse. El Tratado de Versalles⁸ vino a traer una Organización Internacional del Trabajo compuesta por gobiernos, organizaciones de empleadores y de trabajadores, sin la capacidad legislativa que anhelaban los sindicatos. Sin embargo, la OIT ha ido evolucionando con un aumento progresivo de su influencia con una ingente producción de normas, estudios y proyectos en torno al mundo del trabajo, todo ello en la mejora de los estándares laborales, pero sin llegar al estatus de poder legislativo supranacional soberano en materia laboral deseado en sus orígenes.

Para Bonet (2010), la Primera Guerra Mundial supuso un impulso a la idea de la reglamentación jurídica de las relaciones laborales. En primer lugar, por la contribución de los trabajadores, sindicatos y partidos políticos obreros al esfuerzo bélico y a la estabilidad política interna. En segundo lugar, sostiene que se asiste a un proceso de recomposición del movimiento obrero que aproxima a los sectores políticos y sociales reformistas. En tercer lugar, la amenaza de la Revolución de Octubre de 1917 por su influencia en los trabajadores ayudó a que se buscara un punto de encuentro entre las distintas sensibilidades presentes.

Bronstein (2010) ha defendido que cuando se instituye la OIT está presente entre los redactores del Tratado de Versalles el problema de los vínculos entre el comercio internacional y la mejora de las condiciones laborales en el marco nacional. Así, en el Preámbulo de la Constitución de la OIT⁹, se recoge que, si una nación no adoptara un régimen de trabajo realmente humano, perjudicaría a aquellas naciones que deseen mejorar las condiciones de sus trabajadores.

⁸ Recuperado de [fama2.us.es > fde > ocr > tratadoDeVersalles](http://fama2.us.es/fde/ocr/tratadoDeVersalles)

⁹ Organización Internacional del Trabajo. Constitución de la OIT. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO

Los inicios de la OIT no se pueden asignar de una forma mecánica y absoluta a un carácter tuitivo para los trabajadores. Claramente, este plano es en exceso reduccionista, pues, como señalaba Lyon-Caen (1991), la internacionalización del Derecho del Trabajo tuvo una marcada utilidad para el capital, puesto que las empresas de un país se verían en condiciones de soportar las cargas sociales si estas eran similares a las existentes en otros países.¹⁰

Aun no apartando su escasa dimensión coercitiva,¹¹ la importancia fundamental de este primer momento, en el que “los derechos fundamentales de los trabajadores se convirtieron en el nuevo fundamento del Derecho del Trabajo” (Ramm, 1994, p. 345), con la consiguiente aparición de la eterna cuestión: las dificultades de la puesta en práctica y garantías de los derechos sociales (Ferrajoli, 2016). Efectivamente, en los años que siguieron a la creación de la OIT con la ratificación del Tratado de Versalles se aprobaron las convenciones de Washington, en 1919, sobre el desempleo y empleo de las mujeres embarazadas; y la de Ginebra, sobre el derecho a organizarse de los trabajadores del campo, ambas con influencia en el panorama normativo nacional de los estados signatarios.

A partir de aquel momento, la producción normativa de la Organización Internacional del Trabajo ha sido la columna vertebral del tema que se estudia, esto es, el DIT. En este sentido, sus convenios y recomendaciones se han llegado a denominar *Código Internacional del Trabajo* (Valticos, 1977, p. 105). Huelga decir que no se trata evidentemente de un código en sentido estricto, sino de un conjunto de normas en permanente evolución, un “código oficioso” si se quiere (Rodríguez-Piñero, 2017, p.11) cuya conformación fue, para un gran número de autores, la originaria razón de la creación

¹⁰ No es posible entrar aquí en el debate sobre las aspiraciones que subyacían en la propia creación de las primeras normas internacionales, aun cuando sin duda se trata de un debate interesante. En este sentido, hay autores que han defendido que la formación del Código Internacional del Trabajo se conectó con las aspiraciones de la clase trabajadora que lograban así incorporar al ordenamiento jurídico sus reivindicaciones más básicas. En este sentido, afirma Arias Domínguez (2002), “[...] responde, como hemos visto, a la sentida necesidad de establecer condiciones de trabajo justas y homogéneas para la clase trabajadora en general, sin distinciones basadas en su nacionalidad” (p. 125). Otras posiciones son más cautelosas, puesto que el impacto de las normas de la OIT en los Estados no siempre es de atracción y sería un exceso de optimismo si toda la evolución transnacional se enfocase desde el progreso de las condiciones de trabajo, trayendo el nuevo siglo un vendaval de reformas hacia abajo en los países más desarrollados que hacen presumir una cierta convergencia con los países de menor renta en algún lugar intermedio (Ojeda, 2013).

¹¹ Ya desde el principio fueron creados mecanismos de control, como el procedimiento de quejas ante la Oficina Internacional del Trabajo, hoy en día bajo la forma del Comité de Libertad Sindical, y los mecanismos del control periódico de las normas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, y la Comisión tripartita de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo.

de la OIT y que constituye una suerte de “sabiduría común universal” (Bronstein, 2010, p. 5).

La Constitución de la OIT de 1919 es el texto fundacional de la organización. Acudiendo a su preámbulo se recoge el principio de la libertad, inspirándose también en sentimientos de justicia, humanidad, paz y de justicia social.

Desde el plano de los Estados nación en el periodo de entreguerras, destaca la incorporación de la Constitución laboral al Constitucionalismo moderno, que se reconoce desde un plano jurídico a la clase trabajadora como sujeto político (Valdés Dal-Ré, 2018, a). Esta incorporación se produce en la Constitución de México¹² de 1917, la Constitución de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia¹³ y, posteriormente, en la República de Weimar¹⁴ en 1919. En España, con la proclamación de la Constitución de 1931,¹⁵ se acoge un buen número de derechos sociales, sumándose al proceso de incorporación de la Constitución laboral.

Por lo tanto, estamos en una fase contradictoria. Ello es así porque, por un lado, cristaliza la Organización Internacional del Trabajo y se va incorporando la Constitución laboral en los ordenamientos internos de diversos Estados, lo que es un manifiesto avance para los trabajadores. Por el contrario, la inestabilidad política internacional con el auge del fascismo, el totalitarismo y la crisis incipiente imposibilita alcanzar un mayor salto cualitativo para el avance de los derechos sociales, siendo prueba palpable de lo manifestado el estallido de la Segunda Guerra Mundial.

En definitiva, se asiste a un marco histórico caracterizado por la inestabilidad, en cuanto a la incorporación de los países a la OIT, como muestra la ausencia en la Organización de los Estados Unidos y la Unión Soviética durante un periodo, produciéndose la entrada de ambos en el año 1934 (Cebreiros, 2019). Respecto a España, se ha destacado que tuvo un papel relevante en los inicios de la OIT, así como la existencia del Instituto de Reformas Sociales que serviría para promocionar el trabajo de la OIT. Dicho Instituto desaparecería en 1924 refundiéndose en el Ministerio de Trabajo (Cebreiros, 2019). Entre las razones de la retirada de España en 1926 de la Sociedad de Naciones, parece estar el hecho de no haber conseguido un puesto permanente en el

¹² Recuperado de [www.ordenjuridico.gob.mx > Constitucion > 1917](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917)

¹³ Recuperado de <https://www.marxists.org/history/ussr/government/constitution/1918/index.htm>

¹⁴ Recuperado de [https://revistas.unc.edu.ar > index.php > REUNC > article > viewFile](https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REUNC/article/viewFile)

¹⁵ Constitución de la República Española. *Gaceta de Madrid*, número 344, 10 de diciembre de 1931, pp. 1578-1588.

Consejo (Acosta, 1997), que la consideró dimisionaria de la OIT en consecuencia, aunque se reintegró en 1931 con el advenimiento de la Segunda República.

1.1.3. Desde la Segunda Guerra Mundial a nuestros días

Tras la Segunda Guerra Mundial se asiste a una nueva fase en la que se configura el constitucionalismo externo, cuya base fue la toma de conciencia de la sociedad internacional en ahondar en la necesidad de la paz, para evitar conflictos tan horribles para la humanidad como el recientemente vivido. Se caracteriza al constitucionalismo externo como todos aquellos tratados y organismos internacionales protectores de los derechos humanos que se van a abordar en el presente estudio (Guamán y Noguera, 2014).

Este periodo histórico supone la consolidación de la OIT dotándole de un ámbito de actuación en el escenario internacional que ya no es cuestionable. A mayor abundamiento, se firman los grandes convenios de la OIT que suponen un pilar central del DIT, como el Convenio 87 de 1948 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (C087)¹⁶ y el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (C098)¹⁷. El reconocimiento de la Organización alcanza su cénit cuando se le reconoce el premio Nobel de la Paz en el año 1969 (Valticos, 1977).

En este proceso que refuerza la influencia internacional de la OIT reviste de gran trascendencia la Declaración de Filadelfia, adoptada por la Conferencia de 10 de mayo de 1944¹⁸. La misma se incorporaría dos años después a la Constitución de la OIT. Este texto situaba en un papel central la libertad sindical y, en conexión con este derecho, sitúa la libertad de expresión y de asociación como esencial para el progreso constante. Se ha planteado que en la Declaración está ínsita la consecución de la justicia social a través de la consolidación internacional de los derechos sociales (Arias Domínguez, 2002).

Enalzando el papel de los Convenios de la OIT, Valticos resalta (1977) que la Declaración de Filadelfia ha significado que:

¹⁶ Instrumento de Ratificación de España del Convenio número 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, adoptado el 9 de julio de 1948. *Boletín Oficial del Estado*, número 112, de 11 de mayo de 1977, pp. 10343-10345.

¹⁷ Instrumento de Ratificación de España del Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, adoptado el 1 de julio de 1949. *Boletín Oficial del Estado*, número 111, de 10 de mayo de 1977, pp. 10154-10155.

¹⁸ Organización Internacional del Trabajo. Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, de 10 de mayo de 1944. Recuperado de <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>

Así, al consagrar, en cuanto al fondo, en términos más amplios que antes, el interés colectivo de la humanidad por el bienestar y los derechos fundamentales de los individuos y al fortalecer, en cuanto al método, el sistema jurídico de los convenios internacionales de trabajo, la Constitución de la OIT se situaba, como en 1919 y como sucede aún en nuestros días, claramente en vanguardia respecto a los conceptos generalmente admitidos en materia de organización internacional y de tratados multilaterales (Valticos, 1977, p. 99).

Por todo ello, dicha elaboración supone un salto cualitativo para la OIT en cuanto a su autoridad e implantación para la aplicación de los principios y derechos que consagran en sus convenios y recomendaciones.

En la línea de visibilizar la Organización, en 1946 se plasma el acuerdo entre Naciones Unidas y la OIT¹⁹, en la que reconoce a esta organización el carácter de organismo especializado, y se precisa que la OIT puede solicitar opiniones consultivas a la Corte Internacional de Justicia. Este reconocimiento sitúa a la OIT como la principal protagonista del DIT, lo que se va a mantener en las próximas décadas.

Es en este momento histórico cuando se asienta el reconocimiento universal de los derechos humanos. En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 supone un hito para la humanidad, pues significa el momento constituyente del constitucionalismo externo (Guamán y Noguera, 2014), que vendrá acompañado posteriormente por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁰ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)²¹, ambos de 1966.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, que tiene un carácter fundamentalmente programático (Alfonso, 2015) y orientador, consagra en su artículo 23.4 el derecho de las personas a fundar sindicatos y a afiliarse para la defensa de sus intereses.

El siguiente texto en dicho proceso de construcción del reconocimiento de los derechos humanos en el seno de Naciones Unidas es el Pacto Internacional de Derechos

¹⁹ Acuerdo entre Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo de 19 de diciembre de 1946. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---jur/documents/genericdocument/wcms_433794.pdf

²⁰ Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. *Boletín Oficial del Estado*, número 103, de 30 de abril de 1977, pp. 9337-9343.

²¹ Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. *Boletín Oficial del Estado*, número 103, de 30 de abril de 1977, pp. 9343-9347.

Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, que específicamente reconoce en su artículo 8 el derecho a la libertad sindical.

Prácticamente a la par, se aprueba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también en el marco de Naciones Unidas, acordado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Este texto también viene a consagrar el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a los mismos en su artículo 22.

En el ámbito de la OIT y al margen de los convenios 87 y 98, a la libertad sindical se le incorporó la Resolución de 1970 sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles,²² así como sobre distintas resoluciones como el Convenio (C135)²³ y la Recomendación²⁴ de 1971 sobre protección de los representantes de los trabajadores en la empresa, y el Convenio (C141)²⁵ y la Recomendación sobre los trabajadores rurales²⁶ de 1975.

El constitucionalismo interno y externo surgieron con el objetivo de interrelacionarse de forma coordinada y conciliadora para garantizar un espacio multinivel de tutela de los derechos sociales de los ciudadanos (Guamán y Noguera, 2014). Lo anterior está en entredicho en un tiempo de retroceso de los derechos sociales, siendo un debate de plena actualidad que se estudia en la presente tesis. Dicho debate es de suma importancia para este trabajo puesto que se aboga por la protección multinivel de los derechos sociales reconocidos en los textos internacionales y que se recogen y desarrollan en nuestro ordenamiento jurídico interno. En tal sentido, se ha caracterizado la protección multinivel como la combinación tuitiva de las dimensiones nacionales e internacionales (Bazán, 2011).

En nuestro país todo este proceso de interacción con el DIT se posterga, siendo una recepción tardía. Esto es así puesto que, tras los cuarenta años de dictadura franquista, es cuando España se inserta en su proceso constituyente firmando un grueso importante de tratados en materia de derechos humanos, entre los que se incluyen los textos más importantes que comprenden normas internacionales del trabajo. Con la firma de dichos textos podemos afirmar que España se sitúa en un estándar de protección de los derechos

²² Recuperado de <http://white.lim.ilo.org/sindi/general/documentos/rescit2.html>

²³ Instrumento de ratificación del Convenio número 135 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa. *Boletín Oficial del Estado*, número 159, de 4 de julio de 1974, pp. 13889-13890.

²⁴ Recuperado de <https://www.ilo.org/dyn/normlex>

²⁵ Instrumento de Ratificación del Convenio número 141 de la OIT sobre las organizaciones de trabajadores rurales y su función en el desarrollo económico y social, adoptado el 23 de junio de 1975. *Boletín Oficial del Estado*, número 293, de 7 de diciembre de 1979, pp. 28204-28206.

²⁶ Recuperado de <https://www.ilo.org/dyn/normlex>

laborales aceptable en el marco del proceso constituyente que culmina con la Constitución española de 1978. Este es un importante punto de partida para esta investigación ya que se trata de valorar si, desde el ciclo de crisis inaugurado en 2008, se respetan dichos estándares de protección o, por el contrario, nos encontramos en un periodo de retroceso en el respeto de dichos derechos.

Por todo ello, esta fase consolida la arquitectura jurídica internacional del mundo que hemos heredado, produciéndose la homologación de nuestro país en términos democráticos y de respeto al Derecho Internacional del Trabajo en el plano interno.

Tras la caída del Muro de Berlín en 1989 se tambalea el modelo que surge de la correlación de fuerzas en el plano internacional con la existencia de los dos bloques: el capitalista hegemonizado por los Estados Unidos de América y el socialista liderado por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Así, el bloque socialista desaparece y el bloque occidental se convierte en dominante en el plano internacional. Al mismo tiempo, Fukuyama (1992) proclama el fin de la historia y se promueven medidas neoliberales que tenían su arraigo teórico en la doctrina de la Escuela de Chicago y los modelos desplegados en la Inglaterra de Margaret Thatcher, la Chile de Augusto Pinochet y los Estados Unidos de Ronald Reagan.

Conviene remontarse a dos antecedentes importantes a la hora de comprender el cambio de modelo global. Por un lado, la crisis del petróleo de 1973, que supone un encarecimiento de las energías de forma ascendente y constante en términos históricos desde entonces. Por otro lado, la irrupción en el mercado internacional de los países del sudeste asiático en los años 80 del siglo pasado. A partir de los 90 se incorpora China, incidiendo en la presión sobre el precio de la fuerza de trabajo (Bronstein, 2010).

En el análisis de la coyuntura de la globalización, Bronstein (2010) sostiene que todo esto nos lleva a la superación del modelo dual en el que no existía afectación por la competencia entre los dos polos, caracterizados por los países del “Norte”, con fuerte reglamentación laboral y altos costes laborales que ofrecían unos productos con alto valor añadido; y los países del “Sur”, con mano de obra barata que ofrecían productos de bajo valor añadido. Superado dicho modelo, los países del Sur compiten con los países del Norte en la gama de alto valor añadido del mercado (Bronstein, 2010).

En España, Baylos (2008) ha apuntado al fenómeno de la “culpabilización del Derecho del Trabajo”, reflexionando en consecuencia que solo se le valora en función de la evolución del mercado de trabajo y el nivel de puestos de trabajo que permite sostener, sin que se tenga en cuenta la relación del Derecho del Trabajo como modo de existencia

social y como factor de cohesión social. Esto supone un eje de atribución de derechos básicos de ciudadanía, lo que entronca con el concepto de trabajo que proviene de su constitucionalización democrática. Dicho de otra forma por Romagnoli (2009), sería el momento de plantearse esquivar la supuesta relación entre la reducción de los estándares de tutela laborales y la supuesta creación de empleo.

Ante esta situación, la OIT se ve en la necesidad de aprobar la Declaración de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.²⁷ Este texto tiene una referencia actual en su preámbulo que goza de una evidente actualidad, y es que el crecimiento económico es esencial pero no suficiente para conseguir la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza. La vigencia de dicha idea radica en que la hegemonía del capitalismo financiero exige una menor inversión pública y un recorte de los derechos sociales bajo un discurso sobre la inevitabilidad de dichas medidas de ajuste. Además, la literalidad del texto expone que la OIT es la organización competente para establecer normas internacionales del trabajo, como contención a derivas desreguladoras de las condiciones de trabajo en el marco internacional.

La referida declaración reseña, en su apartado segundo, otra cuestión fundamental y es que los principios y derechos enunciados en la Constitución de la OIT y en la Declaración de Filadelfia han de ser respetados por los Estados que forman parte de la Organización. Además, todos los Estados miembros, aun cuando no hayan ratificado determinados convenios de la OIT, deben respetar en todo caso los convenios fundamentales entre los que se encuentra el derecho de asociación y de libertad sindical.

Se ha señalado que, al igual que la filosofía mostraba su movimiento “andando”, las normas internacionales del trabajo han demostrado que responden a una necesidad real (Valticos, 1977). Mayor vigencia tiene la anterior afirmación puesto que, ante los nuevos retos de la globalización, en pleno siglo XXI el Derecho Internacional del Trabajo está en plena vigencia incluso de forma revitalizada y en la forma en que se expone en la Declaración de 1998, ya que se observa el avanzado deterioro de las condiciones laborales de los trabajadores, lo que refuerza como herramienta de futuro al DIT para confrontar dicha injusticia social.

En el actual proceso de mundialización, los retos para el Derecho Internacional del Trabajo se encuentran renovados. Este proceso se caracteriza, dicho de forma sucinta, por

²⁷ Recuperado de <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--es/index.htm>

la pérdida de poder de los Estados, la gran movilidad del flujo de capitales y el dominio de las sociedades transnacionales (Bonet, 2007).

En la defensa de los valores del Derecho del Trabajo hay que denunciar las contradicciones del pensamiento neoliberal. Así, esta corriente defiende el libre movimiento transnacional de bienes y capital, pero no del trabajo, pese a que al trabajo se le trata como una mercancía más (Bronstein, 2010).

Con estas premisas históricas expuestas, se puede acudir al análisis conceptual sobre la utilización del concepto DIT como rama autónoma del derecho internacional que no ha sido pacífica. Por un lado, autores como Bonet (2010) plantean que estaríamos más ante un régimen jurídico que incluye una serie de normas jurídicas sobre el trabajo que ante una rama autónoma del Derecho Internacional Público que, de forma privativa, venga a regular en la escena internacional el Derecho Internacional del Trabajo.

En cambio, grandes autores de la doctrina francesa utilizan la expresión *droit du travail international* (Servais, 2015) o *droit social international* de manera habitual, al igual que la propia OIT en su propia página web, donde resalta el término “Derecho Internacional del Trabajo”.²⁸

Teniendo clara la importancia fundamental de la OIT y aceptando su carácter central, la amplitud del concepto al que nos referimos tampoco es pacífica. Algunos autores ciñen el contenido de la expresión “acervo de derecho internacional en materia social” a los tratados que recogen derechos y principios en materia laboral y a las interpretaciones que realizan sus órganos aplicativos (Alfonso, 2015).

En este sentido, Charis (2004) incluye en el concepto de Derecho Internacional del Trabajo los siguientes hitos: la parte XIII del Tratado de Versalles, la Constitución de la OIT, la Declaración Relativa a los Fines y Objetivos de Filadelfia de 1944, el Acuerdo celebrado entre la ONU y la OIT, en la que se reconoce a esta última como un organismo especializado, el Reglamento de la Conferencia General²⁹, los convenios y las recomendaciones, y las resoluciones de sus diversos órganos fundamentales y auxiliares.

En opinión de otros autores, con los que estamos de acuerdo, dentro de dicho concepto deben comprenderse todas aquellas normas que, teniendo su origen en instancias de

²⁸ Recuperado de <https://www.ilo.org/inform/online-information-resources/research-guides/labour-law/lang--es/index.htm>

²⁹ Organización Internacional del Trabajo. Reglamento de la Conferencia. Recuperado de <https://www.ilo.org/ilc/Rulesfortheconference/lang--es/index.htm>

carácter supranacional, contribuyen, de uno u otro modo, a la institucionalización y regulación de las relaciones del trabajo (García Murcia, 2019).

Montt (1998), que encuadra al Derecho Internacional de Trabajo como parte del Derecho Internacional Público, ofrece la siguiente definición del DIT: “conjunto de normas y principios del Derecho del Trabajo, emanados de fuente internacional” (p. 23). Volviendo a García Murcia (2019), este autor señala con acierto la problemática en la que nos encontramos en una fase en que, junto a la legislación laboral internacional donde se ubican las normas de naturaleza pública, conviven otro tipo de normas destacando las que emanan de la negociación colectiva, tanto en los convenios colectivos adoptados en el ámbito de las empresas transnacionales como los acuerdos sectoriales alcanzados en el ámbito supranacional entre organizaciones de trabajadores y de empresarios. A la cuestión del Derecho Transnacional del Trabajo ocuparemos unas páginas más adelante.

En esta línea Bonet (2010) afirma, apoyándose en los clásicos de Valticos y Von Potobsky, que el ordenamiento jurídico internacional comprende las normas jurídicas internacionales del trabajo que se incorporan a través de las fuentes de Derecho Internacional Público y que se aplican conforme a las reglas que establece el DIP. Así, estas normas no se ciñen estrictamente al núcleo básico del derecho laboral en el seno de la empresa, sino que inciden en una pluralidad de aspectos vinculados a las relaciones laborales y al bienestar del trabajador y su familia.

Existe una apuesta más amplia, aun cuando ciertamente criticada, de Derecho Internacional del Trabajo, apostando por un concepto que incluye tanto a los Convenios de la OIT, como al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), así como a los Tratados de Comercio Internacional (Canessa, 2012). En sentido contrario a esta apuesta, Guamán (2016, a) advierte de los peligros actuales que implica situar normas laborales dentro de los tratados de comercio e inversión.

El gran reto que en la actualidad supone uno de los principales desafíos del Derecho Internacional del Trabajo es el de proponer un nuevo sistema normativo y de fuentes del Derecho que puedan contener las consecuencias de la internacionalización económica en el mundo del trabajo, caracterizada por un descenso de los estándares mínimos de derechos reconocidos para los trabajadores.

En cuanto a la problemática de la sociedad tecnológica en la que se inserta el Derecho del Trabajo, ya Trentin (2013) en su obra clásica traza una perspectiva más amplia a lo aquí comprendido, pero que conviene recuperar, en el sentido a que hace un llamado a construir una sociedad que sepa asumir e incorporar los nuevos vínculos que vienen de

las transformaciones de la sociedad fordista y la mundialización con una reconstrucción de la solidaridad para armar una sociedad que agregue nuevos valores.

En definitiva, el reto del Derecho Internacional del Trabajo en nuestros tiempos se puede conectar con lo planteado por Goerlich (2016): “un nuevo derecho que, aun muy cambiado en su fisonomía, no se deje arrastrar por los nuevos imperativos ‘técnicos’ del objeto regulado y se mantenga fiel a sus principios tradicionales” (p. 188). Como plantea Romagnoli (2016), asistimos a la re-mercantilización del trabajo, que es una transgresión de mayor gravedad a los retos anteriores, puesto que dicho fenómeno deteriora el marco constitucional de los sistemas democráticos.

En cualquier caso, ha quedado justificada la existencia y pervivencia del Derecho Internacional del Trabajo, estando por demostrar si sus normas e instituciones van a tener la suficiente capacidad hegemónica para seguir siendo un instrumento útil y efectivo en el mundo del trabajo.

1.2. Los derechos sociales como derechos humanos desde el enfoque de las teorías críticas

Es bien conocido que la concepción liberal de los derechos humanos se basa en unas premisas fundamentales que en la actualidad se encuentran ampliamente criticadas. A modo de ejemplo, podemos citar las dos más extendidas: aceptar que estos derechos se determinan independientemente de las condiciones sociohistóricas de los sujetos; y afirmar que su origen tiene una justificación y un carácter universal y que, entre otras cuestiones, esta universalidad se concibe de manera abstracta, desconociendo la configuración de los factores sociales que afectan de manera diferenciada a las personas y los grupos. Respecto a lo anterior, conviene señalar que la visión de los derechos como absolutos, al margen de cualquier refutación, emana de una postura iusnaturalista (Bobbio, 2000).

Igualmente, es importante establecer una precaución consistente en que la universalidad no debe ser interpretada como dogma o como principio ideal y vacío con significado sin ningún tipo de contenido (Pérez Luño, 2000). En definitiva, es posible afirmar que los derechos humanos, con su configuración liberal, se conciben en relación con el poder del Estado, sea para exigir que realice determinadas acciones o para que se abstenga de realizar otras.

En cambio, desde las teorías críticas, el foco del análisis se traslada al estudio del problema real, que no es otro que entender cómo un “derecho humano” logra convertirse

en derecho, cómo consigue obtener la garantía jurídica para su mejor implantación y efectividad. En este sentido, desde las teorías críticas, y siguiendo a Herrera Flores, los derechos humanos se deben entender como procesos, como el resultado, siempre provisional, de las luchas que los seres humanos ponen en práctica para poder acceder a los bienes necesarios para la vida. En palabras de este autor, los derechos humanos son “el resultado de luchas sociales y colectivas que tienden a la construcción de espacios sociales, económicos, políticos y jurídicos que permitan el empoderamiento de todos para poder luchar plural y diferenciadamente por una vida digna de ser vivida” (Herrera Flores, 2005, p. 247).

Teniendo claras ambas perspectivas, la primera premisa a efectos de abordar el concepto de derechos humanos y su reconocimiento jurídico es aceptar que estamos ante una realidad histórica influida por la ambivalencia de la praxis, puesto que pueden ser un instrumento de ideologizaciones funcionales a prácticas opresoras o herramientas para la liberación (Rosillo, 2019).

En la misma línea, Gándara (2019) llama a superar la neutralidad axiológica frente a los distintos proyectos de sociedad, también para la ciencia jurídica, desvelando los intereses adjuntos al prisma científico, y siendo necesario mostrar los presupuestos epistemológicos, éticos, políticos e ideológicos.

Esta perspectiva crítica es imprescindible para cuestionar una serie de planteamientos teóricos profundamente asentados durante décadas y cuyo nexo común consiste en diferenciar los derechos civiles y políticos de los derechos sociales, normalmente con el objetivo de mostrar la superioridad de los primeros sobre los segundos. Ilustra esta postura el pensamiento de Marshall (1998), que ubicaba los derechos civiles en el siglo XVIII, los derechos políticos en el XIX y los derechos sociales en el siglo XX, considerando que los derechos civiles han ido vertebrando y consolidando el resto de las categorías con el hilo conductor de la ciudadanía en toda la evolución histórica. A desmontar esta afirmación se orientan las siguientes páginas.

1.2.1. Los derechos sociales son derechos humanos

Como han señalado numerosos autores, la división entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro, se ve imbuida por el contexto histórico marcado por la dinámica de la Guerra Fría. De conformidad con Noguera (2011), las constituciones europeas se caracterizan por distinguir derechos

civiles y políticos como derechos fundamentales, por un lado; y derechos económicos, sociales y culturales como no fundamentales, por otro.

Así es el caso de nuestra Constitución española, que considera los derechos sociales como garantías institucionales, principios o directrices como guía para las políticas sociales. Esta división enraíza con la división ideológica presente en la Guerra Fría, donde el bloque socialista resaltaba los derechos de carácter económico, social y cultural, a partir de la idea de que la persona es un ser social. Por lo tanto, el reconocimiento de los derechos de naturaleza civil y política resultaban ser secundarios. En cambio, la postura del bloque capitalista defendía, en primer plano, los derechos de carácter civil y político, históricamente vinculados a la democracia occidental, sobre los derechos económicos, sociales y culturales (Arias Marín, 2015).

Son diversos los argumentos que han fundamentado la división que nos ocupa. Por un lado, detrás de la separación de los derechos sociales de la categoría de derechos humanos se encuentra el pensamiento liberal consistente en postular que los derechos sociales no son genuinos al no ser individuales y, si se califican como sociales, acabarán excluyéndose mutuamente (Abril, 2015). Sin embargo, y merece la pena recordarlo, el origen de los derechos sociales trae causa del protagonismo de la clase trabajadora en el siglo XIX, de su presión sobre las instituciones liberales, y de la formalización de ese protagonismo con la aparición de partidos obreros y de sindicatos de clase (Peces-Barba, 2010). Pedrol (2009) señala que los derechos sociales adquieren un reconocimiento constitucional de forma generalizada tras la Segunda Guerra Mundial, viniéndose a aceptar la distribución vía Estado del producto social, con el objeto de evitar las olas revolucionarias del periodo de entreguerras y asentar la paz social. En esta línea y como mantiene Ferrajoli (2016), los derechos sociales generan vínculos positivos que ninguna mayoría puede violar dentro de los derechos fundamentales, que se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política, donde también se insertan los vínculos negativos, como lo son los derechos de libertad.

Por otro lado, es evidente que uno de los argumentos más usados para minusvalorar los derechos sociales radica en defender que los derechos civiles y políticos generarían exclusivamente obligaciones negativas o de abstención, y los derechos sociales implicarían obligaciones positivas con coste económico para el Estado. Siguiendo esta lógica, solo serían derechos cuando una determinada prescripción normativa se limitase a imponer obligaciones negativas o abstenciones, mientras que el establecimiento de

derechos por obligaciones positivas resultaría conceptualmente imposible o materialmente inviable (Abramovich y Courtis, 2014).

Abramovich y Courtis (2014) han criticado esta posición tildándola de visión sesgada y “naturalista” del rol y funcionamiento del aparato estatal que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo. En la línea del presente razonamiento se ha preguntado: “¿De qué nos sirve tener derechos políticos si no contamos con unas mínimas condiciones de salud, alimentación, vestido, etcétera, que nos permitan ejercer tales derechos con auténtica libertad?” (Lloredo, 2015, p. 167).³⁰

Por añadidura, también cabe cuestionar la propia idea de la diferenciación entre “derechos caros y baratos”, donde los primeros serían los conocidos como los derechos sociales y los segundos serían los derechos civiles y políticos. Parece difícil dirimir qué resulta más costoso (Lloredo, 2015), si el derecho a la salud, a la vivienda, a la educación o al trabajo, por un lado, o el derecho a la propiedad, a la seguridad individual o el derecho a la defensa, por otro lado, a modo de ejemplo. En todo caso, todos los derechos son caros si se toman en serio, puesto que la asunción de su dimensión moral, política y en su operatividad jurídica, implica un entramado institucional y organizativo sin el cual los derechos, ya sea de libertades negativas o derechos de prestación, quedan en meras proclamaciones retóricas sin efectividad (Ansuategui, 2010). Por su parte, Ferrajoli (2016) viene a reconocer que los derechos sociales son costosos y que suponen un límite al mercado, incluso llega a considerarlos incompatibles a su lógica.

No debe olvidarse que el campo que abarcan los DESC es muy amplio y que, si bien muchos de ellos requieren grandes inversiones, tanto financieras como humanas, hay múltiples dimensiones de estos derechos que solo exigen que el Estado se abstenga de interferir, como respetar la libre creación de sindicatos, la libre elección del trabajo, no contaminar el medio ambiente, no sobreexplotar los acuíferos, etc. (Grupo de Trabajo del Espacio DESC sobre el Protocolo Facultativo del PIDESC, 2010).

Además, cabe añadir que no todos los derechos sociales son derechos de prestación, como es el caso del derecho a la libertad o el derecho a la huelga que exigen el reconocimiento del derecho a favor del titular de un ámbito de libre decisión, de no

³⁰ En concordancia con lo anterior, conviene rescatar las dos grandes posturas teóricas sobre las obligaciones positivas y negativas (Noguera Fernández, 2011):

a) La tesis de la subordinación de las obligaciones positivas a las negativas propias o cercanas al Estado liberal.

b) La tesis de la subordinación de las obligaciones negativas a las positivas, propias o cercanas a la forma de Estado del socialismo real.

interferencia (Ansuategui, 2010). La identificación de los derechos sociales como derechos prestacionales, además de caer en el reduccionismo, viene a resultar una confusión entre la prestación y el contenido del derecho (Lema, 2010).

En definitiva, los derechos sociales mantienen problemas comunes a los derechos civiles y políticos, por lo que se plantea desde el punto de vista teórico que no existe un argumento sólido que avale que los derechos sociales no sean garantizables del mismo modo que los demás derechos, puesto que cabe establecer prestaciones obligatorias. Es más, la experiencia jurídica reciente muestra la exigibilidad en la vía de protección jurisdiccional y nada impide implementar nuevas técnicas de garantía (Ferrajoli, 2016). Cuando se reproducen posiciones que manifiestan la superioridad de las políticas económicas sobre los derechos sociales, se olvida que otros derechos como los medioambientales ven el obstáculo en su realización, en sentido contrario, por los intereses económicos (Jimena, 2014, a).

Asimismo, respecto a las teorías que tratan de caracterizar de manera completa y excluyente los derechos que pertenecen a algunas generaciones, se encuentran serios problemas a la hora de establecer nítidas distinciones temporales. Así, cuando en muchos países un derecho político y, por lo tanto, de primera generación como el sufragio, no estaba garantizado de forma universal, la Constitución francesa de 1848 recogía en su preámbulo la protección del trabajo (Ansuategui, 2010). Introduciendo otro dato cronológico relevante, ya en el artículo 427 del Tratado de Versalles, de 28 de junio de 1919, se estableció el derecho de asociación de los trabajadores, la jornada de ocho horas, la abolición del trabajo infantil y el pago equitativo a hombres y mujeres. Por su parte, el artículo 23 del Pacto de la Sociedad de Naciones³¹, de la misma fecha que el tratado citado, incorporó, por resaltar alguno de sus contenidos, condiciones de trabajo equitativas para hombres, mujeres y niños (Arias Marín, 2015).

En el mismo sentido, se recoge que la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919 significó la adopción de algunas de las primeras medidas encaminadas a proteger algunos DESC en el plano internacional (Grupo de Trabajo del Espacio DESC sobre el Protocolo Facultativo del PIDESC, 2010). Sin embargo, la visión generacional, que viene a considerar los DESC derechos de segunda generación, ha supuesto una degradación de los derechos sociales afectando al régimen de garantías, lo que ha tenido

³¹ Recuperado de <https://dudh.es/pacto-de-la-sociedad-de-naciones-1919/>

una influencia negativa en los textos constitucionales y en los textos internacionales (Preciado, 2018).

Otro aspecto que debemos despejar consiste en aquellos planteamientos que diferencian los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que el contenido de estos es tan ambiguo e impreciso que es imposible traducirlos en obligaciones jurídicas concretas para los Estados. Sin embargo, los órganos internacionales de derechos humanos y los órganos jurisdiccionales nacionales han definido con precisión el contenido de los derechos, sus condiciones para la realización del derecho y las obligaciones que de él se derivan (Grupo de Trabajo del Espacio DESC sobre el Protocolo Facultativo del PIDESC, 2010).

Por añadidura, es importante remarcar que los derechos civiles y políticos no son posibles sin los derechos económicos, sociales y culturales. Con la satisfacción de las necesidades básicas se permite participar en la democracia social y disfrutar con una calidad aceptable los derechos clásicos, civiles y políticos y, en última instancia, alcanzar el desarrollo y la salvaguardia de la libre personalidad (Peces-Barba, 2010). En este sentido, los derechos sociales se justifican también porque aseguran las condiciones necesarias para la participación política o para el acceso significativo al mercado, como el cumplimiento del derecho a la salud y a la alimentación, esenciales para el mantenimiento de la persona y su participación en la sociedad democrática (Etchichury, 2015).

Así, el Estado social es aquella forma de Estado donde se reconocen y protegen los derechos sociales, detrayéndose del mercado la satisfacción de ciertas necesidades básicas o, al menos, no se dejan estas únicamente en manos de un criterio mercantil (Rey Pérez, 2015). Igualmente, los derechos sociales no deberían ser solamente un instrumento y una institución jurídica de redistribución, sino con mayor importancia de desmercantilización, puesto que la justicia social y económica debe trascender la esfera de la redistribución y cuestionar o plantearse cómo se produce y cómo se genera el producto (Lema, 2010).

Ahondando en todo lo anterior, Pisarello (2009) aporta una serie de argumentos que funcionan como obstáculos para la generalización de los derechos sociales con el fin de, *a posteriori*, acudir a su refutación. Conviene repasar la teorización de este autor para cerrar este apartado y dejar asentada la tesis de la indivisibilidad que se mantiene como piedra angular de este marco teórico. El primer argumento sería la subordinación de los derechos sociales a otros derechos considerados relevantes o fundamentales. El segundo,

la subordinación de los derechos sociales a una concepción absolutista de derechos patrimoniales como el de propiedad o la libertad de empresa. El tercero sería la subordinación de los derechos sociales, de nuevo, a una visión absolutista de ciertos derechos derivados de la representación política o del ejercicio del poder institucional. El cuarto argumento consistiría en la subordinación de los derechos sociales a una concepción excluyente de la ciudadanía ligada a la nacionalidad y a la residencia legal.

En respuesta al anterior argumentario, se enumeran correlativamente las refutaciones de Pisarello (2009) a dichos argumentos:

En primer lugar, invita a la superación de la tesis de la supuesta diferencia tajante entre los derechos sociales y derechos individuales, asumiendo para ello la interdependencia e indivisibilidad entre todos los derechos civiles, políticos, sociales, culturales y ambientales. La tesis de la indivisibilidad e interdependencia entre derechos supondría aceptar, en el plano axiológico, que todos los derechos están vinculados a tutela de valores similares. Recalca que el genuino conflicto no es el que existiría entre derechos de libertad y derechos de igualdad, sino el que tiene lugar entre concepciones igualitarias e inclusivas de los derechos y concepciones desigualitarias y excluyentes de los mismos. En el plano estructural, defiende que todos los derechos civiles, políticos, sociales, culturales y ambientales, encajarían como derechos ambivalentes en cuanto a complejos, generadores de obligaciones positivas, negativas, de abstención y de prestación, “baratos” y “costosos”.

La segunda respuesta que maneja es que la defensa congruente de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles, políticos, sociales y culturales exige no minimizar eventuales conflictos que puedan producirse entre ellos, sino evidenciarlos como las colisiones que pueden sufrirse entre derechos civiles. Así, el derecho de propiedad privada o la libertad de empresa en las sociedades capitalistas actuales no son derechos individuales o civiles cualesquiera, sino derechos patrimoniales que tienden a configurarse como derechos absolutos, y con ello, como privilegios o auténticos poderes privados. Por ello, mientras que el derecho civil a la propiedad puede ser un derecho generalizable, el derecho patrimonial de propiedad, sobre todo en la concepción neoliberal de derecho ilimitado, pasa a ser una amenaza para el disfrute igualitario de ciertos bienes materiales básicos, dando lugar a privilegios y jerarquías excluyentes que operan como un elemento incompatible con la universalización. Por eso, la distinción opera entre derechos civiles, políticos y sociales fundamentales y derechos patrimoniales no fundamentales. En consecuencia, los derechos fundamentales civiles, políticos,

sociales, culturales y ambientales son universalizables, indisponibles y alienables, y los derechos patrimoniales se caracterizan por ser excluyentes, disponibles y alienables. Esto es lo que vincula la generalización de los derechos civiles, políticos y sociales al establecimiento de reglas y vínculos al ejercicio de la propiedad privada y de la libertad de empresa y de mercado, así como la democratización en última instancia del sistema económico.

El tercer argumento se basa en señalar que los derechos de representación o políticos requieren límites y controles a la arbitrariedad y discrecionalidad del aparato estatal.

El cuarto argumento radica en que la generalización de los derechos implicaría desconectar los derechos de una concepción restrictiva de ciudadanía y desvincular los derechos de una noción jurídica de la residencia supeditada a la posesión de recursos o de una relación con el mercado formal de trabajo de la que con mayor frecuencia carecen los propios nacionales. Para conseguir una concepción social de los derechos humanos se necesita, en primer lugar, restablecer su vínculo con la idea de libertad, de autonomía individual y colectiva y con el principio de dignidad; en segundo lugar, cuestionar su subordinación a una concepción excluyente tanto de la propiedad y del poder económico, como de la representación y del poder político y, en tercer lugar, desvincularla de una noción de ciudadanía ligada a la nacionalidad y refundarla a partir de una ciudadanía basada en una mera residencia en la comunidad territorial simplemente sin causar daños a terceros (Pisarello, 2009).

En la línea trazada, se sostiene que un nuevo sujeto social pugna por romper el concepto cerrado de la ciudadanía entendida como fortaleza, a fin de superar el escollo de la negación de los derechos sociales, económicos y culturales, y extenderlo a todos, también a los que no son nacionales (De Lucas, 2000). De hecho, la soberanía actúa como contención para el flujo mundial de los derechos humanos, lo que se manifiesta con especial intensidad en el ámbito laboral con los degradados, y se podría decir que inexistentes, derechos de los trabajadores migrantes, que contrasta de forma abrupta con el libre flujo de mercancías y capitales que la globalización ha generado (Preciado, 2018). Desde otra óptica, el discurso cosmopolita debe extenderse a los derechos sociales, no quedándose reducidos al campo de los derechos civiles y aun llegando a los derechos políticos, en coherencia con el constitucionalismo social y un reparto más justo de la riqueza para asegurar el disfrute de los derechos de forma generalizada (Ansuategui, 2010).

El papel de los derechos sociales ha servido para reforzar la democracia. En tal sentido, la asunción de los derechos sociales como vinculantes e inderogables a la par de los derechos de libertad sirvió para trasladar a la democracia una dimensión de mayor calidad de la misma (Ferrajoli, 2016).

Por todo lo antedicho, esta investigación parte de considerar que la distinción entre ambas categorías de derechos está superada y del reconocimiento de la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos. Se comparte así la amplia definición de derechos humanos planteada por Preciado (2018):

Los derechos humanos son derechos subjetivos positivizados en el ámbito internacional o supranacional, que se reconocen a toda persona por el mero hecho de serlo, para satisfacer las exigencias de la dignidad, libertad, igualdad y solidaridad. Son inherentes a la condición de ser humano y gozan, desde una óptica material, de los caracteres de universalidad, igualdad, indisponibilidad, indivisibilidad e interdependencia, y desde una óptica formal de los caracteres de rango convencional o consuetudinario, vinculación a los Estados, eficacia mediata, contenido esencial intangible para Estados y tutela jurisdiccional o institucional internacional subsidiaria. Los DDHH son reconocidos por los sistemas jurídicos de los Estados, generalmente con rango constitucional y como derecho fundamental (Preciado, 2018, pp. 82-83).

A efectos prácticos, también es conveniente precisar la relación que tienen los derechos humanos con los derechos fundamentales. Según Preciado (2018), partiendo de la concepción unitaria los derechos fundamentales son los derechos humanos reconocidos por el Derecho estatal, generalmente a través de su Constitución.³² Los derechos humanos se componen de las expectativas negativas; de libertad o inmunidad, o positivas; de pretensión o sujeción o prohibición; de abstención o incompetencia, que tienen los seres humanos por su mera existencia y determinados grupos para satisfacer las necesidades básicas.

Se plantea la necesidad de superar la distinción entre derechos fundamentales, como derechos civiles y políticos, y derechos no fundamentales, sociales; su equiparación de todos los derechos como de igual jerarquía, gozando del mismo rango o categoría, y vinculando de la misma forma al Estado y a los particulares. Esta visión derivaría del tratamiento igualitario de todos los grupos de derechos que está en el obligatorio

³² Debemos recordar que Pérez Luño (2000) precisa que no todos los derechos humanos son objeto de una recepción en los ordenamientos jurídicos estatales, ni siquiera en los Estados de Derecho. Es más, entiende que los derechos humanos reconocidos como derechos fundamentales pueden gozar de distintos mecanismos de garantías, por lo que el carácter de universalidad se postula como condición deontológica de los derechos humanos, pero no, en cambio, de los derechos fundamentales.

reconocimiento del principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos, principio incorporado en todos los tratados internacionales de los derechos humanos en las últimas décadas (Noguera, 2011).

Por añadidura, y ya refiriéndonos concretamente a los derechos laborales, cabe criticar esta postura clásica en la doctrina basada en identificar los derechos civiles como de acción negativa y de neutralidad por los poderes públicos, y los derechos económicos, sociales y culturales como de acción positiva y/o de gasto por los poderes públicos, puesto que dichos papeles se difuminan precisamente en el ámbito del trabajo, donde los derechos laborales se reconocen en convenios de derechos civiles y políticos, y estos requieren en no pocas ocasiones de actuaciones concretas y medidas que los Estados deben implementar (Cabeza, 2015). Para Jimena (2014, b) queda fuera de duda el carácter indivisible y fundamental de los derechos humanos y de los derechos sociales. El núcleo central del Derecho del Trabajo se inserta en la categoría de los derechos sociales (Ferrajoli, 2016).

Cabe así recordar a Baylos (2012, a) cuando afirmaba que la unión y la organización de los trabajadores entroncan con la libertad sindical. Dicho derecho ha resultado específicamente reconocido como un derecho universal en los tratados internacionales y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los derechos humanos fundamentales se reconocen como derechos específicos debido a que la persona dependa del trabajo como única fuente de ingresos o por su condición social subalterna, siendo el derecho de libertad sindical un punto decisivo en el diseño general de los derechos de la persona que surge tras la Segunda Guerra Mundial.

Los derechos humanos (Preciado, 2018) suponen una relación de limitación de la soberanía estatal, con sujeción de esta al reconocimiento, respeto y garantía de los mismos, transformándose la relación derechos humanos-soberanía de la oposición a la integración. Concretamente en el ámbito laboral, el autor considera que existe una relación de garantía de eficacia material, siendo los derechos humanos laborales condición de la eficacia de los derechos fundamentales en el trabajo, en vigor en el interior de los Estados. Es tal la conexidad en este sentido entre los derechos humanos y los derechos sociales que se ha empleado con habitualidad el término de “Derechos Humanos del Trabajo” (Arias Domínguez, 2002, Preciado, 2018) o el de “Derechos Humanos Laborales” (Canessa, 2006).

Más allá de la argumentación teórica, es preciso reconocer que la interdependencia entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos se

deriva de la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, donde no existe separación alguna y fue apuntada por la Declaración realizada por Naciones Unidas en la Conferencia de Viena de 1993.³³ Es más, esta declaración subraya en su párrafo octavo, la interdependencia mutua entre la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales (Quesada, 2018).

En esta línea, Fernández de Casadevante y Jiménez (2006) establecen una definición de partida de “Derecho Internacional de los Derechos Humanos” que nos va a ser de especial utilidad, entendiendo el mismo como “el sector del ordenamiento internacional, compuesto por normas de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional que tiene por objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano inherentes a su dignidad” (p. 1).

Dentro del DIDH, los derechos sociales se reconocen específicamente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los derechos similares que se encuentran en otros documentos del derecho internacional, regional y nacional de los derechos humanos (Rossetti, 2010). En concordancia con lo dicho, vemos cómo el derecho a la libertad sindical, estudiado en el presente trabajo, se encuentra recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)³⁴, la Carta Social Europea y los Convenios 87 y 98 de la OIT, así como en nuestra propia Constitución de 1978 como un derecho fundamental.

Teniendo por tanto claro que los DESC cuentan con la misma jerarquía que los derechos civiles y políticos y son igualmente exigibles (Grupo de Trabajo del Espacio DESC sobre el Protocolo Facultativo del PIDESC, 2010), se debe destacar que las garantías establecidas para los distintos derechos son disímiles, respondiendo a la concepción liberal criticada, lo que mantiene una permanente subordinación de los DESC.

³³ Recuperado de <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>

³⁴ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963, y 20 de enero de 1966, respectivamente. *Boletín Oficial del Estado*, número 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564-23570.

1.2.2. Cuestiones sobre exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales

A continuación, procede adentrarse en las cuestiones sobre la exigibilidad de los derechos sociales y su justiciabilidad. Para ello, las garantías son fundamentales para traducir los derechos en términos de efectividad. En tal sentido, las garantías sociales son los mecanismos de tutela de los derechos sociales que dependen de sus titulares para su activación (Britos, 2010).

Debe quedar claro desde el inicio que, al hablar de derechos, lo hacemos también de sus garantías, debiendo distinguir entre garantías primarias y secundarias. Las garantías primarias son las obligaciones, de prestación, y las prohibiciones, de lesión; mientras que las garantías secundarias son las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de las garantías primarias (Ferrajoli, 2016). En tal sentido, el referido autor advierte del peligro de confundir derechos y garantías corriendo el riesgo de que queden desclasificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas alcanzadas en este siglo: la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas, una y otra, en ausencia de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes.

De la misma manera que se ha cuestionado su carácter de derechos humanos, se ha puesto en duda de manera permanente la justiciabilidad de los derechos sociales. De hecho, como indica Ferrajoli (2016), la enunciación constitucional de los derechos sociales a prestaciones públicas positivas no se ha visto acompañada de la elaboración de las garantías sociales o positivas adecuadas. Adentrándonos en nuestro ordenamiento jurídico, Noguera (2008) explica el modelo español como paradigma de los textos constitucionales que diferencian en su articulado entre derechos fundamentales y derechos no fundamentales. Como indica el autor, esta diferencia es importante porque:

a) Exterioriza un posicionamiento claramente liberal de estas constituciones. En este sentido, al definir los derechos individuales clásicos como fundamentales y los derechos sociales como no-fundamentales, trata a los derechos individuales como derechos absolutos e inalienables que no pueden ser vulnerados por los poderes públicos ni los particulares, y a los derechos sociales como simples instrumentos funcionales, que no son cuestionados por el primer grupo de derechos.

b) Fruto de la calificación de los derechos individuales como derechos fundamentales y de los derechos sociales como no-fundamentales se derivan distintos grados de

protección distintos para cada uno de estos grupos de derechos, condicionando, por lo tanto, las garantías aparejadas a cada derecho.

Este desequilibrio de trato derivado de la categorización, por algunas constituciones, de los derechos civiles y políticos como derechos fundamentales y de los derechos sociales como derechos no fundamentales, se agudiza todavía más en la Constitución española de 1978, en la que los derechos sociales, a diferencia de los derechos civiles y políticos, no es que no sean considerados como derechos fundamentales, sino que vienen a ser principios programáticos que han de inspirar la política social, sin mecanismos de exigibilidad (Noguera 2008).

En este sentido, se sostienen posiciones que pretenden negar que los DESC puedan ser exigidos y hechos cumplir a través de las sentencias de los tribunales, por considerarlos como derechos programáticos, como objetivos o fines de la política social en forma de compromiso de los Estados, pero sin contenido obligacional para las autoridades y sin capacidad de implementar medidas coactivas o de reparación en caso de incumplimiento de la norma. El mantenimiento de esta postura equivocada hace que la política de los gobiernos en cuanto a los DESC sea de “buena voluntad” o se utilicen por fines político-partidistas, en vez de ser vistas como exigibles y como obligaciones para los Estados al margen de las coyunturas concretas (Grupo de Trabajo del Espacio DESC sobre el Protocolo Facultativo del PIDESC, 2010).

De hecho, diversos autores han apuntado que un modelo de exigibilidad judicial no es legítimo ni conveniente. En primer lugar, porque los derechos sociales deben ser elaborados legislativamente; en segundo lugar, no puede ser gestionado ningún derecho como si los recursos fueran ilimitados y, en tercer lugar, los procedimientos judiciales no son la sede apropiada para la definición de las prioridades de los derechos (Peña, 2016).

Contrariamente a esta opinión, Noguera (2008) estima que toda actuación judicial destinada a garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos humanos, incluidos los sociales, a todos los ciudadanos, no puede estimarse como un debilitamiento de la democracia sino como un fortalecimiento de esta.

La cuestión de las garantías une de manera íntima los planos jurídicos nacionales con los supraestatales. En este sentido, hace más de cinco décadas Rodríguez-Piñero (1962) defendía que el derecho interno y el internacional no están rígidamente separados por límites y fronteras infranqueables, sino que se conectan íntimamente. Es más, como sostiene De Lucas (2000), el perfeccionamiento de los mecanismos internacionales de

protección vendrá determinado por su progresiva aproximación respecto a los mecanismos nacionales de garantía, en el marco de la internacionalización.

Sin embargo, es bien sabido, y a esto dedicaremos un buen número de páginas a lo largo del capítulo III, que los sistemas de garantías supranacionales no gozan de una eficacia ni homogénea ni generalizada. En este sentido, Marín Aís (2018) mantiene que las obligaciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son exigibles y dotadas de juridicidad, pero su justiciabilidad ante los tribunales internos suele ser de menor intensidad que los derechos civiles y políticos. Debe subrayarse que los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos son siempre subsidiarios de la protección en el plano interno; es al Estado al que corresponde la responsabilidad principal de la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (Ochoa y Gutiérrez, 2012).

La referencia al mencionado texto internacional sirve para acercarse al estado de la cuestión. Así, Quesada (2018) viene a apuntar que la entrada en vigor del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁵ tiene como objetivo el refuerzo de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales pero que, sin embargo, prevé que tardará en ser eficaz. Dicha eficacia, se apunta, no depende solo del mecanismo internacional, sino también de la voluntad política de las autoridades nacionales dotándose de los recursos internos para que la protección de dichos derechos sea adecuada.

Como marco comparativo en cuanto a la exigibilidad de los derechos sociales, debemos acudir al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). En tal sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)³⁶ recoge expresamente la integralidad y protección de los Derechos Humanos en su Preámbulo, y en el artículo 26 establece la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha avalado esta lectura de los DDHH en su relevante sentencia *Lagos del Campo vs. Perú*,³⁷ que interpreta de forma directa a través del artículo 26 de la Convención el derecho al trabajo, configurándolo como un derecho exigible, cuando anteriormente se había optado por la

³⁵ Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 2008. *Boletín Oficial del Estado*, número 48, de 25 de febrero de 2013, pp. 15421-15429.

³⁶ Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

³⁷ Recuperado de [www.corteidh.or.cr > docs > casos > articulos > seriec_340_esp](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp)

protección indirecta, a través de la interpretación de los derechos civiles y políticos (Calderón, 2018).

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, en particular representado por los textos constitucionales de Venezuela, Ecuador y Bolivia, incorpora una plena reactivación de los derechos sociales como derechos al mismo nivel y jerarquía que los derechos civiles y políticos, siendo plenamente protegidos y justiciables (Noguera, 2008). Se reconoce igualmente que los instrumentos empleados por las nuevas constituciones de América Latina son: la igual jerarquía de todos los derechos, el principio de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos, el principio de cláusula abierta en el reconocimiento de los derechos, la aplicabilidad directa de todos los derechos y la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, el principio de progresividad y prohibición de regresividad de los derechos y, en definitiva, el reconocimiento de fuertes garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales para la protección de los mismos, derivando todo ello en una indivisibilidad de las obligaciones (Noguera, 2011). Las notas jurídicas antedichas vienen a coadyuvar en la consecución de la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales.

En el marco regional europeo se distingue al Consejo de Europa con un mecanismo de protección y control con mayor capacidad en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que para la Carta Social Europea (Marín Aís, 2018). Se atribuye al Consejo de Europa el intento de realizar una labor de progreso social, teniendo también como función pertrechar una unión más firme entre sus miembros buscando el progreso con el estudio de problemas sociales de interés común, la conclusión de acuerdos al respecto y la adopción de una acción común en el ámbito social (Rodríguez-Piñero, 1962).

Pese a que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales incluye sobre todo derechos de carácter general, mediante la correspondiente experiencia jurisdiccional, se ha logrado conseguir una proyección nada despreciable en el ámbito de las relaciones de trabajo (García Murcia, 2019).

Dando un apunte previo a la Carta Social Europea, puesto que se estudiará en su oportuno apartado, dicho texto es una auténtica manifestación constitucional supranacional y europea de los derechos sociales, con reconocimiento de los derechos y garantías a los ciudadanos de los Estados miembros. Sin embargo, mostrando sus limitaciones, la Carta presenta un matiz eminentemente capitalista cuando no

individualista. En todo caso, los compromisos y obligaciones son mínimas, como es característico en las normas laborales (Rodríguez-Piñero, 1962).

Una vez asentada la premisa de la indivisibilidad de los derechos humanos y la necesidad de integrar los derechos sociales (laborales) dentro de esta categoría universal, es necesario acudir a dos fenómenos actuales que se relacionan con el DIT, como son el Derecho Transnacional del Trabajo (DTT) y la *Lex Mercatoria*.

1.3. El Derecho Internacional del Trabajo ante el Derecho Transnacional del Trabajo y la *Lex Mercatoria*

El Derecho Internacional del Trabajo no es el único dispositivo jurídico que opera en el panorama global. Junto al DIT interactúan normas de otras organizaciones, tratados, normas, contratos, etc. Por esto debemos completar el panorama mundial integrando dos conceptos. El primero es el DTT como concepto más amplio del DIT en el que se inserta este último. El segundo es el fenómeno de la *Lex Mercatoria* como el derecho de la empresa que atenaza al Derecho Internacional del Trabajo y a los derechos humanos en su operación y funcionamiento en el ámbito transnacional. Sin más preámbulo, se procede al estudio del primer fenómeno.

1.3.1. Sobre el Derecho Transnacional del Trabajo

En este apartado conviene hacer una precisión metodológica previa. Hay que partir de la relación entre los conceptos de Derecho Internacional del Trabajo, Derecho Transnacional y Derecho Internacional Privado que expresa que, lejos de presentar contenidos autónomos, se interrelacionan entre ellos. El objetivo de este apartado es tratar de situar el Derecho Internacional de Trabajo en la senda de la interacción con otras fuentes normativas que interactúan en el ámbito global. A mayor abundamiento, se debe relacionar el Derecho Transnacional del Trabajo en su dimensión de necesidad regulativa de los sujetos que operan en la escena transnacional con el marco del funcionamiento del mercado, que se encuentra tanto en su contenido como en sus fuentes de regulación nacionales e internacionales en desarrollo y, por lo tanto, pendientes de definición (Sanguineti, 2015).

El Derecho Transnacional del Trabajo supera las fronteras nacionales, donde los Estados intervienen, pero sin *imperium*. Se trata de un derecho compuesto por contenidos horizontales, fuentes normativas de todo tipo y con un elemento de trascendencia supranacional (Ojeda, 2013). Es más, se asiste a un Derecho en plena evolución con un

carácter mixto puesto que no desaparecen las leyes nacionales, los tratados, o los pactos y acuerdos colectivos, sino que su papel muta hacia la empresa transnacional (Sanguineti 2019).

El enfoque de esta parte del estudio deriva de la composición mixta del Derecho Transnacional del Trabajo, identificándose dos fuentes jurídicas básicas en su contenido. La primera sería el Derecho Adjetivo, que agruparía en grandes rasgos las normas de conflicto y de determinación del tribunal competente. La segunda sería el Derecho Sustantivo, que abarcaría los derechos y obligaciones de origen transnacional compuesto por las normas de los organismos internacionales, los convenios bilaterales de DTT, los contratos normativos transnacionales, los estándares de organizaciones privadas, la autorregulación de los sujetos transnacionales y las leyes autónomas (Ojeda, 2013). En este mismo esquema se sitúa Servais (2018) al entender que en el ámbito transnacional se incorporan las normas del DIT, el derecho europeo, ya sea la UE o el Consejo de Europa, y las normas de conflicto aplicables.

En cuanto al Derecho Internacional Privado en materia laboral como parte sustancial del Derecho Adjetivo del DTT, cabe precisar que actualmente reviste de escasa aplicación en España (Todolí, 2017). En aras de sintetizar las normas más relevantes son el Reglamento 1215/2012³⁸ Bruselas I Bis, Lugano II³⁹, el Convenio Bilateral del Salvador⁴⁰ y la propia Ley Orgánica del Poder Judicial⁴¹ (Reig, 2017). Añadiríamos que se debe también tener en cuenta los Reglamentos 593/2008 Roma I⁴² y Reglamento 864/2007 Roma II⁴³ (Lapiedra, 2017).

Desde el origen del Derecho Internacional del Trabajo se integraban elementos de naturaleza privada con elementos de naturaleza pública en su composición. Raynaud

³⁸ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *Diario Oficial de la Unión Europea*, número 351, de 20 de diciembre de 2012, pp. 1-32.

³⁹ Decisión del Consejo, de 15 de octubre de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *Diario Oficial de la Unión Europea*, número 339, de 21 de diciembre de 2007, pp. 1-41.

⁴⁰ Instrumento de ratificación del Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000. *Boletín Oficial del Estado*, número 256, pp. 39150-39153.

⁴¹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, de Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, número 157, de 2 de julio de 1985, pp. 20632-20678.

⁴² Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). *Diario Oficial de la Unión Europea*, número 177, de 4 de julio de 2008, pp. 6-16.

⁴³ Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). *Diario Oficial de la Unión Europea*, número 199, de 31 de julio de 2007, pp. 40-49.

(1907) reflexionaba sobre si el Derecho Internacional Obrero pertenecía al Derecho Internacional Privado o al Derecho Internacional Público. El autor se decantaba por su carácter mixto señalando, por un lado, que se asimila al Derecho Internacional Público desde la óptica que el Estado interviene en la legislación laboral con afectación colectiva a los trabajadores. Por otro lado, se acerca al Derecho Internacional Privado en cuanto que tiende a garantizar derechos e intereses individuales.

En los inicios del Derecho Internacional del Trabajo se insertan los convenios bilaterales que regulaban condiciones de trabajo con criterios de reciprocidad entre trabajadores procedentes del otro país firmante. Podemos destacar los primeros tratados que se firman a principios del siglo XX, como el acuerdo entre Francia e Italia de 15 de abril de 1904 (Valticos, 1977).

Sin embargo, conviene pasar página sobre aquellos primeros convenios bilaterales originarios mencionados y realizar una reflexión sobre la actualidad. Como es obvio, la sociedad y el Derecho del Trabajo han evolucionado sustancialmente desde la obra de Raynaud. Así, en la creación del derecho laboral se buscaba regular una realidad extensa basada en el trabajo productivo y remunerado pero ligado a una idea de ética de justicia social y redistributiva. No obstante, actualmente estamos ante un cambio de paradigma donde prima la concepción individualista tanto de la empresa como del trabajo, en cuanto a las condiciones de trabajo y a la deslocalización física, cuyo ejemplo paradigmático son las plataformas digitales. Ante este desequilibrio entre el capital y la clase trabajadora, es fundamental el papel del derecho colectivo que se expresa a través de la libertad sindical, la negociación colectiva y las medidas de conflicto para restituir y reparar a los trabajadores en las libertades que se pierden en el plano personal e individual (Vega, 2019).

En la conformación del Derecho Transnacional del Trabajo tiene mucho que ver el escenario de la globalización. Esta conlleva la relación entre sistemas financieros y la mundialización de los mercados y de los sistemas productivos incidiendo en la forma de organización del trabajo, lo que desemboca en una crisis del control de los Estados y en la regulación de las relaciones laborales (Baylos, 1999). En este marco, las normas del DIT no es que desaparezcan, pero muestran una cierta incapacidad a la hora de aplicar su contenido a estos nuevos sujetos económicos que operan en el ámbito transnacional (Sanguineti, 2015).

Por todo ello se debe ampliar nuestra mirada más allá del Derecho Internacional del Trabajo, cobrando relevancia las instituciones mundiales más allá de las internacionales,

insertándose en el Derecho Transnacional del Trabajo. Ojeda (2013) ha desarrollado el concepto de Derecho Transnacional con un enfoque amplio agrupando a toda norma que comprende actos o hechos que superan el ámbito nacional e independientemente de los sujetos a los que afecta. En tal sentido, se puede concluir que, “En el Derecho Transnacional la centralidad, el punto de mira, corresponde a la ciudadanía, y son los derechos y obligaciones contractuales de los ciudadanos, aunque provengan de los Convenios y Tratados suscritos por los Estados, lo que interesan a esta rama del Derecho” (Ojeda, 2013, p. 24).

Se podría sintetizar que el Derecho Transnacional del Trabajo comprendería tanto el Derecho Internacional del Trabajo como el Derecho Internacional Privado en materia laboral, así como normas de ámbito supranacional que no se encuadran en ninguna de las dos categorías antedichas.

Como se ha señalado, no cabe omitir en estos tiempos que el legislador público no tiene el monopolio del establecimiento de las normas internacionales, sino que convive con otros sujetos que incorporan contratos, reglamentos privados, laudos, usos, estatutos de ámbito internacional que acogotan a las leyes nacionales y a los convenios, así como los tratados internacionales hegemónicos en el panorama internacional desde la finalización de la Primera Guerra Mundial y, con más énfasis, con el marco jurídico-político implementado tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial (Ojeda, 2013).

Ya Zamora, en su tesis doctoral (1978), abogaba por una visión amplia del Derecho Internacional Privado y los Convenios de la OIT que pueden coadyuvar al desarrollo del Derecho Laboral Internacional, lo que demuestra que, aunque estamos ante conceptos que se pueden distinguir, muestran conexidad y pueden coadyuvar a reforzar mecanismos de tutela del derecho laboral en un plano internacional.

Los Acuerdos Marco Globales (AMG) se interrelacionan con el DTT como una herramienta de regulación en el ámbito transnacional. Son expresión de la autonomía colectiva en la que participan los sindicatos, lo que les dota de un plus de legitimidad y credibilidad y, por lo tanto, se acerca a la creación de las normas del Derecho del Trabajo, pese a que tiene un contenido obligacional para las partes. Sin embargo, cabe advertir el riesgo de este tipo de instrumentos que radica en el beneficio competitivo que pueden conseguir aquellos sujetos que se quedan al margen de los acuerdos (García-Muñoz, 2015).

Más adelante se estudiará un punto específico sobre el impacto del Derecho de la Unión Europea en el Derecho Internacional del Trabajo. No obstante, por situar la

cuestión, conviene referir a modo ilustrativo lo siguiente: la aplicación de la Directiva de desplazamiento de trabajadores 96/71⁴⁴ modificada por la Directiva 2018/957⁴⁵ ha afectado a las acciones de conflicto colectivo y no ha subsanado los problemas generados por la jurisprudencia “Laval” (Guamán, 2016, b). Se debe incidir en este punto en que las medidas de conflicto y acción colectiva se integran en el Derecho Internacional del Trabajo y se produce la limitación de dichos derechos en la aplicación del principio de proporcionalidad por el TJUE. Ilustrando dicho conflicto en el paradigma europeo, se ha apuntado a la rivalidad entre el TEDH con su enfoque marcado por los derechos humanos y el TJUE con una mirada mercantilista (Ojeda, 2013).

Pero el Derecho Transnacional del Trabajo se relaciona asimismo con la *Lex Mercatoria*, a donde no llegan los sujetos internacionales tradicionales que se estudian en gran medida en este trabajo. Como reacción en defensa de sus derechos, los trabajadores actúan con medidas de conflicto transnacionales (Ojeda, 2013). A esta cuestión se dedican las siguientes páginas.

1.3.2. *Lex Mercatoria*

Conviene hacer unas precisiones sobre la realidad que impone la *Lex Mercatoria* como desafío a los fundamentos del Derecho Internacional del Trabajo.

Retomando lo dicho respecto al DTT, asistimos a una nueva fase de integración económica supranacional basada en la desregulación para facilitar la inversión extranjera y conseguir una menor intervención de las instituciones democráticas, encontrándonos ante escenarios de impunidad en las violaciones de derechos humanos que cometen las transnacionales (Guamán, 2019).

Sin duda, estamos en un contexto muy complejo de actuación, donde la precariedad funciona ante todo como un modo de opresión que compromete el derecho constitucional al trabajo, impidiendo en gran medida el ejercicio de los derechos sindicales y de ciudadanía (Baylos, 2019). Situando todo lo anterior, ante el modelo neoliberal que ha dominado desde la década de los 90 del siglo pasado y, por lo tanto, en la crisis del Estado

⁴⁴ Unión Europea. Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, de 21 de enero de 1997, L 18, pp. 1-6.

⁴⁵ Unión Europea. Directiva 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 28 de junio de 2018 que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 9 de julio de 2018, L 173, pp. 16-24.

nación, se abren paso una serie de tratados comerciales que afectan y socaban a menudo la normativa sobre derechos humanos (Guamán y Moreno, 2017).

La tendencia de establecer un gobierno mundial de la economía no es nueva, sino que nace de los acuerdos de Breton Woods (1944). En todo este recorrido histórico que arranca desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días, el Fondo Monetario Mundial y el Banco Mundial han funcionado de palanca para lograr dicho cometido (Guamán, 2015, a). La siguiente herramienta que coopera en esta estrategia liberalizadora es el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros (GATT) que se aprueba en 1947. Dicho acuerdo tenía como objetivo principal liberalizar el comercio, con ayuda de leyes y normas que produjeron reglas y jurisprudencia en el dominio del comercio transfronterizo (Moro, 2018).

En esta estrategia, la Organización Mundial del Comercio (OMC), formada en 1995, da un paso más en cuanto tiene capacidad para intervenir en las condiciones legislativas y financieras de los países. Sin embargo, como observa Bonet (2010), la OMC no considera adecuada la inclusión en su agenda de aspectos laborales vinculados al comercio internacional debido, entre otras razones, a la oposición de los países en vías de desarrollo.

Tras estas notas de contexto se debe ofrecer en este punto una definición de *Lex Mercatoria*, que sería un nuevo orden global que ensalza el poder de las multinacionales combinando el empleo de distintas fuentes: usos y costumbres internacionales, normas de los estados nacionales, convenios, tratados y normas de inversión y de comercio, y las resoluciones de los mecanismos de controversias inversor-Estado; sin ser esta descripción un *numerus clausus* (Guamán, 2018, a) (Hernández Zubizarreta, 2009).

Ahondado en lo anterior, se muestra la mayor necesidad existente de conexidad entre el Derecho Internacional del Trabajo y el Derecho Internacional Privado, en un momento en que se observa preocupantes zonas de impunidad o de falta de control de la *Lex Mercatoria*. En este sentido sostienen lo siguiente Guamán y Moreno (2017):

Estamos, en fin, ante una creciente red jurídica hecha a medida para consolidar la acumulación de ganancias de las transnacionales, una red que se extiende ocupando espacios cada vez más amplios y que, proyectándose sobre los sistemas constitucionales estatales, acaba afectando al núcleo legitimador y democrático que les da soporte. Así, se trasladan al Norte, al centro mismo del Sistema-Mundo capitalista, y de manera acelerada, las políticas que llevan décadas exponiendo al Sur Global a la depredación, la privatización, la explotación y la acumulación por desposesión (Guamán y Moreno, 2017, p. 37).

En consecuencia, se asiste al gran poder de las empresas transnacionales, donde estas poseen una efectiva capacidad para poner en funcionamiento, mediante el empleo de técnicas de Derecho Privado, procesos reguladores de impacto transnacional en el ámbito de las relaciones laborales. En este escenario, las empresas transnacionales presentan la hegemonía al ser las únicas en la actualidad capaces de asegurar dicho resultado (Sanguinetti, 2019).

Siguiendo la definición dada por Guamán (2015, a), los tratados de libre comercio (TLC) son acuerdos entre dos o más países por los que se conforma una zona libre de barreras comerciales. En la dinámica de la proliferación de Tratados de Libre Comercio, Europa es una de las regiones más activas para conseguir este tipo de acuerdos. Así, destaca el Acuerdo Económico y Comercial Global, por sus siglas en inglés, CETA⁴⁶, firmado con Canadá; y el Acuerdo de Libre Comercio UE-Japón, por sus siglas en inglés, JEFTA⁴⁷, entre otros acuerdos. No es objeto del estudio estos acuerdos y los que a continuación se anotan, pero conviene tenerlos en cuenta como fenómenos que impactan en la efectividad del DIT.

En la misma línea de razonamiento, los Acuerdos Bilaterales de Inversión (BIT) se diseñaron para permitir a los inversores extranjeros actuar contra un Estado cuando considerasen vulnerados sus intereses en un contexto en el cual los tribunales del Estado de acogida eran percibidos como no fiables. En esta arquitectura se promueven los tribunales de arbitraje (en inglés ISDS) que conllevan este tipo de acuerdos, como un sistema que permite a los inversores extranjeros demandar a un Estado ante un tribunal privado de arbitraje y eludir el sistema judicial estatal, pudiendo ejercer sus derechos de propiedad o en defensa de sus beneficios reales o expectativas de inversión frente a la amenaza que a los mismos puede suponer una actuación del Estado (Guamán, 2018, b).

A continuación, cabe identificar una estrategia común en este tipo de acuerdos:

La estrategia ya no consiste únicamente en intentar influir en el poder judicial sino, por si esto fallara, las empresas prefieren directamente saltar por encima de los jueces. Esto se consigue, como es bien sabido, mediante la utilización de los tratados bilaterales de protección de inversiones y los tribunales de resolución de controversias inversor-Estado” (Guamán y Moreno, 2017, p. 26).

⁴⁶ Acuerdo Económico y Comercial Global. Recuperado de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

⁴⁷ Acuerdo de Libre Comercio UE-Japón de 18 de abril de 2018. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018PC0192 - document2>

Las críticas a estos acuerdos radican en que el establecimiento de un tribunal ajeno al control público y ciudadano viene a ser un grave desafío del concepto clásico de jurisdicción, entendida esta como función estatal y como órgano que ejerce un poder reservado al Estado (González de Rivera, 2015). En definitiva, se está levantando una “arquitectura de la impunidad” que obstaculiza la determinación de los responsables de las violaciones de los derechos humanos por esas actividades de las transnacionales (Guamán 2018, a). En el contexto de la proliferación de Tratados de Libre Comercio está en riesgo la democracia y el respeto al principio de igualdad, en la perspectiva de la independencia de estos acuerdos sobre los Estados al apostar por un procedimiento arbitral entre inversores y Estados (Guamán, 2015, a).

La gran cuestión de este tiempo es si las nuevas formas de gobernanza global, dirigidas a un espacio más amplio del estatal fruto de la dinámica del mercado global, pero que, al mismo tiempo, toma como referente los derechos proclamados por la OIT y busca darles efectividad, está en condiciones de representar una contribución efectiva a la construcción del Derecho del Trabajo, que es capaz de superar las fronteras nacionales como ya lo fue la OIT en sus orígenes (Sanguineti, 2019). Ante la posibilidad que apunta este autor de la oportunidad que significa la acción normativa propia de las empresas transnacionales para elevar los estándares laborales, Guamán y Moreno (2017) rebajan el citado optimismo puesto que la estructura compleja de las transnacionales y la falta de mecanismos jurídicos impiden la reparación de las víctimas, identificando, en definitiva, un comportamiento empresarial consistente en extender el velo corporativo para evadir su responsabilidad.

Conviene situar los convenios de la OIT en relación con el despliegue de los Tratados de Libre Comercio, lo que lleva a la necesaria reflexión sobre la conexión entre derechos sociales y Mercado, en un mundo del trabajo complejo en el que permanecen elementos del fordismo con la sofisticación de las nuevas tecnologías. Es necesario desarticular la idea de que las normas internacionales del trabajo no son útiles para nuestro marco de relaciones laborales moderno, y ensalzar el importante papel que juega la norma internacional en el caso español desde la óptica de la tutela judicial para diseñar y proteger los derechos sociales (López López, 2011).

La *Lex Mercatoria* ha venido a debilitar el poder sindical en la actuación de las empresas transnacionales, por lo que el desafío del Derecho Internacional del Trabajo es contrarrestar este desequilibrio (Palomo, 2018).

Hemos asistido a la modificación del derecho comunitario para adaptarnos a las exigencias del capital transnacional con la crisis del año 2008, lo que vino a imponer la reforma laboral y los recortes de derechos sociales en Grecia y España (Guamán y Noguera, 2014). Estamos hablando del fenómeno de la “Captura Corporativa”, que es la forma en la que la élite económica controla las decisiones de los Estados para sus propios intereses (Guamán, 2018, a).

Ante las zonas de impunidad apuntadas, se hace necesaria la existencia de una competencia judicial internacional en materia laboral que coincidiría con el reconocimiento de un estándar de protección internacional de los derechos laborales. Es necesaria para hacer realidad el principio tuitivo del trabajador del ordenamiento laboral (Monereo, 2018).

Todo lo anterior nos sirve para situar el Derecho Internacional del Trabajo ante la amenaza que supone la *Lex Mercatoria*. Se parte en este trabajo de la postura basada en que, por los fundamentos teóricos que se van a introducir a lo largo de este texto, el DIT mantiene su vigencia para lograr el respeto y cumplimiento a sus disposiciones. No obstante, la reflexión en torno a la *Lex Mercatoria* obedece a que, de mantenerse esta tendencia de priorizar sus contenidos en la neutralización del derecho laboral, el Derecho Internacional del Trabajo puede quedar vacío de contenido o en manifiesta decadencia. La cuestión radica, en fin, en dirimir si ha de prevalecer el derecho de la empresa o los derechos que forman parte del núcleo fundamental del Derecho Internacional del Trabajo, como la libertad sindical, que se encuentra recogida en los distintos textos internacionales y que se integra en los derechos humanos. Como ha puesto de relieve Ojeda (2019), la globalización no aparta a los instrumentos internacionales como los convenios de la OIT, sino que los convierte en iconos de referencia tras constatar su escaso poder coercitivo.

Capítulo II. La interacción entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos estatales

Este es un capítulo crucial para el desarrollo de la tesis. El objetivo es desarrollar toda la fundamentación teórica que permita justificar la prevalencia del DIT sobre la ley interna y, por lo tanto, el ejercicio del control de convencionalidad a través de la necesidad de inaplicar la ley cuando esta contradiga tanto las disposiciones de los tratados como las resoluciones de sus órganos de control.

Se abordará, por lo tanto, un recorrido sobre las escuelas teóricas en cuanto a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. A continuación, procede

estudiar los distintos controles de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, cuyo rasgo común es el respeto al Estado de Derecho.

El estudio de los distintos controles de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad lleva a un recorrido histórico sobre el proteccionismo de los derechos que sienta las bases jurídicas e históricas del control de convencionalidad.

El Convenio de Viena aborda el ámbito de los tratados en relación con el contenido del derecho internacional que, como norma firmada y ratificada por España, se aplica en nuestro ordenamiento.

Después se acudirá al análisis de la Constitución española para advenir cómo se incorpora la norma internacional y el tratamiento que se les otorga a los tratados internacionales desde nuestra norma suprema. Se analiza tanto la interpretación de los derechos fundamentales y libertades que recoge nuestra norma constitucional, como la recepción de los tratados para su incorporación a nuestro ordenamiento.

La ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales⁴⁸, en consonancia con la norma constitucional, desarrolla la recepción de la norma internacional y otorga prevalencia a los tratados respecto a la ley interna española.

Por último, procede analizar los factores de merma de los Tratados, en virtud de aclarar cuál es su situación, de la forma más precisa posible, en nuestro ordenamiento y el papel del Derecho de la Unión Europea con relación al cumplimiento de los derechos laborales reconocidos en otras normas internacionales, lo que va a permitir calibrar con mayor precisión el encaje jurídico de la norma internacional.

2.1. Escuelas teóricas

En cuanto a la recepción del derecho internacional en los ordenamientos internos de los Estados, se debe distinguir entre la escuela dualista, la escuela monista y una tercera postura que defiende la existencia de una visión intermedia entre ambas escuelas.

Empezando por la escuela dualista, se puede definir como aquella que viene a defender que existen dos ordenamientos jurídicos distintos: el interno y el internacional. Los grandes precursores de esta escuela son Triepel y Anzilotti. Sostiene esta línea de pensamiento que, para incorporar los fundamentos del ordenamiento internacional al interno, se deben transponer o incorporar a este conforme al procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico interno. Otra de las consecuencias de esta escuela radica en

⁴⁸ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. *Boletín Oficial del Estado*, número 288, de 28 de noviembre de 2014, pp. 96841-96859.

que, si la norma interna es contraria a la internacional, seguirá vigente sin perjuicio de las consecuencias jurídicas en las que pueda incurrir el Estado en el plano internacional.

En este trabajo de investigación se estudia la obra de Anzilotti (1935), que expone las ideas fundamentales que sustentan a la escuela dualista. Anzilotti considera que las normas jurídicas internacionales son sustancialmente diferentes de las normas jurídicas propias de los Estados. Diferencia las normas que emanan de los Estados como impuestas a través del mandato por una voluntad superior, mientras que, respecto a las normas que emanan del derecho internacional, estaríamos ante una promesa al tratarse de un acuerdo entre iguales.

Como se razona, el jurista italiano Anzilotti (1935) elabora un principio que permite identificar el ordenamiento interno y el internacional como autónomos:

Se deduce de este principio: A. Que no pueden existir normas internacionales emanadas en formas de normas internas o normas internas obligatorias en virtud de la norma básica del orden internacional; B. Que las normas internacionales no pueden influir sobre el valor obligatorio de las normas internas y viceversa; C. Que no puede existir conflicto, en sentido propio, entre el Derecho internacional y el derecho interno; D. Que el Derecho internacional puede, sin embargo, referirse al derecho interno y este al Derecho internacional (Anzilotti, 1935, p. 48).

Esta escuela no excluye la admisión de las normas internacionales en el derecho interno, considerando que se incorporan a dicho orden jurídico, cumpliendo sus principios, cambiando los destinatarios de la norma e incluso modificando el contenido de esta. En lo que atañe a la recepción de los tratados en el derecho interno, sería necesaria la aprobación y publicación de normas internas correspondientes a las disposiciones del tratado y, al mismo tiempo, diferentes a lo dispuesto por los propios tratados (Anzilotti, 1935).

Se aborda a continuación el estudio de la escuela monista, que postula la unidad del sistema normativo comprendido por el ordenamiento internacional e interno. Dentro del monismo se encuentra un sector que defiende la primacía del ordenamiento interno en el que se sitúan algunos autores como Zorn, Kaufmann y Wenzel. Por otro lado, existe otro sector que defiende la primacía del derecho internacional, posición defendida originariamente por Kelsen y seguida por Verdross, Kunz y Guggenheim.

Respecto a Hans Kelsen, es de referencia su obra *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho* (1971), donde desgrana los planteamientos de la escuela monista y dualista decantándose por la preeminencia del derecho internacional

desde una perspectiva monista. En esta obra, parte de la preeminencia de la norma internacional atisbando una centralización creciente que puede desembocar en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y acabará constituyendo un Estado mundial. Sin embargo, Kelsen rebaja esta propia visión, al albergar la posibilidad de que esto no se llegue a producir y planteando que esta es la única vía de que exista un sistema jurídico único que agrupe al ordenamiento internacional y a los ordenamientos jurídicos estatales.

El monismo critica la doctrina dualista, considerándola en última instancia pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, puesto que, al entender el ordenamiento internacional y nacional como válidos, conduce necesariamente a un ordenamiento único. La escuela entiende que detrás de la construcción dualista se esconde un planteamiento político en que los extranjeros son “bárbaros” que se sitúan fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Tras los planteamientos dualistas, se esconde el deseo de que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema (Kelsen, 1971).

Kelsen (1971) acude a la física para defender la validez de la interpretación del mundo del derecho desde el prisma del derecho nacional y desde el internacional, considerando ambos enfoques según el sistema de referencia empleado. Sin embargo, al mismo tiempo resalta que el método jurídico no permite dar preferencia a uno de los dos prismas:

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un estado soberano y que el Derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el Derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al Derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro (Kelsen, 1971, pp. 213-214).

El jurista austriaco recién citado entiende que las contradicciones que se pueden producir entre el derecho internacional y el nacional no son de ninguna forma contradicciones lógicas, sino casos especiales que se producen de oposición entre una norma superior y una inferior. Así, cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta a la validez de la ley ni a la del tratado.

Ante la existencia de una obligación derivada del derecho internacional y la aprobación por el Estado de una norma con un contenido opuesto, se activarán las sanciones específicas del derecho internacional. Así, una norma del derecho nacional promulgada, contraria a una norma del derecho internacional, permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues este no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal (Kelsen 1971).

Para concluir las observaciones sobre la teoría pura del derecho, quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere, y lo relativiza al conceptuarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que transitan la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado (Kelsen, 1971).

Tras haber perfilado los rasgos fundamentales de las escuelas monista y dualista, coexiste una tercera postura que se basa en defender, como se ha dicho, la existencia de un ordenamiento superior al derecho internacional y al derecho interno fruto de la permanencia de los dos. No obstante, si se aterriza a una mayor concreción, se acerca al monismo o al dualismo en cuanto se especifica cómo se enfoca la relación precisamente entre el derecho internacional y el derecho interno (Iglesias Buigues, 1974).

La existencia de una tercera postura fue también criticada por Kelsen (1971), que vino a objetar que, en realidad, la postura pluralista lo que esconde realmente son los postulados de la escuela dualista.

Von Bogdandy (2011) considera que se debe superar la dicotomía entre monismo y dualismo. En el plano doctrinal, mantiene que es más factible concebir la relación entre el Derecho Internacional Público y el derecho interno acudiendo a las instituciones jurídicas de la interpretación en concordancia con el Derecho Internacional Público y del efecto directo de sus normas y obligaciones. Se trata de una apuesta por el pluralismo jurídico como teoría para explicar la diversidad dentro del ámbito jurídico, en general, y los vínculos entre las constituciones nacionales y los fenómenos jurídicos internacionales, en particular. Promueve, por lo tanto, la interacción de los distintos ordenamientos jurídicos. En la construcción de la teoría que se propugna, la doctrina del efecto directo y de la interpretación conforme se incorporan a la luz de sus roles constitucionales.

Con los fundamentos teóricos sobre monismo y dualismo procede caracterizar la posición de nuestro ordenamiento jurídico. Esto se anuncia a grandes rasgos, puesto que más adelante se estudia el sistema de recepción del derecho internacional en nuestro ordenamiento. En consecuencia, se puede afirmar que en España rige el sistema monista,

con recepción automática de las normas del derecho internacional sin necesidad de acto normativo posterior y formación de un ordenamiento jurídico único (González de Rivera, 2015).

2.2. Control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad

A la hora de plantear los distintos niveles de control procede el estudio de una serie de nociones históricas que consolidan los distintos controles que se van asentando como limitación a la arbitrariedad del poder en las distintas épocas y procesos históricos. Esta construcción jurídica en clave histórica asienta las bases del control de convencionalidad, que es una herramienta esencial para la efectividad de la norma internacional del trabajo.

2.2.1. Control de legalidad

El control de legalidad en cuanto a su implantación constitucional se ubica en el siglo XIX, sin perjuicio de los antecedentes históricos que se dirán a continuación. Su fundamentación obedece a la limitación del poder al Estado Absolutista, con la formación de la separación de poderes y, en definitiva, con la conformación del Pacto Social burgués que venía a consagrar la limitación de poderes y los derechos de propiedad. Se trata de un concepto de la soberanía nacional que reside en el pueblo y cuya expresión es la ley como limitación del poder absolutista (Gómez Sánchez, 2018) (Torres del Moral, 2015).

En relación con lo anteriormente dicho, el *Bill of Rights* de 1689⁴⁹ supuso el reconocimiento de derechos y libertades, como limitación al poder monárquico y, por lo tanto, como la instauración de un sistema liberal en Inglaterra bajo la forma, eso sí, de la Monarquía (Torres del Moral, 2015).

El siguiente proceso histórico que supone un hito fundamental es la Revolución Francesa y las ideas de los pensadores de la Ilustración como Montesquieu o Rosseau. El primero viene a resaltar la ley como el espíritu del pueblo y a plasmar la doctrina de la división de poderes, reservando a la ley el papel de protectora de la igualdad y la libertad. Rosseau plantea que la igualdad y la libertad son derechos humanos inalienables, así como que la voluntad general se expresa mediante la ley (Torres del Moral, 2015).

⁴⁹ *Bill Of Rights*. Diciembre 1689. Recuperado de <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/parliamentaryauthority/revolution/collections1/collections-glorious-revolution/billofrights/>

La influencia de la Revolución Francesa es tal que inspira a la Constitución de los Estados Unidos de América con la incorporación de sus diez enmiendas en 1791.⁵⁰ La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia vino a instaurar la división de poderes y el imperio de la ley (Gómez Sánchez, 2018).

Los dos sucesos anteriores sientan las bases para que las constituciones del siglo XIX incorporen el principio de legalidad (Torres del Moral, 2015). Como señalan Gómez Sánchez (2018) y Torres del Moral (2015), no debemos obviar que, en Europa, este fue un periodo de avances y retrocesos entre el liberalismo y el Estado absolutista; en particular en nuestro país con los procesos restauradores monárquicos. En España, como constitución “paradigmática” (Gómez Sánchez, 2018), se referencia la Constitución de Cádiz de 1812.⁵¹ Torres del Moral (2015) la tilda de liberalismo radical por su reivindicación de los principios revolucionarios de soberanía nacional, sufragio universal, monarquía moderada, división de poderes, entre otros. La aprobación de las constituciones en el referido periodo en los Estados no vino a situar la Constitución como norma suprema, sino que era la ley la que cubría amplios ámbitos relativos a los derechos y libertades, por remisión incluso de la propia norma constitucional (Gómez Sánchez, 2018).

En referencia a lo anteriormente expuesto, no se puede olvidar que el Estado Absolutista, a través del soberano, tomaba sus decisiones obrando sin atender a los límites que establecía el Derecho. El sistema económico del Estado Absolutista, basado en el mercantilismo, supuso su propia tumba, puesto que se asentaba a grandes rasgos en el mayor peso de la economía industrial y comercial sobre la agraria, y en el desarrollo del comercio exterior. Tales principios vinieron a crear las condiciones para el ascenso de la burguesía a costa de otros estamentos privilegiado como el nobiliario y el eclesiástico que eran terratenientes. Este sistema económico estaba necesitado de una mayor homogeneidad por seguridad jurídica, en la línea de la centralización del poder político, lo que iba a conducir al fortalecimiento del Estado (Torres del Moral, 2015).

Por lo tanto, los principios que incorporaba el liberalismo no estaban presididos por el altruismo, sino por la necesidad de dominación y hegemonía de la clase burguesa sobre el resto de estamentos privilegiados, estando consolidado su poder económico. Dando

⁵⁰ Constitución de los Estados Unidos con sus diez enmiendas. 1791. Recuperado de https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm - amendments

⁵¹ Constitución Política de la Monarquía Española. Recuperado de [www.congreso.es > docu > constituciones > 1812 > ce1812](http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812)

expresión jurídica al proceso, a lo largo del siglo XVIII, se fue perfilando de forma progresiva un modelo de Estado en el que el poder estaba subordinado y controlado por el Derecho, un Estado cuya idea central era la limitación jurídica del poder político, articulado en torno a la ideología liberal que propició el reconocimiento de algunos derechos y libertades (Gómez Sánchez, 2018).

En un estudio sobre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad (Quinche, 2009) se ha delimitado que el control de legalidad es de baja intensidad puesto que permite el establecimiento de sistemas legales que no excluyen la inconstitucionalidad y tampoco la vulneración de derechos humanos. La evolución a sociedades más complejas y la insuficiencia de este control a la hora de respetar y proteger los derechos humanos, evidenciaron que estábamos ante un control insuficiente y que se hacía necesario un salto cuantitativo. Aquí se presentan los límites del control de legalidad que va a justificar la construcción del control de constitucionalidad.

2.2.2. Control de constitucionalidad

El control de legalidad se iba a evidenciar como no suficiente. La Constitución es ejecutada por la ley, y esta, por la sentencia del juez. Ahora bien, como el juez es ejecutor de la ley, se encuentra vinculado por ella y no puede inaplicarla. Se exterioriza la necesidad de un órgano no inserto en el Poder Judicial a fin de controlar la constitucionalidad de las leyes e invalidarlas si a ello hubiere lugar. Tal órgano, el Tribunal Constitucional, aunque de naturaleza jurisdiccional, tiene una función de legislador negativo cuando expulsa del ordenamiento jurídico las leyes no ajustadas a la Constitución. Los EEUU fueron pioneros en dicho control puesto que el juez Marshall, en sentencia de 24 de febrero de 1803⁵², caso Marbury contra Madison, resolvió el litigio aplicando la Constitución e inaplicando la ley nacional (Torres del Moral, 2015). El control de constitucionalidad supone la plasmación de la separación y el equilibrio de poderes para garantizar la efectividad de la Constitución (Larrieux, 2017).

En Europa, el control de constitucionalidad se incorporó de forma posterior ya que tuvo que venir el siglo XX para que dicho mecanismo se fuera incorporando a los distintos ordenamientos jurídicos. En relación con lo anterior, Torres del Moral (2015) defiende que el constitucionalismo democrático se extiende por Europa después de la Primera Guerra Mundial, con notables retrocesos en las décadas posteriores.

⁵² Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Caso Marbury contra Madison. Sentencia de 1 de febrero 1803. Recuperado de <https://www.loc.gov/item/usrep005137/>

El carácter normativo supremo de las constituciones se encuentra ligado a la consolidación del sistema democrático, y este a la garantía de los derechos y libertades. En el marco español, la Constitución de la Segunda República de 1931 es la que recoge este marco jurídico al incluir un amplio catálogo de derechos y libertades y se incorpora en su Título XI un Tribunal de Garantías Constitucionales con competencias sobre el control de constitucionalidad y sobre la tutela de derechos (Gómez Sánchez, 2018).

El marco conceptual que acompaña al control de constitucionalidad es el nuevo Pacto Social que dará lugar al Estado Social y de Derecho en el que distinguimos la Constitución económica y la Constitución laboral. La Constitución económica se compone de las reglas, principios, derechos y valores que regulan la economía. La Constitución laboral viene a suponer la incorporación de la clase trabajadora como sujeto político (Valdés Dal-Ré, 2018, a). Por ello estamos ante un salto cualitativo respecto del control de legalidad, puesto que la ley se supedita y subordina ante la norma suprema del ordenamiento, esto es, la Constitución.

Sin embargo, este control no viene a ser la culminación definitiva en la tutela de los derechos sociales, sino que se trata de un control que es susceptible de presiones del poder político y económico (Quinche, 2009), así como el propio contenido programático de la Constitución que dificulta la exigibilidad de los derechos, lo que puede provocar que continúe la vulneración de los derechos humanos.

El control de constitucionalidad manifiesta una conexidad con el control de convencionalidad. Ello es así porque las constituciones modernas, que nacen del pacto social del siglo XX que surge del final de la Segunda Guerra Mundial, vienen a referenciarse con los tratados internacionales sobre DDHH, hablándose de una intensa internacionalización de los derechos (Torres del Moral, 2015). En este sentido nuestra Constitución establece, a través de su artículo 10.2 CE, una norma de conexión entre nuestro sistema de derechos fundamentales y libertades públicas y el sistema internacional de Derechos Humanos, reconociendo el constituyente la coincidencia en el ámbito de valores e intereses, así como nuestra voluntad de incorporarnos al orden jurídico internacional, y exteriorizando el respeto hacia los derechos humanos (Preciado, 2018).

Se ha distinguido un control de constitucionalidad de carácter político que emana de Francia y un modelo jurisdiccional del control (Quinche, 2009). En este último modelo que busca la supremacía de la Constitución existen a su vez dos sistemas: el concentrado

que asigna a los tribunales constitucionales dicha cuestión, y el difuso que permite asignar a todos los jueces dicha tarea.

Nuestra Constitución apuesta por el modelo concentrado puesto que, en su artículo 163, impone al juez nacional que, cuando entienda que una norma puede ser contraria a la Carta Magna, debe elevar cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, pudiendo inaplicar dicha norma directamente si tiene carácter reglamentario (Nuevo, 2015). Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada puesto que los tribunales ordinarios también ejercen el control difuso de conformidad con el artículo 53.2 de la CE, que recoge la posibilidad de cualquier ciudadano de acudir en tutela de derechos y libertades a la jurisdicción ordinaria (Aragón, 1979).

En la actualidad se asiste a un proceso de “desconstitucionalización” puesto que, pese a que la Constitución continúa formalmente vigente, asistimos a una “omisión constitucional” en sus contenidos de Estado Social a favor de privilegiar otros ordenamientos jurídicos que conviven con el orden constitucional, como ocurre con el ordenamiento comunitario (Guamán y Noguera, 2014).

2.2.3. Control de convencionalidad

a) Concepto y características del control de convencionalidad

El control de convencionalidad es un concepto utilizado por el juzgador, que proviene de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En su creación debemos reseñar el papel protagónico del juez Sergio García Ramírez (Sagües, 2013) que, a través de su posición jurídica expresada en un principio en sus votos particulares de la CorteIDH, consigue posteriormente el asentamiento de dicho concepto en las resoluciones del órgano judicial.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que se estudiará más adelante, ha sido la base para la consolidación y extensión a otras realidades regionales del control de convencionalidad con el papel protagónico de la CorteIDH.

El control de convencionalidad se conceptúa como la obligación a cargo de todas las autoridades de los Estados parte de la CADH, en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, de interpretar cualquier norma jurídica de conformidad con la CADH y, en general, con la jurisprudencia de la CorteIDH y otros instrumentos vinculantes en materia de derechos humanos (De Figueiredo, 2017).

Se ha caracterizado el control de convencionalidad como una institución jurídica *sui generis* propia del SIDH, siendo una obligación del Estado que debe ser ejercida por todos

sus órganos, incluidos los jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles para garantizar el efecto útil de la CADH (De Figueiredo, 2017).

El referido mecanismo jurídico de control, lejos de ser un problema, es una oportunidad para potenciar el diálogo judicial en consecuencia con el modelo de protección multinivel en el que nos movemos, tal y como haremos constar en el repaso de las normas supranacionales de este trabajo. En primer lugar, tenemos que realizar una matización en relación con el diálogo judicial con Saiz (2017), que precisa que una remisión de una sentencia a otra de otro órgano no supone por sí mismo diálogo judicial. En tal sentido, dicho autor caracteriza el diálogo judicial como su proyección en escenarios de pluralismo constitucional en su condición deliberativa y su función amortiguadora del conflicto.

El diálogo judicial se encuentra en íntima relación con el control de convencionalidad. Su uso ha posibilitado que el control de convencionalidad sea la herramienta fundamental para la protección de los derechos humanos de manera eficaz por parte de los operadores locales, en directa aplicación de la CADH y de la jurisprudencia de la CorteIDH. Como decimos, el Tribunal ha apostado por el diálogo donde recurre constantemente a la interacción con la jurisprudencia de otros tribunales internacionales, en especial el TEDH, así como con los tribunales nacionales. Esta interacción ha permitido a la CorteIDH consolidar una importante jurisprudencia con fundamentos sólidos. Su construcción se ha levantado tomando como base diversas fuentes que han posibilitado, a través del diálogo, adecuar criterios y parámetros con el objetivo de la efectiva protección de las personas (De Figueiredo, 2017).

Saiz (2017) ofrece cuatro razones para el diálogo, planteándolo desde el control concentrado, en la óptica del TC o el TS, pero el razonamiento cabe en conexión con el control de convencionalidad difuso:

1.- La cláusula de “interpretación conforme” que en España se aborda desde el artículo 10.2 de la Constitución. La conformidad se puede entender en dos sentidos como ausencia de contradicción o como deducibilidad.

2.- La segunda de las razones es el principio *pacta sunt servanda*, que deriva del Derecho Internacional Público y está presente en el artículo 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. El uso del diálogo judicial puede servir para buscar interpretaciones compatibles con el tratado en concreto y, por tanto, evitar la

violación de algún derecho y la puesta en juego de la responsabilidad internacional del Estado.

3.- Sería una opción de política judicial de una clara voluntad de participar en la construcción de un espacio de los derechos humanos, interviniendo en el debate judicial, elevando las propias propuestas y sometiénolas, al hacerlo, a discusión por parte de otros actores; en definitiva, ocupando un lugar en la comunidad de intérpretes jurisdiccionales de los derechos fundamentales.

4.- Supondría el incremento de la legitimidad de las decisiones del Tribunal constitucional o supremo.

El control de convencionalidad viene a posibilitar el cumplimiento de la seguridad jurídica de los Estados cuando se encuentran ante un dilema entre la aplicación de la norma internacional y la nacional si existe contradicción entre ambas. Ello es así puesto que los Estados están obligados a aplicar sus normas, pero hacerlo puede generar su responsabilidad internacional cuando las mismas sean incompatibles con el derecho internacional o impidan una actuación conforme con este derecho (Carrillo y Espósito, 2011).

Dentro del control de convencionalidad se distingue el control externo y el interno. El externo se centra en el control supranacional que ejerce el órgano judicial garante del tratado sobre los actos domésticos, mientras que el control interno de convencionalidad sería la potestad conferida a los órganos jurisdiccionales internos para verificar la congruencia entre los actos internos con las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (García Ramírez, 2011).

En España, los fundamentos para dicho control emanan de la Constitución de 1978, siendo la base constitucional del mismo, por un lado, el artículo 10.2 en referencia a la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados internacionales que se refieren a la materia y, por otro, los artículos 93 a 96 de la Carta Magna en referencia a la recepción y aplicación de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español (Preciado, 2016) (Jimena, 2013).

Igualmente, se debe distinguir el control de convencionalidad difuso o concentrado en función del órgano u órganos jurisdiccionales que tienen dicha competencia de control. El control concentrado viene por el órgano garante del convenio o tratado que es creado por este. En cuanto al control difuso, viene a ser una creación de la CorteIDH con base en el artículo 2 del Pacto de San José, imponiendo a los jueces nacionales la obligación

de confrontar su legislación nacional con las disposiciones de la CADH (Fondevila, 2017).

El control de convencionalidad goza de peculiaridades significativas tal y como determina Pelayo (2013):

Así, son varias peculiaridades que podemos encontrar en torno al control de convencionalidad. En primer lugar, habría que señalar que el control de convencionalidad no posee una fundamentación teórica propia y previa a su creación e implementación por parte de la Corte IDH. En segundo lugar, su mismo carácter expansivo hace patente que no posee definitividad y exhaustividad en sus postulados, por lo que el concepto de control de convencionalidad es esencialmente un concepto evolutivo, lo que trae como consecuencia que la última palabra no haya sido aún dicha tanto a nivel internacional, como nacional. En tercer lugar, el concepto de control de convencionalidad es evidentemente un concepto controvertido incluso entre sus creadores, académicos y otros tribunales nacionales, ya que su desarrollo no ha sido vertical, unipersonal o concentrado (en donde, por ejemplo, una sola fuente autorizada lo define y lo limita) sino que ha tenido un desarrollo horizontal, democrático y sobre todo plural, desarrollado en la lógica de lo que se le denomina un “constitucionalismo multinivel” (Pelayo, 2013, p. 2).

Las sentencias de los jueces nacionales juegan un papel importante en relación con el control de convencionalidad puesto que, aunque no vinculan al órgano de control internacional, en este caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se trata de un trabajo provechoso para inspirar futuras decisiones de esta, promocionando el diálogo judicial de inspiración europea (Sagüés, 2013).

Este trabajo apuesta por el control de convencionalidad como una herramienta fundamental para asegurar la protección de los derechos sociales de manera eficaz por parte de los operadores nacionales, de conformidad con lo planteado por De Figueiredo (2017).

El control de convencionalidad se debe relacionar con una característica importante de las normas internacionales que ha de ser traída en esta fase del análisis, y es que las mismas no tienen origen en el poder constituyente sino en el principio *pacta sunt servanda*, como ya se ha anunciado anteriormente, en el que se funda el tratado en concreto (Ruiz Morales, 2017), debiéndose respetar el contenido del pacto convencional alcanzado por los Estados firmantes. En definitiva, el uso del control de convencionalidad no viene a ser más que, en cierta medida, el aseguramiento del contenido obligacional de los tratados a los que los Estados se someten libremente.

En referencia a la jurisdicción interamericana, pero que es trasladable al ámbito europeo, Bazán (2011) alude a que dicha jurisdicción, respecto al control de convencionalidad, tiene una naturaleza coadyuvante o complementaria, lo que nos ayuda a situar con mayor certeza su ámbito de actuación.

Una vez vistas las características básicas del control de convencionalidad, procede relatar brevemente el recorrido histórico de la construcción jurisprudencial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a lo que se dedican las siguientes páginas del presente estudio. En el capítulo III se abordará la estructura del SIDH junto al resto de sistemas internacionales de DDHH que se estudian en el presente trabajo.

En primer lugar, el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, en sentencia de la CIDH de 26 de septiembre de 2006,⁵³ supone un hito judicial que viene a asentar el control de convencionalidad, al recoger que el Poder Judicial lo debe ejercer en aquellos supuestos en que las normas jurídicas internas aplican casos que afectan a la Convención Americana de Derechos Humanos. Se trata de un asunto en que se determinó la nulidad del decreto que daba cobertura a los crímenes de la dictadura de Pinochet, considerando dicha norma interna contraria a la CADH. La CorteIDH va a reclamar a los jueces nacionales que inapliquen ellos mismos las normas locales opuestas al Pacto de San José (Sagüés, 2013). En el mismo razonamiento, De Figueiredo (2017), resalta que, en este caso, la CorteIDH establece la consideración de que, cuando el poder legislativo incumple su obligación de derogar leyes contrarias a la CADH, el poder judicial permanece obligado a actuar garantizando los derechos protegidos por aquella.

El siguiente asunto de vital importancia es el de Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú, sentencia de la CorteIDH de 24 de noviembre de 2006⁵⁴, que supone un paso más en la construcción del control de convencionalidad. La importancia de esta resolución radica en que vino a determinar que los órganos del Poder Judicial deben ejercer el control de convencionalidad *ex officio* en el marco de sus respectivas competencias. Como destaca De Figueiredo (2017), esta sentencia supuso que se añadiera a la doctrina anterior que el control de convencionalidad se vincula a la garantía de efecto

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Castellano y otros contra Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

útil, que debe ser utilizada de oficio, siendo protegido por los jueces y en el marco de sus respectivas competencias.

La siguiente sentencia de la CorteIDH que supone un nuevo matiz al control de convencionalidad es el caso *Boyce y otros vs. Barbados*⁵⁵, cuyo litigio versa sobre el trato dado por el Estado a unos ciudadanos en la cárcel, así como la lectura de sus órdenes de muerte. Este caso añade un nuevo criterio al control de convencionalidad y es que debe aplicarse sobre todas las normas del ordenamiento nacional incluida la Constitución (De Figueiredo, 2017).

La sucesión de todos los casos que se están recogiendo perfilan el control de convencionalidad con una búsqueda de integridad y armonía en la protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano. En este sentido, el siguiente hito es el caso *Radilla Pacheco vs. México*⁵⁶ que versa sobre la violación de los diversos preceptos de la CADH por la desaparición forzada del señor Radilla. Este asunto incorpora que la obligación de realizar el control de convencionalidad por parte de los jueces no solo incluye el deber de no aplicar las normas contrarias a las disposiciones de la CADH, sino también la obligación de interpretar las normas nacionales de conformidad con la CADH y los principios establecidos en la jurisprudencia de la CorteIDH. En tal sentido, solo cuando no cabe la interpretación conforme por ser la norma manifiestamente contraria a la CADH, las autoridades deberán evitar su aplicación (De Figueiredo, 2017).

En cuanto a la actitud de los Estados respecto al control de convencionalidad, se han desarrollado cinco conductas (Sagüés, 2013) en el ámbito interamericano. Traerlas a este trabajo es interesante de cara a poder identificar posibles conductas en Europa conforme se desarrolle y asiente este tipo de control. Una primera sería la aceptación expresa consistente en la inaplicación de las normas nacionales y donde se identifica a la Corte

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Boyce y otros vs. Barbados*. En este asunto, respecto a las condiciones lamentables que sufrieron las víctimas en prisión, se consideró que este trato atentaba con el derecho a la dignidad consagrado en la Convención Americana. En cuanto a la lectura de sus órdenes de muerte, pese a que las mismas serían conmutadas por cadena perpetua y que el Estado alegó que no se iba a ejecutar, supone otra violación de la Convención en cuanto al deber de garantizar el derecho a la vida y la prohibición del trato cruel. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Recuperado de [www.corteidh.or.cr > docs > casos > articulos > seriec_209_esp](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp)

Suprema de Argentina en los casos Mazzeo⁵⁷, y Videla y Massera⁵⁸. La segunda sería la aceptación tácita calificada en la que se identifica que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen rango cuasi supraconstitucional, debiéndose pronunciar la Sala Constitucional y siendo esta la vía que defiende la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. La tercera sería la aceptación tácita parcial, asentada en Perú, donde los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen rango constitucional sometido al control de constitucionalidad. La cuarta es el silencio, no existiendo pronunciamientos sobre el control de constitucionalidad, produciéndose esta situación en Brasil. Y la quinta es la negación tácita que se ha producido en Venezuela y que postula que, si confrontan la Constitución y un tratado, prevalece la primera por estar respaldada por la soberanía nacional.

Por todo lo anterior, el control de convencionalidad no opera de forma directa. Primero se deberán producir acciones u omisiones del Estado vulneradoras de los derechos sociales, después se deben agotar todas las vías procesales internas con la propia discrecionalidad que asiste al Estado en ejercicio de su soberanía para conocer si ha existido la violación o no del tratado internacional. Es en este momento cuando el tribunal u órgano de control internacional interviene en la valoración de toda la cadena de actuación anterior y decidirá si sanciona al Estado cuando este se haya excedido en alguna medida u omisión que, aunque parezcan legítimas, atenten contra el principio de proporcionalidad. Sin embargo, no lo hará en los casos en que la discrecionalidad se haya empleado de modo razonable. En relación con lo anterior, el margen de diferencia o apreciación es una herramienta que permite lograr el equilibrio entre las decisiones democráticas de los Estados que regulan o limitan los derechos o libertades fundamentales y la protección de estos, reconocidas en instrumentos internacionales (Torres Zúñiga, 2017).

En definitiva, el control de convencionalidad es un mecanismo que puede asegurar a través de la instancia, por el papel del juez nacional, el cumplimiento de los derechos humanos y evitar que, finalmente, sea un órgano de ámbito internacional el que condene

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Mazzeo, Julio Lilo y otros S/Rec. Constitucionalidad. Sentencia de 13 de julio de 2007. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mazzeo-julio-lilo-otros-rec-casacion-inconstitucionalidad-riveros-fa07000045-2007-07-13/123456789-540-0007-0ots-eupmocsollaf>

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-4848-La-Corte-ratifico-la-nulidad-de-los-indultos-de-Videla-y-Massera.html>

al Estado por incumplimiento de la normativa de derechos humanos de aplicación al caso concreto en litigio.

b) *Trascendencia del control de convencionalidad*

En primer lugar, hay que precisar que, para que el control de convencionalidad funcione, es necesario que sea cumplido y tutelado por los jueces ordinarios, no pudiendo el Tribunal Constitucional ni el Tribunal internacional competente encargarse de todos los asuntos litigiosos. En consecuencia con lo anterior, en el caso de que se constate que una norma interna viola lo dispuesto en un tratado conforme al control de convencionalidad ejercido, el Estado debe eliminar dicha norma de su ordenamiento a riesgo de vulnerar el *ius cogens* e incurrir en responsabilidad internacional (Hitters, 2009).

Esta cuestión admite una valoración respecto a nuestro país y es que, hasta ahora, hay una cierta renuncia del juez ordinario a estas tareas de ejercicio del control de convencionalidad, reservando al Tribunal Constitucional y a los tribunales de segunda instancia y/o el Tribunal Supremo en su caso, la tarea de consolidar la doctrina determinada en cada caso.

En segundo lugar, el control de convencionalidad es un mecanismo que sirve para reforzar el diálogo judicial, como insisten diversos autores judiciales (García Ramírez, 2011) (Nash, 2013). Serviría, por lo tanto, para apuntalar una mayor interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho interno de los Estados. Los elementos centrales del control de convencionalidad, según este último autor, serían los siguientes: la obligación del poder judicial de cumplir con la normativa internacional que el Estado ha recepcionado internamente, el ejercicio hermenéutico buscando la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente, así como que las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno y el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la CorteIDH. En definitiva, el control de convencionalidad posibilitaría la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado respecto a sus fuentes nacionales e internacionales (Bazán, 2012).

En el debate sobre si debemos acudir al canon hermenéutico de interpretación de los tratados, respecto a salvar la normativa interna o apostar por la preferencia de la norma internacional inaplicando la interna, Nash (2013) ha defendido que la obligación de los jueces y funcionarios del Estado es asegurar por cualquiera de las vías antedichas que las normas internas sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y, en consecuencia, le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente. Por lo tanto, lo fundamental es el respeto del tratado y del mayor estándar de los derechos

sociales y, por lo tanto, no se prioriza la inaplicación sobre el canon hermenéutico o, dicho de otra forma, ambas vías tienen la capacidad de preservar el contenido de la norma internacional cuando así proceda.

Existen autores en la doctrina que impugnan el propio concepto de control de convencionalidad (Castilla, 2013). Este autor distingue que la construcción de la teoría del control de convencionalidad a partir del control de constitucionalidad solo demuestra el desconocimiento de aspectos esenciales del Derecho Internacional Público y/o del Derecho Constitucional. Defiende que no se encuentra en ninguna norma la obligación del Estado de someter todo su ordenamiento jurídico al contenido de un tratado, apoyándose en el argumento de autoridad que suponen los propios criterios del TEDH, que en su sistema jurídico dota de importancia al respeto de las distintas tradiciones jurídicas. En sus postulados califica de falso el control de convencionalidad que procede del control de comunitariedad del TJUE, señalando que la diferencia reside en que las normas de derecho comunitario tienen prevalencia y primacía porque así se dispone expresamente en su normativa. En definitiva, su tesis se pronuncia por la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos humanos, sea nacional o internacional, sin acudir a la inaplicación de la norma interna en el sentido que pauta el control de convencionalidad.

En este punto cabe mostrar disconformidad con la anterior crítica. Ello es así puesto que el control de convencionalidad es el mecanismo que puede asegurar la eficacia de los derechos humanos recogidos en los tratados, protegiéndolos de derivas internas contrarias a los acuerdos convencionales suscritos. La tesis de Castilla plasmada en el párrafo anterior respecto a que se debe aplicar la norma más favorable precisamente encuentra su acogida en el mismo control de convencionalidad. Se debe recordar que este solo opera cuando la norma interna se sitúa a un nivel inferior establecido por el estándar internacional fijado en los tratados.

Al acudir el referido autor al marco europeo, se debe recordar que la cuestión ha sido resuelta por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 26 de febrero del 2013,⁵⁹ caso Melloni, cuando el Tribunal Constitucional español planteó la posibilidad de aplicar una mayor protección del derecho al reconocido por el derecho comunitario, en aplicación de la cláusula de estándar mínimo de protección, según el

⁵⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Stefano Melloni contra Ministerio Fiscal. Sentencia de 26 de febrero de 2013. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TJCE 2013\54].

artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales en la Unión Europea (CDFUE)⁶⁰. El TJUE entendió que tal interpretación no era posible por el propio principio de primacía del derecho comunitario, debiendo aplicarse los derechos de la Carta de forma uniforme por los Estados de la Unión (Preciado, 2016). Por lo tanto, en nuestro marco jurídico el ejercicio del control de convencionalidad se muestra impostergable para garantizar la aplicación del tratado cuando se encuentra en colisión con una norma de otra fuente jurídica.

Una vez hechas estas anotaciones sobre el control de convencionalidad, conviene resaltar que este deriva del Convenio de Viena, que en su artículo 26 establece la obligación de los Estados de respetar los derechos consagrados en los tratados de los que son firmantes.

Se distinguen dos resultados que arroja el control de convencionalidad (Sagüés, 2013). Por un lado, el resultado represivo o destructivo cuando la norma doméstica se opone al pacto o la jurisprudencia del órgano de control internacional que tiene como resultado la no aplicación de la normativa interna al caso en litigio. El segundo resultado sería el positivo o constructivo que implicaría la interpretación del derecho interno conforme al pacto internacional, justificando interpretaciones “armonizantes” o “conformes” del derecho interno.

La trascendencia del control de convencionalidad ha quedado justificada en el aseguramiento del estándar más alto de los derechos sociales cuando proviene de fuente internacional, siendo necesario acudir al ámbito europeo y nacional para calibrar su grado de solidez. En tal sentido, el control de convencionalidad opera también respecto al derecho comunitario en relación con el derecho interno de los países que integran la Unión Europea (Hitters, 2009). En cuanto a la problemática del Derecho de la Unión, se abordará más adelante en el presente capítulo.

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico interno, algunos autores (Nuevo, 2015) expresan que el problema en cuanto a su falta de arraigo es que no existen cauces procesales adecuados para que los jueces ordinarios puedan realizar un auténtico control de convencionalidad. Por ello, es recurrente que en nuestro ordenamiento se acuda al criterio de interpretación conforme que vendría a significar que, de todos los sentidos posibles para la interpretación de la norma, procede aquel que mejor concuerde con el tratado internacional de aplicación. Este criterio de prudencia, que se traduce en la

⁶⁰ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, de 18 de diciembre de 2000, C 364, pp. 1-22.

renuencia a aplicar el control de convencionalidad directamente por los jueces ordinarios, tiene que ver con el temor de un activismo judicial que pueda desnaturalizar las previsiones del legislador democrático (Nuevo, 2015). Sin embargo, se observa una inercia cada vez más fuerte en pro de la prevalencia del derecho internacional. En esta línea, se ha dicho que los jueces nacionales deben justificar cada vez más su proceder cuando se separen de las decisiones de los órganos internacionales o de derecho comparado, apoyadas por la sociedad jurídica mundial y la sociedad civil global (Carrillo y Espósito, 2011).

Concretando más si cabe la posibilidad del ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria en el ordenamiento español, se ha entendido que es factible por autores autorizados de la doctrina (Jimena, 2013). No obstante, este autor considera que existe una serie de dificultades identificables en que el tratamiento científico de este concepto se encuentra huérfano, y que la propia noción de control de convencionalidad es bastante desconocida en España, adentrándonos en un problema de cultura jurídica por los operadores jurídicos de nuestro país.

La obra de Jimena (2013) merece ser estudiada con detenimiento precisamente por ser el trabajo más exhaustivo sobre el control de convencionalidad en España. Además, tiene otro aspecto que aumenta el interés en su estudio, y es que orienta el control de convencionalidad desde el prisma del derecho laboral y la jurisdicción social, sin perjuicio de referirse a otros ámbitos del derecho cuando es pertinente. Por eso merece la pena detenerse en las cuestiones más importantes que resalta dicha obra.

El control de convencionalidad es una exigencia constitucional por lo que, aplicando una adecuada praxis, permite fortalecer el conjunto de las fuentes del Derecho dotándolo de coherencia, engrasando el entramado institucional y, fundamentalmente, reforzando el sistema de derechos fundamentales, imprimiéndole dinamismo y mejorando los medios de garantía a través de la jurisdicción ordinaria (Jimena, 2013).

En la aplicación del principio de primacía basándose en la posición suprallegal de los tratados opera el control de convencionalidad, máxime en relación con los tratados sobre derechos humanos de conformidad con el artículo 94.1 c) de la Constitución española. Acudiendo al marco comparado del control de convencionalidad en Francia, este se encuentra firmemente asentado para mantener su aplicación en España por la equivalencia del artículo 55 de la Constitución francesa⁶¹ con el artículo 96 de la

⁶¹ Recuperado de https://www.senat.fr > Images > lng > constitution-espagnol_juillet2008

Constitución española (Jimena, 2013). Sin embargo, las posturas contrarias al control de convencionalidad parten de la distinción entre la Constitución y los tratados internacionales, planteando que estos últimos carecen de ese origen democrático directo o representativo, pero lo tienen indirecto a través del consentimiento de los Estados y poseen la autolegitimación que les da el ejercicio de su función de garantía efectiva de los derechos que expresan los valores democráticos (Canosa, 2015).

Respecto a la doctrina constitucionalista, se critican las posiciones que equiparan los tratados a la ley, puesto que es tan discutible como la equiparación entre derecho fundamental y recurso de amparo siendo una teoría “fundamentalista” que viene a neutralizar los derechos no ubicados en el bloque susceptible de recurso de amparo, excluyendo a esos derechos recogidos en el plano internacional, obstaculizando el control de convencionalidad de los órganos jurisdiccionales nacionales, y conculcándose, en consecuencia, el efecto útil y la buena fe en el cumplimiento de los tratados (Jimena, 2013).

Otros autores de la doctrina discrepan (Canosa, 2015) al entender que no es indispensable que un órgano nacional declare la inconvencionalidad cuando el artículo 10.2 de la CE posibilita el ejercicio de un control concentrado de convencionalidad indirecto. En tal sentido, se advierte de un peligro en el control de convencionalidad interno por la vía del artículo 96.1 de la CE, que se abriría al uso como parámetro de cualquier tratado susceptible de entrar en conflicto con una ley que lo contradiga y declarar su inaplicación.

Igualmente, se ha venido a tildar de cierto activismo la no aplicación de la ley, como la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de julio de 2004,⁶² que acude al artículo 10.2 de la CE para, a través del canon hermenéutico, ejercer el control de convencionalidad. Se trata de un uso del artículo 10.2 CE sin demasiada finura puesto que, al ser un criterio interpretativo de la normativa interna, no se justifica su inaplicación (Canosa, 2015).

Jimena (2013) entiende que el éxito del control de convencionalidad depende del grado de formación de los jueces en las fuentes internacionales y en la voluntad jurisdiccional, observándose un mayor grado de conocimiento cuanto más elevada es la formación en esta materia, por lo que ambos factores están relacionados. El control de convencionalidad difuso de las leyes en relación con los tratados de DDHH es el mejor mecanismo en aras de su universalidad, puesto que los obligados del cumplimiento son

⁶² Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 901/2004, de 8 de julio de 2004. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2004\4291].

los Estados, y dejar esta tarea a un único órgano concentrado hace más vulnerable la función de garantía jurisdiccional de los derechos humanos, al ser más fácilmente manipulable un solo órgano que la totalidad de órganos (Preciado, 2018).

El control de convencionalidad también opera en la plasmación del principio de primacía para la aplicación del Derecho de la Unión Europea (Jimena, 2013). De nuevo Canosa (2015) discrepa al entender que el paralelismo entre primacía del derecho comunitario y prevalencia jerárquica de los tratados no es correcto, ya que los tratados internacionales se integran en el orden jurídico, aunque sean de fuente internacional, mientras que en el Derecho de la Unión gozan de aplicación directa los reglamentos, esto es, derecho derivado, que no se integran en el derecho interno, sino que conforman con el resto de los diversos tipos de norma comunitaria un sistema jurídico autónomo. Se trata de matizar que las normas comunitarias no son internacionales sino de un ordenamiento jurídico autónomo. En tal sentido, la labor del juez nacional no es un control de fondo, sino de fijar la norma comunitaria en virtud del principio de preferencia de aplicación.

Respecto a la necesidad de la aplicación del control de convencionalidad en nuestro ordenamiento jurídico interno, se coincide con Fondevila (2017), que apuesta a que el juez nacional debe efectuar, en primer lugar, un juicio de Derechos Humanos o Fundamentales dentro de sus competencias, esto es el control de convencionalidad, para, a continuación, comprobar si la norma o acto que lesiona los derechos recogidos en un tratado desde ser inaplicada, tanto por virtud del principio *pacta sunt servanda* como por mandato constitucional. Aun siendo la ley constitucional, debería ser inaplicada igualmente por ser contraria a un tratado firmado por España.

Los autores críticos no rechazan de plano el control de convencionalidad. Así, se dice que el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación nacional tienen más peso que el control de convencionalidad, reservando un papel subsidiario al control de convencionalidad, al entender que primero habrá que acudir a la interpretación conforme y a la armonización, buscando integrar la norma convencional en el derecho interno. Cuando no se logre compatibilizar por esta vía la norma internacional con la nacional, será necesario declarar la inconvencionalidad de la norma nacional (Canosa, 2015).

La solución jurídica para las posturas críticas con el control de convencionalidad es dejar que las cosas transcurran como lo han hecho hasta ahora, confiados a la “benéfica” utilización del artículo 10.2 CE. No obstante, este mismo sector viene a asumir en cierta forma que el control de convencionalidad difuso es imparabile, puesto que algunos jueces

ordinarios han asumido la tarea de hacer control difuso en el que se ha dejado de aplicar una ley, y es ya pacífico que los tratados ostentan valor suprallegal (Canosa, 2015).

En este punto el problema radica en que, en algunos aspectos, existe tal grado de contradicción que no cabe la integración de la norma internacional a través del artículo 10.2 CE. A modo de ejemplo, se puede acudir a los derechos y garantías que estudiamos con relación a la extinción del contrato de trabajo, esto es, el Convenio 158 de la OIT y el artículo 4.4 CSE, que confrontan rotundamente con el contrato de apoyo a los emprendedores, recogido en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012⁶³, que parte de una premisa del abaratamiento de derechos y de aligerar sus cargas como supuesto aliciente para crear empleo. Es en estos supuestos donde emerge y tiene que operar el control de convencionalidad, puesto que lo contrario sería dejar sin virtualidad al artículo 96 de la CE y a la Ley 25/2014.

Como se ha reconocido anteriormente, parece que el control de convencionalidad se va abriendo camino paulatinamente en nuestro ordenamiento (Gómez Fernández, 2017), como muestran las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 4707/2016 de 19 de diciembre⁶⁴, de Canarias las sentencias 1598/2016 de 18 de abril⁶⁵, 829/2016 de 30 de marzo⁶⁶ y la 1420/2016 de 28 de enero⁶⁷ y de Cataluña la número 4090/2015 de 22 de junio⁶⁸, y la 1978/2016 de 1 de marzo⁶⁹. Todas ellas se pronuncian, aunque en distinto sentido, sobre la contradicción y posible disconformidad del artículo 4.3 de la Ley 3/2012 en relación con el artículo 4.4 de la Carta Social Europea y que se estudiará en su contenido en el análisis de la jurisprudencia interna que aplica la norma internacional.

⁶³ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral. *Boletín Oficial del Estado*, número 162, de 7 de julio de 2012, pp. 49113-49191.

⁶⁴ Se entiende que se trata de una errata en la transcripción de la referencia de la sentencia y que se refiere a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social, Sección Primera), 2077/2016, 19 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2017\8402].

⁶⁵ Entendemos que estamos ante una errata en la transcripción y que se refiere a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Social, Sección Primera), número 342/2016, de 18 de abril. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\207534].

⁶⁶ Igual que en la anterior nota, se trata de una errata en la transcripción y se refiere a la Sentencia de 30 de marzo de 2016, número 252/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Social, Sección Primera). [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\156153].

⁶⁷ De nuevo se detecta una errata en la transcripción y se refiere a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas (Sala de lo Social, Sección Primera), número 30/2016, de 28 de enero de 2016. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2016\1709].

⁶⁸ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 4090/2015, de 22 de junio de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2015\1823].

⁶⁹ Entendemos que se trata de una errata en la transcripción y que se refiere a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera), número 1388/2016, de 1 de marzo de 2016. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\93901].

El control de convencionalidad cobra mayor importancia a nuestro juicio porque, como afirma Ruiz Miguel (2015), ni la Constitución ni la ley han establecido un mecanismo para garantizar la superioridad de los tratados sobre las leyes cuando los primeros no derogan expresamente la ley, por lo que es mecanismo riguroso y con engarce constitucional, tal y como se expone a continuación, para conseguir el respeto de las obligaciones convencionales, libremente asumidas por nuestro Estado. Por ello, el control de convencionalidad es un mecanismo totalmente apto por todas las razones apuntadas en este apartado y tiene la capacidad de permitir la efectividad del DIT.

2.3. La relación del Derecho Internacional del Trabajo con el ordenamiento jurídico interno en el modelo español

A la hora de estudiar la recepción del Derecho Internacional del Trabajo procede optar por un enfoque de complementariedad entre las fuentes de derecho nacional y las de DIT, desechando una tentativa de cierta ligereza a la hora de descartar el derecho interno, puesto que, por naturaleza, el derecho laboral interno es más preciso que el internacional (Beaudonnet, 2009).

Se trata de establecer el nexo entre los derechos humanos y el ordenamiento jurídico nacional. Los derechos humanos se protegen desde el ámbito internacional en las obligaciones contraídas ante las organizaciones y Estados miembros, y en el ámbito interno, en el caso de España, a través del artículo 96, así como el artículo 10.2 de la Constitución española con jerarquía normativa por encima de la ley y debajo de la norma constitucional e interpretación de los derechos fundamentales, siendo pertinente el diálogo entre tribunales nacionales e internacionales (Preciado, 2018).

Conviene precisar como cuestión metodológica el abordaje del estudio desde el enfoque internacional para ir descendiendo al ordenamiento interno. En tal sentido, el Convenio de Viena⁷⁰ es el texto fundamental sobre el Derecho de los tratados. Las normas generales sobre interpretación de los tratados y convenios vienen recogidas, por lo tanto, en dicho texto. Como ha señalado Torres del Moral (2015), es un principio universalmente admitido que los tratados, una vez perfeccionados, obligan a las partes y

⁷⁰ Es un tratado firmado en la ciudad que le pone el nombre el 23 de mayo de 1969, y entró en vigor el 27 de enero de 1980. España se adhirió al mismo mediante instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972 y fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 13 de junio de 1980.

deben ser cumplidos de buena fe en virtud del principio *pacta sunt servanda* y de la aplicación de los preceptos del Convenio de Viena.⁷¹

Remiro *et al.* (2010) ofrecen una serie de pautas respecto a la interpretación de los tratados contenida en el artículo 31 del Convenio de Viena, defendiendo que ha primado la concepción objetivista, integrándose en ella el núcleo de la interpretación teleológica y concediendo solo un papel secundario a los elementos esenciales de la concepción subjetivista. Caracteriza en tal sentido a la interpretación como una operación combinada en la que, bajo la aplicación del principio de buena fe, confluyen en condiciones de igualdad los tres criterios de interpretación enumerados en él: la interpretación “gramatical”, la interpretación “lógico-sistemática” o “contextual” y la interpretación “teleológica”. Por último, las disposiciones del Convenio han de ser interpretadas en su “contexto” no de forma aislada. No obstante lo anterior, el Convenio de Viena opta por la libertad de formas en las que el Estado manifiesta su consentimiento en un Tratado, por lo que deberemos acudir a lo dispuesto en los artículos 93 a 96 de la Constitución española para valorar cómo se recibe el derecho internacional en nuestro ordenamiento (Torres del Moral, 2015).

Por ello, la norma internacional del trabajo se incorpora de dos formas a nuestro ordenamiento, como canon hermenéutico de interpretación de los derechos fundamentales y libertades, y el mecanismo de incorporación de los tratados del artículo 96 de la Constitución con las anotaciones referidas a los artículos 93 a 95 del texto constitucional.

2.3.1. La recepción del Derecho Internacional del Trabajo desde el canon hermenéutico del artículo 10.2 de la Constitución española

El primer sistema de recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos interactúa a través el artículo 10.2 de la Constitución española. Este artículo establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos

⁷¹ El artículo 1 del Convenio en cuanto al ámbito de aplicación que abarca el texto, que se viene a aplicar a los tratados suscritos entre los Estados. En segundo lugar, el artículo 27 del Convenio de Viena es claro al señalar que los Estados no podrán alegar su derecho interno para justificar el incumplimiento de lo dispuesto en los tratados. Del tenor literal de dicho artículo se extrae la prevalencia de los tratados sobre el derecho interno. El artículo 31 del Convenio establece, en primer lugar, que debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya que atribuirse a los tratados, en el contexto de estos, teniendo en cuenta su objeto y fin. Asimismo, establece una serie de pautas incorporando preámbulos, anexos, acuerdos ulteriores, práctica de las partes, las formas pertinentes de derecho internacional aplicable a las partes y la posibilidad de dar un sentido especial a un término si consta que fue la intención de las partes.

Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España. Dicho precepto constitucional, por lo tanto, otorga a la norma internacional sobre derechos humanos la condición de canon hermenéutico de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española. Por eso supone el parámetro de interpretación de los derechos fundamentales, pero para ello se debe concretar el contenido que abarca dicho precepto.

En primer lugar, se debe determinar a qué derechos se refiere dicho canon hermenéutico, si se debe optar por una interpretación restrictiva o amplia de la cuestión. Así, para Pérez de los Cobos (2014) se incluirían los derechos y libertades reconocidos en el Título I, Capítulo II de la Constitución española. En segundo lugar, el autor recién citado defiende, apoyándose en la doctrina del Tribunal Constitucional, que impera un criterio material y no formal, en cuanto a los tratados que pueden ejercer dicho canon hermenéutico, refiriéndose a todos aquellos que traten derechos y libertades y no solo aquellos que tratan como objeto directo el reconocimiento y tutela de derechos.

El criterio material que usa el Tribunal Constitucional a través del artículo 10.2. CE diverge de las reglas ordinarias de interpretación constitucional, siendo el criterio primordial de la interpretación no solo la Carta Magna, sino también la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás textos internacionales (Ruiz Miguel, 2015). Pérez de los Cobos (2016) reconoce abiertamente el fenómeno de la internacionalización en la interpretación del texto constitucional en materia de derechos humanos.

El artículo 10.2 de la CE, por lo tanto, operaría en un sentido expansivo y promocional en relación con nuevos contenidos, vertientes y dimensiones de los ya reconocido a nivel interno, como evidencia la doctrina constitucional, que en sus razonamientos actualiza derechos expresamente proclamados a nuevos intereses o valores emergentes de la persona como, por ejemplo, en el ámbito laboral, los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (Martínez Moreno, 2016).

Este precepto contribuye a actuar como conector en cuanto a la vinculación del derecho interno con el derecho internacional en materia de derechos humanos (Cuenca, 2012). En conexión con lo planteado, al juez español se le brinda, a través de este precepto, la herramienta para establecer pasarelas entre derechos de diversa naturaleza, contribuyendo de este modo a romper barreras y a abrir la puerta al amparo judicial. Este precepto opera como cláusula de apertura contenida en la Carta Magna, inscribiéndose en la línea de imponer nuevos límites a través del derecho internacional a la soberanía del Estado en sus relaciones con los ciudadanos, siendo una limitación para el poder jurídico

a la hora de interpretar el derecho a la luz del contenido de los tratados que versan sobre DDHH. Lo anterior viene a significar que el contenido de los tratados, integrado por la interpretación que de estos hacen los órganos encargados de su protección, se erige en canon de entendimiento judicial de los derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional (Adnane, 2011).

Otras posturas vienen a hacer una interpretación más restrictiva de lo anteriormente dicho, abogando por la eficacia interpretativa que se concede a los tratados internacionales que versen sobre los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente y no, en general y de modo directo, a otros instrumentos derivados de la aplicación de esos tratados, como las resoluciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT (CLS), ni tampoco a instrumentos que derivan de los mismos que, por su propia naturaleza, no tengan eficacia vinculante, como las recomendaciones de la OIT (Alfonso, 2015). Sin embargo, este mismo autor viene a reconocer que, aun indirectamente, la eficacia interpretativa de los tratados internacionales se amplía a las resoluciones emanadas de los órganos aplicativos de los mismos y que esto se observa en la jurisprudencia constitucional.

No obstante, Guamán (2015, b) es más tajante al plantear la doctrina que emana de los órganos de control de la OIT y el propio CEDS, que debe ser considerada como canon interpretativo de los derechos constitucionales, como una expresión de congruencia con las obligaciones internacionales que se contraen al ratificar un tratado, apelando también a la regla de interpretación de buena fe que consagran los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena. Según esto, no parece conforme con el principio de buena fe que un órgano garante de los derechos fundamentales como el TC se sitúe en sentido contrario a lo que dicen los órganos de control, o directamente ignore la interpretación concreta que de estos organismos emanan. Pero es más esta una praxis que ya ha sido empleada por el Tribunal Constitucional. Como alude en este sentido Fernández Pons (2010), los tratados internacionales han sido claves para identificar los contenidos concretos de los derechos fundamentales de contenido sociolaboral, tal y como muestra la temprana sentencia del Tribunal Constitucional 38/1981, así como lo dicho por las recomendaciones y los propios órganos de control de la OIT.

Por lo tanto, este artículo constitucional supone un interesante blindaje al intérprete, ya que impide lecturas de los derechos y libertades consagrados en la Constitución contrarias a las normas internacionales, de acuerdo en este punto con Fernández de Casadevante y Jiménez (2006). Es más, según los citados autores, el artículo 10.2 CE

tiene una función integradora de los derechos y libertades fundamentales que complementa el procedimiento de recepción previsto en el artículo 96.1 CE y que se estudia a continuación. Pérez de los Cobos (2014) mantiene que, ante la interpretación de un derecho que se encuentra reconocido en un tratado internacional, el intérprete interno se encuentra ceñido a este, no ostentando libertad de interpretación plena a estos efectos.

La importancia de dicho precepto es que se traduce en un argumento interpretativo en el discurso judicial, lo que ha provocado una sintonía entre la lectura nacional de los derechos y el entendimiento internacional y singularmente europeo. Es por ello que la Constitución asume y hace suyos aquellos contenidos a modo de reenvío móvil, esto es, por referencia a las regulaciones presentes y futuras y a las que resulten por la interpretación que de los tratados hagan sus órganos de control (Saiz, 2008).

Esta conexidad entre el artículo 10.2 de la Constitución y el papel interpretativo que juegan los tratados referidos en dicho precepto nos sitúan, en definitiva, ante un derecho menos normativista y mucho más vinculado a los principios, lo que contribuye a evitar contradicciones entre sistemas normativos (Ollero, 2016).

Como ya se ha avanzado anteriormente, la interpretación menos formalista del artículo 10.2 CE, por la que se pronuncia la doctrina constitucionalista más autorizada, incorpora al canon interpretativo el subsistema de ordenación infraconstitucional, entre lo que se comprende las resoluciones de los órganos de control que incorporan los tratados, lo que conduce a una interpretación reforzada de dicho precepto, reservando un papel activo al juez nacional que debe determinar, ante una ley contraria a los derechos constitucionales a la luz de la normativa internacional, la inaplicación de la norma interna. Con esta praxis se refuerza la aplicación directa del tratado internacional y, a la par, la interposición de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, en la línea de un entendimiento conjunto del bloque de constitucionalidad y el de convencionalidad (Martínez Moreno, 2016). En el mismo sentido, ensalzan el papel de las resoluciones de las organizaciones internacionales (Fernández de Casadevante y Jiménez, 2006).

También conviene delimitar en este punto que el artículo 10.2 de la Constitución española no otorga rango constitucional a los derechos y libertades reconocidos por los tratados internacionales si los mismos no se encuentran programados en la Constitución española (Iglesias Velasco, 2013). Como ya precisó la sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, los tratados internacionales no son canon autónomo de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y, por lo tanto, no forman parte *per se* del bloque de constitucionalidad. En definitiva, gran parte

de los derechos que se estudian en este trabajo se conectan por la vía del artículo 10.2 de la Constitución española. Esto es así puesto que el derecho a la libertad sindical reconocido en el artículo 28 del texto constitucional se ve influido en la interpretación de su contenido por las normas internacionales y según la doctrina más avanzada, tal y como se ha tenido oportunidad de exponer, por la interpretación de sus órganos de control.

2.3.2. La recepción del Derecho Internacional del Trabajo al amparo de los artículos 93 a 96 de la Constitución española

Después del estudio del canon hermenéutico comprendido en el artículo 10.2 de la CE es menester referirse a una serie de preceptos constitucionales sobre la recepción de los tratados al margen de la primera pauta interpretativa expuesta. Los artículos 93 y 94 de la CE⁷² regulan el contenido constitucional referido a los tratados que implican cesión de soberanía. Son dos artículos de la Constitución que han tenido un recorrido relacionado con el proceso de integración en las Comunidades Europeas en 1986, seguido del posterior proceso de integración en la Unión Europea. Dicha integración, lejos de considerarse culminada, se encuentra en una evolución constante, debido a factores geopolíticos, económicos y culturales, entre otros. Prueba de ello es la salida de la UE del Reino Unido tras el referéndum del Brexit.⁷³

En relación con el desplazamiento de la norma por el Tratado en virtud del artículo 94.1 e) de la CE, sectores de la doctrina han indicado que no se justifica una relación distinta entre la ley anterior y la posterior en relación con la entrada en vigor de un tratado. En esta línea de razonamiento se discrepa del TC en su sentencia 36/1991⁷⁴, que ha apostado porque el tratado desplazaría a la ley anterior contradictoria en virtud del principio *lex posterior*, puesto que, por el efecto relativo de los tratados y por la previsible

⁷² El artículo 93 de la CE establece que mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados que atribuyan a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Por su parte, el artículo 94 de la CE dicta que las Cortes Generales deberán autorizar previamente la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por tratados o convenios que revistan las siguientes características: tratados de carácter político, militar, que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la CE, que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública y que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

⁷³ Decisión (UE) 2020/135 del Consejo de 30 de enero de 2020 relativa a la celebración del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32020D0135>

⁷⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia 36/1991, de 14 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1991\36].

falta de identidad entre las disposiciones de la ley y del tratado, implican que difícilmente podría tener efectos derogatorios de aquella (Diez-Hochleitner, 2015).

Por la interpretación de la cuestión, hemos de traer a colación la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre⁷⁵. El Gobierno de la Nación se planteaba la existencia de contradicción entre la Constitución y los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa que, como es conocido, fue finalmente fallida.

Una primera consideración que hace nuestro Tribunal Constitucional es que el proceso de integración en la Unión Europea se ha realizado conforme al artículo 93 de la Carta Magna, por lo que, una vez producida la integración, el marco de validez de las normas comunitarias no es la Constitución sino el propio Tratado que instrumenta la cesión de competencias, si bien la Constitución exige que el ordenamiento aceptado sea compatible con sus principios y valores básicos.

En cuanto a la primacía del Tratado, el Tribunal Constitucional considera que la Constitución para Europa se construye sobre los valores comunes de las constituciones de los Estados y, por lo tanto, respetando sus tradiciones constitucionales. Asimismo, resalta que la Unión ejerce sus competencias no exclusivas de conformidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, lo que racionaliza y limita el fenómeno de la expansividad competencial.

Respecto a la relación entre supremacía y primacía entre la Constitución y el Derecho de la Unión Europea trasladamos literalmente por su interés lo dicho por el Tribunal Constitucional en la citada Declaración 1/2004:

Que la Constitución es la norma suprema del Ordenamiento español es cuestión que, aun cuando no se proclame expresamente en ninguno de sus preceptos, se deriva sin duda del enunciado de muchos de ellos, entre otros de sus arts. 1.2, 9.1, 95, 161, 163, 167, 168 y disposición derogatoria, y es consustancial a su condición de norma fundamental; supremacía o rango superior de la Constitución frente a cualquier otra norma, y en concreto frente a los tratados internacionales, que afirmamos en la Declaración 1/1992 (DTC 1/1992 FJ 1).⁷⁶ Pues bien, la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. I-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución.

⁷⁵ Tribunal Constitucional (Pleno). Declaración 1/2004 de 13 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi: RTC 2004\256].

⁷⁶ Tribunal Constitucional (Pleno). Declaración 1/1992 de 1 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1992\132 bis].

Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquella, en el de la aplicación de normas válidas; esta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de estas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquella. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, DTC 1/1992 FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación.

La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a estos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado (TC, Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, Fundamento Jurídico Cuarto).

Por ello, al manejarse el principio de primacía del Derecho de la Unión, no le sitúa en posición de supremacía sobre otros tratados que garantizan derechos sociales. Esa cuestión se tratará en el epígrafe sobre el estudio del Derecho de la UE.

El TC constata, además, en su dictamen, que nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario sobre el interno en el ámbito de las competencias derivadas de la Constitución, por lo que viene a establecer el artículo 93 de nuestra norma suprema. Sostiene que, si la dinámica del Derecho de la Unión Europea deviniera irreconciliable con el derecho que emana de nuestra Constitución, llevaría al TC a abordar el tema desde los procedimientos constitucionales pertinentes y que, en su caso, la primacía es incapaz de sobreponerse a una hipotética renuncia del Estado que queda reservada a su voluntad soberana y suprema. Asimismo, designa el TC respecto al Tratado y la jurisprudencia del TJUE que dicha doctrina ya está integrada en nuestro Ordenamiento por la vía del artículo 10.2 CE por lo que no se

advierte mayores dificultades para la articulación ordenada de nuestro sistema de derechos.

Por último, el TC viene a indicar que la Carta de Derechos Fundamentales es una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad conforme al derecho interno de cada Estado. Por todas estas razones, el TC considera compatible lo dispuesto en la Constitución europea, en su momento, con la Constitución española, en particular con su artículo 93.

Gómez Fernández (2017) reflexiona sobre la evolución que ha tenido la posición del Tribunal Constitucional con el derecho comunitario reforzando el control desde el plano interno. En primer lugar, las sentencias del TC 28/1991⁷⁷, 64/1991⁷⁸, 130/1995⁷⁹ y 45/2001⁸⁰ señalan que son sistemas de fuentes independientes, y las antinomias que surjan se deben resolver aplicando los principios de efecto directo, primacía, aplicabilidad directa y autonomía institucional fijados por el Tribunal de Justicia. Esta jurisprudencia cambió con la STC 58/2004⁸¹, que recoge que las decisiones de los jueces ordinarios en aplicación del Derecho de la Unión pueden tener relevancia constitucional si se produce la lesión de un derecho constitucional y, por lo tanto, susceptibles de ser revisadas por el Tribunal Constitucional.

El siguiente elemento evolutivo lo pone la sentencia del Tribunal Constitucional 194/2006⁸², que da un paso más al mantener que, si existe una contradicción entre una ley nacional vigente y una norma comunitaria, el órgano judicial no podría dejar de aplicar la ley nacional sin plantear o una cuestión de inconstitucionalidad o una cuestión prejudicial, posición jurisprudencial que se rectifica con la sentencia del Tribunal Constitucional 78/2010⁸³, que recupera la idea de que un órgano judicial nacional, que es a la vez juez del Derecho de la UE, vulnerará el artículo 24 de la CE por infracción del

⁷⁷ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 28/1991, de 14 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1991\28].

⁷⁸ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 64/1991, de 22 de marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1991\64].

⁷⁹ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 130/1995, de 11 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1995/130].

⁸⁰ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 45/2001, de 15 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2001\45].

⁸¹ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 58/2004, de 19 de abril. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2004\58].

⁸² Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 194/2006, de 19 de junio de 2006. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2006/194].

⁸³ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 78/2010, de 20 de octubre de 2010. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2010\78].

sistema de fuentes cuando estuviera obligado a plantear la cuestión y no lo hiciera (Gómez Fernández, 2017).

A los efectos de este estudio, el precepto constitucional que se debe retener es el artículo 96⁸⁴, que es el que otorga la cobertura constitucional al control de convencionalidad. En primer lugar, es conveniente aclarar que el resto de los tratados o parte del contenido de estos que no se incardinan en el artículo 10.2 de la Constitución española no forman parte del bloque de constitucionalidad, tal y como pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia 49/1988⁸⁵, por lo que la resolución del conflicto entre el tratado y la ley corresponderá al juez ordinario, no al Tribunal Constitucional.

Hecha la anterior precisión, la literalidad del precepto constitucional es clara al establecer que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados, forman parte del ordenamiento interno solo pudiendo ser derogados, modificados o suspendidos en la forma prevista en el propio tratado o con las normas generales del derecho internacional. En relación con el artículo 96 de la CE, el artículo 1.5 del Código Civil exige únicamente para la entrada en vigor del tratado su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* como expresión del “monismo moderado” de nuestro ordenamiento jurídico (Fernández Pons, 2010). Por lo tanto, se trata de afrontar la óptica de los tratados como derecho que implica a todos los poderes públicos, con inclusión de jueces y magistrados (Preciado, 2018).

Sin embargo, procede indicar que el hecho de que un tratado internacional otorgue mayor protección que la Constitución o una norma interna, no implica colisión o conflicto puesto que debería prevalecer o integrarse el mayor estándar que marca la norma internacional. La contradicción solo existiría cuando el tratado reduzca el ámbito de protección garantizado o introduzca una regulación absolutamente incompatible con la constitucional (Alfonso, 2015).

Es más, González de Rivera ha mantenido (2015) que, al albur de este precepto constitucional, los tratados tienen una capacidad de resistencia pasiva que les hace ser inderogables por disposiciones normativas internas y les sitúa en un plano de superioridad.

⁸⁴ El artículo 96 de la CE establece que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente, formarán parte del ordenamiento interno, pudiendo sus disposiciones ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional. En su apartado 2 se señala que, para la denuncia de los tratados y convenios internacionales, se utilizará el mismo procedimiento previsto en el artículo 94 de la CE.

⁸⁵ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 49/1988, de 22 de marzo de 1988. *Boletín Oficial del Estado*, número 89, 13 de abril, pp. 2-22.

En cuanto a las normas y resoluciones de las organizaciones internacionales en conexidad con el artículo 96 CE, Remiro *et al.* (2010) distinguen entre resoluciones de organizaciones de integración, cuya eficacia interna viene predeterminada por los tratados constitutivos de las mismas, con resoluciones que obligan a los sujetos internacionales a los que se dirigen, sin pronunciarse sobre la forma que habrá de asegurarse su observancia doméstica. El primer caso sería el de los actos obligatorios derivados de las instituciones de la Unión Europea de eficacia interna e inmediata. El segundo caso sería, por ejemplo, las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Anteriormente se ha estudiado el encaje jurídico de los tratados que se sitúan como canon hermenéutico con el artículo 10.2 de la CE. Los tratados igualmente tienen un encaje en el marco de la primacía respecto a las leyes internas españolas por la aplicación del artículo 96 de la Constitución. Así se ha pronunciado Diez-Hochleitner (2015) manteniendo que la primacía y el carácter supralegal de los tratados están asentados en los tribunales españoles pero que, al mismo tiempo, no se ha pretendido que la validez de una ley se vea afectada por el hecho de ser contraria a un tratado. Dicho autor entiende que el sentido del artículo 96.1 CE obedece a las posibles relaciones de conflicto entre los tratados y las normas internas de rango infraconstitucional, proclamando la prevalencia de la norma internacional como corrobora el artículo 94.1 e) CE, que establece que las Cortes deben autorizar la celebración de tratados que supongan modificación o derogación de una ley.

La relación entre la norma internacional y el derecho interno no se mueve en el ámbito de la validez de la norma, sino en la selección de la aplicación de la misma. En esta línea se pronunció el Tribunal Constitucional, en su sentencia 28/1991, cuando vino a decir que la contradicción entre los tratados y las leyes u otras disposiciones normativas posteriores era un problema de selección del derecho aplicable que compete a los jueces ordinarios.

González de Rivera (2015) defiende que, en caso de conflicto entre la norma nacional y la internacional, no estamos ante un problema de constitucionalidad, por lo que el juez ordinario tiene plena competencia para resolver la contradicción a favor del derecho internacional, aunque la norma que engendra dicha contradicción tenga rango de ley. En el mismo sentido, Preciado (2016) ha resaltado el deber de protección en un ordenamiento como el español en el que la norma internacional se incorpora al ordenamiento por dicho precepto constitucional que, a su vez, impone a los jueces la obligación de inaplicar la ley contraria a los instrumentos internacionales, por remisión también al artículo 31 de la Ley

25/14. En sentido contrario, autores como García-Perrote (2016) entienden que no cabe inaplicar la ley, sino articular cuestión de inconstitucionalidad.

Antes de acudir al mecanismo de la inaplicación de la norma interna, existen autores que abogan por utilizar la interpretación conforme. Díez-Hochleitner (2015) sostiene que una regla elemental de interpretación normativa exige que toda disposición sea interpretada a la luz de cualquier otra de la que traiga causa. Por ello, entiende que la norma interna ha de ser interpretada a la luz de las disposiciones convencionales. Si la ley no puede derogar, modificar o suspender un tratado, se entiende que el legislador ha querido atenerse a las obligaciones que deriven de aquel. En esta tesis sitúa a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014⁸⁶ y a la ley de Navegación Marítima 14/2014⁸⁷ que establece que se atenderá con carácter general a la regulación contenida en los tratados internacionales.

Por lo tanto, en España existe un sistema de recepción automático, por lo que el contenido de los tratados y acuerdos válidamente suscritos conforme al derecho internacional, una vez publicados en el *Boletín Oficial del Estado*, serían directamente aplicables siempre que sean de contenido *self executing*, es decir, que no requieran un desarrollo legislativo para su aplicación. Esto no es tarea fácil, puesto que los tratados suelen tener una naturaleza híbrida, compuestos por disposiciones *self executing* y *non self executing*, como más adelante se va a estudiar.

La entrada en vigor de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, sobre Tratados y otros Acuerdos Internacionales⁸⁸ ha venido en cierta manera a zanjar debates, tanto respecto a las posiciones teóricas sobre la recepción en el derecho interno como sobre su prevalencia sobre el mismo de la norma internacional.⁸⁹ El artículo 31 de la referida ley dota de solidez al control de convencionalidad al establecer la prevalencia del tratado sobre la norma interna. En concordancia con lo anterior, tal y como señala Díez-Hochleitner (2015), el

⁸⁶ Tribunal Supremo (Sala Segunda). Sentencia 592/2014, de 24 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2014\3690].

⁸⁷ Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. *Boletín Oficial del Estado*, número 180, de 25 de julio de 2014, pp. 59193-59311.

⁸⁸ Se publica en el *Boletín Oficial del Estado*, número 288, de 28 de noviembre de 2014, entrando en vigor, según establece su disposición final cuarta, a los veinte días de su publicación.

⁸⁹ El artículo 28 de dicho texto establece que los tratados celebrados válidamente solo podrán ser derogados, modificados o suspendidos en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de derecho internacional. En el mismo precepto, en su apartado segundo, se recoge que los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente entrarán en vigor conforme el tratado determine o, en su defecto, a partir de la fecha de su entrada en vigor. En segundo lugar, respecto el artículo 31 de la Ley 25/2014, establece que los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecen sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto entre ellas, salvando las normas de rango constitucional.

artículo 31 de la Ley 25/2014 sitúa a los tratados internacionales en el mismo plano de primacía que al derecho comunitario, aun precisando que la prevalencia solo se da cuando el tratado sea de aplicación directa y tenga eficacia directa, por lo que, si el Tratado carece de dicha cualidad, no será de aplicación el artículo 31 de la Ley 25/2014, sino los apartados 2 y 3 del artículo 30 de dicha norma legal, debiendo acudir al necesario desarrollo legislativo y debiendo remitir el Gobierno el proyecto de tratado a las Cortes Generales.

El artículo 35 de la Ley 25/2014 viene a incorporar el control de convencionalidad de forma más específica a nuestro ordenamiento (Preciado, 2016). Tal cuestión obedece a que dicho artículo, en su apartado segundo, recoge que la interpretación de los tratados se efectuará teniendo en cuenta toda norma pertinente de la organización. Existen autores como Gómez Sánchez (2018) que sitúan en el mismo rango los tratados y la ley, pero el propio Preciado (2016) descarta esta lectura por los preceptos constitucionales que garantizan la jerarquía normativa, tanto el artículo 9.3 CE como el ya analizado artículo 96 CE. Añade otra razón y es que, si dicha tesis fuera compartida, se podría privar a las personas y grupos titulares de los DDHH de una garantía fundamental en la tutela de estos, que sitúa al juez nacional como garante de los mismos frente al Estado, asegurando el cumplimiento de las obligaciones internacionales sobre DDHH asumidos por España.

En el mismo sentido, el artículo 35.4 de la Ley 25/2014 establece que las disposiciones dictadas en ejecución de los tratados internacionales se efectuarán conforme al sentido literal conferido en ellas, lo que abarca las resoluciones de los órganos de control. Como refiere Martínez Moreno (2016), este apartado hace que sea útil y pertinente contar con la doctrina que emana de los órganos de control internacional. En relación con esto último, Llobera (2017) sostiene el mismo criterio.

Más adelante se tratarán las posibles aplicaciones de la norma internacional en función de su contenido y su carácter *self executing* o *non self executing*, puesto que en este apartado se ha justificado la preeminencia del tratado sobre la ley como fundamento necesario para la viabilidad del control de convencionalidad.

En este punto del trabajo es conveniente introducir la siguiente cuestión, no exenta de complejidad. Se ha expuesto a lo largo del presente estudio un ordenamiento jurídico complejo compuesto por diversas instancias internacionales, regionales y nacionales. Por ello no es extraño que sucedan situaciones de conflicto o de colisión entre normas. Ante una situación de conflicto entre distintas normas que procedan del DIT, se aboga (Valticos, 1977) por el carácter “progresista” del Derecho del Trabajo, tanto del

internacional como del nacional, considerando que el DIT tiene por objeto promover el progreso social, por lo que un conflicto entre normas internacionales del trabajo no podría resolverse por el simple juego de los criterios formales.

Por ello, el criterio material del objeto de estas normas ha de intervenir igualmente, resultando que, en caso de conflicto, en principio habría de darse preferencia a la norma más favorable para los trabajadores. De ahí la expresión del principio *in dubio pro operario*. En el campo de la interpretación de las normas, cuando estas admiten varios sentidos, se opta por la interpretación más favorable para el trabajador (Preciado, 2018). Se podría conectar lo anterior con una lógica que deriva de los tratados internacionales de derechos humanos puesto que, si lo que prevén los mismos son unos mínimos que los Estados deben cumplir, en caso de discrepancia entre la norma internacional y la legislación interna, se aplicará la norma más favorable (Fernández Pons, 2010).

En cualquier caso, se ha justificado el carácter supralegal de los tratados y, por lo tanto, el soporte jurídico para imponerse a la norma interna cuando esta sea contradictoria, esto es, el ejercicio del control de convencionalidad dentro de la función jurisdiccional ordinaria del juez predeterminado por la ley.

2.4. Factores de merma de eficacia de los tratados internacionales

A continuación, se identifican una serie de factores que inciden en la eficacia de los tratados. En primer lugar, el contenido de los tratados *non self executing*. Después se aborda la propia flexibilidad de las normas y, por último, la irradiación en la norma internacional que se deriva del papel que juega el derecho comunitario.

Esta parte sirve para situar la norma con todos los condicionantes jurídicos que interactúan, con carácter previo al estudio de la jurisprudencia interna. Esta parte supone el cierre teórico a la norma internacional del trabajo en conexión con el control de convencionalidad, lo que sirve para interpretar los supuestos en que se debe acudir a la inaplicación de la norma interna.

2.4.1. Tratados *non self executing*

Son tratados o partes de estos que no tienen un carácter directamente ejecutivo por su falta de contenido preciso (Fernández Pons, 2010), o porque así se ha acordado en el propio tratado, o que la parte así actúe siempre que no se haya obligado a una aplicación directa y su derecho interno se lo permite (Remiro *et al.*, 2010). Cuando concurre un supuesto así, se muestra la necesidad de la promulgación de leyes o actos reglamentarios

al efecto requerido. El contenido *non self executing* impone obligaciones de resultado a los Estados que solo se pueden resolver mediante quehacer legislativo, lo que comporta, en cumplimiento del principio de buena fe, poner en marcha los procesos de producción normativa interna que aseguren su cumplimiento (Remiro *et al.*, 2010). Por lo tanto, cuando un tratado reviste estas características no sería directamente invocable ni ejecutable, teniendo que acudir a algún tipo de desarrollo normativo si es que existiere.

Realmente esto es difícil de concretar puesto que los tratados suelen contener disposiciones *self executing* con disposiciones *non self executing*. La norma internacional, según su origen, tiene contenidos mixtos de cara a su ejecutividad. Por ello, una vez visto el marco de recepción del derecho internacional, es importante calibrar los tipos de uso concreto de la norma por el juzgador. El primero destacable es el uso para resolver directamente el litigio; para ello es necesario que la fuente internacional sea vinculante, que la misma sea clara y precisa y que tenga un carácter *self executing*. En este primer uso conecta con la solución más favorable o principio de favorabilidad cuando el derecho interno tenga una solución menos favorable para el trabajador, pero esto no deroga la norma interna. Los otros usos que por sus efectos se pueden agrupar en uno tienen varias expresiones: para interpretar el derecho interno, para asentar un principio jurisprudencial y para reforzar una solución fundada en derecho nacional, que se caracteriza a continuación. En cuanto al uso interpretativo, la decisión judicial se funda sobre el derecho interno, pero el derecho internacional sirve para determinar el significado del derecho nacional. En la segunda acepción, el uso del derecho internacional sirve de inspiración para forjar una jurisprudencia. En la tercera, que se relaciona con la primera, el derecho internacional se conecta con su función subsidiaria puesto que la solución jurídica está en el derecho interno, sirviendo de consolidación del argumento (Beaudonnet, 2009).

Cuando se trata de contenido *non self executing* esto no quiere decir que no conlleve consecuencias jurídicas, ya que el artículo 30.1 de la Ley 25/2014 impone a los Estados en estos casos su desarrollo legal o normativo por lo que, en su caso, habrá que estar a la norma concreta para calibrar la responsabilidad en que incurre el Estado en el supuesto de que incumpla el desarrollo de la norma.

Al objeto del presente estudio, gran parte de las normas estudiadas son *self executing*, como el Convenio 87 de la OIT, el Convenio 98 y la gran mayoría de las disposiciones que se contienen en el Convenio 158 de la OIT, puesto que imponen obligaciones concretas y específicas que deben ser respetadas por los Estados o el propio artículo 4.4

de la Carta Social Europea. El contenido *self executing* se viene a reforzar por las resoluciones de los órganos de control que se estudian como “jurisprudencia nacional” y que afirman criterios jurídicos concretos que han de ser respetados y aplicados por nuestros jueces y tribunales.

2.4.2. Flexibilidad de las normas para adaptarse a las diferentes condiciones económicas y sociales de los diferentes países y el margen de apreciación razonable

Este apartado viene a relacionarse con el anterior puesto que, pese a sus diferencias, coinciden en que tienen una serie de características que impiden la imposición directa de la norma internacional.

Aunque la norma internacional es prevalente a la norma interna, aquella está concebida para una realidad social y jurídica más genérica que la doméstica, y por el lenguaje empleado y la generalidad de determinadas declaraciones hacen que, a menudo, se la considere complementaria. Por eso no se consideran completamente aplicables a la realidad interna y, por lo tanto, la protección internacional queda alejada de la realidad interna. Lo expuesto ensalza los órganos de control y tribunales supranacionales e internacionales, ya que es menester acudir a la doctrina de control de las normas internacionales que ajustan el lenguaje y la terminología de estas a la realidad de cada país, pudiendo arrojar luz sobre su aplicación en concreto (González de Rivera, 2015).

Lo expuesto ocurre con más intensidad en nuestro país, donde las normas internacionales del trabajo son como una especie de “referentes áulicos”, con escasa y poco relevante aplicación práctica, siendo los convenios como una especie de principios inspiradores, sin traslación directa cuando son incumplidos por nuestra jurisprudencia interna (Falguera, 2016).

El espíritu de la norma internacional no es invasivo hacia la norma interna, como se ha esbozado con anterioridad, sino de subsidiariedad y colaboración, siendo deseable que la legislación nacional transponga la norma internacional e incorpore una protección de más intensidad. Por lo tanto, el margen de apreciación de los Estados es una realidad innegable. Conforme a los criterios plasmados por la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT (Valticos, 1977), es esencial que las disposiciones de un convenio sean plenamente aplicadas, pero, al mismo tiempo, dejan deliberadamente un amplio margen a cada país en cuanto a las medidas destinadas a hacer efectivo el convenio ratificado.

Existen dos razones para afirmar que no hay nivel óptimo de aplicación de los tratados: a) la ambigua formulación o expresión legal de las previsiones; b) la relativa debilidad

internacional de los mecanismos de control de los tratados (Valticos, 1977). Esto conecta con un factor constante de argumentación en nuestra jurisprudencia: la norma internacional no viene a ser más que un principio inspirador o programático por su falta de concreción y, por otro lado, se reitera erróneamente, a nuestro juicio, que las resoluciones de los órganos de control no son vinculantes.

Como se ha expuesto con anterioridad, si bien gran parte de las normas internacionales son escasamente coactivas (Alfonso, 2015), los convenios de la OIT están recobrando importancia, como el C158, por la regresión legislativa que hemos vivido con las reformas de la austeridad y recortes de los derechos sociales.

La flexibilidad de las normas interviene debido a las diferencias en las condiciones económicas y sociales de los países, así como los métodos de la aplicación de la norma que depende de la variedad de procedimientos y tradiciones jurídicas existentes en el mundo. Se puede afirmar que la única forma de que la norma internacional exista es que tenga este componente en un mundo con condiciones tan diversas y complejas. Sin embargo, la propia OIT ha restado flexibilidad en cuanto a derechos fundamentales como la libertad sindical y la abolición del trabajo forzoso (Valticos, 1977).

Respecto a la eficacia de los tratados que incorporan derechos sociales, se han observado una serie de cuestiones: la primera, que no son pocos los tratados que reservan las reclamaciones en el ámbito internacional entre Estados; la segunda, que en el caso de que existan vías de reclamación al alcance de los particulares, estas no cuentan una tutela rápida, sufren restricciones y las soluciones que pueden adoptar los órganos aplicativos de los tratados son escasamente coactivas, incluso en los casos en que se obliga a los Estados a aceptar las soluciones de esos órganos aplicativos. Sin embargo, el componente de la censura moral es importante y puede forzar al Estado por presión política de su propia opinión pública al cumplimiento de la resolución (Alfonso, 2015).

En relación con lo anterior, el margen de apreciación razonable viene a suponer, en definitiva, el campo que tienen los Estados en el ejercicio de su soberanía para interpretar y determinar la aplicación de la norma internacional en el plano interno. Esta cuestión viene a conectar con la subsidiariedad con la que opera la norma internacional, que no está diseñada para imponerse en todo momento a la norma nacional, sino en gran parte para fijar unos estándares de mínimos en los derechos que han de ser respetados. El margen de apreciación razonable y en términos económicos ligados con las políticas de austeridad no puede implicar una discrecionalidad desmedida del legislador nacional que incumple las normas internacionales que recogen compromisos en cuanto a los derechos

sociales (Jimena, 2014, a). Por esto, no cabe atribuir un ámbito absoluto del margen de apreciación, sino que encuentra su límite en los estándares de derechos sociales reconocidos hasta la fecha.

2.4.3. El Derecho de la Unión Europea y su interacción con la norma internacional del trabajo

La Unión Europea aporta una serie de contradicciones entre la aplicación estatal de sus normas y el constitucionalismo supranacional en el ámbito de los derechos sociales (Guamán y Noguera, 2014). Por lo tanto, introduce un elemento de distorsión a la protección multinivel y la indivisibilidad de los derechos humanos, cuya tesis se ha desarrollado desde el inicio de este trabajo.

En los términos expresados por Valdés Dal-Ré (2018, b), se distingue la Constitución económica como la parte de la norma suprema que regula la actividad económica, y la Constitución laboral como la parte que regula las relaciones laborales, tanto individuales como privadas. Se puede añadir a lo anterior que, en el proceso de la UE, gana terreno la Constitución económica sobre la laboral.

La propia génesis de la UE, con la formación de las Comunidades Europeas, partía de una visión mercantilista forjando las bases del mercado común. Con base en lo anterior, una de las finalidades principales de la Unión Europea es el establecimiento de un mercado interior conforme al artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE)⁹⁰ (Goerlich, 2018). Para tal fin se reconocen cuatro libertades: libertad de circulación de personas, de circulación de mercancías, de circulación de servicios y establecimiento, y de circulación de capitales (Aparicio, 2005). Es importante retener que el artículo 26.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁹¹ establece que el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada con las disposiciones del propio tratado (Guamán y Noguera, 2014).

Valticos (1977), en su ingente obra, ya señaló que las principales debilidades de la acción comunitaria en el campo social parecían residir en la insuficiencia de los textos del Tratado de Roma relativos a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida, en la ausencia de una verdadera política social, en la subordinación de la acción social a las

⁹⁰ Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, hecho en Maastricht el 7 de febrero de 1992. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 30 de marzo de 2010, C 83, pp. 13-45.

⁹¹ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, hecho en Roma, el 25 de marzo de 1957. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 30 de marzo de 2010, C 83, pp. 47- 199.

finalidades económicas del tratado, y en la ausencia de voluntad política de los Estados miembros en lo que respecta a la acción social, en razón especialmente de consideraciones financieras.

Otras lecturas (Guamán y Noguera, 2014) vienen a negar la existencia de un “constitucionalismo social multinivel europeo” por la subordinación del derecho constitucional a los intereses del Derecho de la Unión. En tal sentido, sostienen que la Unión Europea no ha conformado un modelo social propio. El modelo se asentó en dos líneas: la primera elevando al ámbito supranacional únicamente las cuestiones necesarias para la efectiva realización de las libertades de circulación, entre la que se incluía la de los trabajadores; y la segunda, el mantenimiento de la competencia en el mercado interior, mientras que las competencias sociales permanecían en el ámbito nacional.

El problema radica en que el sistema de tratados europeos formaliza al máximo nivel una constitución jurídico-material que hace prevalecer la constitución económica del mercado sobre la débil constitución social de la Unión Europea y las vigentes constituciones nacionales (Monereo, 2018).

Tras el proceso de incorporación de la CDFUE al derecho originario con el Tratado de Lisboa⁹², cabe la pregunta de si conlleva o no la existencia de un constitucionalismo social europeo. Esto es así por el propio tratamiento que hace la Carta de los Derechos Sociales supeditados a los funcionales a la integración económica y monetaria, y por la incompatibilidad entre la Constitución social y la económica europea, convirtiendo a la primera en mera retórica. En definitiva, lo anterior se debe a que las disposiciones de carácter social introducidas por el Tratado de Lisboa no van acompañadas de ninguna reforma en la configuración de la Constitución económica europea (Guamán y Noguera, 2014).

A continuación, se relaciona la aplicación del derecho comunitario con la jurisprudencia del órgano de control que es el TJUE. En tal sentido, el derecho comunitario y la jurisprudencia del órgano sito en Luxemburgo han tenido una evolución desde su formación. El TJUE partía en los años 50 del siglo pasado de una separación entre el derecho comunitario y las constituciones nacionales. En los años 60 y 70 se va incorporando un catálogo de derechos fundamentales de naturaleza civil, económica y política, resolviendo los conflictos desde el principio de primacía y no desde la óptica de

⁹² Instrumento de ratificación del Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. *Boletín Oficial del Estado*, número 286, de 27 de noviembre de 2009, pp. 100309-100500.

la concurrencia de una diversidad de órganos jurisdiccionales encargados de la tutela de los derechos fundamentales. En esta evolución, el juez comunitario se fue viendo obligado a verificar si la norma comunitaria era respetuosa con los derechos fundamentales tutelados con las constituciones nacionales, hasta el punto de que, con la incorporación del TUE en el marco de Maastricht, el 7 de febrero de 1992, en su artículo F.2 se recoge que la UE respetará los derechos fundamentales recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los que resulten de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (Valdés Dal-Ré, 2018, b).

Pero más allá de ese reconocimiento formal, y precisamente fruto de dicha evolución, es importante precisar por la conflictividad surgida en torno fundamentalmente a los casos “Viking”⁹³ y “Laval”⁹⁴, pese a que la huelga sea un derecho fundamental reconocido en las “tradiciones constitucionales” de los Estados miembros europeos (Baylos, 2018). Más adelante se analiza dicho conflicto jurídico.

No está en discusión que, si el derecho comunitario está en contradicción con la norma infraconstitucional interna, el juez nacional está obligado a inaplicar esta última (Bodas, 2018). La cuestión jurídica fundamental que debemos dilucidar en este apartado del trabajo sería qué ocurre cuando el derecho comunitario se contradice con otra norma internacional o supranacional. Así, se van a analizar una serie de supuestos donde el TJUE ha rebajado los estándares de protección de los derechos reconocidos en normas internacionales en aplicación de un cierto fundamentalismo de mercado.

⁹³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). Caso Finnish Seamen’s Union y otros contra OÜ Viking Line Eesti y otros. Sentencia de 11 de diciembre de 2007. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TJCE 2007\357].

En este asunto se produce un conflicto por la decisión de la empresa finesa Viking de registrar un buque de su propiedad bajo pabellón estonio aplicando las condiciones laborales de dicho país a los trabajadores, que eran inferiores a las que imperaban en Finlandia. La reacción de la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte, en apoyo del sindicato de marinos finlandés, fue una circular pidiendo a los sindicatos que no negociasen con Viking por solidaridad de clase y que contemplasen la toma de medidas de conflicto colectivo y el ejercicio de la huelga.

⁹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). Caso Laval un Partneri Ltd contra Svenka Byggnadsarbetareförbundet y otros. Sentencia de 18 de diciembre de 2007. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TJCE 2007\390].

En este supuesto el conflicto deriva de la prestación de servicios de una empresa letona de la construcción llamada Laval en territorio sueco. Se entabló una negociación con los sindicatos suecos, que buscaban que a los trabajadores desplazados por la empresa provenientes de Letonia se les aplicara unas condiciones equivalentes a la de los trabajadores suecos en el sector de la construcción. Al fracasar la negociación, los sindicatos suecos acudieron a las medidas de conflicto colectivo en defensa de sus intereses, llegando a bloquear las obras y a impedir la entrega de mercancías, así como usar a los piquetes de huelga para impedir la entrada de los trabajadores letones al centro de trabajo. Finalmente, esta situación provocó la resolución del contrato y la situación de quiebra para la empresa.

Es manifiesta la devaluación de la protección de los derechos sociales que implica la doctrina Melloni⁹⁵ que emana del asunto C-399/2011 del TJUE. Dicha doctrina consiste en que no se aplica el estándar más alto de protección cuando de ello se derive una quiebra del principio de primacía de la Unión Europea, devaluando la indisponibilidad de los derechos fundamentales por el legislador. La postura del TJUE viene a ser contraria a la más elemental cultura de los derechos humanos, siendo un completo desatino sostener que los derechos fundamentales están supeditados a los principios de primacía, unidad y efectividad (Preciado, 2016).

A la rebaja del estándar más alto de los derechos antedicha, se añade el siguiente problema tal y como apunta Martínez Yáñez (2015), que consiste en que en el marco de la crisis financiera de 2008 se incorpora la cláusula de no corresponsabilidad, en el artículo 125 del TFUE, que advierte que ni la UE ni los Estados miembros responderán de los compromisos financieros de otros Estados miembros. En tal sentido, se viene a incorporar en 2012 el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)⁹⁶ a los Estados miembros, salvo Reino Unido y República Checa, que suscribieron el Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza.

Todas estas medidas han venido a debilitar desde un plano general la negociación colectiva y han fortalecido a las empresas en un marco de desregulación de los sistemas laborales nacionales. El problema estriba en que se perfila un marco jurídico en que, para invocar una norma de Derecho de la Unión ante un tribunal europeo, es una cuestión de *hard law* y, sin embargo, las políticas de austeridad que provocan el recorte de derechos sociales vienen de fuentes jurídicas no vinculantes o de *soft law* (Orlandini, 2015).

En cuanto a los problemas que provocan las conductas amparadas en el *soft law* de las medidas financieras implementadas por el Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, no hay ningún motivo jurídico para que las actuaciones del Consejo, la Comisión y el Banco Central Europeo queden al margen de la Carta de los Derechos Fundamentales, más cuando pueden darse vulneraciones de los derechos fundamentales

⁹⁵ Precisamente, esta cuestión prejudicial fue planteada por nuestro Tribunal Constitucional preguntando al TJUE si podía apartarse de la aplicación del derecho comunitario para aplicar un estándar más alto derivado de la legislación nacional, lo que fue negado por el TJUE cuando está en juego la primacía del derecho comunitario en aras de una uniformidad en su aplicación para los Estados miembros.

⁹⁶ Instrumento de Ratificación del Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia, hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012. *Boletín Oficial del Estado*, número 239, de 4 de octubre de 2012, pp. 70375-70397.

de los trabajadores. Sin embargo, el uso de los instrumentos de *soft law* ha permitido a la UE invadir espacios que no son de su competencia legislativa, como es la política salarial, afectando al derecho a la negociación colectiva. En consecuencia, los Tribunales Constitucionales de los Estados deberían retomar el impulso de varias décadas que los llevó a negar la primacía del Derecho de la Unión si no se respetaban los derechos fundamentales, situando en estos momentos el riesgo actual no en el derecho derivado, sino en el difuso contexto del *soft law* (Martínez Yáñez, 2015).

En definitiva, con la modificación del artículo 126 del TFUE y la adopción del Protocolo 12 sobre el procedimiento aplicable al déficit excesivo y la incorporación de nuevos mecanismos como el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria (TECG) y el Tratado Mede, los mismos obedecen a la construcción de un derecho comunitario que se supedita a la reproducción ampliada del capital financiero transnacional (Guamán y Noguera, 2014).

Se constata que el Derecho de la Unión Europea ha mostrado su incapacidad para proteger los derechos fundamentales de los trabajadores, explicando su falta de eficacia por el carácter fragmentario y asistemático del ordenamiento social europeo. En este sentido, el propio TJUE se ha declarado incompetente para atender a las cuestiones prejudiciales que le han planteado los tribunales de los Estados sobre las medidas de austeridad que se han aprobado en las leyes de reforma en los distintos países. En su negativa se ampara en el artículo 51 de la CDFUE, que establece que para que dicho precepto sea aplicable es preciso que la legislación del Estado miembro que se analiza trasponga una directiva o regule una excepción prevista por el Derecho de la Unión Europea (Martínez Yáñez, 2015).

Por su parte, Orlandini (2015) exculpa al derecho comunitario al sostener que no se le puede acusar de no tener una visión social por los derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales, y que el Tratado de la Unión Europea en el artículo 6.1 los reconoce con la misma fuerza jurídica de los tratados, responsabilizando al TJUE, que ha resuelto el problema de la relación entre las reglas del mercado y los derechos de los trabajadores esquivando el argumento basado en los derechos fundamentales.

El derecho de la UE en su interpretación hecha por el TJUE ha confrontado directamente con la acción colectiva y el derecho a la huelga de los sindicatos en relación con los trabajadores desplazados. Sin embargo, también existe un punto de colisión en cuando a la defensa de la libre competencia en afectación de los convenios colectivos, declarándose acuerdos colusorios contrarios al artículo 101 del TFUE. Por lo tanto,

siempre que la norma convencional se exceda de la regulación de las condiciones laborales, puede ser enjuiciada desde la perspectiva de la competencia (Goerlich, 2018).

A continuación, es pertinente tratar la cuestión del derecho a huelga y la acción colectiva de los trabajadores en el Derecho de la Unión Europea. Como recuerda Fernández Prol (2015), el artículo 153 del TFUE excluye expresamente de sus competencias el derecho a huelga. Sin embargo, la Carta de Derechos Fundamentales, en su artículo 28, incluye el derecho de negociación y a emprender acciones colectivas, incluida la huelga. Asimismo, la Carta establece que los derechos fundamentales garantizados por el CEDH formarán parte de la UE como principios generales. Pese a ello, los pronunciamientos del TJUE en esta materia son escasos y cuestionables, puesto que no parten de la configuración del derecho de huelga como derecho fundamental, sino como mera excepción a las grandes libertades del mercado interior europeo y cuyas resoluciones ponen de manifiesto la tradicional colisión entre política social europea y proceso de integración económica.

Llegados a este punto, es necesario retomar el examen de las sentencias “Viking” y “Laval”, que visibilizan el conflicto entre el ordenamiento de la Unión Europea y las fuentes internacionales del trabajo, abriendo escenarios de confrontación y diálogo (Orlandini, 2015).

Conviene avanzar una idea con carácter general y es que la presencia del Derecho de la Unión Europea en el conflicto incide negativamente en una serie de aspectos en las normas laborales. El primero es la expulsión de normas laborales internas. El segundo, el sometimiento de las políticas de empleo al régimen previsto para las ayudas de Estado y las normas de contratación pública. El tercero es la reinterpretación de las normas laborales obstaculizando la mejora de las condiciones de trabajo y empleo. Por último, se sitúa sobre sospecha a la acción sindical y la negociación colectiva (Goerlich, 2011).

Como han reseñado Guamán y Noguera (2014), el TJUE, en aplicación del actual artículo 49 del TFUE (anterior artículo 43) que consagra la libertad de establecimiento, consideró que las restricciones provocadas por los sindicatos en el uso de la libertad sindical solo deben entenderse justificadas en el caso de superar el triple test de proporcionalidad: idoneidad/adequación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, empleado por dicho Tribunal para solucionar los conflictos entre las normas laborales estatales y las libertades comunitarias. En consecuencia, el TJUE actúa en estas sentencias, postergando el derecho de acción colectiva de los trabajadores en la categoría

de derechos fundamentales de segundo rango, supeditados a las libertades económicas (Jimena, 2014, b).

En concordancia con lo anteriormente expuesto, el TJUE degrada los derechos sociales puesto que postula la imposibilidad de que los derechos sociales o laborales pudieran afectar las libertades fundamentales que emanan del Derecho de la Unión, como demuestra el caso “Viking” (Cabeza, 2015).

Entrando más al fondo en el análisis de las sentencias “Viking”, “Laval” y “Ruffert”⁹⁷ por el TJUE, cabe establecer una serie de consideraciones:

La primera consiste en que los derechos sociales como la huelga o la negociación colectiva están reconocidos como derechos fundamentales en el ámbito jurídico de la UE y, cuando defienden un interés general, permite establecer limitaciones legítimas a las libertades económicas fundamentales (Del Rey Guarner, 2018). En estos asuntos la acción colectiva busca reestablecer un principio de territorialidad en la aplicación de la tutela laboral sobre las condiciones de trabajo, que ha sido ignorada por la prestación de servicios transnacional y, por tanto, se trata de la utilización de la huelga como instrumento sindical *antidumping* social (Baylos, 2018).

En segundo lugar, las libertades económicas y, en especial la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, son vitales para la UE y sus objetivos fundacionales, por lo que las limitaciones que puedan establecer los derechos sociales han de ser de especial trascendencia (Del Rey Guarner, 2018).

La tercera radica en que no es posible utilizar la normativa sobre desplazamientos y las condiciones mínimas respetables en cuanto a los trabajadores desplazados como referencia para proceder a una armonización de las condiciones de trabajo, operando como una suerte de estándar al alza de los derechos, de forma que se elimine la aplicación a esos trabajadores de condiciones de trabajo aplicables de su país de origen (Del Rey Guarner, 2018).

Ante las acciones de conflicto emprendidas por los sindicatos en defensa de los trabajadores, derivada de la no armonización de las condiciones laborales, la respuesta

⁹⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda). Caso Dirk Ruffert contra Land Niedersachsen. Sentencia de 3 de abril de 2008. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TJCE 2008\60]. En este supuesto el conflicto nace de la adjudicación de una obra licitada en el Land de Baja Sajonia, cuya adjudicataria alemana subcontrató a una empresa polaca, que aplicaba unas condiciones salariales inferiores al convenio colectivo de aplicación en Alemania. Al descubrirse esta cuestión, el Land y la empresa alemana que resultó adjudicataria procedieron a la resolución del contrato por incumplimiento de este. Es importante reseñar que la ley del Land imponía en sus cláusulas que la empresa adjudicataria se comprometiera a pagar a sus trabajadores conforme a lo que dictase el convenio colectivo aplicable, planteándose si esta disposición era contraria a la libre prestación de servicios.

del TJUE será negativa al entender que se confronta directamente con las libertades de mercado, que deben condicionar el ejercicio del derecho de huelga. Por parte del TJUE opera el siguiente razonamiento: en primer lugar, se indica que el derecho de huelga está excluido de las competencias de la Unión, de conformidad con el artículo 153 TFUE, por lo que la regulación es una cuestión interna de los Estados miembros. Esta regulación normativa debe respetar los principios generales recogidos en el artículo 28 del CDFUE, el artículo 6 CSE y el Convenio 87 OIT. La siguiente consideración es que, en el ámbito europeo, el reconocimiento de este derecho “puede justificar una restricción de las obligaciones impuestas por el derecho comunitario” (Baylos, 2018, p. 1166). Sin embargo, esta restricción debe conciliarse, a su vez, con las exigencias que plantea el respeto de las libertades económicas fundamentales conforme al principio de proporcionalidad (Baylos, 2018).

Así, la regulación nacional sobre ciertos derechos laborales afecta a las libertades comunitarias, lo que provoca una tensión constante entre el derecho nacional de los Estados miembros y el derecho comunitario de la Unión. Esto conduce a un fenómeno de *law shopping* de desplazamiento de sociedades y empresas en función de las ventajas que pueden derivarse de una legislación nacional más favorable para estas en cuanto a las condiciones fiscales y de sociedades, provocando el llamado *efecto Delaware* que ha implicado la degradación de los derechos laborales para hacer más “atractiva” la instalación de empresas en el país (Del Rey Guarner, 2018).

Como sintetizan Fita y Goerlich (2017), en la Unión Europea los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios y el derecho de la competencia han afectado a los derechos de acción colectiva de los trabajadores. En este sentido, Goerlich (2018) advierte de este riesgo ante una estipulación convencional que no se mueve en el marco de las condiciones de empleo y de trabajo o, dicho de otra forma, se extralimita, pues podría ser enjuiciada desde la perspectiva de la defensa de la competencia. En la misma línea se pronuncian Guamán y Noguera (2014) al advertir que las normas sobre competencia han funcionado con un fuerte efecto de corrosión de las normas estatales de carácter social. En el mismo sentido, Fotinopoulou (2015) manifiesta que la consecuencia de la no aplicación de los convenios colectivos a los trabajadores desplazados en estos supuestos, al no encontrarse bajo la tutela de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, ha traído como consecuencia la desprotección de los trabajadores y la implantación del *dumping* social intracomunitario.

Esta visión fundamentalista del tribunal comunitario expuesta en los asuntos “Viking” y “Laval” ha provocado que se generen contradicciones también en el ámbito supranacional. La sentencia del TJUE en el caso “Laval” provocó sanciones a los sindicatos y la modificación de la legislación sueca en el sentido de limitar las acciones colectivas de los sindicatos respecto a los trabajadores desplazados. Esta situación llevó a los sindicatos a acudir a otras instancias en tutela de sus derechos que obtuvieron una respuesta distinta desde el ámbito del constitucionalismo externo (Guamán y Noguera, 2014).

En primer lugar, se acudió a la Comisión de Expertos para la Aplicación de los Convenios y las Recomendaciones (CEACR) por considerar que se habían vulnerado los convenios 87 y 98 de la OIT. La CEACR emitió su Informe General de 2013⁹⁸ y manifestó que las limitaciones introducidas por la ley sueca de desplazamiento vulneraron el derecho de acción colectiva de los sindicatos obviando, además, la cuestión de si los trabajadores extranjeros estaban afiliados a un sindicato o no. El planteamiento del Comité lleva a cuestionar las sanciones impuestas y a recomendar que se recoja algún tipo de inmunidad normativa por responsabilidad civil derivada del ejercicio a la huelga. En definitiva, se muestra la confrontación entre órganos en el ámbito supranacional puesto que la CEACR parte de la afirmación del derecho de huelga como derecho fundamental derivado de la libertad sindical y, por otro lado, la lógica del TJUE basada en el carácter fundamental de las libertades de circulación económicas justifica la restricción del ejercicio de los derechos fundamentales (Guamán y Noguera, 2014).

El segundo marco al que el sindicalismo sueco pidió amparo es el del CEDS, que también se pronunció sobre el asunto “Laval”⁹⁹, siendo contundente al entender la imposibilidad de poner trabas a la libertad de los sindicatos en cuanto a la negociación colectiva y los métodos legítimos para promover la defensa de los trabajadores. Por otro lado, la resolución incide en que se impide a los trabajadores desplazados el establecimiento de procedimientos para la negociación voluntaria de sus condiciones de trabajo, produciéndose una discriminación al no asegurarse el mismo tratamiento a estos trabajadores respecto de los nacionales (Salcedo, 2014, a).

⁹⁸ CEACR. Informe General (Informe III, Parte 1A), 102ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2013-102-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2013-102-1A).pdf)

⁹⁹ Comité Europeo de Derechos Sociales. Asunto número 85/2012. Confederación de Sindicatos Suecos y Confederación Profesional de Empleadores contra Suecia. Recuperado de [https://hudoc.esc.coe.int/eng/-/{\"fulltext\":\[\"85/2012\"\],\"ESCDcType\":\[\"FOND\",\"Conclusion\",\"Ob\"\],\"ESCDcIdentifier\":\[\"cc-85-2012-dadmissandmerits-en\"\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng/-/{\)

El CEDS, en esta resolución, acude a la protección multinivel de los derechos utilizando las distintas fuentes supranacionales y vinculando el artículo 11 del CEDH con el artículo 6 de la CSE, así como de la jurisprudencia del TJUE. Sin embargo, la debilidad en la construcción del diálogo europeo se sitúa en la prácticamente inexistente comunicación del TJUE y el TEDH en relación con los derechos fundamentales de carácter laboral y, en concreto, con los derechos de negociación colectiva y de huelga. En este sentido, la adhesión de la UE al CEDH que hubiera implicado una mayor coordinación de cánones interpretativos entre ambos tribunales ha sido bloqueada por el Dictamen 2/2013 del TJUE¹⁰⁰, que considera que la adhesión no es compatible con el artículo 6.2 del TUE. No obstante, conviene resaltar que el TEDH, desde el asunto Demir y Baykara contra Turquía, al integrar el derecho de libertad sindical con el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga, marca las restricciones de este último en los límites establecidos en una sociedad democrática que derivan de la seguridad nacional, seguridad pública, el orden y prevención de delitos, y la protección de los derechos y libertades de las demás personas. Este hecho debería tener eco en el ámbito de la UE, puesto que el artículo 52 de la CDFUE sitúa al CEDH como parámetro del alcance de los derechos reconocidos en su texto, no siendo posible una interpretación limitativa o lesiva en función de cómo concreta los derechos el TEDH (Baylos, 2018).

Como se ha advertido, estas discrepancias entre el TJUE y el CEDS por los casos “Laval” y “Viking” generan que una conducta pueda no ser contraria al ordenamiento de la UE, pero sí al contenido de la CSE. Ante esta divergencia, debería ser la UE la que se adapte al nivel de protección exigido internacionalmente, resolviendo el conflicto con la mayor protección de los derechos de los ciudadanos, siendo el ordenamiento laboral tuitivo como elemento esencial para la pervivencia del Estado social reforzando el argumento de la aplicación del estándar más alto de derechos (Alfonso, 2015).

Se aprecia que el juicio de proporcionalidad para evaluar la necesidad de las medidas estatales dista mucho de ser uniforme. Este implica a menudo un ejercicio de ponderación entre libertades comerciales y derechos de carácter no económico que no siempre conduce a una única y predecible solución jurídica. En el asunto “Laval”, el TJUE desliza observaciones que tienden a considerar antieconómico *per se* tanto el estatuto jurídico como el establecimiento del trabajo como sujeto político dotado de autonomía colectiva. Según esta doctrina del TJUE, no resulta lícito pretender alterar la posición actual capital-

¹⁰⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno). Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=ES>

trabajo a nivel europeo mediante la acción colectiva, negando la esencia misma de la libertad sindical (Llobera, 2017).

Desde el plano interno, constitucional, es más controvertida la posición comunitaria de prevalencia del libre funcionamiento de mercado y la libre competencia. Así, la Constitución española no resuelve de forma expresa, como tampoco de forma implícita, el problema de la interacción entre los tratados internacionales y el Derecho de la Unión Europea (Gómez Fernández, 2017). Es más, nuestra Constitución no hace una apuesta decidida a favor de la libre competencia puesto que las referencias en el texto a la economía de mercado se ven contrapesadas por las diversas referencias a los fines sociales del Estado y la intervención en el mercado (Goerlich, 2011).

Por toda la situación descrita anteriormente, se podría dar que la rigidez del TJUE dé lugar a que un Estado como el nuestro, firmante del CEDH y perteneciente a la UE, pueda verse abocado por una actuación suya, de una forma u otra, a tener que ser condenado por uno de los tribunales europeos, el de Luxemburgo o Estrasburgo (Ruiz Miguel, 2015).

Guamán y Noguera (2014) sugieren que una solución sería que la UE asumiera los tratados internacionales de derechos sociales como el PIDESC o la Carta Social Europea del Consejo de Europa, teniendo en cuenta que con el Tratado de Lisboa dotó a la UE de personalidad jurídica, lo que implicaría que la UE tendría que presentar informes periódicos ante el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) y el CEDS. En la misma sintonía, dejando al margen la solución posible en el derecho interno para cada caso, la resolución de la problemática en el marco europeo pasaría por la ratificación de la CSE por la UE en sentido análogo a la incorporación del CEDH por el Tratado de Lisboa (Jimena, 2014, a). Se observa que esta actual carencia que afecta a los Estados miembros rompe el carácter indivisible de los derechos humanos, dejando en un segundo plano a los derechos sociales (Salcedo, 2014, a).

Por lo tanto, se debe abandonar la tendencia al análisis jurídico de esta problemática con base en la superioridad del Derecho de la Unión Europea. Tal es así que no existe jerarquía entre las normas supranacionales del Consejo de Europa y de la Unión Europea puesto que estamos ante dos ordenamientos jurídicos diferentes (Salcedo, 2014, a).

Para Aparicio (2005), la alternativa solo será real si se supera la disyuntiva entre funcionalismo y federalismo para transitar por la senda federalista en Europa. Igualmente apuesta porque la UE opte por la atribución de competencias para la protección de los derechos cívicos y sociales fundamentales, lo que sería un paso significativo para la

construcción de un “constitucionalismo mundial” que globalice los derechos fundamentales para todos los seres humanos.

En la exploración de una solución jurídica a este conflicto, el principio *favor libertatis* ofrece una salida en pro de la justiciabilidad de los derechos sociales, buscando la posición más favorable a la garantía de cada derecho. Este principio se deduce de los propios tratados europeos, como el artículo 53 CEDH, el artículo 32 de la CSE originaria y el artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales (Jimena, 2014, a). Se trata de una construcción que conecta con la teoría liberal de los derechos fundamentales que se identifica con el principio de efectividad. Es un principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, asumido por nuestro Tribunal Constitucional (Preciado, 2018).

En la línea de la relación que se da en el ámbito europeo entre el TEDH, el TJUE y el CEDS, teniendo en cuenta toda la problemática jurídica ya estudiada a estas alturas del trabajo, es importante fomentar un efecto útil sustentando en una acción de sinergia que tienda a la realización más favorable de la justicia social, con el estudio de la jurisprudencia de cada órgano desde la perspectiva del enriquecimiento mutuo (Jimena, 2014, b). Mientras no llegue una acción correctora de la UE y de los Estados miembros a la hora de suprimir/modificar las normas que vulneran la Carta Social Europea, se sitúa la responsabilidad en los órganos jurisdiccionales para aplicar directamente los tratados y la jurisprudencia internacional, dejando a un lado la normativa que la vulnera en cumplimiento del control de convencionalidad (Salcedo, 2014, a).

El propio Parlamento Europeo en sus resoluciones de 13 de marzo de 2014¹⁰¹ ha sido autocrítico con la situación descrita en estas páginas. Así, ha reconocido que no ha respetado las obligaciones de la UE en materia de empleo y asuntos sociales, no habiendo respetado la Carta de Derechos Fundamentales que reconoce el derecho a la negociación y de acción colectiva. Igualmente, reconoce que la Troika ha omitido el artículo 151 del TFUE, que establece que las acciones tomadas por la UE deben ser coherentes con los derechos sociales fundamentales establecidos en la CSE (Salcedo, 2014, a).

¹⁰¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2014, sobre los aspectos laborales y sociales del papel y las actividades de la Troika (BCE, Comisión y FMI) en relación con los países de la zona del euro sujetos a un programa. Recuperado de <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0240+0+DOC+XML+V0//ES>

Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2014, sobre la aplicación del Tratado de Lisboa en lo que respecta al Parlamento Europeo. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014IP0249&from=EN>

Por lo tanto, la primacía del Derecho de la Unión no es un argumento jurídico suficiente para derribar los derechos sociales reconocidos en otras fuentes internacionales o supranacionales por lo que, en este caso, habrá que estar al principio *favor libertatis* o al principio de norma más favorable.

Capítulo III. Fuentes y mecanismos de control del Derecho Internacional del Trabajo

En este capítulo se tratarán las principales fuentes que comprende el DIT. Necesariamente se debe acudir a textos internacionales de derechos humanos de distinta índole, por lo que conviene centrar fundamentalmente el análisis de estos en sus contenidos de derecho laboral y, particularmente, en el derecho a la libertad sindical y el contenido relacionado con las garantías por extinción del contrato de trabajo. Igualmente, en este análisis, se desgranará la arquitectura internacional en materia de derechos humanos, por lo que conviene realizar una serie de precisiones históricas y de geopolítica mundial con el fin de situar correctamente el marco jurídico-político de la construcción del constitucionalismo externo.

Dentro de todo este esquema se concretará el perfil de la regulación del derecho a la libertad sindical en cada uno de los textos de referencia, así como las normas estudiadas en relación con las garantías en la extinción del contrato de trabajo. En el primer caso, en todos los ámbitos que abarca este estudio se recoge el derecho a la libertad sindical de una forma u otra. En el segundo caso, se estudian las dos normas esenciales en el ámbito internacional y que más impacto han tenido en nuestro ordenamiento interno, esto es, el C158 de la OIT y el artículo 4.4 de la Carta Social Europea.

Con la misma metodología se va a estudiar la normativa supranacional europea con especial atención al Consejo de Europa. La cuestión de la Unión Europea ya se ha abordado en el anterior capítulo, donde se trata su problemática en relación con los factores de merma del Derecho Internacional del Trabajo.

En paralelo se van a analizar los mecanismos de control de los tratados tanto internacionales y regionales desde la óptica de la libertad sindical, y también la remisión a las garantías en la extinción del contrato de trabajo. En este apartado se explica el funcionamiento de los órganos de control de forma sucinta, como la interpretación que hacen de los derechos objeto del estudio, con relación a las resoluciones que afectan a nuestro país. Esta última cuestión es de suma importancia puesto que, como se defiende, la interpretación que se hace de los tratados por estos órganos de control es vinculante

para los órganos judiciales de nuestro país y, por lo tanto, prevalentes si se encuentran en colisión con cualquier norma interna de nuestro ordenamiento.

Por último, es ineludible situar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que ha sido el promotor del ejercicio del control de convencionalidad para el respeto de la norma supranacional. Este esquema va a ser funcional y complementario a lo ya dicho en el anterior capítulo sobre el SIDH.

3.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 viene a ser la piedra angular de la nueva arquitectura jurídica mundial que surge tras la Segunda Guerra Mundial.

Su preámbulo sitúa los derechos humanos como perspectiva de futuro para evitar la barbarie vivida recientemente y se pone el énfasis en que precisamente ese funesto escenario se produjo por la negación y la violación de los derechos humanos.

Pese a ser un texto declarativo y, por lo tanto, desde un punto estrictamente jurídico no exigible, la DUDH supone la inauguración del constitucionalismo internacional que surge tras la Segunda Guerra Mundial (Guamán y Noguera, 2014).

Para nuestro ordenamiento jurídico es un texto trascendental, puesto que la Constitución española en el artículo 10.2 establece expresamente que los derechos fundamentales y libertades comprendidas en la Carta Magna se interpretarán conforme a la propia Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España.

Este texto fundacional de la nueva etapa de la comunidad internacional que deja atrás los horrores de la Segunda Guerra Mundial reconoce expresamente el derecho a la libertad sindical en su artículo 23.4. Así, dicho precepto establece el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a los mismos.

Cabe reiterar la postulación basada en que los derechos de libertad se interrelacionan con los derechos sociales, tal y como se ha desgranado en el Capítulo I, y en esta línea se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos. En este sentido, estamos de acuerdo con Escobar (2012), que determina lo siguiente:

La idea de libertad presente en la DUDH es la libertad real o efectiva, es decir, los derechos sociales sirven también a la libertad, desde una concepción realista y exigente de la misma, desde el entendimiento de que una persona no puede considerarse libre si no encuentra satisfechas sus necesidades básicas (Escobar, 2012, p. 53).

3.2. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

Este texto se aprueba el 16 de diciembre de 1966, en la Asamblea General de Naciones Unidas celebrada en Nueva York. Crea obligaciones para los Estados en materia de derechos civiles y políticos.¹⁰²

El artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza el derecho a fundar sindicatos, a afiliarse a los mismos, a formar federaciones y confederaciones, a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones a las que sean necesarias en una sociedad democrática.

Igualmente, su apartado 3 establece como garantía lo dispuesto en el Convenio 87 de la OIT sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, no autorizando a los Estados a legislar por debajo de las garantías establecidas en dicho convenio. Esta es una cuestión importante puesto que es expresión de la protección mínima que establecen las normas internacionales del trabajo que estamos analizando en la presente tesis, ejerciendo la función de plasmar unos estándares de protección mínimos para los trabajadores.

El órgano con competencia para el control y el contenido del PIDCP es el Comité de Derechos Humanos. Por el propio contenido del Pacto sus resoluciones se centran en los derechos civiles y políticos, puesto que los derechos sociales en el marco internacional se protegen fundamentalmente desde el PIDESC y por los órganos de control de la OIT.

El Comité tiene dos mecanismos de funcionamiento: en primer lugar, el estudio de los informes que los Estados deben presentar sobre el alcance del cumplimiento del mismo. Por otro lado, conforme al Protocolo Facultativo del PIDCP de 16 de diciembre de 1966¹⁰³ cuya entrada en vigor data del 23 de marzo de 1976, se articula un procedimiento para recibir y considerar las comunicaciones de los individuos que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado y consideren que han sido víctimas de violación de alguno de los derechos reconocidos en el Pacto, tal y como comprende el artículo 1 del Protocolo. En lo tocante al conocimiento de las denuncias sobre el fondo de cada asunto, es importante tener en cuenta que la valoración interna es competencia de los órganos

¹⁰² Dicho texto entró en vigor el 3 de enero de 1976. España ha firmado el presente pacto, ratificado el 25 de enero de 1985 por instrumento de 17 de enero y publicado en el *BOE* el 2 de abril de 1985, con expresa reserva de no aceptar la competencia del Comité de Derechos Humanos si la queja ha sido conocida por otra instancia internacional.

¹⁰³ Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCCPRI.aspx>

judiciales de los Estados miembros y que el Comité no realiza una valoración ordinaria, sino simplemente dirime si se ha respetado el Pacto o no, desde la óptica internacional que marca el tratado.

La jurisprudencia del Comité, en lo referido al Derecho del Trabajo respecto a España, es muy escasa debido a que dicho control compete a otros pactos y, en el ámbito de Naciones Unidas, particularmente al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Huelga decir que la mayoría de los asuntos que se reciben por dicho órgano giran en torno al derecho a la defensa y al derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes.

Aterrizando a los pronunciamientos sobre España, hay que referirse únicamente a la decisión n.º 1396/2005 de 28 de octubre.¹⁰⁴ En este asunto el debate giraba en torno al derecho a la libertad de asociación. El denunciante presentó su candidatura independiente para el Consejo General del Poder Judicial y fue rechazada por falta de avales suficientes, considerando el Comité como inadmisibles dicha denuncia, y no apreciándose, por lo tanto, la lesión del Pacto.

3.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las resoluciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre libertad sindical respecto de España

Este texto se aprobó en la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966¹⁰⁵, creando obligaciones para los Estados sobre derechos sociales.

La justificación del texto viene marcada por la adopción en el plano internacional de dos pactos distintos, lo que refleja la intención de establecer obligaciones de alcance diferente con relación a cada categoría de derechos tal y como muestra la diferencia de contenido entre el artículo 2.2 del PIDCP y 2.1 del PIDESC (Abramovich y Courtis, 2014).

De la lectura de ambos preceptos se muestra que el redactado del PIDCP tiene unos términos concretos y tajantes para asegurar la efectividad de los derechos comprendidos en ese Pacto por los Estados, mientras que la redacción del PIDESC es más abierta, dejando depender el desarrollo de sus preceptos en función de los recursos de los Estados y con progresividad en el cumplimiento de los derechos.

¹⁰⁴ Recuperado de [https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/61/40\(Vol.II\)](https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/61/40(Vol.II)), pp. 658-662.

¹⁰⁵ El pacto entró en vigor el 3 de enero de 1976. España es firmante con fecha 28 de septiembre de 1976, y fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 30 de abril de 1977.

Interesa destacar que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a los efectos de este estudio, recoge el derecho a sindicarse y el derecho de huelga en su artículo 8. Como ya se ha dicho con anterioridad, no existe ningún precepto que aluda a las garantías en la terminación del contrato de trabajo, al ser un texto que se enfoca desde los derechos sociales básicos.

De nuevo, algunos sectores de la doctrina (Alfonso, 2015) han mantenido la escasa coactividad del PIDESC, a lo que se añade la circunstancia recurrente por los Estados basada en la alegación de la falta de recursos económicos para justificar su incumplimiento del Pacto. Sin embargo, lo dispuesto en el artículo 2.1 del PIDESC es una llamada de responsabilidad de los Estados para que cumplan con las consideraciones de sostenibilidad, igualmente con los derechos sociales (Jimena, 2014, a).

Como más adelante se estudiará, se afirma que las resoluciones del órgano de control responsable de interpretar el Pacto se aplicarían en nuestro ordenamiento, bien sea por la vía del artículo 10.2 de la CE como canon interpretativo de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, o por la vía del artículo 96 de la CE, en aplicación del control de convencionalidad. Al ser un tratado ratificado por España, las interpretaciones de dicho órgano han de prevalecer si colisionan con normativa interna, exceptuando la Constitución española.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un órgano de control que vela por el cumplimiento del Pacto y cuyas resoluciones marcan la interpretación y la aplicación concreta del texto. Es un órgano que no se crea directamente por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sino por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en su resolución 1985/17 del 28 mayo de 1985.¹⁰⁶

Hasta entonces, el Consejo Económico y Social, que sí viene regulado por el PIDESC en su artículo 16 y siguientes, asumía la valoración de los informes que periódicamente están obligados a remitir los Estados sobre el cumplimiento del contenido del Pacto.

Con la aprobación del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 10 de diciembre de 2008,¹⁰⁷ se establece la competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para conocer las denuncias de las víctimas sobre supuestas violaciones del Pacto por los Estados. España firma el texto el

¹⁰⁶ Recuperado de www.ap.ohchr.org > ECOSOC > resolutions > E-RES-1985-17

¹⁰⁷ Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 2008. *Boletín Oficial del Estado*, número 48, de 25 de febrero de 2013, pp. 15421-15429.

24 de septiembre de 2009, ratificado el 9 de julio de 2010 y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 25 de febrero de 2013. Sin embargo, sus observaciones y resoluciones carecen de fuerza jurídica vinculante, por lo que su labor se emite en el “diálogo constructivo” con los Estados. Pese a lo anterior, su doctrina es una guía útil para los Estados y otros actores internacionales como el TEDH para la construcción y protección de los derechos sociales (Guamán y Noguera, 2014). Esto no impide que se incorporen a la jurisprudencia interna como canon hermenéutico al suponer la voz del tratado, y con mayor razón cuando su doctrina se recoge en las sentencias nacionales y supranacionales. Por lo tanto, como veremos más adelante, sus resoluciones vincularán a los órganos judiciales internos a la hora de ejercer el control de convencionalidad.

La mayoría de los pronunciamientos respecto a España se ciñen a los informes periódicos que han ido presentando los sucesivos gobiernos en cuanto al cumplimiento de los derechos del PIDESC. En este momento procede el examen de los informes y resoluciones, en el marco de las sesiones periódicas, que se refieran y afecten al derecho de libertad sindical y a la sindicación en conexión con nuestro país.

En primer lugar, destaca el valor del informe del año 1979¹⁰⁸ sobre los derechos reconocidos en los artículos 6 a 9 del PIDESC. Su importancia radica en que se enmarca en la valoración del recién estrenado marco democrático en España. En concordancia con lo anterior, se efectúa un repaso de la legislación sindical desde la promulgación de la Constitución española. Como conclusión del referido informe, se viene a constatar el extraordinario progreso realizado para el reconocimiento de los derechos sindicales en España sobre el derecho de asociación y sobre la celebración de elecciones sindicales con normalidad.

Los siguientes informes, en lo referido al cumplimiento de los derechos laborales en España, van exactamente en la misma dirección que los anteriores, considerando la legislación laboral de conformidad con el PIDESC.¹⁰⁹ Igualmente, la sesión de trabajo

¹⁰⁸ Consejo Económico y Social. Informes presentados de conformidad con la resolución 1988 (LX) del Consejo por los Estados parte en el Pacto sobre los derechos reconocidos en los artículos 6 a 9 (E/1978/8/add 26, de 25 de abril de 1979). Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2f1978%2f8%2fAdd.26&Lang=en

En cuanto a las observaciones finales del Comité: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2f1980%2fWG.1%2fSR.20&Lang=en

¹⁰⁹ Consejo Económico y Social. Segundos informes periódicos presentados por los Estados parte en el Pacto relativo a los derechos comprendidos en los artículos 6 a 9, en cumplimiento de la resolución 1988 (LX) del Consejo Económico y Social (E/1984/7/Add. 2, de 14 de febrero de 1984). Recuperado de

del grupo de expertos de los gobiernos en la implementación del Pacto, celebrada en abril de 1984,¹¹⁰ debate sobre los cambios legislativos producidos en la transición de la dictadura a la democracia, tal y como informa el representante del Gobierno de España, señor Somalo Giménez. El informe pone el acento en la importancia de los acuerdos entre la patronal y los sindicatos para el cumplimiento de los artículos 6 a 9 del pacto, y el Gobierno español recalca el avance del derecho de sindicación en nuestro país.

Tras unos años sin consideraciones significativas sobre nuestro país, las observaciones del CDESC de fecha 28 de mayo de 1996¹¹¹ vuelven a referirse a nuestra situación interna en el marco de los informes presentados por los Estados. Es el tercer informe firmado por España y el Comité lamenta que no se haya tratado en el mismo, entre otros, el artículo 8, que consagra el derecho a la sindicación. Al mismo tiempo, se felicita a nuestro país por las numerosas medidas constitucionales y de otra índole que ha adoptado para promover la realización de los derechos económicos, sociales y culturales del pacto. No obstante, el Comité viene a mostrar su preocupación por la discriminación que sufre la mujer en el mercado laboral. Igualmente, muestra su inquietud por la privatización de los servicios sociales, así como por las reducciones presupuestarias aplicadas en España a causa de la recesión, lo que provoca que se resientan los grupos más vulnerables de la sociedad, señalando la importancia de que se apliquen programas para proteger a esos colectivos. Por último, el Comité expresa su preocupación por la alta tasa de desempleo que afecta especialmente a los jóvenes y a las mujeres.

Se sigue informando sobre la incorporación de normativa a nuestro ordenamiento como en la sesión del CDESC de 5 de diciembre de 1996,¹¹² donde se aborda el artículo 8 del Pacto. El Gobierno de España indica que la Constitución española reconoce un papel importante a los sindicatos y a las organizaciones empresariales y que los postulados

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2f1984%2f7%2fAdd.2&Lang=en

¹¹⁰ Consejo Económico y Social. Sesión del grupo de expertos de los gobiernos sobre la interpretación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/1984/WG.1/SR.12, de 30 de abril de 1984). Recuperado de

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2f1984%2fWG.1%2fSR.12&Lang=en

¹¹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto (E/C.12/1/Add.2, de 28 de mayo de 1996), observaciones finales. Recuperado de

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1%2fAdd.2&Lang=en

¹¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Acta resumida de la tercera sesión (E/C.12/1996/SR.3, de 5 de diciembre de 1996). Recuperado de

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1996%2fSR.3&Lang=en

constitucionales se desarrollan en la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/85 (LOLS)¹¹³, así como el Real Decreto-ley 17/1977 sobre Relaciones de Trabajo¹¹⁴ y también en la Ley 4/1986 de Cesión de Bienes de Patrimonio Sindical.¹¹⁵

Como se observa, los debates versan sobre cómo nuestro país respeta el derecho a la libertad sindical abordando distintas temáticas. En relación con la función pública¹¹⁶, el representante español informa que el derecho a la libertad sindical se garantiza por España conforme a la normativa internacional y que solo se establecen limitaciones para la Guardia Civil, los jueces, magistrados y fiscales. Igualmente, se añade que los altos funcionarios del Estado no tienen derecho a ostentar cargos de responsabilidad en los sindicatos. En la misma línea, por lo que atañe a la Policía Nacional, se informa de que solo pueden afiliarse a organizaciones gremiales, y a la Policía local se le aplica la legislación correspondiente a la función pública.

Se sigue manteniendo la conformidad de nuestra normativa con el contenido del Pacto en el año 2003¹¹⁷, haciendo gala de ello el Gobierno al alegar que el derecho de libertad sindical está consagrado tanto en el artículo 28 de la Constitución española como en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, efectuándose un repaso por la normativa nacional sobre el derecho a la libertad sindical y el derecho a huelga, para concluir que nuestra regulación es garantista, con los debidos controles judiciales y, en definitiva, de conformidad con el Pacto. El Comité, por su parte, en la formulación de sus conclusiones manifiesta una visión general de conformidad en la aplicación efectiva del Pacto en nuestro país.

¹¹³ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. *Boletín Oficial del Estado*, número 189, de 8 de agosto de 1985, pp. 25119-25123.

¹¹⁴ Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, *Boletín Oficial del Estado*, número 58, de 9 de marzo de 1977, pp. 5464-5470.

¹¹⁵ Ley 4/1986, de 8 de enero, de cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado. *Boletín Oficial del Estado*, número 12, de 14 de enero de 1986, pp. 1944-1946.

¹¹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Acta resumida de la quinta sesión (E/C.12/1996/SR.5, de 9 de diciembre de 1996). Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1996%2fSR.5&Lang=en

¹¹⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cuartos informes periódicos presentados por los Estados parte a propósito de los artículos 16 y 17 del Pacto (E/C.12/4/Add.11, de 14 de enero de 2003). La información respecto a España se encuentra en los epígrafes 194 a 201. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f4%2fAdd.11&Lang=en

Sin embargo, este mecanismo de control va a ir advirtiendo defectos o deficiencias en la aplicación del Pacto¹¹⁸. Así, el Comité en 2004 no muestra objeciones concretas sobre el ejercicio del derecho a la libertad sindical, pero sí sitúa una serie de objeciones en relación con el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes. En cuanto a las preocupaciones, el CDESC manifiesta que se reconoce a los extranjeros en situación administrativa irregular una serie de derechos fundamentales, en particular el derecho a la educación, la atención de salud y los servicios sociales básicos, a condición de que se inscriban en sus respectivas municipalidades. En un prisma más laboral, inquieta la situación de los trabajadores migrantes y sus precarias condiciones laborales, caracterizadas por un gran número de trabajadores con contratos temporales.

Hasta aquí, los informes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que abarcan todo este periodo evalúan el marco democrático en España, adverbando la conformidad de las garantías establecidas respecto a la libertad sindical en el ordenamiento interno con los estándares establecidos en el Pacto, aunque con algún elemento para la preocupación del Comité, como ya hemos tenido oportunidad de resaltar. Por lo tanto, llegados a este punto, se puede considerar con carácter general el cumplimiento de nuestro país hacia el Pacto, pues no se observan problemas significativos.

Los siguientes informes van a situar una serie de problemas fundamentalmente relacionados con la precariedad, la libertad sindical y la negociación colectiva, esto último derivado de las medidas de ajuste y austeridad que acompañan a la reforma laboral de 2012.

Antes de examinar los informes relativos a los periodos sucesivos a la crisis financiera de 2008, es importante rescatar el criterio general del CDESC en cuanto a las políticas en contextos de crisis económicas. En tal sentido, el Comité sostiene que las medidas que se apliquen por los Estados no pueden suponer una vulneración de los DESC, por lo que las políticas de austeridad deben cumplir los requisitos de provisionalidad, necesidad, proporcionalidad, afectación mínima y fijación de un suelo de derechos o protección social (Guamán y Noguera, 2014).

¹¹⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. (E/C.12/1/Add.99, de 7 de junio de 2004). Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1%2fAdd.99&Lang=en

En esta línea se enmarca el notable informe conjunto de las organizaciones de la sociedad civil al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con motivo del quinto informe presentado por España, en el 48 periodo de sesiones para mayo de 2012.¹¹⁹

Las organizaciones firmantes de dicho documento llevan a cabo una valoración de la reciente reforma laboral mediante el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.¹²⁰ En dicho texto se recogen críticas hacia el abaratamiento del despido y al aumento del periodo de prueba a un año en la contratación con la introducción del contrato de apoyo a emprendedores, lo que incide negativamente en la negociación colectiva de las personas trabajadoras y limitan la acción sindical. Estamos ante un trabajo exhaustivo y riguroso por las organizaciones de la sociedad civil que es fundamental para el correcto funcionamiento de los órganos de control.

Respecto a las observaciones del CDESC¹²¹ en cuanto a los informes presentados por los Estados en el 48 periodo de sesiones, se recoge, en lo que atañe a España, la satisfacción del órgano por la ratificación de España del Protocolo Facultativo del PIDESC, que habilita a las víctimas de vulneraciones de los derechos reconocidos en el Pacto para dirigir comunicaciones al PIDESC. Sin embargo, el Comité presenta algunas preocupaciones. Aunque directamente no interpela al artículo 8 sobre libertad sindical, sí viene a establecer algunas consideraciones sobre el cumplimiento del contenido mínimo del Pacto a través del artículo 2.

Basándonos en lo anterior, como motivo de preocupación distingue que, por aplicación del principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos humanos, se deben adoptar las medidas legislativas para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales con un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos, solicitando que se tomen las medidas adecuadas para garantizar la plena justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales. En estrecha relación con lo anterior, el Comité expresa su

¹¹⁹ Recuperado de https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/ngos/JointSubmission19NGOs_Spain_CESCR48_sp.pdf

¹²⁰ Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. *Boletín Oficial del Estado*, número 36, de 11 de febrero de 2012, pp. 12483-12546.

¹²¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto (E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio de 2012). Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fESP%2fCO%2f5&Lang=en

preocupación por la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos recogidos en el Pacto como resultado de las medidas de austeridad adoptadas, instándole a que esos niveles mínimos de protección se respeten en todo caso.

El último informe periódico en el que se enmarca el presente estudio comprende el sexto (2012-2016), que España debía presentar en 2017 en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto.¹²² En relación con las alegaciones del Gobierno, la valoración es muy particular y criticable. En primer lugar, se afirma que al derecho de huelga se le ha otorgado más protección a través de su inclusión en el artículo 315 del Código Penal reformado por la Ley Orgánica 1/2015¹²³, cuando la realidad a nuestro criterio es que se ha producido una mayor represión a este derecho por la vía institucional, como muestra el volumen de procedimientos contra trabajadores y sindicalistas. En 2014 los sindicatos denunciaba que había cerca de doscientos sindicalistas con procedimientos al respecto.¹²⁴ En segundo lugar, se dice que la reforma laboral aprobada en España en el año 2012 reforzó la participación de los representantes de los trabajadores en los periodos de negociación de flexibilidad interna y en los despidos colectivos, obviando la pérdida de fuerza negociadora de los sindicatos por la reforma de las reglas de concurrencia y prevalencia entre convenios colectivos, dándole preferencia aplicativa en una serie de materias al convenio colectivo de empresa sobre el de sector, así como la limitación de la ultractividad de los convenios colectivos. Igualmente, la reducción del crédito horario de los representantes de los trabajadores y delegados sindicales de la Administración Pública al reconocido en el Estatuto de los Trabajadores como tope máximo, sin posibilidad de mejora en la negociación colectiva con la introducción del Real Decreto-ley 20/2012.

El relato del Gobierno es controvertido por el informe conjunto de las organizaciones de la sociedad civil española ante el órgano de control del PIDESC¹²⁵, que relata los problemas que se derivan de la reciente reforma laboral. En tal sentido, se denuncia que el cambio de la política social y laboral del Gobierno en el ciclo 2010-2012 ha supuesto un progresivo debilitamiento del diálogo social, obviándose la participación y consulta

¹²² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sexto informe periódico que España debía presentar en 2017 en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto (E/C.12/ESP/CO/6, de 31 de octubre de 2017). Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fES.P%2f6&Lang=en

¹²³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de 2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, número 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27061-27176.

¹²⁴ Comisiones Obreras. *Gaceta Sindical*, edición n.º 205, junio 2014. Recuperado de <https://www.ccoo.es> > ...

¹²⁵ Recuperado de <https://www.ccoo.es/cf668d14317cf467a5cf52824f40ee0d000001.pdf>

previa a los sindicatos en los procesos legislativos, lo que conlleva consecuencias negativas para los trabajadores.

Para estas organizaciones, la reforma laboral ha extendido la precariedad, así como la pérdida de fuerza de los convenios colectivos de sector, lo que afecta a la negociación colectiva y ha servido para generar una devaluación salarial y, en consecuencia, mayor precariedad. Asimismo, manifiestan que el derecho de huelga se ve afectado por la mediación obligatoria más allá de los supuestos de carácter excepcional previstos en el artículo 31 de la Carta Social Europea. Igualmente, las organizaciones de la sociedad civil denuncian que con la implementación del artículo 315.3 CP se ha producido una criminalización de este derecho fundamental, en particular de la labor de los piquetes. También recuerdan que la reformada Ley de Seguridad Ciudadana¹²⁶ sanciona conductas que afectan a la libertad sindical y que pueden disuadir el ejercicio de este derecho fundamental. Concluyen proponiendo que cesen las conductas contrarias al derecho a la libertad sindical y el derecho de huelga que se producen pese a la firma por España de los Convenios 87, 98 y 154¹²⁷ de la OIT, así como la derogación de la actual redacción del artículo 315.3 del CP, al igual que la derogación de la reforma de la Ley de Seguridad Ciudadana.

Finalmente, el Comité aprobó, en su 28ª sesión de 29 de marzo de 2018¹²⁸, sus observaciones finales sobre el informe de España. Dicho órgano valora positivamente que la recesión económica se haya superado y que el país haya adoptado medidas y políticas que muestran su compromiso con los derechos económicos, sociales y culturales, como la firma del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño,¹²⁹ así como otros planes de integración y respeto a los derechos humanos como el Plan Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos.¹³⁰

¹²⁶ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. *Boletín Oficial del Estado*, número 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27216-27243.

¹²⁷ Instrumento de Ratificación del Convenio número 154 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el Fomento de la Negociación Colectiva, adoptado en Ginebra el 19 de junio de 1981. *Boletín Oficial del Estado*, número 269, de 9 de noviembre de 1985, pp. 35421-35422.

¹²⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España (E/C.12/ESP/CO/6, 25 de abril de 2018). Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fES.P%2fCO%2f6&Lang=en

¹²⁹ Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011. *Boletín Oficial del Estado*, número 27, de 31 de enero de 2014, pp. 6453-6462.

¹³⁰ Recuperado de http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/DerechosHumanos/Documents/Plan_de_Accion_Nacional_de_Empresas_y_Derechos_Humanos.pdf

Sin embargo, al Comité le preocupa sobre nuestro país su posición con los DESC en cuanto a que sigan considerados como principios rectores de la política social y económica reiterando que se hace necesario aprobar medidas legislativas a fin de asegurar su aplicabilidad. En concordancia con lo anterior y yendo a medidas concretas, sugiere que se establezcan mecanismos efectivos para que se garantice la aplicación de los derechos humanos en las empresas. El CDESC realiza una recomendación de primer orden al sugerir al Estado la importancia de formar a los jueces, abogados, agentes del orden público, diputados y otros agentes encargados de la aplicación del Pacto, sobre el contenido de este y la necesidad de invocarlo ante los tribunales.

En otro orden, sostiene que las medidas introducidas con la reforma de 2012 puedan afectar al derecho a la negociación colectiva y le preocupa al Comité la persecución penal a los trabajadores participantes en huelgas a través de la aplicación del artículo 315.3 del Código Penal. Se recomienda al Estado que garantice la efectividad de la negociación colectiva y del derecho de representación sindical, tanto en la ley como en la práctica de conformidad con el artículo 8 del PIDESC, así como el convenio 87 de la OIT y el de derecho de sindicación y de negociación colectiva consagrado en el Convenio 98 de la OIT. Recomienda, en consecuencia, la derogación del artículo 315.3 del Código Penal.

De todo lo visto hasta el momento conviene hacer una serie de valoraciones. La primera es que el trabajo del CDESC ha acompañado el proceso de instauración de la democracia en España, valorando con carácter general la conformidad de la legislación española en materia laboral con el Pacto. La segunda consiste en que se analizan los efectos y la problemática incorporación del fenómeno migratorio a nuestro mercado de trabajo por el Comité en las últimas décadas. En tercer lugar, es una constante la preocupación en la precariedad instalada en el mercado de trabajo y, en tal sentido, la especial afectación de colectivos como los jóvenes y las mujeres. La cuarta es que el CDESC se ha centrado en las últimas reformas legislativas aplicadas al impacto de la crisis, constatando el retroceso de las garantías y derechos, incluidos los derechos de libertad sindical y el derecho a huelga.

Conviene destacar la importancia que revisten los requerimientos del CDESC, en sus dos últimas observaciones sobre España, al cumplimiento y exigibilidad de los derechos sociales recogidos en el Pacto y respecto al contenido esencial de dichos derechos en el marco de las medidas de austeridad aplicadas por el Estado. Por último, es de resaltar el crucial papel de la sociedad civil en cuanto a las aportaciones realizadas a los informes que sitúan los problemas derivados de las reformas legislativas en la realidad social de

nuestro país. Su importancia radica en que permite al órgano tener la visión de la sociedad organizada a menudo diferente y contradictoria a la del Gobierno.

3.4. La Organización Internacional del Trabajo

La OIT desde sus inicios parte del trabajo industrial para ir ampliando progresivamente a otros sectores del trabajo, hasta abarcar una visión en la aspiración de la protección de todos los seres humanos con la Declaración de Filadelfia de 1944.¹³¹ Esta evolución concuerda perfectamente con el propio preámbulo de la Constitución de 1919,¹³² que trascendía de las estrictas condiciones laborales para hacer alusión a una serie de objetivos que atañen a toda la humanidad. Esta cuestión no estuvo exenta de polémica ya que hubo sectores que apostaron por las tesis restrictivas, tanto en la finalidad de la OIT como en la no ejecución de convenios y normas de la OIT. Estas tesis no prosperaron puesto que se asentó que la finalidad de la OIT abarcaba todo aquello que tenga por objeto proteger a los trabajadores, y en cuanto a la distinción entre principios y las disposiciones de ejecución, la misma no cabría puesto que los convenios suelen incorporar contenidos de ambos tipos (Valticos, 1977). La propia Declaración de 1998¹³³ mantiene la senda de los principios marcados en la Constitución en la línea de alcanzar el objetivo del progreso

¹³¹ La Declaración de Filadelfia de 1944 actualiza la Constitución de la OIT e incorpora los fundamentos de paz que van surgiendo con la finalización de la Segunda Guerra Mundial a la Organización. Esta Declaración la aprueba la Conferencia General de la OIT, el 10 de mayo de 1944, y su relevancia estriba en que marca la orientación de la política de los Estados miembros. En el primer punto, se viene a consagrar como principio fundamental en su apartado b, la libertad de expresión y de asociación. La Declaración recoge que los principios incluidos en la misma son aplicables a todos los pueblos y que, teniendo en cuenta el grado de desarrollo social y económico concreto, se determina la aplicación progresiva a las condiciones de los distintos países. Como se hace constar en el informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, adoptado en la Conferencia Internacional del Trabajo, en su 81ª reunión de 1994, la Declaración de Filadelfia vino a constatar en un documento de esta envergadura la relación que existe entre las libertades públicas y los derechos sindicales, lo que entronca de forma evidente con el derecho a la libertad sindical. Por su importancia, esta declaración se anexó a la Constitución de la OIT.

¹³² La Constitución de la OIT vincula la paz universal con la justicia social. En su preámbulo se señala que las condiciones de trabajo existentes en ese momento, en el año 1919, son de tal grado de injusticia, miseria y privaciones para un gran número de seres humanos, que el descontento es una amenaza para la paz mundial. Así mismo, se reseña el principio de libertad sindical dentro de otras condiciones para erradicar la injusticia social.

¹³³ Esta declaración se toma por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86ª reunión, celebrada en Ginebra el 18 de junio de 1998. La importancia de esta declaración es que centra el marco de las tareas y los retos de la OIT en la nueva era de la mundialización. Se señala que, siendo el crecimiento económico esencial, no es suficiente para garantizar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, confirmando la necesidad de que la OIT promueva políticas sociales sólidas, la justicia y las instituciones democráticas. Igualmente, destacamos dos consideraciones sobre la declaración: la primera que los Estados miembros, al incorporarse libremente a la OIT, asumen los principios y derechos enunciados en la Constitución y la Declaración de Filadelfia. La segunda es que los Estados miembros, aunque no ratifiquen los convenios fundamentales, deben respetar los principios fundamentales recogidos en los mismos, entre los que se cita expresamente, en primer lugar, el derecho a la libertad sindical.

para los pueblos. Por todo ello, se ha caracterizado a la OIT como la “gran coordinadora de política social de mundo” (Zapater, 2019, p. 46).

El tripartismo es la seña de identidad que atraviesa a los órganos de la OIT¹³⁴, salvo los órganos compuestos por expertos (Valticos, 1977). El carácter tripartito supone una legitimidad en la búsqueda y difusión de valores y principios comunes, aun a costa del complejo proceso de toma de decisiones (Zapater, 2019). Cuando un Estado miembro de la OIT firma un convenio o se aprueba una recomendación, sus obligaciones no terminan aquí o se despliegan únicamente en un plano interno; todo lo contrario, con su firma se producen una serie de obligaciones en el cumplimiento de lo firmado de cara a la Organización.

Esta tarea de control es realizada, en gran medida, por los órganos configurados al efecto, donde se debe indicar que la labor de la OIT no se queda en un plano internacional, sino que trasciende y tiene una labor de control efectivo del cumplimiento de sus normas desde la óptica de las obligaciones de los Estados miembros (Bonet, 2007). Se trata de un sistema de control cuya finalidad es la promoción y la prevención en el cumplimiento de los estándares jurídicos internacionales y no de sanción (Alija, 2010).

En este punto del estudio se va a acometer el análisis de las decisiones de los órganos de control. En tal sentido, se identifica a la Comisión de Expertos para la Aplicación de los Convenios y las Recomendaciones¹³⁵, la Comisión de Aplicación de Normas de la

¹³⁴ El funcionamiento de la OIT se establece en su artículo 2 de la Constitución donde se regula la Conferencia General, el Consejo de Administración y la Oficina Internacional del Trabajo, como los órganos permanentes de la OIT. La Conferencia que viene recogida en los artículos 3 a 5 es el órgano asambleario de la OIT para la toma de decisiones que exigen una deliberación y un acuerdo entre los miembros de la organización. El Consejo de Administración está regulado en el artículo 7 de la Constitución y es el órgano encargado de la gestión y ejecución de las tareas y encomiendas de la OIT. Por lo que respecta a la Oficina Internacional del Trabajo, encuentra regulada sus funciones en el artículo 10 de la Constitución. Su cometido principal es la compilación y la distribución de todas las informaciones concernientes a la reglamentación internacional de las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores y, en particular, el estudio de las cuestiones que han de someterse a la Conferencia con miras a la adopción de convenios internacionales, así como la realización de encuestas ordenadas por la Conferencia o por el Consejo de Administración. Igualmente, se ha destacado el papel del director de la Oficina habiéndose resaltado que, aunque la interpretación auténtica de los convenios y recomendaciones de la OIT es competencia solo del Tribunal Internacional de Justicia, son muy importantes las opiniones menos formales, pero de gran peso, del director general de la Oficina Internacional del Trabajo (Valticos, 1977). En cuanto a su interpretación, la Constitución establece en su artículo 37 que la Corte Internacional de Justicia es el órgano competente para interpretar la Constitución y los posteriores convenios. Sin embargo, prácticamente no han existido resoluciones sobre dicha materia por la Corte Internacional de Justicia.

¹³⁵ Los artículos 22 y 23 de la Constitución establecen que los Estados miembros deben remitir una memoria anual sobre el cumplimiento de los convenios firmados, y que se remite y luego se presenta en la Conferencia por el director general. Dicha información es examinada por la Comisión de Expertos para la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. La CEACR es una comisión compuesta por expertos independientes externos a la OIT elegidos por el Consejo de Administración con un mandato de tres años, de claro perfil técnico, con un objetivo de completa independencia y objetividad respecto al grado de cumplimiento de los Estados con las obligaciones que emanan de los Convenios.

Conferencia (CAS)¹³⁶, el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Investigación y Conciliación.¹³⁷ Todas estas comisiones, aunque tienen cometidos distintos, se caracterizan por tener una serie de rasgos comunes como su imparcialidad, el carácter técnico de sus trabajos y cuasi jurisdiccional de sus informes y resoluciones (Valticos, 1977). Se trata de un sistema gradual, múltiple y complejo (Montt, 1998), en fin, sería una suerte de “auditoría externa” (Argüelles, 2019, p. 20).

Se identifican dos tipos de procedimientos fundamentales: el de informes periódicos y el “contencioso”, que tiene distintas expresiones en función a la denuncia y órgano al que se acuda. Respecto al procedimiento de mecanismo de control periódico,¹³⁸ nos centraremos en el examen de los convenios ratificados por España sin perjuicio de las consideraciones anteriores a su ratificación. Igualmente, cabe la posibilidad de interponer una reclamación por organizaciones de empleadores o trabajadores contra algún miembro de la OIT, o una queja¹³⁹ de un Estado miembro contra otro Estado miembro, aunque su uso es ciertamente residual en atención a los escasos asuntos que se han tratado por esta vía. Asimismo, no podemos olvidar el relevante procedimiento por vulneración del derecho a la libertad sindical seguido ante el CLS. Se ha definido la labor de toda esta panoplia de órganos como de pluralidad y diversidad marcada por el dinamismo evolutivo de sus trabajos, habiéndose objetado por los empleadores que a veces los órganos tienden a una interpretación excesiva de los convenios abarcando supuestos no previstos por la norma (Bonet, 2007).

¹³⁶ La CAS es una comisión de composición tripartita cuyo cometido es examinar los informes de la CEACR y de los gobiernos, con una función de diálogo directo entre gobiernos, organizaciones de empleadores y trabajadores y, en definitiva, proponer medidas para corregir los posibles incumplimientos de los miembros (Montt, 1998).

¹³⁷ El Comité de Libertad Sindical es creado por el Consejo de Administración de la OIT en 1951, siendo un órgano tripartito presidido por un jurista independiente de reconocido prestigio. Su objeto es analizar las quejas que se presentan sobre la vulneración del derecho a la libertad sindical por los Estados miembros de la OIT. La Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical creada en 1950 está integrada por nueve miembros independientes y se complementa con el CLS. Su cometido es la investigación con el consentimiento del oportuno gobierno para ello, y trabaja en la perspectiva de alcanzar una conciliación que ponga fin al conflicto que estudia.

¹³⁸ La Constitución en el artículo 19 incorpora dos formas de presentar las memorias. En primer lugar, los artículos 19.5. c) y d) exigen que se informe sobre las medidas adoptadas para someter los Convenios y Recomendaciones a la autoridad competente. Por su parte, el artículo 19.5.e) y 19.6.d) exige informar sobre el estado de la legislación y la práctica del Estado en cuanto a los Convenios y Recomendaciones no ratificadas. Por último, el artículo 22 establece la obligación de los Estados de informar sobre las medidas adoptadas por los Estados sobre los Convenios que hayan ratificado.

¹³⁹ Estas quejas formuladas por los Estados y/o los delegados en la Conferencia pueden derivar en una comisión de encuesta conforme a los artículos 26, 27 y 28 de la Constitución de la OIT.

En conclusión, la labor del Comité de Libertad Sindical junto a las observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones configuran un verdadero *corpus iuris* internacional sobre el derecho a la libertad sindical (Montt, 1998).

Como han resaltado Guamán y Noguera (2014), la labor de la CEACR, la CAS y el CLS contienen interpretaciones de las normas que emanan de la OIT y adquieren valor jurídico cuando son acogidas por los tribunales internacionales y nacionales.

Este estudio se centra más adelante en las resoluciones sobre nuestro país de los Convenios 87, 98 y 158 de la OIT dentro del amplio número de Convenios y Recomendaciones aprobados en el seno de la Organización.¹⁴⁰ No obstante, conviene mencionar que las recomendaciones coinciden con los convenios en que ambos buscan implementar unos estándares mínimos internacionales que deben ser respetados por los Estados (Zapater, 2019). La labor de estos órganos de la OIT durante el franquismo consistió en poner en evidencia al régimen al manifestar y reiterar en sus resoluciones que existía una contradicción fundamental entre la legislación española y los principios de la libertad sindical (Servais, 2017). Pese a que el DIT va más allá de las normas OIT, en concordancia con el enfoque metodológico del estudio de las fuentes de otros ámbitos supranacionales, es innegable el protagonismo que debe adjudicársele a esta organización por sus normas y organismos de control. Mayor razón en nuestro caso, puesto que se caracteriza a España como uno de los países de la Unión Europea que mayor respeto y atención ha tenido con la OIT. A su vez, la Organización ha influido en el proceso de reforma sindical con la llegada de la democracia (Rodríguez-Piñero, 2017).

Ante los argumentos de la escasa coactividad de la labor de estos órganos, conviene matizar que los resultados son positivos por la repercusión del foro internacional en el

¹⁴⁰ Los Convenios de la OIT son tratados en toda regla que generan obligaciones en el plano internacional para los Estados firmantes, aun con sus propias peculiaridades ajenas al Derecho Internacional Público como la elaboración tripartita y no exclusivamente entre Estados (Zapater, 2019). En cuanto a los Convenios fundamentales existe consenso en que son: el Convenio número 29 sobre el trabajo forzoso de 1930, el Convenio número 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948, el Convenio número 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1948, el Convenio número 100 sobre la igualdad de remuneración de 1951, el Convenio número 105 sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957, el Convenio número 111 sobre la discriminación de 1958, el Convenio número 138 sobre la edad mínima de 1973 y el Convenio número 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999. Por otro lado, se ha señalado la existencia de convenios prioritarios, que son aquellos adoptados para controlar el cumplimiento de la normativa como la inspección de trabajo, la consulta tripartita, etc. España ha firmado tanto los convenios prioritarios como los fundamentales. En la actualidad, el último Convenio acordado es el 190 sobre la violencia y el acoso en el año 2019. Respecto a las recomendaciones de la OIT, no suponen una herramienta jurídica vinculante, pero son textos que generan la obligación de los Estados de informar al director de la OIT sobre el cumplimiento de las mismas. La recomendación es un recurso útil cuando un asunto reviste importancia, pero no se ha obtenido la madurez o el consenso suficiente por la comunidad internacional para su implantación por la vía de un convenio (Arias Domínguez, 2002).

que trabajan, lo que lleva finalmente a que los Estados miembros vengan a corregir sus prácticas (Montt, 1998). En similar opinión, Servais (2017) otorga relevancia al debate público en el foro internacional y las conclusiones de los órganos de control para que los Estados procedan a respetar los convenios ratificados y los principios de libertad sindical.

Las características generales de aplicación de los convenios de la OIT se podrían sintetizar según López López (2011) en torno a los siguientes puntos:

En primer lugar, los convenios de la OIT se encuentran en los preámbulos de numerosas normas laborales y sirven como base a la justificación de la norma.

En segundo lugar, en cuanto a las sentencias, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, citan a la par las normas internacionales y comunitarias, y las Sentencias de los tribunales europeos para argumentar los fallos resolutorios. Asimismo, las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se acompañan con las citas de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en el marco del derecho colectivo se cita reiteradamente al Comité de Libertad Sindical de la OIT que actúa como un tribunal informal.

En tercer lugar, es abundante el número de sentencias que recogen estas referencias a las normas internacionales y comunitarias y se mantienen con el tiempo. Como se valorará en el presente análisis de la jurisprudencia interna, esta afirmación merece ser rebajada.

En cuarto lugar, los jueces nacionales acuden a algunas recomendaciones de la OIT en sus resoluciones; fundamentalmente la Recomendación 143.

En quinto lugar, destaca que los Tribunales han hecho uso de las normas internacionales de manera contundente, refiriéndose al número de sentencias que han invocado los convenios de la OIT. De nuevo, se cuestiona dicha afirmación tal y como comprobaremos con el estudio empírico y, en todo caso, se acercaría únicamente de alguna manera la jurisprudencia sobre el Convenio 158 de la OIT.

De entre las normas de la OIT es menester realizar una serie de consideraciones generales sobre los Convenios 87, 98 y 158, objeto de este estudio.

Con la crisis financiera y económica que arranca en 2008, los órganos de control se han pronunciado fundamentalmente sobre cuatro aspectos: las medidas de flexibilización del mercado de trabajo, el desempleo y la precariedad; los problemas sociolaborales de los migrantes; las restricciones a la libertad sindical; y la negociación colectiva y otras cuestiones técnicas ligadas al control de los instrumentos ratificados. Sin embargo, la paradoja del derecho social es que protege difícilmente a quien más necesita

una protección normativa mayor, que son los trabajadores precarios por su débil posición (Servais, 2017).

Respecto a la reforma laboral de 2012 en relación con el Derecho Internacional del Trabajo que emana de la OIT, se pueden hacer algunas consideraciones genéricas. Así, la resistencia ante esta reforma ha encontrado apoyo en la internacionalización de los derechos y en las obligaciones internacionales asumidas por los Estados (Baylos, 2012, b). Yendo más lejos, se apunta a que la reforma laboral de 2012 supone la ruptura de un modelo de relaciones laborales constitucional que se basa en las normas internacionales (López López, 2012).

En la época del retroceso de los derechos sociales, hay que ensalzar el papel de los convenios de la OIT en nuestro ordenamiento jurídico español desde la protección multinivel de los derechos, donde los jueces nacionales juegan un papel fundamental (López López, 2011).

A continuación, procede realizar unas notas sobre los convenios que vamos a estudiar.

3.4.1. Los Convenios de la OIT 87, 98 y 158

a) *El Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (número 87) de la OIT y el Convenio relativo a la aplicación del derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (número 98)*

Por la estrecha relación que los une, se aborda en este apartado de forma conjunta ambos convenios, que tienen un papel central en el estudio de este trabajo. Se trata de dos textos que conjuntamente representan un derecho inalienable de la clase trabajadora que desde el plano mundial busca ser garantizado (Baylos, 2012, a).

El Convenio 87 de la OIT fue adoptado el 9 de julio de 1948 por la Conferencia General de la OIT, y aprobado y ratificado por España el 13 de abril de 1977, entrando en vigor en nuestro país el 20 de abril de 1978.

En primer lugar, hay que hacer una breve reseña a la aplicación del C087 a los Estados miembros de la OIT. Como ya se ha dicho anteriormente, al estar ante un convenio fundamental, los derechos y principios han de ser respetados por todos los Estados miembros de la OIT. Su contenido se centra en proteger dicho derecho fundamentalmente desde la óptica del respeto y no intromisión de este derecho por las autoridades públicas y los Estados.¹⁴¹ En definitiva, este Convenio es el texto fundamental sobre el que se

¹⁴¹ En cuanto al ámbito subjetivo del Convenio, este opta por un sentido amplio al abarcar a trabajadores y a empleadores por el hecho de ostentar tal condición de forma objetiva. Únicamente se limita su aplicación

estructura el derecho a la libertad sindical desde la óptica de su protección internacional (Valticos, 1977).

Es procedente hacer un apunte de actualidad. Ante la proliferación de los “trabajos atípicos” entre los que se encuentra con profusión distintas figuras de autónomo, se observa la necesidad para estos colectivos de rescatar el concepto amplio del artículo 2 del C087 con el objetivo del reconocimiento de derecho de libertad sindical a estos colectivos en aras de la defensa de sus intereses sociolaborales (Martínez Moreno, 2019).

En cuanto al derecho a huelga, aunque el C087 no lo establece expresamente, los órganos de control han construido una jurisprudencia basándose en los artículos 3, 8 y 10, en aspectos tales como la prohibición absoluta de la huelga, que es contraria a la libertad sindical, el reconocimiento generalizado a trabajadores y sus organizaciones como medio legítimo de defensa de sus derechos, o su limitación en cuanto a la función pública, servicios esenciales o fuerza mayor (Valticos, 1977).

Esta es una cuestión de actualidad ya que las organizaciones de empleadores han cuestionado en el foro internacional la consideración de dicho derecho como parte de los Convenios 87 y 98 de la OIT, planteando que su regulación depende de la legislación nacional de los Estados.¹⁴² Sin embargo, el trabajo en sintonía de la CEACR y la CLS, apoyándose en determinados artículos de los Convenios 87 y 98 sobre aspectos concretos del derecho a huelga, ha formado un cuerpo de principios sobre el derecho a huelga que ha contribuido a la formación del derecho internacional contemporáneo (Gernigon, Otero y Guido, 1998). Se trata de una protección indirecta del derecho a huelga por la vía del derecho a la libertad sindical (González de la Rivera, 2015), ligándose en definitiva el derecho de huelga al derecho de libertad sindical (Beaudonnet, 2009) y quedando rechazadas las alegaciones de los empleadores.

a los miembros de la Policía y de las Fuerzas Armadas, residiendo su justificación a dicha restricción en razones de la seguridad exterior e interior del Estado. El convenio se adopta desde un prisma de protección de la independencia y la autonomía de las organizaciones sindicales y empleadores ante la autoridad laboral, tanto desde el momento de su constitución como desde su disolución. Estamos ante un texto que regula el derecho a la libertad sindical en su artículo 2 desde su vertiente individual respecto a la constitución y afiliación a organizaciones sindicales sin necesidad de autorización previa. Igualmente, incorpora una dimensión colectiva del derecho al garantizar en su artículo 5 el derecho a constituir federaciones y confederaciones sindicales, así como las facultades de autoorganización en cuanto a su administración y actividades, y la elaboración del programa de acción, consagrado en el artículo 3 del convenio. Por otro lado, es un convenio que apuesta, aunque no impone, el pluralismo sindical, entendiéndose que debería ser posible en todos los casos, tal y como recoge el informe de 1994 del Comité de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y de Recomendaciones de la OIT al que luego acudiremos.

¹⁴² Así razona el informe de la Organización Internacional de Empleadores publicado en el año 2014 y titulado “Los Convenios 87 y 98 de la OIT ¿Reconocen el derecho de huelga?”. Recuperado de <http://docplayer.es/18467958-Organizacion-internacional-de-empleadores.html>

El Convenio 98 nace poco después del Convenio 87. Fue aprobado el 1 de julio de 1949 por la Conferencia General de la OIT y aprobado y ratificado por España el 13 de abril de 1977, entrando en vigor en nuestro país el 20 de abril de 1978. Supone el complemento al Convenio 87 de la OIT puesto que se ocupa del ejercicio del derecho a la libertad sindical¹⁴³ frente a terceros y de forma destacada, como no puede ser de otra forma, ante las empresas y otro tipo de empleadores.

La no discriminación en el empleo, la legitimación de las cláusulas de “seguridad sindical”, la protección contra la discriminación antisindical y evitar el control de los sindicatos por empleadores y/u organizaciones empresariales delimitando el concepto de no injerencia, son los aspectos más importantes en torno a los cuales se articula el texto y se debate en su aplicación posterior a lo largo de su vigencia (Valticos, 1977).

A continuación, procede efectuar dos consideraciones conjuntas para ambos textos. Ambos conectan con el reconocimiento de los Derechos Humanos en el plano de la Organización en consonancia con la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos y con anterioridad a la elaboración de los dos pactos de derechos humanos de 1966 (Gil, 2017). Los Convenios 87 y 98 tienen una fuerte carga simbólica para nuestro país puesto que fueron ratificados en plena transición democrática, sirviendo para configurar nuestra recién estrenada legislación laboral, y de dichos textos como ya hizo el Tribunal Constitucional en su paradigmática sentencia 38/1981 sobre despido nulo de los representantes sindicales (Martínez Moreno, 2019). En el mismo sentido, Rodríguez-Piñero (2017) sitúa la firma de ambos convenios como el momento trascendental para asentar el cambio de la dictadura franquista a la democracia.

Como se acaba de exponer, el respeto y grado de cumplimiento de estos convenios por España ha sido más que aceptable. Sin embargo, en el marco de los cambios normativos derivados de la crisis financiera de 2008, este cumplimiento se deteriora. Más adelante se abordará el estudio de la aplicación de los convenios a través de nuestra jurisprudencia. No obstante, en cualquier caso, se puede adelantar una serie de elementos del ciclo de reformas 2010-2012 que son contrarios a la norma internacional. En concreto, que la

¹⁴³ En el artículo 1 se establece que los trabajadores deberán gozar de la oportuna protección contra todo acto discriminatorio. En tal sentido, se protege contra todo acto que tenga por objeto sujetar el empleo a la no afiliación sindical del trabajador, así como el despido por la afiliación o actividades sindicales del trabajador. El Convenio, en su artículo 2, consagra el derecho a la acción sindical y tipifica los actos de injerencia contra los sindicatos que están prohibidos por la norma. En su artículo 4 viene a garantizar el derecho a la negociación colectiva entre los empleadores y sus organizaciones, y las organizaciones de los trabajadores por otro lado. Por último, fija a los Estados el alcance del Convenio respecto a las Fuerzas Armadas y la Policía en su artículo 5. Igualmente, se señala que no trata la situación de los funcionarios públicos, pero que no deberá interpretarse en menoscabo de sus derechos o de su estatuto.

limitación del principio de negociación en el sector público vulnera los Convenios 87, 98 y 154 de la OIT (Baylos, 2012, b). Igualmente, la reforma de la negociación colectiva en cuanto a la inaplicación de los convenios colectivos y el arbitraje obligatorio en caso de desacuerdo en la negociación infringe los Convenios 87 y 98 de la OIT (López López, 2012).

b) *El Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, 1982 (número 158)*

Este convenio fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 22 de junio de 1982. España aprobó y ratificó el texto el 18 de febrero de 1985 y entró en vigor para España el 26 de abril de 1986.

Se trata de un texto que, como se analiza más adelante, se ha utilizado con abundancia en nuestra jurisprudencia y ha sido una herramienta jurídica argumentativa para enfocar los problemas interpretativos en relación con los distintos elementos del despido y de la terminación de la relación laboral. En sintonía de lo ya dicho, Gómez Enterría (1986) resaltó, recién entrado en vigor el Convenio en España, la especial valoración que debe darse a la naturaleza internacional de la norma y, al mismo tiempo, la sensibilidad de nuestro Derecho del Trabajo hacia este Convenio.

El Convenio 158 de la OIT puede considerarse como la culminación de la etapa ascendente del Derecho del Trabajo antes de comenzar la etapa de crisis marcada por la globalización (Ojeda, 2013). En la misma línea, Pumar (2011) caracteriza al Convenio 158 de la OIT como *rara avis* por su aparición en la escena internacional en un momento y en un contexto, mediados los años 80, en que se habían sucedido de forma recurrente diversas crisis económicas a nivel mundial. Por lo tanto, este convenio supone un punto de inflexión evidente, puesto que se va a iniciar una fase marcada por la ralentización en la firma de los convenios y una degradación general de los derechos de los trabajadores.

Estamos ante un convenio que cobra mayor importancia desde la globalización, al observarse una tendencia generalizada de los Estados a flexibilizar su normativa interna en materia de terminación de contrato y despido, por lo que se hace necesario conciliar esta nueva regulación con la que proviene del DIT (Beaudonnet, 2009).

El debate sobre flexibilidad o el carácter no ejecutivo de las normas también se produce en este texto. El Convenio, pese a las dosis de flexibilidad de sus normas, contiene mandatos claros, de carácter *self executing*, por lo que la tesis de la no aplicabilidad directa del Convenio número 158 OIT no se ajusta al papel que asigna la Constitución española a los tratados internacionales dentro del sistema de fuentes, y ha supuesto reducir

el Convenio 158 a una norma de mínimos sin que haya desplegado toda su potencialidad en relación con el derecho constitucional al trabajo consagrado en el artículo 35 de la Constitución española (Pumar, 2011).¹⁴⁴

La reforma laboral aprobada con el Real Decreto-ley 3/2012 y la Ley 3/2012 ha generado un amplio debate en la doctrina y desde el ámbito internacional. Desde este último campo, la aplicación reciente del Convenio 158 en España ha suscitado distintas interpretaciones en la valoración que hace la CEACR de nuestra situación interna. Valgan las siguientes notas generales puesto que luego se van a desmenuzar los planteamientos de dicho órgano de control. Servais (2017) interpreta que la postura de la CEACR sobre la reforma operada en España no es de crítica a la reforma laboral, sino de interpelación al Gobierno para que transite hacia el diálogo social con las organizaciones de trabajadores y empresarios para tomar medidas económicas con las que salir de la crisis. Sin embargo, Guamán y Noguera (2014) matizan en cierta forma lo anterior en referencia a la figura del contrato de apoyo a emprendedores, ya que la CEACR, aunque admite que no tiene elementos para determinar si el periodo de prueba es contrario al Convenio 158 de la OIT, entiende que una exclusión generalizada de la causalidad en el despido a través del periodo de prueba sí es contrario al convenio y no resulta comprobado el vínculo directo entre facilitar los despidos y la creación de empleos.

Con una mirada más amplia, alcanzando a anteriores reformas laborales en relación con el Convenio 158 de la OIT, estas vienen a mostrar que la causalidad en el despido se encontraba ya muy deteriorada. Así, aunque el régimen jurídico siga respetando formalmente dicha institución, la reforma de 2010 y ya la de 2002 transitaba por el mismo camino, lo que ha conducido a la descausalización del despido en sentido material pues, como norma general, los tribunales no entran a juzgar la causa, así como el procedimiento elegido por el empresario para despedir, y solo enjuician el cumplimiento de los requisitos de forma (Pumar, 2011). En este sentido, la última reforma excede de una coyuntura concreta y perentoria ya que existe un movimiento de progresiva flexibilización del despido que incluye la limitación del control judicial, lo que entra en contradicción con la legalidad vigente (Mella, 2018).

¹⁴⁴ En cuanto al ámbito de aplicación del Convenio, España no ha excluido de este ninguna de las modalidades de contratación temporal. Por el contrario, España sí que ha excluido a través de su legislación de la aplicación del Convenio a los funcionarios públicos, personal de alta dirección y empleados de hogar, entre otros, tal y como se recoge en el informe general sobre protección contra el despido injustificado elaborado por la CEACR en 1995.

En cuanto al contrato “estrella” de la reforma laboral, el contrato de apoyo a emprendedores, el punto de polémica se sitúa en que, siendo un contrato indefinido, comprende un periodo de prueba de un año. En relación con esta regulación, sectores importantes de la doctrina plantean que contradice abiertamente el artículo 4 del Convenio 158 de la OIT entre otra normativa supranacional (Baylos, 2012, b), violando la justificación que se impone para la extinción (López López, 2012).

Otra garantía que ha suscitado un rico debate en la doctrina y la jurisprudencia es el artículo 7 del C158, que consagra el derecho a la defensa del trabajador de forma previa al despido por causas imputables a su conducta o rendimiento. Se trata de una garantía que, lejos de ser un trámite formal, debe ser una oportunidad de defensa real del trabajador frente a los hechos que se le imputan por el empresario (Mella, 2018). Sin embargo, la jurisprudencia interna ha salvado la regulación estatal con el convenio abogando por el carácter autónomo del acto empresarial, lo que no parece ajustarse con una interpretación coherente con el principio de causalidad del despido que rige en nuestro ordenamiento y está previsto en el C158, tal como hace el voto particular de la lejana sentencia del TS de 7 de diciembre de 1990¹⁴⁵ (Pumar, 2011).

Se suman una serie de aspectos controvertidos con la reforma laboral que se reseñan brevemente, puesto que, con posterioridad, en el análisis de las resoluciones de los órganos de control y después de la jurisprudencia interna, se abordarán. El primer aspecto controvertido ha sido el nivel de respeto al artículo 6.1 del Convenio 158 por nuestra legislación interna, en concreto en relación con el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, que posibilitaba el despido por absentismo por faltas médicas aun justificadas. Esta regulación interna era contraria al referido precepto del C158 (Gil, 2014). En el mismo sentido se expresa la clara contradicción con la norma internacional y con el derecho constitucional a la salud debiendo ser interpretada la cuestión por los tribunales ordinarios (Baylos, 2012, b). En definitiva, la norma internacional impone la prohibición de despedir de forma injustificada (López López, 2012). Al cierre de este estudio y como una de las primeras medidas del Gobierno de Pedro Sánchez, se ha derogado dicho despido.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 7 de diciembre de 1990. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi RJ 1990\9760].

¹⁴⁶ Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. *Boletín Oficial del Estado*, número 43, de 19 de febrero de 2020, pp. 15591-15597.

Otro aspecto que se ha discutido es la conformidad del artículo 8 del Convenio 158 de la OIT sobre el control judicial en relación con la reforma laboral de 2012 por la eliminación del criterio de razonabilidad en los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas (ETOP). La CEACR, en este aspecto, consideró que esta regulación no es contraria al C158.

Desde la óptica de la interrelación entre el Derecho del Trabajo en su vertiente a la estabilidad en el empleo y los derechos y garantías del Convenio 158 OIT, dicho derecho ha de ser interpretado conforme a los principios internacionales que contiene, pero al incorporarse a nuestro ordenamiento se ha de aplicar conforme a los derechos y principios constitucionales de nuestro Estado social y democrático de Derecho, con especial énfasis el derecho al trabajo y a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, el análisis en este punto no puede ser positivo. Desde la esfera transformadora o de innovación normativa del Convenio 158 OIT sobre el régimen legal del despido, ha sido prácticamente inexistente en cuanto a la causalidad del despido, la opción por la readmisión a favor del despido y el derecho a la defensa previa del trabajador (Pumar, 2011). Se apunta a razones políticas y económicas para justificar el escaso impacto del Convenio 158 OIT incluso en los aspectos más claros, como la forma del despido disciplinario y el periodo de prueba (Mella, 2018).

Una vez examinados los convenios de la OIT objeto de estudio, procede acudir al examen de los órganos de interpretación y/o control comenzando por la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

3.4.2. La Corte Internacional de Justicia y su interpretación de las normas OIT

La Corte Internacional de Justicia es el principal órgano judicial de Naciones Unidas con sede en La Haya. Fue creada en 1945 por la Carta de Naciones Unidas y ratificada por España de forma conjunta con el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.¹⁴⁷ Este órgano tiene reconocido por el artículo 37 de la Constitución de la OIT la interpretación de sus disposiciones, así como de los convenios de la organización tripartita. Pese a que en el Estatuto de la Corte establece en sus artículos 36 y 37 un principio de competencia amplio en cuanto al conocimiento de los asuntos recogidos en la Carta de Naciones Unidas, los tratados y convenciones internacionales y de cualquier asunto relacionado

¹⁴⁷ Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Declaración unilateral española en aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia. *Boletín Oficial del Estado*, número 275, de 16 de noviembre de 1990, pp. 33862-33885.

con el derecho internacional, no existen pronunciamientos de índole laboral sobre España. La dificultad en articular una vía para que los Estados o particulares formulen recursos sobre asuntos laborales y la propia especialidad de los órganos de la OIT y otros órganos regionales como el Comité Europeo de Derechos Sociales o el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos explica la escasez de resoluciones por la CIJ.

En materia laboral, la CIJ consideró que el Tribunal Administrativo de la OIT, al que se adscribe el personal al servicio de las organizaciones de Naciones Unidas, tenía competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto.¹⁴⁸ En la línea de lo anteriormente apuntado, los asuntos que trata la Corte Internacional de Justicia sobre España son escasos, como a continuación se comprueba.

Los asuntos que existen sobre España no se ocupan o tratan sobre el Derecho del Trabajo y, por lo tanto, sobre el derecho a la libertad sindical ni sobre la extinción del contrato de trabajo. El primer asunto que se refiere a nuestro país es el Barcelona Traction Light and Power Company, Limited, Bélgica contra España de 1962. Versaba sobre una reclamación por daños del Gobierno de Bélgica y solicitaba una reparación a unos nacionales suyos empleados de la empresa, rechazándose la reclamación por la CIJ el 5 de febrero de 1970.¹⁴⁹ El siguiente asunto de la CIJ sobre España es el litigio contra Canadá, cuyo fallo es de 4 de diciembre de 1998.¹⁵⁰ La controversia versa sobre la Ley de Protección de Pesquerías Costeras del Canadá que produjo la confiscación de un barco pesquero, El Estai, de nacionalidad española. La Corte determinó que no era competente para entrar en el fondo del asunto. Por último, nos referimos al caso relativo a la legalidad del uso de la fuerza, Yugoslavia contra España de 2 de junio de 1999,¹⁵¹ concluyéndose la falta de competencia de la Corte.

Conectando las resoluciones de la Corte Internacional de Justicia con los derechos objeto de estudio, se constata que la interpretación del derecho a la libertad sindical y las garantías en la extinción del contrato de trabajo en relación con España son inéditas.

¹⁴⁸ Corte Internacional de Justicia. Opinión consultiva de 23 de octubre de 1956. Se trata de un asunto que se pronuncia sobre los fallos dictados por el Tribunal Administrativo de la OIT en unas demandas presentadas contra la Unesco por trabajadores de dicha Organización. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-1948-1991-es.pdf>

¹⁴⁹ Corte Internacional de Justicia. Fallo de 5 de febrero de 1970. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-1948-1991-es.pdf>

¹⁵⁰ Corte Internacional de Justicia. Fallo de 4 de diciembre de 1998. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-1997-2002-es.pdf>

¹⁵¹ Corte Internacional de Justicia. Providencia de 2 de junio de 1999. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-1997-2002-es.pdf>

Por otro lado, cabe remitirse a la Corte Permanente Internacional de Justicia, creada por el Tratado de Versalles de 1919, que comprendía la creación de dicho órgano por el artículo 14 de dicho texto y que fue antecesora de la CIJ. Trató diversas cuestiones acerca del Derecho Internacional del Trabajo como, por ejemplo, el dictamen de 31 de julio de 1922¹⁵² sobre la forma de designar al delegado obrero en la Conferencia Internacional del Trabajo. En el mismo sentido, el dictamen de 23 de julio de 1926,¹⁵³ que determina que la Organización Internacional del Trabajo tiene competencia para regular cuestiones sobre el trabajo del patrono, el dictamen de 26 de agosto de 1930¹⁵⁴ que determinó que la Ciudad Libre de Danzig no tenía estatus jurídico como para ser miembro de la OIT, así como el dictamen de 15 de noviembre de 1932¹⁵⁵ sobre la interpretación del Convenio de 1919 aplicable al trabajo nocturno femenino.

3.4.3. Aportaciones críticas sobre el papel de la OIT

Existen una serie de voces críticas sobre la OIT, la mayoría desde la perspectiva de los derechos de los trabajadores y en la denuncia de la explotación que impera en las relaciones laborales en pleno siglo XXI. En aras de la sistematicidad, vamos a ir desgranando los distintos argumentos que hemos identificado:

1. Naturaleza reformista de la propia OIT. Se trata de posiciones que plantean los límites de la OIT desde su propia formación. Se señala que prima el diálogo entre los intereses opuestos o divergentes buscando un punto de encuentro para concretar estrategias de acción y las medidas que se deben adoptar (Bonet, 2007). Se ha apuntado como hipótesis que los gobiernos impulsaron

¹⁵² Corte Permanente Internacional de Justicia. Opinión Consultiva n.º 1, de 31 de julio de 1922. Recuperado de https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_01/Designation_du_delegue_ouvrier_neerlandais_a_la_Conference_internationale_du_travail_Avis_consultatif.pdf

¹⁵³ Corte Permanente Internacional de Justicia. Opinión Consultiva n.º 13, de 23 de julio de 1926. Recuperado de https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_13/01_Compotence_OIT_travail_personnel_du_patron_Avis_consultatif.pdf

¹⁵⁴ Corte Permanente Internacional de Justicia. Opinión Consultiva n.º 18, de 26 de agosto de 1930. Recuperado de https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_18/01_Ville_libre_de_Danzig_et_OIT_Avis_consultatif.pdf

¹⁵⁵ Corte Permanente Internacional de Justicia. Dictamen Consultivo, Series A/B, de 15 de noviembre de 1932. Recuperado de https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_50/01_Travail_de_nuit_Avis_consultatif.pdf

la OIT como forma de frenar la revolución de las masas obreras, lo que pondría en riesgo al sistema capitalista (Cebreiros, 2019).

2. Los principios del Comité de Libertad Sindical son percibidos como una carga en términos de coste, en especial para las economías de desarrollo o para los sistemas de empleo precarios (López Bohle y Ugarte, 2011).
3. El tripartismo se ha desvelado como una estructura demasiado limitada para proporcionar compromisos justos y equitativos cuando se ponen en juego gran diversidad de intereses, fundamentalmente por la fragmentación y diversificación interna de intereses entre trabajadores y empleadores (Bonet, 2007). A mayor abundamiento, se ha manifestado que el tripartismo ha devenido como un elemento de debilitamiento de la propia OIT fruto de la debilidad del poder sindical a nivel internacional (Rodríguez-Piñero, 2017).
4. La crisis en que se encuentra el sistema de producción de normas internacionales del trabajo, siendo este uno de los principales ejes de actuación de la OIT (Sanguineti, 2019). Como razona dicho autor, hemos pasado de un respeto a los derechos laborales con el casi monopolio absoluto de la OIT, con una pluralidad de sujetos, muy distintos unos de otros, pareciendo que el espacio de actuación bascula del territorio de los Estados hacia las cadenas mundiales de producción, como forma de expresión del capitalismo global, lo que ha terminado en convertir en inadecuada la singular combinación de regulación nacional y persuasión internacional. En el nuevo marco internacional, se sugiere que la OIT debería introducir alguna medida dirigida a adecuar sus disposiciones sobre la materia a la nueva realidad productiva, señalándose que, en cuanto a la representación de los trabajadores y la negociación colectiva, se debería legislar a favor de estructuras representativas más allá de la frontera de las empresas y los Estados (Fita, 2018).
5. La definición del artículo 2 del Convenio 87 de la OIT que viene a reconocer el derecho de libertad sindical a los trabajadores y a los empresarios, cuando dogmáticamente se hace difícil sostener esta bilateralidad, puesto que el sindicato y la libertad sindical nacen para compensar el poder económico del empleador procurando un cierto equilibrio de fuerzas en las relaciones de trabajo. Se explica que la introducción de esta bilateralidad respondió más a la necesidad de contar con el grupo empleador en la Conferencia para la

aprobación del instrumento siendo, por tanto, más una razón pragmática y política que científica (Ermida, 2012).

6. Imposibilidad de que las personas físicas que sufran un ataque a su libertad sindical puedan acudir al Comité de Libertad Sindical. Se postula que, desde un punto de vista técnico, la protección de un derecho fundamental requeriría una legitimación activa más extensa, inclusiva de la persona física (Ermida, 2012).
7. Proceso de debilitamiento o decadencia de la OIT. Este proceso obedece a distintas causas. En primer lugar, la caída de los países del bloque socialista modificó el equilibrio de fuerzas en perjuicio del bloque trabajador. Asimismo, el avance del pensamiento único, neoliberal, que ha provocado que no solo los empresarios, sino que muchos gobiernos se hayan posicionado defendiendo posturas que derivan en planteamientos desreguladores y flexibilizadores en lo laboral. Por otro lado, se ha venido a identificar como papel principal de la OIT la de ser un centro de estudios. Por último, en este apartado se especifica que el carácter intergubernamental de la OIT y no supranacional supuso un cierto debilitamiento, especialmente en los periodos de alta competencia internacional y de desarrollo de otras instituciones con mayor grado de supranacionalidad, así como el problema congénito de la brecha entre la ratificación de sus convenios y su aplicación efectiva (Ermida, 2012). En el mismo sentido, se ha distinguido el declive del “contrato social” formulado en los Estados democráticos y sociales desde mediados del siglo XX (Moreno, 2019). Igualmente, se denuncia que reiteradamente se incumple la normativa de la OIT en materia de representantes sin que la Organización se vea capacitada para lograr que se respete lo dispuesto en su propia normativa (Fita, 2018).
8. El proceso de mundialización conlleva una serie de riesgos palpables sobre el sistema de equilibrios característico del funcionamiento interno de la OIT según Bonet. Se advierte el riesgo de que los Estados se replieguen no aplicando los estándares normativos internacionales en consecuencia con la menor intervención en materia social. En segundo lugar, la creciente dificultad para la toma de decisiones con consenso ante la polarización y diferencia de intereses en la composición tripartita (Bonet, 2007).

9. En estrecha relación con lo anterior, hay que significar que ya en 1994 en la Conferencia de la Organización se visibilizó la siguiente disyuntiva; o los convenios se tornan más flexibles a fin de su adaptación por la mayoría de los Estados miembros, en cuyo caso los convenios perderían su eficacia o, si mantienen su contenido, se correría el riesgo de ser ratificados por un número reducido de Estados (Acosta, 1997).
10. Ermida (2012) ha apuntado un proceso de “conservadurización” del Comité de Libertad Sindical de la OIT. Avalando dicha tesis se indica, en primer lugar, que el Comité viene a admitir, de un tiempo a esta parte, restricciones al derecho de huelga en actividades en las que antes las rechazaba. Por ejemplo, mantenía que la ocupación era una forma legítima del ejercicio del derecho de huelga y el Comité postula ahora que se debe permitir el trabajo de los no huelguistas y el acceso de la dirección de la empresa. En segundo lugar, en tono crítico se percibe una mayor predisposición a admitir quejas de los empleadores por violación de su libertad sindical.
11. En los últimos tiempos se ha mostrado la incapacidad de la OIT ante dos amenazas que se interrelacionan y que se ha venido a mostrar en el análisis del Derecho Transnacional del Trabajo y de la *Lex Mercatoria*. Así, la OIT se ha visto impotente a la hora de hacer valer las resoluciones de sus órganos de control sobre las reformas laborales impuestas por la Troika en Grecia y España (Guamán y Noguera, 2014).

3.4.4. El debate sobre España en la Conferencia Internacional del Trabajo

Pese a que se van a estudiar las resoluciones y criterios de los distintos órganos sobre nuestro Estado, conviene hacer un mero repaso al recorrido histórico de los debates en la Conferencia. Su importancia se justifica puesto que es el foro donde se fijan las posiciones de la Organización y donde se determina el control estrecho al que fue sometido el régimen franquista por los distintos actores internacionales.

a) Los debates con relación a España de 1956 a 1975

Así, con el reingreso de España en la OIT en el año 1956, se reinserta en el debate tripartito. Los primeros años transitan por una serie de cuestiones recurrentes.

La primera cuestión es la reiterada impugnación del delegado trabajador al considerar las organizaciones sindicales internacionales que en España no existían los sindicatos

libres, pero la impugnación no prosperó,¹⁵⁶ reiterándose en una segunda oportunidad con el mismo resultado,¹⁵⁷ por citar alguna de dichas impugnaciones en el mismo sentido que se sucedieron de forma frecuente. Es más, la Comisión de Verificación de Poderes manifiesta que, aun reconociendo a dichos representantes, no se oculta la preocupación por la situación sindical en España.¹⁵⁸ Este cuestionamiento de la legitimidad de los representantes de trabajadores se mantuvo con tenacidad durante todo el franquismo.

La segunda cuestión que se reitera en aquellos años son los análisis arrogantes y desfigurados de los representantes del Gobierno que transmitían una imagen de progreso y de valores humanitarios¹⁵⁹ sin correspondencia con la realidad de negación de derechos civiles, políticos y sociales más básicos y la represión a la libertad sindical en todos sus contenidos. En este sentido se hacen apelaciones a los “fantasmas” internos como el enemigo del comunismo, o el rechazo de la politización de la OIT.¹⁶⁰

La tercera cuestión reside en que, a falta de una voz independiente de la clase trabajadora autóctona por la represión del régimen autoritario, las organizaciones internacionales de trabajadores y, por extensión, sus representantes no dejaron de denunciar y clamar por la situación que sufrían los trabajadores españoles,¹⁶¹ la

¹⁵⁶ Cuestionan la CIOSL y la CISC, en la reunión de 1956, la representación del delegado trabajador español que, tras hacer un recorrido de la situación en España por el presidente del Comité de Verificación de Poderes, entiende que en España existía organización sindical y que su delegado ha sido elegido libremente, por lo que rechaza la reclamación. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1956-39\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1956-39).pdf)

¹⁵⁷ En las actas de 1958 consta el malestar del representante gubernamental español que afea la reprobación del representante trabajador español por la Confederación Internacional de Sindicatos Cristianos y por el delegado trabajador de los Países Bajos. Esta cuestión ya fue resuelta en 1956 y rechazada por la Comisión de Verificación de Poderes siendo el argumento utilizado que en España no existe libertad sindical, por lo que se inadmite la reclamación por la Comisión. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1958-42\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1958-42).pdf)

¹⁵⁸ Conferencia Internacional del Trabajo, cuadragésima octava reunión. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1964-48\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1964-48).pdf)

¹⁵⁹ En la primera intervención de esta nueva etapa en 1956, el representante español, señor Martínez de Bedoya, halaga la memoria presentada por el director de la OIT de ese año al inspirarse en principios de justicia social. El representante español efectúa un alegato de la ideología nacionalsindicalista que preside el régimen. Se arroga la condición de amante de la libertad, pero al mismo tiempo reprocha la visión formalista sobre la libertad sindical, señalando que esta no puede ser universal. Por otro lado, apuesta por un concepto de dicho derecho que entronca con el poder para materializar los intereses de los trabajadores. Señala que su gobierno asigna el poder a una organización con doble legitimidad que agrupa a trabajadores y empresarios y, por último, manifiesta su desprecio por el pluralismo sindical como dogmatismo y por las visiones formalistas de dicho derecho.

¹⁶⁰ Así se pronuncia en 1968 el representante empleador español, señor Galdós García, que tilda el sindicalismo de ciertos países de “escuela de comunismo”, así como acusa a la politización del foro de ser una maniobra para generar conflicto entre los Estados miembros.

¹⁶¹ En el debate de 1958 se hace constar la protesta del representante de la CIOSL, señor Patteet, que tilda la situación de los trabajadores en España de deplorable, reprimiendo duramente el régimen a los trabajadores huelguistas y elogia el carácter indomable de la clase trabajadora española. Sus vaticinios no se cumplieron al augurar un fin próximo de la dictadura a la vista de la exacerbada represión que aplicaba.

consideración de sus organizaciones como ilegales,¹⁶² la contradicción con los propios principios que predica el régimen,¹⁶³ la situación de los sindicalistas y obreros en prisión¹⁶⁴ y, en conclusión, la reclamación del respeto de los derechos fundamentales en España.¹⁶⁵ Esta tensión se mantuvo hasta el final, significando al Gobierno de España como la última dictadura de Europa.¹⁶⁶

Más específicamente, en el marco del análisis de dicho primer periodo, procede referirse al informe de 1959 en cumplimiento de los artículos 19 y 22 de la Constitución de la OIT sobre la libertad sindical y la negociación colectiva. Los miembros trabajadores insistieron en que España incumple los principios contenidos en el Convenio 87 OIT y, sin embargo, los miembros empleadores resaltan la buena fe de España al no ratificar el referido texto.

La situación sociopolítica en España no deriva en un relajamiento lineal, sino que en el foro se fue constatando el aumento de la represión.¹⁶⁷ En 1967 se produjo una iniciativa en forma de resolución para forzar a España a que ratificara los Convenios 87 y 98 de la OIT al margen de otras medidas inmediatas como excarcelación de sindicalistas, cese de la representación, reconocimiento del derecho a huelga, manifestación y reunión, entre otras.¹⁶⁸ Igualmente es necesario resaltar la importancia de esta propuesta que aboga por realizar los trámites para que la OIT solicite al Gobierno de España que acepte una Comisión de Investigación en Materia de Libertad Sindical del Consejo de

¹⁶² En las actas de 1959 el representante de la CISC denuncia que un grupo de trabajadores habían sido llevados a los tribunales acusados de reconstituir el sindicato STV, siendo el delito la reconstrucción de organización ilegal. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1959-43\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1959-43).pdf)

¹⁶³ El representante de la CSIC en 1960 resalta la contradicción entre los principios cristianos que promulga el régimen franquista y su atropello a las libertades y la democracia. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1960-44\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1960-44).pdf)

¹⁶⁴ La intervención del representante de la Federación Sindical Mundial en la discusión de la memoria de 1961 se pregunta por la situación de los sindicalistas encarcelados. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1961-45\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1961-45).pdf)

¹⁶⁵ En 1965 el representante trabajador de Yugoslavia pide que se respeten los derechos de los trabajadores en nuestro país, acusando al Gobierno de ejercer las amenazas, las torturas y el asesinato contra los trabajadores. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1965-49\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1965-49).pdf)

¹⁶⁶ Así se denuncia en la sesión de 1975 por el representante trabajador francés. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1975-60\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1975-60).pdf)

¹⁶⁷ Tal y como lo denunció en el encuentro de 1967 el representante de Bielorrusia, señor Obujovich. En el mismo sentido, el representante de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, señor Kanaev, abogando porque urge restablecer en España los derechos sindicales más elementales. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1967-51\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1967-51).pdf)

¹⁶⁸ La iniciativa es del delegado trabajador francés, señor Duhamel, solicitando que se interpele al Consejo de Administración de la OIT para que entable una interlocución con el Gobierno de España para lograr dichos cambios. Finalmente fue retirada, puesto que el Consejo de Administración mandató al director general de la OIT a fin de que examinara las medidas necesarias para sugerírselo al Gobierno español.

Administración cuyo objeto sea el estudio en el terreno de la situación de la legislación laboral y de la libertad sindical.

El panorama provoca un fuerte debate en 1968. Siguen insistiendo, fundamentalmente representantes de trabajadores, en que se mantenga la presión hacia España por sus flagrantes incumplimientos en materia de derechos humanos, ante otras intervenciones más centradas en confiar en el trabajo del grupo de estudio designado por la OIT para la investigación de la situación laboral y sindical en España.¹⁶⁹

En 1969¹⁷⁰ los miembros de la Organización se empiezan a hacer eco de los trabajos del grupo de estudio. En reacción a los mismos y a los hechos represivos posteriores, siguen existiendo intervenciones, como la del representante de la Federación Internacional de Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas o el representante trabajador de Bielorrusia, denunciando que en España se siguen vulnerando la libertad sindical y los derechos humanos, y que incluso las conclusiones provisionales del grupo de estudio son incumplidas por el régimen franquista.

La respuesta del representante trabajador español roza el victimismo al deslizarse que España está siendo discriminada en este foro internacional ante los “ataques” sufridos por algunos miembros, de nuevo abogando porque las interpelaciones desde fuera en pro de la libertad sindical no son más que agresiones contra los propios intereses de los trabajadores españoles, interpretando el carácter volitivo de los mismos que aspiran a una libertad de los “fuertes”, no de los “débiles”. Sigue este representante defendiendo que la libertad de elección y de opinión está garantizada en los representantes sindicales, los jurados de empresa y en el propio Consejo Nacional de Trabajadores. En esta reunión se consigue adoptar una resolución en la que, básicamente, se acuerda difundir las conclusiones provisionales del grupo de estudio encargado de examinar la situación laboral y sindical en España, pidiéndole al Gobierno de Franco que dé cumplimiento a lo

¹⁶⁹ En la Conferencia de 1968 fue promovida una resolución por los representantes de los trabajadores de la República Federal Alemana, Austria y Noruega, en el mismo sentido, el representante de los trabajadores de Francia y de Países Bajos. Toman la iniciativa que se retiró en el año anterior, pidiendo la intervención de la Organización para conseguir el respeto de la libertad sindical y de los derechos humanos en España. El delegado de los trabajadores de la URSS formula otra resolución yendo un paso más y pidiendo la condena del Gobierno español. Estas resoluciones con las oportunas enmiendas con los empleadores se fundieron en un texto único consensuado, sin embargo, por la disparidad de opiniones y la existencia de las gestiones de la Organización con el Gobierno de España de cara a los trabajos del grupo de estudios, que acuerdan posponer el debate y, por lo tanto, una posible resolución a la Conferencia del próximo año, 1969.

Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1968-52\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1968-52).pdf).

¹⁷⁰ Conferencia Internacional del Trabajo, quincuagésima tercera reunión. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1969-53\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1969-53).pdf)

anterior. Esta es una muestra del trabajo coordinado de los distintos órganos de la OIT en el mantenimiento de sus objetivos.

En la Conferencia Internacional de 1970¹⁷¹, una vez concluidos los trabajos del grupo de estudio de la OIT en España, varios representantes de trabajadores vienen a presentar diversas resoluciones planteando a la Organización que haga las gestiones oportunas para que se cumplan las conclusiones de dicho trabajo y, en consecuencia, se respete el derecho a la libertad sindical inmediatamente. Sin embargo, la resolución fue rechazada por la posición del grupo de empleadores, que consideró que la misma era discriminatoria para España, así como algunos miembros de gobiernos entre los que, lógicamente, se encontraba el régimen franquista.

En 1971¹⁷² continúa la insistencia en que España adapte su legislación a la normativa que emana de la OIT, al igual que en 1972.¹⁷³ La tendencia apunta a seguir agarrándose a la resolución aprobada en la Conferencia de 1969 y a las conclusiones del Grupo de Estudio sobre España para seguir presionando a la hora de conseguir un cambio en nuestro país.

En 1973¹⁷⁴ se recoge en el anexo A de las actas de la Conferencia Internacional del Trabajo la discusión sobre la situación de España en cuanto a la no ratificación de los Convenios 87 y 98 de la OIT. En este debate, tras la preocupación de un buen número de

¹⁷¹ Así, el representante de los trabajadores belga viene a solicitar que España modifique su legislación interna, o el representante de los trabajadores de la URSS y el de Francia solicitan de forma conjunta que se ponga en libertad a todos los trabajadores y sindicalistas en libertad y suprima el Tribunal de Orden Público. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1970-54\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1970-54).pdf)

¹⁷² En este sentido se solicita en una resolución sobre libertad sindical planteada por las organizaciones de trabajadores de Austria, Suecia, Bélgica, Francia, Reino Unido, República Federal Alemana, Noruega y Dinamarca, la adopción de medidas para homologar a España a unos estándares democráticos mínimos respetando la libertad sindical y los derechos civiles, así como derogar la legislación penal que castiga la acción sindical legítima. El representante trabajador de la URSS presenta otra resolución en la misma línea de anteriores resoluciones, planteando que la legislación sindical que se había aprobado en España seguía siendo opresiva. En la intervención del ministro de trabajo, señor De la Fuente, se celebra que el tema elegido en la memoria del director sea el diálogo, arrojándose tal cualidad de España ante la OIT y señalando que se rompe cuando se busca la coacción. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1971-56\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1971-56).pdf)

¹⁷³ En este caso, el representante trabajador de Francia y el de la URSS formulan una resolución de forma conjunta. A la denuncia de toda la situación que se viene relatando se añade que el Ministerio de Trabajo, lejos de relajar sus controles para posibilitar la difusión de la información sobre los conflictos de trabajo, ha reforzado la censura de la información, lo que impide a la OIT seguir la situación de los trabajadores españoles en aras del restablecimiento de la libertad sindical y otros derechos. Se suma otra resolución conjunta de los representantes de trabajadores de Austria, Italia, Estados Unidos, Canadá, República Federal Alemana, Suiza, Reino Unido, Finlandia y Noruega. Esta última recuerda la posición de los distintos órganos de la OIT sobre España y que la Ley Sindical de 1971 sigue siendo contraria a la libertad sindical, por lo que invita a la modificación de la normativa interna y el respeto de la normativa de la OIT. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1972-57\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1972-57).pdf)

¹⁷⁴ Conferencia Internacional del Trabajo, quincuagésima octava reunión. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1973-58\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1973-58).pdf)

representantes de trabajadores por la falta de libertad sindical, el Gobierno español se atrincheró en el argumento de la unidad sindical, que es el factor que impide la ratificación de los mismos. Este argumento es falaz puesto que no es una unidad libre y forjada voluntariamente por los trabajadores y sus organizaciones, sino un modelo que surge del propio corporativismo del Estado autoritario franquista.

La estrategia que mantienen los representantes de los trabajadores del sindicato vertical va en sintonía ante el modelo autoritario que niega el conflicto capital/trabajo y, en consecuencia, la independencia y autonomía de las organizaciones de los trabajadores y de empleadores para la defensa legítima de sus intereses. Sin embargo, la postura del Gobierno presenta una evolución para tratar de justificar que la normativa interna se ajusta a la internacional,¹⁷⁵ como la progresiva aprobación de nuevas leyes,¹⁷⁶ y la propia despenalización de las huelgas económicas y profesionales.¹⁷⁷ Combinan esta política aparentemente más conciliadora, con ataques dialécticos a miembros de la Conferencia a la par que justificaciones del modelo basadas en razones “culturales” o de “confusión” terminológica.¹⁷⁸ En definitiva, estilan una visión corporativa, insistiendo en que el sindicalismo no es el de ayer y que debe asumir tareas de poder en los Estados.¹⁷⁹

Como se puede valorar de lo expuesto, todo este primer periodo es de desencuentro y de disconformidad de nuestra legislación laboral con la normativa internacional de mínimos. Dicho estado de las cosas deriva de la pertenencia de nuestro país a la dictadura autoritaria del general Franco. Procede ahora adentrarse en la incorporación de España a un modelo democrático y de respeto de los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos.

¹⁷⁵ Ya en la intervención de 1958 el representante gubernamental, señor Graciá, viene a hacer un esfuerzo en homologar la legislación interna con los estándares de la OIT, por ejemplo, al argumentar que la implantación de los jurados en empresas de más de 500 trabajadores es equiparable a los comités de empresa.

¹⁷⁶ En 1959, con la intervención directa del ministro de Trabajo, señor Sanz Orrio, informa del cambio sustancial producido por la aprobación de la ley de convenios colectivos.

¹⁷⁷ En la sesión de 1965 el ministro del Trabajo, señor Romeo, informa del proyecto de ley que modifica el artículo 222 del Código Penal.

¹⁷⁸ En la sesión de 1961, el representante del Gobierno español insiste en que se confunde en el foro la libertad sindical con el pluralismo sindical, siendo términos distintos y apostando por su modelo de la unidad sindical como la fórmula para materializar la libertad sindical en un sentido axiológico. Por otro lado, no sin ciertas dosis de cinismo, lamenta que el foro no se use para plantear ideas sobre los problemas sociales, sino como arma arrojada para condenar al régimen franquista.

¹⁷⁹ Así lo postula el Gobierno de España en el debate de 1966 señalando que la tarea de la OIT debe ir más en línea con las metas que con los principios. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1966-50\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1966-50).pdf)

b) Los debates con relación a España de 1977 a 1988

En la sesión de 1977 se expresa la esperanza de los representantes en el proceso democrático que se está iniciando en el país. Así, se produce la intervención de los representantes empleadores españoles que intervienen esperando el próximo cambio que se va a producir en España.¹⁸⁰ En este encuentro se produce la asistencia de representantes de trabajadores distintos a los del sindicato vertical, en concreto de la Unión General de Trabajadores (UGT) y Solidaridad de Trabajadores Vascos (STV), lo que es celebrado por el representante de los trabajadores de Portugal y el de la Federación Sindical Mundial. Es de destacar la emotiva intervención del secretario general de la UGT, Nicolás Redondo Urbieto, donde advierte que la libertad sindical no se va a alcanzar únicamente por la firma de los Convenios 87 y 98 de la OIT, sino con la restitución del patrimonio acumulado tras su privación durante la dictadura, la celebración de elecciones sindicales y el reconocimiento a la libertad sindical a los funcionarios públicos a los que se les deniega hasta el momento el derecho de sindicación.

El ministro de Relaciones Sindicales, señor De la Mata Gorostiza, recoge en su exposición que, aunque España tendrá que afrontar más reformas, el modelo sindical ya ha sufrido un cambio sustancial respecto al modelo que proviene de la dictadura, lo que se demuestra con la ratificación de los Convenios 87 y 98 de la OIT. El ministro, al mismo tiempo, expresa la importancia de la autorregulación de los intereses de los sindicatos y empresarios sin paternalismo ni tutela del Estado. Por su parte, la propia OIT, a través de su secretario general de la Conferencia, felicita la ratificación por España de los Convenios 87 y 98 de la OIT. Por lo tanto, llegados a este punto, se puede afirmar que por fin nuestro país transita por la senda del respeto a la normativa de la OIT y, más específicamente, a un pilar fundamental como es la OIT. Estamos ante una Conferencia marcada por la salida de EEUU, molesta por la “politización” de la Organización que volvería en 1980.

Sin embargo, conviene rechazar un prisma complaciente con la simple firma de los Convenios 87 y 98 de la OIT. En tal sentido, la primera intervención como delegado de los trabajadores del secretario general de Comisiones Obreras (CCOO), Marcelino

¹⁸⁰ En estos términos, el representante de los empleadores, señor Castellano Sabater, señala la inminencia de las elecciones generales democráticas en España. Se trata de un cambio de discurso claro puesto que se viene a señalar que la existencia de organizaciones obreras fuertes se antoja imprescindible. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1977-63\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1977-63).pdf)

Camacho Abad, en 1978¹⁸¹, denuncia que España firma convenios que luego no cumple. Con una fuerte carga simbólica que ensalza el proceso de transición democrática española, se produce la intervención del jefe del Estado en la Conferencia Internacional de 1979,¹⁸² el rey Juan Carlos I, mostrando el compromiso de España con la OIT y presentando el Estado Social que deriva de la Constitución de 1978.

En este marco de normalización, a los efectos del presente estudio, se caracteriza este periodo fundamentalmente por facilitar con normalidad la información periódica sobre los cumplimientos de los Convenios 87 y 98 de la OIT. En este punto, el debate sufre un cambio sustancial puesto que, si anteriormente el problema de España se había internacionalizado, desde ese momento nuestros problemas se discuten de forma ciertamente exclusiva por nuestros representantes en el foro. Aun así, las discusiones se suceden, como la del patrimonio sindical acumulado cuya cuestión se mantiene en sucesivas reuniones, así como la insuficiencia de la normativa promulgada¹⁸³, o específicos como el golpe de Estado del 23-F.¹⁸⁴ En 1980 se aprueba el Estatuto de los Trabajadores que, aunque no exento de polémica,¹⁸⁵ asienta el marco regulador laboral básico hasta nuestros días. El debate se ubica más en los problemas del mercado laboral y el desempleo en este foro que en cuestiones de libertad sindical. A mayor abundamiento,

¹⁸¹ En tal sentido, el delegado obrero expone los problemas en el modelo de representación de los trabajadores en España, llegando a cuotas incluso más regresivas que el final del franquismo y denunciando que a los trabajadores de la función pública no se les permite el ejercicio de sus derechos sindicales. En otro orden de cosas, denuncia que el Gobierno fomenta a los “sindicatos amarillos” como forma de injerencia que de forma correlativa ha de perjudicar a los sindicatos de clase. La contestación del delegado gubernamental, señor Jiménez de Parga, aunque con un tono distinto a la época anterior, con profundo respeto hacia el valor moral y político de dicho representante, viene a discrepar profundamente de Marcelino Camacho abogando porque en España el respeto a la libertad sindical sea total. El ministro de Trabajo, señor Calvo Ortega, por su parte, resalta el compromiso de España con la OIT que se concreta con el alto número de convenios ratificados y en la que anuncia una futura reforma laboral que otorgue más derechos a sindicatos y trabajadores.

Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1978-64\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1978-64).pdf)

¹⁸² En este foro intervino el representante trabajador, señor Redondo, que expuso los problemas del desempleo y el terrorismo que azotaban a nuestro país. A esto se suma el temor de que el contenido progresista de la Constitución española recién aprobada podía nivelarse con un desarrollo normativo en regresión del Gobierno. Como prueba de ello es el rechazo del proyecto de Estatuto de los Trabajadores por las organizaciones sindicales. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1979-65\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1979-65).pdf)

¹⁸³ El representante trabajador, Marcelino Camacho, denuncia en la Conferencia de 1980 que el Gobierno continúa reteniendo el patrimonio, no aplicando criterios objetivos y racionales. Igualmente, señala que el Real Decreto-ley 17/1977 limita el ejercicio de derecho a huelga y siguen produciéndose detenciones y suspensión de huelgas. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1980-66\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1980-66).pdf)

¹⁸⁴ En la Conferencia de 1981, el representante trabajador, señor Aguiriano, muestra el compromiso del sindicalismo con la democracia y las libertades. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1981-67\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1981-67).pdf)

¹⁸⁵ Cabe recordar que el sindicato más representativo del país, Comisiones Obreras, se situó en una postura crítica con el texto.

cuestiones como el patrimonio sindical acumulado, el Gobierno indica su voluntad de resolverlo inmediatamente en la sesión de 1983,¹⁸⁶ constatando los significativos avances en su cumplimiento en la sesión de 1987,¹⁸⁷ o la exclusión de un sindicato de la negociación colectiva.¹⁸⁸

Curiosamente, existe algún antecedente anterior a la entrada en vigor del Convenio 158 OIT por el representante gubernamental español en materia de estabilidad en el empleo. En primer lugar, se propuso en la Conferencia de 1968 una resolución para reforzar los mecanismos de estabilidad en el empleo desde distintos prismas, con el fin de incluir en el orden del día de la próxima reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo la posibilidad de avanzar en la suscripción de un convenio sobre la cuestión.

En segundo lugar, se volvió a plantear en la Conferencia de 1971 una resolución sobre la estabilidad en el empleo para los “trabajadores marginales”, considerándolos desprotegidos por el representante gubernamental español.

Sin embargo, el debate de la flexibilización ante el azote del desempleo se inaugura ya en 1979,¹⁸⁹ cuando los sindicatos denuncian el abaratamiento del despido y el recorte en la prestación por desempleo.¹⁹⁰ Los empleadores denuncian que soportan un alto coste en el mantenimiento de la seguridad social y, asimismo, se apunta a la negociación colectiva como salida a la situación de alto desempleo con el Acuerdo Marco Interconfederal para la negociación colectiva¹⁹¹ y la posterior firma del acuerdo marco nacional sobre el

¹⁸⁶ La intervención del ministro de Trabajo, señor Almunia Amann, contiene el compromiso de solucionar el reparto del patrimonio con las organizaciones sindicales. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1983-69\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1983-69).pdf)

¹⁸⁷ La intervención del representante trabajador, señor Redondo Urbieto, afirma los avances tanto en la ley de patrimonio sindical, como en el reparto del patrimonio sindical acumulado y el histórico, agradeciendo el papel del Comité de Libertad Sindical. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1987-73\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1987-73).pdf)

¹⁸⁸ Así lo denuncia el representante trabajador, señor Camacho Abad, en la sesión de 1986 de la Federación de Enseñanza de CCOO, señalando que el motivo de la exclusión fue por la convocatoria de huelga. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1986-72\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1986-72).pdf)

¹⁸⁹ En tal sentido, la intervención del delegado empleador, señor Castellano, pide a los sindicatos comprensión sobre los problemas que lleva la rigidez en la protección de las plantillas cuando existe una elevada tasa de desempleo por encima del 8%.

¹⁹⁰ Marcelino Camacho denunció estas medidas en la Conferencia de 1980, cuando en un marco de la subida del desempleo por encima del 11% así como la inflación, las rentas del trabajo han descendido en el PIB de un 57,5 % a un 56,7%.

¹⁹¹ En el encuentro de 1980, el representante empleador informa favorablemente de dicho acuerdo entre la CEOE y UGT al que se adhiere USO y CEPYME, señalando que es un texto que refuerza la negociación colectiva para tratar de asuntos de vital importancia como la inflación o el desempleo. Igualmente informa de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores. Para el ministro de Trabajo, señor Sánchez Terán, estas medidas ya han dado sus frutos al descender el número de desempleados en tres mil personas, lo que se produce por primera vez en dieciocho meses.

empleo.¹⁹² Pese a los acuerdos citados, se mantenía la inquietud de los sindicatos por el deterioro de las condiciones laborales de los trabajadores.¹⁹³

En la sesión de 1984, tras la llegada del PSOE (1982) al Gobierno, los representantes gubernamentales al foro informan del proyecto de ley de modificación del Estatuto de los Trabajadores en una línea flexibilizadora,¹⁹⁴ siempre con el alegato del combate al desempleo. Para los representantes de los trabajadores suponía un punto de preocupación la reconversión industrial y la apuesta de los trabajadores españoles por la salida de la OTAN, en clara muestra del sindicalismo sociopolítico español. Siguiendo la senda flexibilizadora, se situó el acuerdo económico-social entre el Gobierno, la UGT, CEOE y CEPYME para los años 1985 y 1986, y se informó al mismo tiempo de la firma del Convenio 158 de la OIT.¹⁹⁵

Más específicamente, el problema del desempleo de los jóvenes que preocupa a la OIT en la sesión de 1986 se responde desde España con todo un abanico de contratación a la carta¹⁹⁶, así como se informa de políticas sociales sobre las zonas afectadas por la reconversión industrial, aunque el delegado trabajador pone el énfasis en la jornada de las 35 horas y la formación de los trabajadores.

En el año 1988 se produce la huelga general en España, coincidente con la intervención en la Conferencia Internacional del presidente del Gobierno Felipe González, que manifiesta el reto de materializar los derechos reconocidos en el seno de la OIT. En el plano interno no niega las dificultades que atraviesa el diálogo social en España. Por su

¹⁹² En estos términos se pronuncia en la Conferencia de 1981 el representante empleador, señor Ferrer Dufol, que también insiste en la falta de empleo. Sobre el acuerdo muestra su satisfacción el ministro de trabajo, señor Sánchez Rof, apelando a la responsabilidad de los agentes sociales para la lucha contra la lacra del desempleo. Cabe precisar que, a diferencia del Acuerdo Marco Interconfederal, este acuerdo fue firmado también por CCOO.

¹⁹³ En la sesión de 1982, el señor Aliaga Lledó advertía de las medidas reaccionarias tomadas por la CEOE, caracterizadas por la flexibilización en el despido y el recorte de las prestaciones sociales de jubilados y despidos, se alertaba en este sentido sobre una salida insolidaria a la crisis por la patronal y el Gobierno. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1982-68\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1982-68).pdf)

¹⁹⁴ El ministro de Trabajo, señor Almunia Amann, intervino en estos términos ligando la reforma laboral en términos flexibilizadores de contratación para combatir el desempleo. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1984-70\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1984-70).pdf)

¹⁹⁵ Informa del citado acuerdo el ministro de Trabajo, señor Almunia Amann, que liga los salarios al incremento de los precios, todo ello acompañado con una retórica de modernización y de cambio tecnológico. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1985-71\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1985-71).pdf)

¹⁹⁶ El ministro Almunia Amann se refiere a los contratos de formación, en prácticas, entre otros. Como muestra su propia intervención se introduce la bonificación a la seguridad social de las fórmulas contractuales siendo otra senda que se va a mantener bajo el argumento de la creación y mantenimiento del empleo. Esto no es suficiente para el delegado de los empleadores, señor Jiménez Aguilar, que señala que las cargas en seguridad social no son sostenibles para los empleadores.

parte, el representante trabajador niega la visión idílica del “milagro económico” español y describe el panorama de la precariedad existente.¹⁹⁷

En este punto se han situado los grandes debates sucedidos en la Conferencia sobre nuestros problemas internos. En los sucesivos años se reduce el nivel de conflicto dialéctico y se sigue perfectamente la evolución de nuestro modelo de relaciones laborales en el marco de las distintas comisiones que se van a analizar más adelante.

3.4.5. La CEACR: especial atención a sus resoluciones respecto de España

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones se creó en 1926 por una resolución de la Conferencia Internacional del Trabajo,¹⁹⁸ con el objetivo fundamental de examinar las memorias presentadas por los gobiernos sobre los convenios ratificados evaluando de esta forma la aplicación de las normas internacionales del trabajo. Por lo tanto, estamos ante un órgano que tiene un carácter eminentemente técnico.

Los veinte miembros que componen la Comisión son designados por el Consejo de Administración de la OIT y cumplen el perfil de ser juristas de reconocido prestigio. Conforme al artículo 22 de la Constitución de la OIT, los Estados miembros se obligan a presentar una memoria sobre las medidas adoptadas para la ejecución de los convenios.

Por otro lado, hay que resaltar otra labor importante que implica a la CEACR y es la realización de estudios específicos periódicos en función de la materia considerada de interés. En cuanto a la naturaleza de las resoluciones del órgano, se postula que ni es un órgano jurisdiccional ni sus resoluciones tienen valor jurídico vinculante (Bonet, 2013). Sin embargo, como se ha dicho en otro lugar, sus resoluciones junto a las del CLS, y en la medida en que van recogiendo sus resoluciones los distintos tribunales, se puede afirmar que tienen la condición de jurisprudencia.

Las próximas páginas van dedicadas a estudiar lo dicho por la CEACR sobre los Convenios 87 y 98 de libertad sindical. Después se abordarán los informes de la CEACR sobre el Convenio 158 de la OIT. También se incluyen las solicitudes directas de la Comisión y las reclamaciones interpuestas al respecto por incumplimiento de los respectivos convenios.

¹⁹⁷ El representante trabajador Gutiérrez Vergara denuncia la baja protección social, la destrucción de empleo y el alto nivel de desempleo que contrasta con el aumento de beneficios y del PIB que presenta la economía española más alto que la media de la OCDE. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1988-75\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1988-75).pdf)

¹⁹⁸ Conferencia Internacional del Trabajo. Actas de la 8ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 1926, vol. I, anexo VII. Recuperado de <https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09616/09616%281926-8%29V.1.pdf>

a) *Los informes de la CEACR sobre libertad sindical*

En las siguientes líneas se va a abordar el contenido de los informes de la CEACR con dos criterios fundamentales. En primer lugar, en una labor de sistematizar lo que se ha dicho respecto a la libertad sindical desde la óptica del Convenio 87 y 98 de la OIT; en segundo lugar, todo ello se pondrá en relación con lo dicho sobre España.

-El contenido de los informes de la CEACR sobre libertad sindical con relación a España desde 1956 hasta 1975

Nuestro país, tras formar parte de la OIT en sus inicios, estuvo un periodo fuera de la OIT fruto de la victoria del bando del general Franco en la Guerra Civil (1941-1956). No fue hasta 1956 cuando España reingresa en la Organización. En todo ese periodo y hasta la llegada de la democracia en España, las desavenencias son constantes entre la OIT y el Gobierno franquista, como ya hemos tenido oportunidad de evaluar en los debates de la Conferencia.

Coincidiendo con el regreso en 1956¹⁹⁹ se constata que España empieza a enviar las memorias pertinentes aun haciéndose constar que no se remite la suficiente información para que la CEACR pueda valorar el estado de la legislación vigente en relación con la normativa de la OIT.

El informe anual de 1957²⁰⁰ es el que inaugura la valoración del nivel de conformidad de la legislación nacional con los convenios de la OIT. La tesis fundamental de dicho informe es que España no se encuentra en una situación de cumplimiento de los convenios de la OIT. Esto se concreta en una serie de cuestiones: en primer lugar, objeto que los sindicatos locales deben registrarse en sindicatos de ámbito superior. En segundo lugar, la designación de los dirigentes sindicales superiores por el Gobierno. Así, se resalta respecto al Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura) que en España no se garantiza el derecho de los empresarios y trabajadores a constituir organizaciones sindicales.

Esta situación de negación de los derechos humanos más básicos va a ser una constante en nuestro país a lo largo de la dictadura. Así, en el informe anual de 1959²⁰¹ se recuerda

¹⁹⁹ Comité de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 39ª reunión. Informe III (Parte IV). Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1956_parte4\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1956_parte4).pdf)

²⁰⁰ Comité de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 40ª reunión. Informe III (Parte IV). Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1957_parte4\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1957_parte4).pdf)

²⁰¹ Comité de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 43ª reunión. Informe III (Parte IV). Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1959-parte4\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1959-parte4).pdf)

que el objetivo principal de la libertad sindical consiste en que los individuos que integran las organizaciones puedan defender sus intereses particularmente mediante la negociación colectiva.

Respecto a España, la CEACR efectúa una serie de valoraciones críticas. La primera pone en duda que las organizaciones mixtas de patronos y obreros del sindicato vertical puedan garantizar la libertad sindical, recordando que la obligación de afiliación a dicho sindicato por el régimen confronta con el Convenio 87 de la OIT. En segundo lugar, considera contrario a la libertad sindical la falta de participación de los sindicatos en la redacción de sus estatutos, al igual que los dirigentes sindicales superiores sean designados por el Gobierno español. En tercer lugar, se constata la prohibición del ejercicio del derecho de huelga en España. En cuarto lugar, se valora negativamente la negociación de los convenios colectivos en la misma organización que agrupa a empresarios y a trabajadores. Como se puede observar, se analizan los elementos centrales del Derecho del Trabajo, tanto en su vertiente individual y colectiva, concluyendo el incumplimiento sistemático de España respecto a los convenios de la OIT y, en particular, en lo que atañe al derecho de libertad sindical.

Tras unos años con información breve y de escasa relevancia, en el informe de 1969²⁰² sobre resúmenes de memorias sobre los convenios no ratificados, se aborda el análisis de los convenios que recogen los derechos humanos fundamentales, entre los que se encuentra el Convenio número 87 de la OIT. En lo que atañe a España, se recoge que las Cortes están estudiando la ratificación de los convenios de la OIT, aunque expresamente aplaza la decisión de ratificar el C087. Asimismo, se hace constar en la parte IV que con la independencia de Guinea Ecuatorial su legislación no depende de España.

El informe anual de 1973, en la 58ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, abordó la situación de la libertad sindical y de la negociación colectiva, en relación con las memorias sobre los convenios no ratificados. Así, en la parte II del informe,²⁰³ se ubican las alegaciones presentadas por el Gobierno de Franco, con su

²⁰² Conferencia Internacional del Trabajo, 53ª reunión. Resúmenes de memorias sobre los convenios no ratificados. Informe III (Parte II).

Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1969-2\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1969-2).pdf)

Comité de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 53ª reunión. Informe III (Parte IV).

Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1969-4\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1969-4).pdf)

²⁰³ Conferencia Internacional del Trabajo, 58ª reunión. Resúmenes de memorias sobre los convenios no ratificados. Informe III (Parte II).

Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1973-2\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1973-2).pdf)

habitual falta de escrúpulos, donde se culpabiliza a la OIT de la falta de concreción de los principios sobre la Constitución, manifestando que la supuesta laguna se cubrió inventando su sindicalismo propio recogido en el Fuero del Trabajo. En dichas manifestaciones se observa cierta apertura del régimen, pese a que se mantienen las líneas políticas fundamentales negadoras del derecho a la libertad sindical y los convenios fundamentales de la OIT. Se informa sobre la aprobación de la Ley Sindical de febrero de 1971 que, en cierta forma, trató de adaptar la legislación laboral a la normativa de la OIT. El Gobierno considera que la dificultad para ratificar el Convenio 87 de la OIT es la pluralidad sindical, manifestando que unidad y libertad no son incompatibles y, por tanto, manteniendo que España ha adaptado todas las disposiciones del Convenio.

Es en la parte IV del informe de 1973 donde se efectúa un estudio general de la libertad sindical y la negociación colectiva por parte de la CEACR. La Comisión recuerda que la negación del derecho a la libertad provoca a menudo situaciones no deseadas de violencia y, asimismo, la desafección de la ciudadanía con el sindicalismo. Otra cuestión que sobresale del informe es que la CEACR entiende que los Estados no solo deben respetar el derecho a la libertad sindical sino, cada vez más, desarrollar políticas de fortalecimiento y estímulo de un movimiento sindical fuerte.

Como conclusión a este periodo de dictadura, se corrobora que la CEACR cuestionó el ordenamiento jurídico interno español, siempre desde el enfoque del estudio de la normativa laboral. Al mismo tiempo, no abandonó la moderación en su lenguaje y valoró positivamente los lentos y escasos avances que se produjeron en nuestro país.

-El contenido de los informes de la CEACR sobre libertad sindical en relación con España para los años 1975 a 2011

De nuestra época democrática se sitúa, en primer lugar, el informe de la CEACR de 1983,²⁰⁴ en la 69ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, donde se presenta el Estudio General sobre Libertad Sindical y Negociación Colectiva. En este informe se mantienen los fundamentos de los estudios anteriores, recogiendo que los problemas fundamentales de las organizaciones sindicales, sus dirigentes y afiliados están relacionados con el derecho a la seguridad de la persona, la libertad de reunión, la libertad

Comité de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 58ª reunión. Informe III (Parte 4B).

Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1973-4B\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1973-4B).pdf)

²⁰⁴ Comité de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 69ª reunión. Informe III (Parte 4B). Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1983-4B\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1983-4B).pdf)

de opinión y de expresión, y la protección de los locales y de la propiedad de las organizaciones sindicales. Igualmente, se constata que también generan problemas el ejercicio de los derechos sindicales en los estados de excepción. La sistemática del estudio radica en analizar los derechos reconocidos en los Convenios 87 y 98 de la OIT, constatándose la conformidad de España con las disposiciones internacionales reseñadas.

En el marco de normalización democrática se plantean debates jurídicos recurrentes en el marco de las relaciones laborales, como en 1993²⁰⁵, donde se trata la cuestión de los servicios mínimos sobre el derecho de las organizaciones profesionales a participar en la definición de estos servicios mínimos que se deben mantener en caso de huelga. Ante las alegaciones de CCOO y UGT sobre el proyecto de ley en materia de huelga, que no vería la luz, la Comisión indica la esperanza en que la norma respetará los principios de la libertad sindical sobre la huelga y, en particular, sobre los servicios mínimos, solicitando al Gobierno que le remita una copia del texto que se apruebe en el futuro.

En el año 1994 se aprueba un importante informe de conjunto sobre el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva de 1994 en el seno de la Organización.²⁰⁶ Se trata de un texto que da un repaso al cumplimiento y situación de los Convenios 87 y 98 de la OIT. La CEACR insiste en la importancia de dichos convenios y de la libertad sindical como derecho fundamental, en unos tiempos cambiantes tras la caída del Muro de Berlín y la era de la globalización.

Del estudio se pueden extraer una serie de ideas fundamentales:

En primer lugar, el derecho a la libertad sindical es consustancial al papel del sindicato. Tal es así que las organizaciones de trabajadores ya reclamaron el reconocimiento de la libertad sindical mucho antes de que se creara la OIT.

En segundo lugar, la libertad sindical es un pilar básico del Derecho Internacional del Trabajo. La Comisión reitera el carácter universal de la normativa internacional del trabajo, con mayor motivo cuando se trata, como en el presente estudio, de convenios fundamentales de la OIT. La libertad sindical se imbrica con las libertades civiles, tal y como se pronuncia la Resolución de 1970 sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles, en la que se resalta que los derechos de las organizaciones sindicales

²⁰⁵ Comité de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 80ª reunión. Informe III (Parte 4ª). Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1993-80-4A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1993-80-4A).pdf)

²⁰⁶ Comité de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión. Informe III (Parte 4B). Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1994-4B\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1994-4B).pdf)

y de empleadores deben basarse en el respeto a las libertades civiles y políticas enumeradas, en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En tercer lugar, otro aspecto importante del informe es que se resalta que las normas de la OIT en materia sindical han sido complementadas y desarrolladas por los principios que han venido sentando los órganos de control, en particular el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración y la Comisión de Investigación y de Conciliación en Materia de Libertad Sindical. En este sentido, la CEACR ensalza a la Comisión de Libertad Sindical planteando que sus resoluciones constituyen un auténtico derecho internacional de la libertad sindical.

En cuarto lugar, las principales dificultades con que tropiezan las organizaciones sindicales y sus dirigentes guardan relación con los derechos fundamentales y, particularmente, el derecho a la seguridad de la persona, la libertad de reunión, la libertad de opinión y expresión, así como el derecho a la protección de los locales y la propiedad de las organizaciones sindicales que, a menudo, se encuentran cuestionados y no respetados.

En quinto lugar, la Comisión confirma su posición de principio, según la cual el derecho de huelga es un corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio número 87 de la OIT. Si bien el derecho de huelga no figura expresamente en la Constitución de la OIT ni en la Declaración de Filadelfia, y tampoco está específicamente reconocido en los Convenios números 87 y 98, sostiene que se da por hecho en el informe elaborado para la primera discusión del Convenio número 87. En su razonamiento recuerda que la huelga únicamente figura de forma indirecta, en el artículo 1 del Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957, y en los párrafos 4, 6 y 7 de la Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios.²⁰⁷ Sin embargo, se señala que otros textos internacionales recogen dicho derecho. Así, menciona el artículo 8.1 d) del PIDESC, que dispone que los Estados firmantes se comprometen a garantizar, entre otros, el derecho a huelga. De la misma manera, el artículo 6.4 de la Carta Social Europea recoge dicho derecho. Asimismo, la Carta internacional Americana de Garantías

²⁰⁷ Organización Internacional del Trabajo. Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, 1951, número 92. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312430,es:NO

Sociales de 1948²⁰⁸ en su artículo 27 y el artículo 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰⁹ recogen expresamente el derecho de huelga.

En sexto lugar, hay una posición expresa a favor de no aplicar una desincentivación del derecho de huelga a través de un uso extensivo del derecho penal y administrativo. La Comisión entiende que solamente debería ser posible imponer sanciones por acciones relacionadas con la huelga en los casos en que las prohibiciones de que se trate estén de acuerdo con los principios de libertad sindical. En tal sentido, la imposición de sanciones penales desproporcionadas no favorece en modo alguno el desarrollo de relaciones laborales armoniosas y estables.

En séptimo lugar, la aplicación de estos convenios no debería estar subordinada al nivel de desarrollo económico de un país, ni a las fluctuaciones periódicas de los ciclos económicos, dado que se trata de instrumentos relativos a derechos humanos fundamentales. La Comisión no niega que las políticas económicas relacionadas con las empresas o la transformación del sector privado y el público, entre otras, sean política nacional, pero al mismo tiempo advierte de que se debe garantizar que tales medidas no supongan un menoscabo para las organizaciones de trabajadores, ni para los convenios colectivos alcanzados, ni que se debilite la efectiva capacidad de sindicación y de negociación. Por ello, la CEACR rechaza las visiones que perciben al trabajador como un coste económico sin tener en cuenta el factor humano.

Volviendo al contenido específico sobre nuestro país, el debate sigue en torno al derecho a la huelga y a los servicios mínimos en la reunión de 1996.²¹⁰ De nuevo se reitera el proyecto de Ley Orgánica de huelga y conflicto colectivo en el que se recoge que la determinación de los servicios mínimos se fijará de forma compartida entre los empleadores y los sindicatos y/o los representantes de los trabajadores convocantes de la huelga. Como ya hizo en informes anteriores, la Comisión expresó su esperanza en que

²⁰⁸ Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador de 1947. Recuperado de <https://docplayer.es/25141366-Carta-internacional-americana-de-garantias-sociales-bogota-1948-aprobada-en-la-novena-conferencia-internacional-americana-bogota-1948.html>

²⁰⁹ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador” de 17 de noviembre de 1988. Recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

²¹⁰ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión. Informe III (Parte 4A). Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1996-4A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1996-4A).pdf)

la futura ley, finalmente frustrada, respetaría los principios de libertad sindical sobre la huelga, en particular, en materia de servicios mínimos.

En la misma tendencia se sitúa el informe de 1997, donde en su parte 1A²¹¹ se hace constar en cuanto al Convenio 87 que el proyecto de ley de España sobre huelga y conflicto colectivo fue enviado a las Cortes. Igualmente, la Comisión toma nota del “Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales” (ASEC), suscrito por los sindicatos UGT y CCOO y los empleadores CEOE y CEPYME como sistema de solución de conflictos laborales, pidiendo la Comisión al Gobierno que le informe de toda modificación legislativa en la materia.

Se sucede la inquietud en torno al derecho a huelga en el informe del año 2001 en su parte 1^a.²¹² Respecto del Convenio 87 se solicita que el Gobierno de España informe a la Comisión sobre la legislación que en el futuro se adopte respecto a los servicios mínimos en caso de huelga con la participación de los sindicatos.

Los siguientes informes centran su atención con la Ley 8/2000²¹³ de Extranjería en consonancia con la polémica jurídica creada también en nuestro plano interno:

En primer lugar, el informe de 2003 en su parte 1A²¹⁴ aborda la cuestión de la inmigración en cuanto a los derechos laborales y sindicales de los trabajadores extranjeros. En tal sentido, se indica que la Ley Orgánica 8/2000 prohíbe el derecho de sindicación a los trabajadores extranjeros en situación irregular. Indica la Comisión que el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT reconoce el derecho de los trabajadores sin distinción a la sindicación, rogando al Gobierno español que adapte la ley para asegurar el derecho a afiliarse a todos los trabajadores extranjeros.

En segundo lugar, el informe anual de 2005 en la parte 1A²¹⁵ mantiene la atención en la cuestión suscitada con la Ley de Extranjería. La Comisión toma nota de su

²¹¹ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 85ª reunión. Informe III (Parte 1A).

Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1997-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1997-1A).pdf)

²¹² Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 89ª reunión. Informe III (Parte 1A).

Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2001-89-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2001-89-1A).pdf)

²¹³ Ley Orgánica 8/2000, de 23 de diciembre de 2000. *Boletín Oficial del Estado*, de 23 de diciembre de 2000, número 307, pp. 45508-45522.

²¹⁴ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión. Informe III (Parte 1A).

Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2003\)1A.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2003)1A.pdf)

²¹⁵ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión.

Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2005\)1A.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2005)1A.pdf)

modificación por la ley número 14/2003²¹⁶ en la que se reconoce el derecho de sindicación de los trabajadores extranjeros en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o de residencia en España. La Comisión recuerda que, según el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, se debe garantizar el derecho de sindicación sin excepción, salvo lo que se disponga respecto de las Fuerzas Armadas y la Policía. En tal sentido, se vuelve a solicitar al Gobierno que modifique la Ley de Extranjería.

En tercer lugar, en el informe anual de 2007 parte 1A,²¹⁷ la CEACR vuelve a indicar a España que modifique la Ley de Extranjería 8/2000 y la adapte al Convenio 87 de la OIT y que le informe de las medidas que se deben tomar, así como las sentencias judiciales que se puedan producir respecto a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la ley.

Finalmente, la caída de la Ley de Extranjería se retrata en dos actos. El primero con el informe de 2009²¹⁸ recoge la satisfacción de la Comisión por la sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007²¹⁹, que declara la inconstitucionalidad del artículo 11 de la Ley de Extranjería que supeditaba el derecho de afiliación de los trabajadores extranjeros a los sindicatos a la autorización de estancia o de residencia en España. En segundo lugar, la cuestión controvertida se cierra con el informe de 2011²²⁰, que recoge la satisfacción de la Comisión puesto que el Gobierno español informa que ha adoptado la ley número 2/2009²²¹ de 11 de diciembre adaptando la Ley de Extranjería al fallo del Tribunal Constitucional antedicho.

²¹⁶ Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. *Boletín Oficial del Estado*, número 279, de 21 de noviembre de 2003, pp. 41193-41204.

²¹⁷ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión. Informe III (Parte 1A). Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2007\)1A.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2007)1A.pdf)

²¹⁸ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión. Informe III (Parte 1A). Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2009-98-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2009-98-1A).pdf)

²¹⁹ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2007\236].

²²⁰ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión. Informe III (Parte 1A). Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2011-100-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2011-100-1A).pdf)

²²¹ Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado*, número 299, de 12 de diciembre de 2009, pp. 104986-105031.

-El contenido de los informes de la CEACR sobre libertad sindical en relación con España desde 2012 a la actualidad

Con seguimiento al recorrido cronológico, es necesario remitirse al Estudio General de la CEACR de 2012 sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008.²²² Aunque es un estudio en el marco internacional, es interesante recurrir a una serie de contenidos que conectan con el derecho a libertad sindical y a la huelga y, por lo tanto, con las últimas medidas tomadas en España con la reforma laboral de 2012 y las normas complementarias que restringen dichos derechos. Este informe mantiene cierto continuismo con los anteriores estudios monográficos ya estudiados,²²³ con algunas especificidades sobre los conflictos actuales:

La primera cuestión que aborda es el concepto de sindicato representativo. Aunque es un tema que de forma recurrente se sucede en nuestro debate interno, la CEACR reitera que este concepto no es contrario a la libertad sindical, siempre que su concreción sea en torno a criterios objetivos y con una limitación en cuanto a los derechos que puede llevar el reconocimiento de esta condición.

La segunda cuestión destacable gira en torno al derecho a la huelga. Se trata de su cuestionamiento por las organizaciones de empleadores, al entender que, ni en los trabajos preparatorios del Convenio 87 de la OIT, ni en una interpretación basada en la Convención de Viena, se proporciona una base para elaborar principios que desarrollen el derecho de huelga. El grupo de los trabajadores discrepa de los empleadores, que abogan por que su no reconocimiento expreso no impide el reconocimiento del derecho, al amparo de varios instrumentos legales internacionales. En concordancia con lo anterior

²²² Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión. Informe III (Parte 1B). Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2012-101-1B\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2012-101-1B).pdf)

²²³ En primer lugar, la CEACR reitera que los derechos contenidos en los convenios fundamentales son de aplicación universal y deben ser respetados por todos los países, aun cuando no hayan ratificado estos últimos, remitiéndose a la Declaración de 1998. Para ello es necesaria la existencia de un sistema jurídico efectivo en la protección de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. El estudio incide en que la libertad de asociación es un derecho que se encuentra en todos los instrumentos regionales que han sido examinados. Más específicamente, afirma que el derecho a la libertad sindical es la esencia de la democracia. Se insiste en la importancia del Convenio 87 de la OIT sobre libertad sindical y protección de la sindicación considerando su contenido como principios fundamentales en línea con la Declaración de 1998. Como señala la CEACR, es un derecho que traspasa el ámbito de la legislación laboral y que posibilita su respeto a la existencia de una democracia en que se garantizan los derechos y libertades civiles fundamentales.

El estudio destaca como elemento positivo la amplia convergencia de opiniones entre el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos que se explica principalmente por una necesidad de coherencia entre ambos órganos en relación con los principios fundamentales consagrados en los Convenios 87 y 98 de la OIT.

se razona que, sin el derecho de huelga, la libertad sindical quedaría privada de sustancia. La CEACR coincide fundamentalmente con las organizaciones de trabajadores al entender que los Convenios no se pueden analizar desde una disposición concreta sino desde su objeto y fin.

La tercera cuestión que se suscita es la del ámbito de actuación de los piquetes en las huelgas. La CEACR entiende que se les debe permitir actuar siempre que lo hagan de forma pacífica, y el uso de la fuerza pública solo se puede emplear de forma restricta cuando se presenten situaciones de gravedad para el orden público y se debe usar de forma proporcional.

La cuarta cuestión, en íntima relación con lo anterior, es sobre el uso del derecho penal en la huelga. Para la CEACR no se debe castigar penalmente a un trabajador que, en ejercicio de un derecho fundamental, participa de forma pacífica. Aboga por un criterio restrictivo al sostener que es legítima la sanción cuando se produce violencia contra bienes y/o personas, así como otras infracciones graves en derecho penal. Por otro lado, la CEACR acude a lo dicho por el CDESC, cuya postura radica en que la imposición de tales sanciones es un incumplimiento del pacto por el Estado sancionador.

En relación con el debate anterior, como ha señalado Ojeda (2019) apoyando las tesis del grupo trabajador en este debate, es obvia la evidencia de que un sindicato sin posibilidades de convocar huelgas es como un “gato con guantes”.

De vuelta a los informes anuales, en 2013²²⁴ se deja constancia de las comunicaciones de los sindicatos respecto al recorte salarial de los funcionarios de un 5% a través del Real Decreto-ley 8/2010²²⁵, reseñando a su vez que estas cuestiones ya han sido remitidas por las organizaciones sindicales al Comité de Libertad Sindical.

En los años 2014 y 2015 no se recogen consideraciones significativas sobre los Convenios 87 y 98 de la OIT. Por su parte, el informe de 2016²²⁶ se hace eco de las alegaciones de la Confederación Sindical Internacional y Comisiones Obreras sobre la Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana y el nuevo artículo 557 *ter* del Código Penal sobre desórdenes públicos en relación con la invasión u ocupación

²²⁴ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª reunión. Informe III (Parte 1A).

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

²²⁵ Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. *Boletín Oficial del Estado*, número 126, de 24 de mayo de 2010, pp. 45070-45128.

²²⁶ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 105ª reunión. Informe III (Parte 1A).

Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2016-105-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2016-105-1A).pdf)

del domicilio de una persona jurídica, ya sea pública o privada, manifestando que restringen la libertad de reunión, expresión y manifestación, esenciales para el ejercicio de la libertad sindical. Tras las alegaciones del Gobierno español manifestando que la normativa aprobada busca mantener la seguridad ciudadana y únicamente tipifica infracciones que perturben o pretendan alterar la convivencia ciudadana, la Comisión pide al Gobierno que transmita información relativa a la aplicación de dichas normativas. Respecto al derecho de huelga y los servicios mínimos, habiendo escuchado a la OIE, CEOE, UGT y CCOO y habiendo constatado la Comisión que existe un número importante de resoluciones judiciales nulas en cuanto a la fijación de los servicios mínimos, pide al Gobierno que aborde la cuestión a través del diálogo tripartito sobre el funcionamiento de los servicios mínimos. Por último, toma nota respecto del ejercicio del derecho a huelga, del número importante de procedimientos penales y sancionadores a sindicalistas y el tratamiento de un caso ante el Comité de Libertad Sindical.

b) Solicitudes presentadas y resoluciones de la CEACR en materia de libertad sindical respecto de España

A continuación, se procede al estudio de una serie de interpelaciones en referencia a España conocidas por la CEACR. En primer lugar, se estudian las solicitudes directas que plantea el órgano, puesto que contiene un diálogo con el Gobierno y los agentes sociales sobre los Convenios 87 y 98 de la OIT. Algunas solicitudes directas se omiten, puesto que vienen a reproducir lo ya expuesto en los informes periódicos. Se sigue el criterio cronológico sobre las posiciones de la CEACR, ya que el derecho material afectado es el mismo, con lo que hay un nexo en los asuntos sobre los que se reflexiona.

Por otro lado, tenemos el procedimiento de reclamaciones de las organizaciones sindicales en las que se alega un incumplimiento de la norma internacional. En este apartado la situación es prácticamente inédita, puesto que únicamente en 2016 fue interpuesta una reclamación por el sindicato Solidarity, Independence, Democracy (SID) en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por incumplimiento del Convenio 98 contra España junto a Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania y Suecia, pero fue inadmitida por el Consejo de Administración.

La primera cuestión sobre el Convenio 87 a la que es necesario referirse es la solicitud directa a la CEACR adoptada en 1990 y publicada en la 77ª reunión Conferencia

Internacional del Trabajo (CIT) de 1990.²²⁷ Se deja constancia de los comentarios de CCOO ante la imposición por el Gobierno de servicios mínimos no esenciales. En su razonamiento, la Comisión recuerda que la huelga es un medio esencial para los sindicatos en la defensa de los intereses de sus miembros y que puede ser limitada e incluso prohibida respecto a: a) funcionarios que actúan como órganos de la potestad pública; b) en los servicios esenciales, es decir, aquellos cuya interrupción ponga en peligro, en toda o parte de la población, la vida, la salud o la seguridad de la persona y, por último, c) en casos de crisis nacional aguda, siempre por un período limitado. En cuanto a la permanencia de un servicio mínimo, apuesta por un criterio restrictivo considerando que su presencia está justificada cuando pueda estar en riesgo o en peligro la población, la vida, la salud o la seguridad de la persona, avalando que se pueda interponer servicios mínimos a una determinada categoría o colectivo cuando la prolongación de la huelga pueda provocar una crisis nacional aguda. La Comisión concluye que se debería permitir a los sindicatos la posibilidad de participar en la definición de los servicios mínimos, solicitando al Gobierno que le remita todos los decretos adoptados con dicha finalidad.

Existe otra solicitud directa en 1990²²⁸ en relación con el Convenio 98 ante unos comentarios del sindicato CCOO en que se acusaba al Gobierno de intervenir en la negociación colectiva, aconsejando a los empleadores incumplir un acuerdo sobre revisión salarial, la negociación con una organización no sindical de un incremento de las pensiones y no reconocer el derecho de negociación colectiva a los funcionarios públicos. La Comisión, con el debido respeto a que el asunto se está conociendo ante el Comité de Libertad Sindical, entiende que el Gobierno no ha lesionado el derecho a la libertad sindical ni a la negociación colectiva, puesto que la expresión de la opinión sin injerencia no es atentatoria del derecho. En cuanto a la negociación en sí, entiende que los sindicatos representativos fueron consultados y que se firmó un acuerdo con una organización que representa de forma amplia a los jubilados.

²²⁷ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 77ª reunión. Solicitud directa. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2083929

²²⁸ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 77ª reunión. Solicitud directa. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2083943,102847,Espa%C3%B1a,1990

Igualmente, se destaca la solicitud directa adoptada en 2012 y publicada en la 102ª reunión de la CIT en 2013.²²⁹ La Comisión toma nota respecto a los comentarios de la Confederación Sindical Internacional (CSI) en la que se pone de manifiesto que, por los Gobiernos de Madrid y Comunidad Valenciana se han impuesto unos servicios mínimos superiores al 90%. Asimismo, se informa en cuanto a la huelga de metro de Madrid que la empresa interpuso demanda por daños y perjuicios de seis millones de euros contra los sindicatos. La Comisión, sin más consideraciones, observa que las cuestiones planteadas están siendo estudiadas por el Comité de Libertad Sindical, caso número 2947.

En 2019²³⁰ se produce la última solicitud directa sobre el Convenio 98 hasta la fecha sobre libertad sindical. La CEACR solicita información al Gobierno sobre la denuncia de despidos antisindicales, de injerencias en las actividades y la negociación colectiva en el sector público. La cuestión principal que se trata es sobre los problemas que genera el modelo de negociación colectiva resultante de la reforma laboral de 2012, en particular respecto a la proliferación de convenios colectivos de empresa sin legitimación suficiente por el banco social, por lo que la CEACR pide información particularizada al Gobierno. Por otro lado, vuelve a apostar por el diálogo social a la hora de pactar las reglas esenciales de la negociación colectiva y, en consecuencia, le pide al Gobierno que le informe de la evolución.

c) Los informes de la CEACR sobre terminación del contrato de trabajo respecto de España

Las referencias en los informes de la Comisión de Expertos respecto a la terminación del contrato de trabajo en relación con España son más escasas por su recepción algo más tardía en relación con los anteriores convenios sobre libertad sindical. Por el tipo de convenio que nos ocupa, los pronunciamientos provienen fundamentalmente de la CEACR como órgano garante del cumplimiento de los Convenios de la OIT. A continuación, hay que referirse a las cuestiones más destacadas contenidas en los sucesivos informes que se han ido produciendo periódicamente. La cuestión principal que

²²⁹ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª reunión. Solicitud directa. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3080746:NO

²³⁰ Comité de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 108ª reunión. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3962330,102847,Espa%C3%BAa,2018

se mantiene en el tiempo es la temporalidad y la estabilidad, en consecuencia, en la contratación.

En primer lugar, se encuentra el informe de 1990.²³¹ En él se aborda la situación de España respecto a la reciente aprobación del Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo. Ya en dicho informe se muestra la preocupación por la temporalidad en la contratación de importantes sectores de la población trabajadora, solicitando información sobre la situación y sugiriendo al Gobierno español que acuda a sus comentarios anteriores sobre este punto. En otro orden de cosas, la Comisión resalta que el artículo 7 del Convenio exige que el trabajador se pueda defender con anterioridad al despido.

La inquietud por la alta tasa de temporalidad de nuestro mercado laboral va a ser una constante en la CEACR, como así sucede en el informe de 1994 en su parte 4A²³². La comisión toma nota sobre las decisiones judiciales en relación con el artículo 11 del Convenio, así como de las observaciones de UGT y CCOO. Igualmente, se debate en torno a los apartados segundo y tercero del artículo 2 del Convenio en referencia al elevado número de contratación temporal que presenta nuestro modelo de relaciones laborales. En tal sentido, los sindicatos denuncian la excesiva temporalidad en la contratación y su uso en fraude de ley. Las explicaciones del Gobierno se basan en que aún no hay una valoración clara de la ley 2/1991²³³ y que está abierto a la voluntad de reformar las modalidades de contratación. En relación con dicho debate, el Comité considera importante que se tomen medidas para evitar que se acuda a este tipo de contratación para evadir las disposiciones del Convenio, e igualmente sugiere que consulte la Recomendación sobre la terminación del contrato de trabajo de 1982²³⁴. También se le indica al Estado que informe de las medidas que se toman en materia de temporalidad y sobre la intervención de la inspección de trabajo. La otra cuestión que apunta el Comité es sobre las garantías en cuanto a la terminación del contrato de trabajo

²³¹ Comité de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 77ª reunión. Informe III (Parte 4A). Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1990-4A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1990-4A).pdf)

²³² Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión. Informe III (Parte 4A). Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1994-81-4A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1994-81-4A).pdf)

²³³ Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación. *Boletín Oficial del Estado*, número 7, de 8 de enero de 1991, pp. 549-550.

²³⁴ Organización Internacional del Trabajo. Recomendación sobre la terminación del contrato de trabajo, 1982, número 166. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R166

por causas imputables al trabajador, artículo 7, resaltando en este punto que España no está de conformidad con el Convenio en este precepto puesto que esta garantía se circunscribe únicamente a los delegados sindicales y a los representantes de los trabajadores, tal y como denuncian los sindicatos.

En 1995 fue publicado un estudio específico de protección contra el despido injustificado²³⁵ que insiste en los problemas que afectan a nuestro país. Se trata de un trabajo que viene a situar el estado del Convenio y, a su vez, valorar su importancia y dificultades en su aplicación.²³⁶ Tras algunas consideraciones generales,²³⁷ se resalta la alta temporalidad que existe en España y la necesidad de introducir garantías que neutralicen el abuso en la contratación. Igualmente, el Comité recoge que el Tribunal Constitucional incorpora el criterio consistente en que la extinción de un contrato de una trabajadora embarazada puede suponer la vulneración de un derecho fundamental. De nuevo se enfatiza en que se debe garantizar la posibilidad de que el trabajador pueda defenderse con carácter previo a su despido. Por último, el estudio recuerda que, durante el examen de la aplicación del Convenio por España, los miembros trabajadores de la Comisión de Aplicación de Normas pusieron de relieve el elevado número de contratos temporales, más de una tercera parte del empleo total, y estimaron que una situación de este tipo requería que se prestase especial atención al establecimiento de garantías contra el recurso abusivo a este tipo de contrato.

La temporalidad sigue ocupando los trabajos de la CEACR en su supervisión del C158. Así, en el informe de 1996, III, ya citado en este trabajo en el apartado sobre libertad

²³⁵ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 82ª reunión. Informe III (Parte 4B). Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1995-4B\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1995-4B).pdf)

²³⁶ El informe recuerda que las normas del trabajo partían en sus orígenes en el siglo XIX de una simetría formal y se produce un movimiento encaminado en numerosos países a asegurar la protección del trabajador. Se apuntan como hitos de la evolución: la extensión del plazo de preaviso, el pago de la indemnización por fin de servicios, así como las iniciativas encaminadas a limitar el poder discrecional del empleador de poner término a la relación de trabajo por un motivo cualquiera o sin motivo.

²³⁷ En sus observaciones finales, la Comisión señala que las normas en materia de terminación de la relación de trabajo responden a un doble objetivo: proteger al trabajador en su vida profesional contra toda terminación “injustificada” y preservar el derecho de los empleadores de dar por terminada la relación de trabajo por causas tanto reconocidas como justificadas. La Comisión subraya que la protección adecuada contra la terminación de la relación de trabajo no está en contradicción, en principio, con las nuevas formas de relaciones de trabajo, que permiten a las empresas la adaptación de los recursos humanos a las transformaciones que se producen en el plano económico. Se constata que prácticamente todos los países se enfrentan a problemas de ajuste estructural, de desempleo, especialmente la de larga duración y subempleo, al imperativo de la competitividad, y todo ello en el contexto de una mundialización creciente de la economía, que no se produce sin que se planteen nuevos retos en los ámbitos de trabajo y de las normas de la OIT. La flexibilidad se ha convertido en el tema dominante, y para algunos, la condición *sine qua non* para efectuar los ajustes obligados. La CEACR habla de una combinación coherente y armoniosa de tres elementos: los principios universales de justicia y equidad, las instituciones y los procedimientos.

sindical, se mantiene el debate; y los sindicatos cuestionan la reforma con la ley número 11/94²³⁸. La Comisión expresa su esperanza en que el Gobierno mantenga el diálogo tripartito en el seguimiento de las relaciones contractuales con el fin de poner en práctica medidas contra el recurso a los contratos temporales de empleo que tienen por objeto sustraer a los trabajadores del ámbito de protección definido por el Convenio. Otra constante que mantiene la Comisión es que la legislación nacional, respecto del artículo 7, sigue incumpliendo el Convenio en cuanto al derecho del trabajador a defenderse con anterioridad al despido. Para concluir, la Comisión reitera al Gobierno que aporte los datos estadísticos respecto a las extinciones de contratos temporales.

El sindicato UGT manifestó en el marco del informe de 1997 que un tercio de los trabajadores españoles se encuentran fuera de las disposiciones del Convenio por la precariedad que lleva aparejada la temporalidad. El Gobierno, por su parte, informa de que no hay voluntad de excluir a los trabajadores con contratos de duración determinada de las disposiciones del Convenio. En cuanto al debate sobre la posibilidad de defensa de forma previa al despido que recoge el artículo 7 del Convenio, el Gobierno determina que la conciliación administrativa posterior al despido ofrece mejores posibilidades de defensa que una entrevista en la empresa.

En otro orden de cosas, respecto de los artículos 13 y 14 del Convenio 158 de la OIT, la Comisión recibe la reforma del artículo 51 del ET por la que se incorporan limitaciones a la aplicación de dichos artículos. Sobre este particular, la Comisión recuerda que el Convenio permite la limitación de la aplicación de las disposiciones sobre información a los representantes de los trabajadores y a las autoridades competentes, así como la consulta de los representantes de los trabajadores en caso de terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos a casos en que una cierta cifra o porcentaje del personal se encuentren involucrados. Por todo ello, la Comisión seguirá examinando la evolución de la materia y mantendrá la vigilancia en cuanto a las medidas que se deben tomar y la situación de precariedad que se vive en España.

²³⁸ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. *Boletín Oficial del Estado*, número 122, de 23 de mayo de 1994, pp. 15805-15831.

Tras unos años sin referencias significativas, en la parte general del informe de 2012²³⁹ se hace balance de la situación de España respecto al Convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo. En tal sentido, la Comisión manifiesta con interés la inclusión de causas que blindan del despido, en relación con la aplicación de la Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres²⁴⁰, solicitando información sobre la puesta en práctica de dichas medidas. Asimismo, el Comité se da por informado de la aprobación de la reforma laboral relacionada con las causas de la terminación de los contratos de trabajo por el funcionamiento de la empresa, las indemnizaciones por despido o la autorización de la autoridad laboral en los despidos colectivos, solicitando información complementaria sobre la aplicación judicial y su intervención.

El informe del año 2015²⁴¹ valora la situación de la legislación española con el Convenio 158. El Comité se hace eco de lo dicho en el informe tripartito en el ámbito de la Conferencia, y en todo el marco de las medidas tomadas con la crisis se insiste e interpela especialmente al Gobierno, con la importancia que reviste el diálogo social. En relación con el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores (CAE), el Comité solicita información sobre la evolución de este contrato al Gobierno y la posibilidad de, a través del diálogo social, estudiar otras medidas para evitar la extinción del contrato a través de la voluntad unilateral del empresario. Respecto a las causas de despido económicas, técnicas, organizativas o productivas recogidas en el artículo 51 del ET, se solicita información, en particular sobre los recursos interpuestos contra estos despidos. Por último, en cuanto al despido por absentismo, el Comité solicita información sobre la aplicación en concreto de este supuesto.

A continuación, se aborda lo dicho en el Informe de la CEACR, aprobado en la 105ª reunión de 2016, ya citado en páginas anteriores. En este informe se trata fundamentalmente el seguimiento de la reclamación presentada por CCOO y UGT contra el Gobierno de España por la reforma laboral aprobada por el Real Decreto-ley 3/2012 y la ley 3/2012 y que estudiaremos más adelante. La Comisión, en este punto, se ciñe a pedir al Gobierno que tome medidas para reforzar el diálogo social y la consulta a los

²³⁹ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión. Informe III (Parte 1A). Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2012-101-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2012-101-1A).pdf)

²⁴⁰ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *Boletín Oficial del Estado*, número 71, de 22 de marzo, pp. 12611-12645.

²⁴¹ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión. Informe III (Parte 1A). Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2015-104-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2015-104-1A).pdf)

interlocutores sociales, en favor de buscar una solución a las dificultades económicas. Respecto al CAE, la Comisión requiere al Gobierno que informe sobre la evolución del contrato y, de nuevo, el estado del diálogo social. Así mismo, solicita que se le indique las medidas adoptadas en consulta de los interlocutores sociales a fin de evitar que el CAE sea terminado por iniciativa del empleador con el objeto de eludir el Convenio.

Por su parte, los sindicatos informan sobre los problemas que trae consigo la reforma laboral en cuanto al desequilibrio de la relación laboral a favor de los empresarios, sin embargo, la CEOE y la OIE se quejan del aumento de la judicialización y del hecho de que se ponga en crisis la seguridad jurídica. En este sentido, la Comisión solicita al Gobierno que informe sobre la regulación de las causas de despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción en cuanto a su aplicación en la práctica, incluyendo los datos sobre los recursos, el resultado de estos y la terminación de los procedimientos. Por lo que atañe a la supresión de los salarios de tramitación en caso de despido improcedente, con opción del empresario por la extinción, la Comisión indica al Gobierno que continúe presentando informaciones sobre la naturaleza de las reparaciones concedidas, en particular las resoluciones judiciales que consideraron la terminación de la relación de trabajo como injustificadas. Por último, se estudia la modificación de la regulación de las faltas de asistencia al trabajo por enfermedad o lesión debidamente justificadas, donde la Comisión pide al Gobierno que continúe presentando informaciones sobre cómo se computan las ausencias relacionadas con la incapacidad temporal y, en particular, aquellas causas que hayan obedecido a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Para terminar, el informe de 2017²⁴² versa sobre el contrato de apoyo a los emprendedores solicitando al Gobierno información de dicho contrato. Nuevamente se insiste en el diálogo social para buscar alternativas que disuadan de la utilización abusiva de dicho contrato. Indistintamente, se sigue pidiendo la información respecto a los despidos por causas objetivas por funcionamiento de la empresa, por absentismo, y las indemnizaciones en despido en relación con la eliminación de los salarios de tramitación.

²⁴² Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 106ª reunión. Informe III (Parte 1A). Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2017-106-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2017-106-1A).pdf)

d) Solicitudes y resoluciones presentadas ante la CEACR en relación con el Convenio 158 de la OIT respecto de España

Empezando por las solicitudes directas se van a enfatizar los aspectos más importantes, puesto que gran parte de ellas, al igual que ocurría con el estudio de los convenios sobre libertad sindical, han sido reproducidas en el análisis de los informes sobre las memorias.

Destaca la solicitud directa de 2007²⁴³, donde la CEACR muestra su interés en que la sentencia del Tribunal Constitucional 5/2003 ha acudido expresamente al artículo 5.c) del Convenio 158 en su fundamentación. Este dato muestra la predisposición de la CEACR a fomentar el diálogo de la norma y los órganos nacionales e internacionales para la resolución de los asuntos. Por otro lado, el Comité muestra su preocupación por la no aplicación del Convenio a los penados, puesto que el Estado no excluyó a esta categoría cuando presentó la primera memoria tras la ratificación del texto.

Existen otras dos solicitudes relacionadas con el derecho a la defensa previa al despido disciplinario recogido en el artículo 7 del Convenio 158. En 2015²⁴⁴ CCOO vuelve a rescatar esta cuestión, que tuvo un importante debate en los años 80. La respuesta del Gobierno es que este asunto ya se resolvió y alegó la regulación interna como suficiente, a lo que la CEACR le vuelve a solicitar que informe cómo aplica el derecho a la defensa previa al despido, aunque existan ulteriores recursos judiciales y el resto de garantías establecidas en el ordenamiento interno.²⁴⁵

Entrando en el plano de las reclamaciones, en el año 2014²⁴⁶ se publica el correspondiente informe de la CEACR sobre la reclamación presentada por CCOO y UGT en el 2012 al amparo del artículo 24 de la Constitución de la OIT por parte de los sindicatos, al entender que el Gobierno de España había incumplido el Convenio 158 con la aprobación de la reforma laboral.

²⁴³ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2268144

²⁴⁴ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 105ª reunión. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3254682

²⁴⁵ Comité de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 106ª reunión. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3297724

²⁴⁶ Informe del Director General, en el Consejo de Administración 321.ª reunión en Ginebra, el 13 de junio de 2014. Se trata del cuarto informe complementario, sobre la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Gobierno de España del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, número 158, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_247068.pdf

En concordancia con lo anterior, los sindicatos CCOO y UGT alegan el incumplimiento del Gobierno de España del Convenio 158 de la OIT. Denuncian los sindicatos que la Ley 3/2012 que aprueba la reforma laboral vulnera el artículo 2.2.b) del Convenio sobre el periodo de prueba, la justificación del despido contenida en el artículo 4 del Convenio 158, la ausencia temporal por enfermedad o lesión, contenida en el artículo 6, apartado uno, la posibilidad que el trabajador se defienda de los cargos formulados del artículo 7, a la carga de la prueba del artículo 9, de los apartados dos, a) y b) y tres, y al control judicial del artículo 10.²⁴⁷

El Gobierno de España niega las alegaciones de los sindicatos señalando que el objetivo de la reforma laboral es acabar con la dualidad del mercado de trabajo.²⁴⁸ Llama

²⁴⁷ Las organizaciones de trabajadores citadas alegan que, en cuanto al periodo de prueba establecido en el contrato de apoyo a emprendedores, dicha institución queda desvirtuada puesto que su cometido es la comprobación de las aptitudes y de la adaptación del trabajador al puesto de trabajo. Así mismo, las centrales sindicales niegan que esta nueva modalidad contractual se justifique como una medida de política de empleo. En síntesis, defienden que un periodo de prueba tan dilatado es una invitación a los empresarios a que extingan el contrato antes de la finalización de este. Basándose en lo anterior, denuncian que se puede generar una dinámica donde los trabajadores despedidos por esta vía sean sucedidos por otros, suponiendo una rotación sin generación de empleo. Se apoyan sobre el precedente del Tribunal de Casación de Francia, señalando que estas medidas confrontan con el Estado social y democrático de derecho al pretender generar empleos promoviendo el despido sin causa ni compensación.

En cuanto a la nueva regulación de las causas del despido, denuncian que los jueces cuestionan la valoración finalista y que se busca sortear el control del juicio impuesto por el propio C158. Igualmente denuncian que la supresión de los salarios de tramitación supone un incentivo económico al empresario para destruir empleo.

Prosigue la argumentación de las centrales sindicales en cuanto a la nueva regulación del despido por absentismo. En este sentido, se señala que la reforma laboral vulnera el artículo 6, apartado primero del Convenio 158 de la OIT. En concordancia con lo anterior, se razona que el absentismo de corta duración como causa justificada de despido supone la terminación unilateral del contrato de trabajo por voluntad del empleador y en interés exclusivo de la empresa.

Los sindicatos acompañan a sus alegaciones de datos sobre el estado del mercado de trabajo a raíz de la reforma. Todo ello les permite concluir que la reforma laboral ha favorecido el uso de los despidos, cuando en teoría lo que se pretendía favorecer eran otras formas de flexibilización frente a la crisis. Manifiestan que la reforma ha conseguido aumentar el paro, facilitar el despido individual y colectivo, empeorar las condiciones de trabajo del conjunto de los empleados, aumentar la conflictividad laboral y la judicialización de las relaciones laborales, apoyándose en todo lo dicho en la Memoria Socioeconómica y Laboral de España por el Consejo Económico y Social.

²⁴⁸ Señala, como consecuencia de la dualidad, que el empresario no prefiere despedir al trabajador que menos aporte al proyecto empresarial, sino al que menos cueste indemnizar por salir de la empresa. El Gobierno menciona un borrador de conclusiones para la elaboración del Estudio Económico de la OCDE sobre España donde se señala que la reforma laboral había sido un progreso para clarificar las causas de despido, la reducción de la indemnización por despido o la flexibilidad para las empresas en cuanto a la adaptación de las condiciones de trabajo. En lo que atañe al periodo de prueba, el Gobierno defiende que el Convenio número 158 no define el concepto de “duración razonable” aplicado al periodo de prueba que deban realizar los trabajadores, de modo que corresponde a cada país determinar los periodos que se consideran razonables, siempre que se determine de buena fe. Manifiesta que el CAE no solo busca la valoración de la idoneidad del trabajador para el puesto de trabajo, sino también la viabilidad para su creación y mantenimiento. Además, señala una serie de limitaciones al CAE, como es que deberá mantener al trabajador contratado tres años desde el inicio de la relación laboral para que el empresario pueda beneficiarse de los incentivos empresariales. El Ejecutivo aporta sus propios datos para su valoración sosteniendo la tesis de que el CAE ha constituido una vía de acceso al empleo indefinido estable, suponiendo el 24% de los contratos indefinidos a tiempo completo desde marzo de 2012.

la atención que, en sus propias argumentaciones sobre el control judicial, acudió a la jurisprudencia interna de “resistencia” a la norma recién aprobada, que es contraria a rebajar los estándares de control judicial (Guamán y Noguera, 2014).

Tras las alegaciones de las partes, el Comité procede a observar que la crisis económica y la desocupación han afectado a todas las categorías de la población, en particular a los jóvenes, y que la competitividad para las empresas en el marco de la globalización lleva a la mayoría de los Estados miembros de la OIT a reformar sus normas de trabajo. El Comité expone que, si bien las normas internacionales del trabajo siguen siendo las mismas, sus disposiciones deben ser aplicadas a la luz de distintos contextos históricos y ciclos económicos.

Yendo más al contenido de sus conclusiones, debemos recordar el carácter moderado de las mismas como una característica constante de la OIT y sus órganos, tal y como venimos exponiendo en distintos puntos de esta tesis. En primer lugar, cabe referirse a que resalta la importancia que se le da en España a las normas internacionales del trabajo, lo que se manifiesta en un número muy elevado de convenios internacionales del trabajo ratificados. Asimismo, destaca junto a la Comisión de la Conferencia y el Comité de Libertad Sindical la importancia de reglas compartidas por los interlocutores sociales y la importancia de que el Gobierno refuerce el diálogo social y la consulta con los interlocutores sociales para buscar soluciones a las dificultades económicas que sean conformes con el C158. El Comité sostiene que, el artículo 2 en su párrafo tercero, permite la exclusión de la totalidad o alguna de sus disposiciones, pero considera que una utilización generalizada de dichas exclusiones sería contraria a la finalidad del Convenio, que es conseguir un equilibrio entre los intereses del empleador y los de los trabajadores,

En cuanto a la modificación de las causas del despido por razones objetivas, el Gobierno mantiene que la reforma no se dirige en este aspecto a la causalidad del despido, sino a un control más objetivo por los jueces. Sostiene que la reforma del despido colectivo permite una “recausalización” del mismo. Considera que se sigue respetando lo exigido por el Convenio 158 OIT, que consiste en las consultas a los representantes de los trabajadores y la intervención de la autoridad administrativa del trabajo en caso de los despidos colectivos. Igualmente, mantiene que, en el ordenamiento jurídico español, el despido ha sido y sigue siendo controlado judicialmente, por lo que el juez puede revisar la corrección o legitimidad de la medida.

Respecto a la supresión de los salarios de tramitación, el Gobierno manifiesta que no es una novedad puesto que ya se contemplaba en la modificación del Estatuto de los Trabajadores por el Real-Decreto ley 5/2002. Se manifiesta que, cuando se produce la nulidad del despido, existen los salarios de tramitación y que los sindicatos se equivocan al comparar dos situaciones desiguales como lo son la readmisión o la extinción con indemnización.

Terminando con la argumentación del Gobierno de España, se matiza que las faltas de asistencia por enfermedad o accidente no laboral de duración inferior a 20 días han sido computables como faltas de asistencia susceptibles de constituir causa de despido objetivo desde 1980.

promoviendo el diálogo social. Así mismo, manifiesta que no está probado el vínculo directo entre facilitar despidos y construir puestos de trabajo.

Por lo que atañe al periodo de prueba, el Comité manifiesta que no tiene fundamentos suficientes para juzgar si la extensión de un año de la exclusión del campo de aplicación del Convenio pueda ser considerada como razonable, más aún cuando no se ha negociado dicha medida y que la exclusión es de forma general en dicho contrato. El Comité solicita al Gobierno que le informe de la evolución del CAE y, a la luz de las informaciones, la posibilidad de adoptar medidas con los interlocutores sociales para evitar que ese tipo de contrato sea terminado por iniciativa del empleador sin causa, con el objeto de eludir de forma abusiva la protección prevista en el convenio.

En lo referente a la supresión de los salarios de tramitación, el Comité, basándose en la flexibilidad permitida y en que el Convenio no establece una regulación específica sobre dicha figura, considera la nueva regulación en este aspecto conforme con la norma internacional.

En la modificación de las causas objetivas del despido, el Comité entiende que no se vulneran los artículos 1, 8 y 9 del Convenio 158 OIT. No obstante, la CEACR solicita al Gobierno que debe seguir presentando información sobre la manera en que se va aplicando la nueva regulación del despido y el resultado del control judicial que sobre esta figura se ejerza. Por lo que afecta a la supresión de los salarios de trámite en los casos referidos, el Comité pondera que no se ha eliminado el pago de la indemnización y que el Gobierno debe seguir informando sobre la naturaleza de las reparaciones concedidas por las decisiones judiciales que han concluido que la terminación de la relación de trabajo fue injustificada. La CEACR, en cuanto a la modificación del despido por absentismo, considera, sin mayores explicaciones, que respeta los estándares de la OIT, de conformidad con el artículo 6 del C158 y que el Ejecutivo debería seguir informando sobre cómo se computan las ausencias relacionadas con la incapacidad temporal y, en particular, aquellas causas que hayan obedecido a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Con todas estas recomendaciones antedichas, el Comité da por concluido el procedimiento de reclamación incoado por Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores. Pese a que la CEACR no declara al CAE frontalmente como contrario a la norma internacional, las posteriores consideraciones en los informes periódicos y en las solicitudes directas muestran que su aplicación, en gran medida, se ha situado en cierta disconformidad con la norma internacional.

3.4.6. La Comisión de Aplicación de Normas: remisión a sus resoluciones respecto de España

La existencia de esta comisión se justifica por la necesidad de la Conferencia Internacional del Trabajo de examinar las medidas que adoptan los Estados miembros para dar cumplimiento de los convenios que sean parte, las informaciones y memorias en relación con el sometimiento de los convenios y recomendaciones a las autoridades competentes, y la aplicación de los convenios a los territorios no metropolitanos. La Comisión se apoya en los informes de la CEACR y en las respuestas orales o escritas de los gobiernos. Está compuesta de forma permanente en la Conferencia por representantes de los gobiernos, empleadores y trabajadores, dirigiendo el debate y formulando conclusiones al respecto. Con un rol complementario entre ambas, la CEACR juega el papel del control técnico de la norma y la CAS el diálogo tripartito, incluso la movilización de la opinión pública internacional (Montt, 1998).

En referencia a España, es uno de los órganos que menos se ha pronunciado sobre nuestra situación laboral. Lo anterior obedece a que, durante la dictadura, el régimen se resistió a ratificar los Convenios 87 y 98 OIT, con lo que los reproches ante la situación venían más por el debate en el plenario de la Conferencia Internacional o la propia labor del Comité de Libertad Sindical ante las constantes quejas de las organizaciones sindicales por las vulneraciones de derechos humanos del Gobierno de Franco contra trabajadores y sindicalistas.

En su estudio de 2011²⁴⁹, la CAS alude a su misión de conseguir la eficacia de la norma internacional del trabajo pero que, al mismo tiempo, se supedita al mecanismo de control de la OIT y que, sin la sinergia con la Comisión de Expertos y otros órganos de la OIT, no funcionaría.

a) Los informes de la Comisión de Aplicación de Normas sobre la libertad sindical

La actividad desde la CAS es muy reducida desde este plano, como ya se ha dicho, por la no ratificación durante décadas de los Convenios 87 y 98 de la OIT. Aun así, procede realizar una serie de consideraciones generales que se hicieron constar en el órgano.

²⁴⁹ Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo. Dinámica e impacto: Décadas de diálogo y persuasión. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_154194.pdf

En primer lugar, la comisión constata que durante el franquismo se arresta en España a los dirigentes sindicales²⁵⁰ impidiéndoles el ejercicio de su derecho a la libertad sindical. Otra constante durante el franquismo es la frivolidad del régimen al negar las afirmaciones que realizan otros miembros de la comisión. Así, el Gobierno sostiene que se cumplen los convenios y recomendaciones ratificados por España²⁵¹, o los recelos a ratificar los Convenios de la OIT a causa de los problemas generados a los países que sí los aplican²⁵²; argumentaciones como que en España no se encarcela por motivos sindicales sino por la subversión para derribar al régimen,²⁵³ así como que la imposibilidad de firma de los Convenios 87 y 98 OIT es por la unidad sindical. Por otro lado, respecto a la utilidad de la OIT, la CAS constata que ha servido para la constitución del grupo de estudio específico o *ad hoc* en nuestro país para comprobar la situación en materia laboral y sindical.

En el estudio de 1973 sobre la aplicación específica de los convenios sobre la libertad sindical y la negociación colectiva consta en el apéndice la situación de nuestro país. En tal sentido, los representantes de los trabajadores alegan que el sindicato depende del partido y que se regula por la ley sindical de 1971. En este sentido, se hace constar que el Comité de Libertad Sindical estudió la citada ley y la consideró contraria a los principios del Convenio 87 de la OIT. Igualmente, se denuncia que en España no hay sindicalismo libre, estando intervenidos los sindicatos por el Estado. Destacan las intervenciones de los miembros trabajadores de Canadá, Reino Unido y España, denunciando la falta de libertad, la negación de derechos sindicales, el uso de las armas contra trabajadores huelguistas, así como la falsa unidad de los trabajadores puesto que es impuesta por la autoridad gubernamental.

Con la llegada de la democracia a España, se incorporan al debate los representantes de los trabajadores legítimos. Así, en el debate de 1982²⁵⁴ sobre el cumplimiento de los

²⁵⁰ En 1964 así se pronunció el representante de los trabajadores de la URSS, Sharapof, proponiendo la intervención de la OIT en defensa de los derechos que se vulneran en clave libertad sindical, lo que haría crecer la autoridad de la Organización.

²⁵¹ En este sentido véanse las observaciones efectuadas en 1964 por el representante gubernamental español, que manifiesta que la prueba del cumplimiento en los Convenios de la OIT deriva del hecho de que el sindicato español no realiza alegaciones.

²⁵² Tal manifestación consta en el punto 12 del estudio de 1973 sobre la aplicación de los convenios sobre la libertad sindical y sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva por el representante gubernamental español. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1973-58\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1973-58).pdf)

²⁵³ Véase el anexo A del estudio sobre la aplicación de los convenios de la libertad sindical, del derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1973.

²⁵⁴ Actas de la Conferencia Internacional del Trabajo, 68ª reunión. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1982-68\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1982-68).pdf)

convenios, el representante trabajador español interviene sobre distintos problemas del mundo como era el caso de Polonia con la ley marcial, considerando nuestro representante que el convenio 87 muestra que la libertad sindical y la política son insolubles.

En el informe de 1983²⁵⁵ consta la posición del representante gubernamental español basado en la libre elección de los trabajadores como principio recogido en el Convenio 87, no decantándose ni por la unidad ni por el pluralismo sindical siempre que sea una posición que deriva fruto de la libre expresión y voluntad de los trabajadores.

En 1988²⁵⁶ se debate en torno al 40 aniversario de la proclamación del C087 de la OIT. En la intervención, el representante gubernamental español señala que la ratificación de este texto por España había inspirado el contenido constitucional en relación con la libertad sindical. Desde entonces la intervención de los representantes españoles, sobresaliendo la actividad de los representantes de los trabajadores, se ha caracterizado por realizar aportaciones sobre realidades de otros países donde se vulnera o está en peligro el derecho a la libertad sindical.

b) *Los criterios de la CAS sobre las garantías en la terminación del contrato de trabajo*

En la discusión en la CAS de 1980²⁵⁷ el representante gubernamental español vino a reconocer que, en el marco de la crisis económica, los trabajadores migrantes sufren una mayor discriminación en la propia legislación y en el ejercicio de sus derechos, así como que sufren expulsiones del territorio.

En 1985,²⁵⁸ en el marco del debate sobre el grado de cumplimiento del Convenio 122 de la OIT sobre la política de empleo (C122), el representante gubernamental español hace un alegato de la flexibilidad para el mantenimiento de los puestos de trabajo que conecta con el contenido material del debate sobre el C158. En este aspecto, se identifican una serie de medidas como la modificación del Estatuto de los Trabajadores, la ampliación de la contratación temporal y parcial, así como políticas de bonificación de las cotizaciones a la seguridad social en las contrataciones.²⁵⁹

²⁵⁵ Actas de la Conferencia Internacional del Trabajo, 69ª reunión. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1983-69\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1983-69).pdf)

²⁵⁶ Actas de la Conferencia Internacional del Trabajo, 75ª reunión. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1988-75\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1988-75).pdf)

²⁵⁷ Actas de la Conferencia Internacional del Trabajo, 66ª reunión. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1980-66\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1980-66).pdf)

²⁵⁸ Actas de la Conferencia Internacional del Trabajo, 71ª reunión. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1985-71\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1985-71).pdf)

²⁵⁹ Aun así, esto no era suficiente para el representante empleador español que, en la misma reunión, abogaba por mayor flexibilidad adaptándose a las normas de la Comunidad Económica Europea. Igualmente, señalaba que las cargas en seguridad social para los empresarios seguían siendo muy elevadas. La

La falta de derechos para la nueva contratación es un factor presente en nuestro modelo de relaciones laborales y se trata en la sesión de 1989,²⁶⁰ donde el representante trabajador español indicaba que no era deseable el fenómeno de la sustitución de empleo estable con empleo precario.

En relación con las garantías en la estabilidad en el empleo, el debate se sucede en reuniones posteriores como la de 1994²⁶¹ donde el representante gubernamental, con carácter previo, manifiesta que España cumple con los estándares de protección del C158, e incluso en algunos aspectos la legislación nacional es más avanzada. Expresa además que los empleadores están a favor de un sistema menos rígido en la terminación del contrato de trabajo. En cuanto al abuso en la contratación temporal, el representante gubernamental español no niega el problema, aunque entiende que debería ser analizado desde el C122 OIT, al que se ha hecho alusión anteriormente y que, en todo caso, existen los controles de los representantes de los trabajadores, los sindicatos y la Inspección de Trabajo. El Gobierno viene a defender, en definitiva, que la contratación temporal en España es causal y que el incumplimiento de los requisitos formales hace que la consecuencia jurídica sea su calificación en indefinidos.

Otra cuestión que goza de trascendencia en el debate interno es la conformidad o no de España con el artículo 7 del Convenio. El representante gubernamental considera que la referencia del artículo de “no deberá darse por terminada la relación de trabajo” se interpreta con la firmeza de dicha decisión abarcando los recursos correspondientes. En cuanto al derecho del trabajador a defenderse con carácter previo a la finalización de la relación laboral, considera que la conciliación administrativa es más garantista que los términos del artículo. A mayor abundamiento en su argumentación, apunta que el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores abre la vía a que los convenios colectivos desarrollen esta cuestión. Para los empleadores supone una cuestión delicada las consideraciones de la Comisión de expertos, que se examinan en este foro de cuestionar el cumplimiento del C158 por la elevada tasa de contratación temporal, lo que es un aspecto de política de empleo que para el sector empleador escapa de este convenio y del C122.

intervención de los representantes de los trabajadores era discrepante, señalando que los términos de flexibilidad no dejaban de ser una moda y que se hacía necesario buscar un equilibrio a través de la negociación tripartita y del diálogo social.

²⁶⁰ Actas de la Conferencia Internacional del Trabajo, 76ª reunión. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1989-76\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1989-76).pdf)

²⁶¹ Actas de la Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1994-81\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1994-81).pdf)

Por su parte, los representantes de los trabajadores ponen el énfasis en la importancia de las garantías del C158 con el fin de parar el abuso en la contratación temporal y en el hecho de que España incumple el artículo 7 en cuanto a la defensa previa al despido del trabajador. La Comisión cierra el debate solicitando al Gobierno que adopte todas las medidas necesarias para la plena aplicación del convenio en la legislación y en la práctica, y que el futuro estudio de la Comisión de Expertos trate sobre el C158 emplazando para entonces la continuidad del debate.

Para terminar, en 2013²⁶² el sector de los miembros trabajadores en la CAS denuncia que la política de austeridad en nuestro país tiene efectos destructivos y desastrosos sobre el empleo.

3.4.7. El Comité de Libertad Sindical: análisis de sus resoluciones respecto de España

El Comité de Libertad Sindical (CLS) fue creado por la OIT en 1951 con el objetivo de examinar las quejas de las organizaciones de empleadores y de trabajadores que pudieran presentar al amparo del derecho a la libertad sindical²⁶³, piedra angular del Derecho Internacional del Trabajo. El Comité está integrado por un presidente independiente, tres representantes de los gobiernos, tres de los empleadores y tres de las organizaciones de trabajadores, sobre el que se articula, en definitiva, el control sobre el cumplimiento de dicho derecho.²⁶⁴

Las resoluciones del Comité más relevantes sobre España suponen un rico acervo en la aplicación de los principios de libertad sindical que han acompañado al desarrollo histórico de nuestro país. En este apartado conviene distinguir tres etapas relacionadas con las resoluciones del Comité de Libertad Sindical. La primera sería la que comprende

²⁶² Actas de la Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª reunión. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(2013-102\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(2013-102).pdf)

²⁶³ Cuando se recibe una queja, el Comité decide, en primer lugar, si admite el caso o no. Si lo admite, contacta con el gobierno afectado para solicitarle alegaciones sobre el conflicto en cuestión. A continuación, si el Comité entiende que ha podido existir una violación del derecho a la libertad sindical, emite un informe a través del Consejo de Administración y realiza recomendaciones para buscar una solución al conflicto. El siguiente paso es solicitar al gobierno interesado que informe sobre cómo aplica las recomendaciones. En el caso de que el Estado hubiese ratificado los instrumentos pertinentes, los aspectos legislativos del conflicto se pueden remitir a la Comisión de Expertos. Asimismo, el Comité puede proponer una misión de “contacto directo” al gobierno para iniciar un proceso de diálogo con los funcionarios e interlocutores estatales.

²⁶⁴ No podemos obviar a la Comisión de Investigación y de Conciliación para el examen de quejas sobre la libertad sindical. Fue creada en 1950 con una decisión conjunta del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas y del Consejo de Administración de la OIT. Examina también las quejas sobre libertad sindical y busca vías para resolver los conflictos. Por lo tanto, es un órgano que se complementa con el Comité de Libertad Sindical.

desde los inicios del Comité, que coinciden con el asentamiento de la dictadura franquista hasta el inicio de la llamada Transición española. La segunda etapa comprende el periodo constituyente iniciado con la reforma de la legalidad franquista, desde 1977 hasta el año 1982, periodo que permite calibrar el avance de las reformas incorporándose España a los estándares mínimos de derechos que debe respetar como miembro de la OIT y homologable a los niveles internacionales. La tercera etapa, que fijáramos desde 1983 hasta nuestros días, es menos conflictiva que las anteriores, caracterizada por problemas puntuales que se han ido suscitando en nuestro modelo de relaciones laborales. Sí debemos observar con preocupación que en los últimos años se ha producido un repunte de medidas regresivas que afectan al derecho a la libertad sindical y que cuestionan la conformidad de nuestra normativa interna con la normativa internacional.

a) *Primera etapa: la dictadura del general Franco*

Esta etapa se caracteriza por el incumplimiento constante de los principios que integran el derecho a la libertad sindical reconocidos en el Convenio 87 y en el Convenio 98 de la OIT por el Gobierno del general Franco, así como una negación de los estándares internacionales mínimos en materia laboral. La existencia del sindicato vertical que integraba en la misma organización a empleadores y trabajadores de forma obligatoria impedía de forma estructural el ejercicio de la libertad de sindicación y afiliación. Igualmente, se negaba el pluralismo sindical con la existencia del sindicato vertical. La represión a aquellos sindicalistas y militantes políticos antifranquistas fue una constante en todo el periodo dictatorial, pagando muchos de ellos con la pena de prisión, incluso con la pena de muerte, su compromiso sindical y político contra la dictadura. Todo ello provocó el rechazo de la comunidad internacional y de la propia OIT, situándose España en un aislamiento político junto a Portugal, ante la Europa democrática que se asienta tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial. El Comité de Libertad Sindical que, por su propio tripartismo mantiene un perfil moderado en sus resoluciones, no ha ocultado en todo este periodo sus discrepancias con el Gobierno de Franco.

Sin más preámbulo, efectuamos el estudio de las resoluciones del CLS. Tras un primer caso, donde se rechazó entrar al fondo del asunto por la no pertenencia de España a la OIT,²⁶⁵ se suscita un caso donde se acusaba al Gobierno de Franco de la violación del

²⁶⁵ La UGT denunció las condiciones laborales y sindicales existentes en España. Fue rechazado por una cuestión procedimental puesto que, cuando el sindicato inició la queja, España aún no pertenecía a la OIT. Comité de Libertad Sindical. Caso número 53, informe n.º 6. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2898096

derecho a la huelga de 1956²⁶⁶ y de detención de huelguistas. Al parecer del Comité, el Gobierno de España, al romper las huelgas, vulneró los derechos del hombre que se comprometió a respetar cuando ingresó en Naciones Unidas. Para el Comité existía una manifiesta contradicción entre la legislación vigente en España y los principios de libertad sindical consagrados en la Constitución de la OIT, la Declaración de Filadelfia y los Convenios 87 y 98 de la OIT. Por lo anterior, consideró urgente que el Gobierno español modificase su legislación para adaptarla a la normativa internacional y, en particular, que se respetase el derecho de los trabajadores a constituir organizaciones sin autorización previa, la libre afiliación, el de redactar sus estatutos, el de elegir libremente a sus representantes, organizar su administración, sus actividades y su programa de acción, con la abstención de las autoridades públicas, así como la no disolución o suspensión de las organizaciones sindicales por vía administrativa.

El Comité insiste en la importancia de la independencia sindical, tomando nota de la declaración del Gobierno respecto a la futura ley de convenios colectivos con la esperanza de que se respete y se haga efectivo el derecho a la negociación colectiva. Resalta la importancia de que los procedimientos judiciales contra sindicalistas sean llevados con las oportunas garantías procesales. El CLS reitera que las detenciones preventivas en el marco de la huelga, a menos que sea con una inmediata puesta a disposición judicial, atenta contra los derechos del hombre.

²⁶⁶ La Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) y la Unión General de Trabajadores en el Exilio y la Federación Sindical Mundial (FSM) denunciaban que el Gobierno de Franco reprimió la huelga desarrollada en Bilbao y otras ciudades, sin escatimar, con cierre de fábricas, persecución arbitraria y sin el respeto a las garantías judiciales. En cuanto a las posiciones de las partes, la CIOSL consideraba que la legislación vigente venía a apuntalar una organización sindical subordinada al régimen político. Se alegaba la vulneración de la normativa internacional por los artículos del Código Penal, que prohibían la constitución de organizaciones sindicales diferentes a las autorizadas por el régimen. El Gobierno de España entendía, por su parte, que lo que se estaba impugnando era el cuestionamiento del delegado obrero y que, como tal cuestión ya había sido tratada por la Conferencia de la OIT, entendiendo que había sido elegido conforme a los principios de la OIT, estaba ante cosa juzgada y, en consecuencia, se debía rechazar la reclamación de la CIOSL, cuestionándose también la falta de implantación de dicha organización internacional sindical en España. El Gobierno, en sus respuestas, acusa de alta traición a los sindicalistas y, por tanto, considera ajeno el asunto a la libertad sindical, manifestando el Comité que esto lo decidirá dicho órgano y no el arbitrio del Gobierno español. En cuanto a la cuestión formal, el Comité entendía respecto a la inadmisibilidad de la queja alegada por el Gobierno español bajo el argumento de que la CIOSL no tenía implantación en España. Era una queja que, en todo caso, debía ser resuelta en el fondo del asunto y no como causa de inadmisibilidad, rechazando por lo tanto esta alegación.

El Comité traslada al Consejo de Administración que las excepciones planteadas son infundadas y que se dirija al Gobierno de España para que efectúe las alegaciones pertinentes sobre el fondo del asunto. Comité de Libertad Sindical. Caso número 143, informe n.º 60. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2898213.

Comité de Libertad Sindical. Caso número 143, informe n.º 25. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2898225

El régimen franquista puso su foco en la represión de las huelgas, como la minera de 1958.²⁶⁷ El Comité mantiene su criterio expuesto anteriormente y le pregunta al Gobierno si va a derogar las disposiciones del Fuero del Trabajo²⁶⁸, la Ley para la seguridad del Estado de 1941²⁶⁹ y el Código Penal²⁷⁰ relativas a la prohibición de huelga.

De nuevo, y tramitándose el procesamiento de los sindicalistas, se suman nuevos hechos represivos cometidos por el Gobierno franquista. En primer lugar, la situación de destierro de treinta y cuatro mineros asturianos a Extremadura, y treinta y dos sindicalistas procesados y condenados por haber tratado de reconstruir la UGT. Se señala que son hechos que deben ser tratados con urgencia puesto que se refieren a asuntos relacionados con la vida humana o la libertad personal y, consiguientemente, rogar al Gobierno que facilite una pronta respuesta respecto a los asuntos planteados. En segundo lugar, la detención de noventa y nueve personas en Cataluña por tratar de reconstruir la CNT, solicitando el Comité de Libertad Sindical más información al Gobierno. En sus conclusiones sobre estos asuntos, el Comité deplora la persecución sindical, evidencia la contradicción entre la legislación española y los principios sobre la libertad sindical reconocidos internacionalmente y hace un llamamiento a realizar los cambios oportunos para corregir esta situación vulneradora de los derechos humanos.²⁷¹

²⁶⁷ La UGT denuncia que, ante la huelga minera de Asturias de 1958, se implementan medidas de excepción por parte del Gobierno. La CIOSL presenta una queja en similares términos a los ya expuestos anteriormente. La UGT también aporta datos de otras zonas de España que siguieron la huelga: Madrid, Asturias, Levante, Bilbao, donde los obreros fueron despedidos por su apoyo a la lucha. Para el Comité, la situación en España no es compatible con el derecho a constituir, sin autorización previa, las organizaciones que estimen convenientes. Entiende el Comité que es incompatible la exigencia de someter los convenios colectivos a autorización administrativa con el pleno uso en condiciones normales de negociación colectiva entre organizaciones de empleadores y sindicales. Respecto a la detención de sindicalistas, el Comité se dirige al Consejo para que le traslade al Gobierno de España la importancia de un juicio rápido con un juez imparcial independiente. En cuanto a las sanciones penales por reconstituir organizaciones sindicales independientes, considera el Comité que esta situación es incompatible con el derecho a constituir organizaciones sin autorización previa.

²⁶⁸ Fuero del Trabajo. *Boletín Oficial del Estado*, número 505, de 10 de marzo de 1938, pp. 6178-6181.

²⁶⁹ Ley para la seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941. *Boletín Oficial del Estado*, número 101, de 11 de abril de 1941, pp. 2434-2444.

²⁷⁰ Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el Código Penal, texto refundido de 1944, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1994. *Boletín Oficial del Estado*, número 13, de 13 de enero de 1945, pp. 427-472.

²⁷¹ El informe definitivo se produce en 1962 llegándose a las conclusiones a raíz de todo lo alegado y probado en el procedimiento. El Comité hace una serie de recomendaciones en forma de conclusiones al Consejo de Administración. En primer lugar, se toma nota de la declaración del Gobierno según la cual el decreto de 21 de septiembre de 1960 en el que se define la expresión “delito de rebelión militar”, no sería aplicable a las huelgas de pura reivindicación profesional en la que no existiera elemento alguno de rebelión. En segundo lugar, recoge la declaración del Gobierno respecto a las personas que trataron de reconstruir la UGT, que fueron juzgadas por la jurisdicción civil, y no por actividades sindicales sino por el delito de propaganda ilegal contra la autoridad del Estado y que dichas personas se encontraban en libertad. Entrando en la faceta de la crítica al Gobierno de Franco, el Comité se dirige al Consejo de Administración de la OIT para que le traslade a España que cualquier medida tomada contra los trabajadores por constituir o reconstituir organizaciones sindicales es incompatible con el principio casi universalmente

La continuidad en la represión sindical se extiende en los años 60. La denuncia de las organizaciones sindicales internacionales y organizaciones españolas en el exilio va a llevar a la consecución del grupo de estudio para investigar la situación de la libertad sindical en España.²⁷² Así, la detención de cuarenta y siete sindicalistas por su participación en una huelga en las minas asturianas conllevó una fuerte concentración de

reconocido de constituir organizaciones sindicales. También solicita al Consejo de Administración que le informe al Gobierno de España que existe una contradicción fundamental entre la legislación interna y los principios de la OIT consagrados en el preámbulo de su Constitución, la Declaración de Filadelfia, el Convenio 87 y el 98. En consecuencia con lo anterior, se pide al Consejo de Administración que le indique al Gobierno la necesidad de adaptar su legislación haciéndola compatible con los principios de libertad sindical y, en particular, los derechos inherentes a la constitución del sindicato. Como vemos, las conclusiones del informe del caso 143 vienen a impugnar el modelo y constata el incumplimiento de los más elementales derechos humanos por el Gobierno del general Franco.

²⁷² Se trata del caso número 294 que se abre el 27 de agosto de 1962. La queja es interpuesta por la CIOSL y la Confederación Internacional de Sindicatos Cristianos (CISC). De nuevo, se aportan informaciones sobre la represión y la negación de los más elementales principios que integran el derecho a la libertad sindical por el Gobierno de Franco. Este es un caso que genera un punto de inflexión porque la constancia y tenacidad del Comité va a conseguir que el Gobierno acepte una comisión de estudio sobre la legislación española en la perspectiva a adaptarla a los Convenios de la OIT. Comité de Libertad Sindical (1962). De nuevo el Comité, en los distintos informes provisionales que se dirigen al Consejo de Administración para compeler al Gobierno de España a que cambie sus medidas y respete el derecho a la libertad sindical, viene a repasar la no conformidad de la legislación española, incluso el propio marco jurídico-político más allá del modelo de relaciones laborales, como contrario al derecho a la libertad sindical. Así, el Comité traslada al Consejo de Administración de la OIT los siguientes incumplimientos del Gobierno de España con la normativa que emana de la Organización y que se pueden resumir en los siguientes puntos: I) La aprobación previa del Gobierno para la entrada en vigor de un convenio colectivo es contraria al principio mismo de negociación colectiva; II) En relación con el caso 143 ya analizado, España sigue sin modificar su legislación para adaptarla al respeto del derecho de huelga; III) Persiste la negación del derecho de los trabajadores a constituir libremente sindicatos sin autorización previa; IV) Le recuerda al Gobierno español el principio que se adoptó en la Conferencia Internacional del Trabajo en su 35ª reunión de 1952 sobre la independencia del movimiento sindical, donde se recogió que no se debería transformar el movimiento sindical en un instrumento político y utilizarlo por los gobiernos para alcanzar sus objetivos políticos; V) La importancia de la existencia de una autoridad judicial independiente para el enjuiciamiento de delitos relacionados con el ejercicio de derechos sindicales. En el informe provisional número 78 de 1965 en el marco del caso 294 que estamos analizando, informa el Gobierno de España de las liberaciones producidas de las cuarenta y siete personas condenadas por las huelgas de 1962, quedando cuatro personas en prisión y, en consecuencia, el Comité pide al Consejo de Administración que reitere al Gobierno español que envíe observaciones concretas sobre los hechos específicos de la huelga de 1963. Se toma nota respecto a la modificación del artículo 222 del CP, según el cual las huelgas y los *lockouts* no figuran entre los actos que constituyen el delito de sedición. Pese a lo anterior, el Comité advierte del peligro que pudiera haber en los términos usados en el párrafo 2 del proyecto de enmienda: que pudiera ser interpretado en sentido amplio como prohibitivo de todo género de huelgas. Por último, toma nota de la declaración del Gobierno, según la cual queda atribuida a la jurisdicción militar exclusivamente los delitos de terrorismo. Recuperado de:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2898602

Comité de Libertad Sindical. Caso número 294, informe número 78. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2898598

Comité de Libertad Sindical. Caso número 294, informe número 85. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2898588

Comité de Libertad Sindical. Caso número 294, informe número 100. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2898593

miembros de la Policía, la Guardia Civil y el Ejército, utilizados para intimidar a los huelguistas. Igualmente, fruto del ejercicio del derecho de huelga, el Gobierno impuso medidas de residencia forzosa a huelguistas. Para Argüelles (2019), esta huelga conocida popularmente como la “huelgona”, el 5 de abril de 1962 en el Pozo San Nicolás, y que se extendió a la mina de La Camocha de Gijón, saltó a otros sectores productivos y a otras provincias, lo que fue un hecho esencial para la recuperación de los derechos y libertades. En este asunto se mantiene el Comité de Libertad Sindical en su criterio sobre que España no respeta los derechos más básicos en conexión con la libertad sindical. La rebeldía del Gobierno en este sentido es total, llegando a incumplir aspectos tales como remitir las sentencias de los procesos a sindicalistas al órgano.

Por otra parte, el Comité se muestra inquieto ante la creación de una instancia especial del Juzgado y el Tribunal del Orden Público para juzgar una serie de hechos delictivos y pide al Gobierno que lo mantenga informado del texto definitivo que acuerde el Poder Legislativo. Sin perder de vista sus preocupaciones, el Comité también alberga el optimismo en algún momento como la creación de los consejos de trabajadores y de los consejos de empresarios, valorando que podría suponer un paso previo a la formación de organizaciones de trabajadores y de empleadores independientes y libres. Este caso viene a concluir con la persistencia del Comité de Libertad Sindical y, a solicitud del Gobierno español, la recomendación dirigida al director general de la OIT para la realización de los trámites necesarios con el fin de constituir un grupo de estudio que aborde la situación laboral y sindical en España con el objetivo de contribuir a la realización de los objetivos de la OIT.

El grupo de estudio creado *ad hoc* para examinar la situación laboral y sindical en España, desplazándose al terreno a fin de observar *in situ* la realidad existente en nuestro país, presenta su informe en el año 1969,²⁷³ siendo firmado el 31 de julio de dicho año. Se trata de un trabajo muy cuidadoso que no esconde los avances producidos en materia sindical y laboral. No obstante, también muestra las deficiencias y sugiere las reformas necesarias. En su labor, acredita gran parte de los incumplimientos que se observan bajo el prisma del Comité de Libertad Sindical y que se han relatado con anterioridad. En cuanto a las recomendaciones sugiere, en primer lugar, que la huelga sea reconocida jurídicamente en nuestro ordenamiento. De la misma manera, insiste en que la futura ley sindical debe incorporar cinco cuestiones: todos los cargos sindicales deben ser elegidos

²⁷³ Oficina Internacional del Trabajo. *Boletín Oficial*, LII(4), 2º suplemento especial. Recuperado de [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09648/09648\(1969-52\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09648/09648(1969-52).pdf)

y no designados por el Gobierno, se debe garantizar la autonomía completa y la igualdad efectiva de las asociaciones de trabajadores y empresarios, debe asegurarse que todos los funcionarios designados por la Organización Sindical estén sujetos a la autoridad de los dirigentes elegidos, que la Organización Sindical no debe estar sujeta a dirección o control de ningún movimiento político, y que garantice la libertad de expresión y de reunión.

Como se han pronunciado Ojeda y Gutiérrez (2015), el resultado final del estudio supuso un detallado análisis del Derecho del Trabajo español, considerando un hito dicho trabajo, y advirtiéndose que nuestra legislación vigente no se ajustaba al estado de los convenios.

Sin embargo, pese al estudio de terreno sobre la situación de nuestro país, persiste la vulneración del derecho a la libertad sindical y de los derechos humanos por el régimen. Así se produce la imposición de la pena capital a los sindicalistas Delgado y Granados²⁷⁴, la detención de dirigentes sindicales²⁷⁵, o de los hechos de la celebración del Día de los Trabajadores, 1º de Mayo, con más detenciones.²⁷⁶ En este último caso el Comité reproduce de nuevo el contenido básico del derecho de la libertad sindical que conecta con el desarrollo de las reuniones y manifestaciones como expresión de tal derecho. En su análisis, el Comité indica al Consejo de Administración de la OIT que, respecto a los despidos y detención de los trabajadores con motivo de las huelgas de 1964, le traslade al Gobierno la importancia del principio según el cual debe reconocerse a los trabajadores

²⁷⁴ Se presenta la queja el 15 de agosto de 1963 por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres sobre la pena capital impuesta a los sindicalistas. Comité de Libertad Sindical. Caso número 356, informe número 76. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2898712

²⁷⁵ Queja del 26 de marzo de 1964 por la Confederación Internacional de Sindicatos Cristianos y la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres sobre la detención de los dirigentes sindicales Francisco Calle, Agustín Mariano y José Cases. Comité de Libertad Sindical. Caso número 383, de 26 de marzo de 1964. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2898773

²⁷⁶ Esta denuncia es interpuesta por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales, la Confederación Internacional de Sindicatos Cristianos y la Federación Sindical Mundial. Se basaba la denuncia en las detenciones producidas durante la celebración del 1º de Mayo, así como detenciones producidas por el ejercicio del derecho a huelga. De nuevo, el Comité se dirige al Consejo de Administración para que le traslade al Gobierno franquista la importancia que se ha atribuido siempre al hecho de que la no intervención por parte de los gobiernos en la celebración o el desarrollo de las reuniones sindicales constituye un elemento esencial de los derechos sindicales, debiéndose abstenerse de cualquier intervención que pueda limitar u obstaculizar su ejercicio legal. Comité de Libertad Sindical. Caso número 397, de 28 de abril de 1964. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2898817

y sus organizaciones el derecho de tratar de mejorar las condiciones de vida y trabajo mediante la negociación colectiva.

En todo este recorrido es el movimiento obrero y las organizaciones antifranquistas, con un protagonismo manifiesto del Partido Comunista de España (PCE), los que consiguen conquistar espacios de actuación y de ejercicio de derechos ante la negación y represión del ejercicio de los mismos por el Gobierno de Franco. La muestra de la visión autoritaria del régimen se reitera con la expulsión del asesor jurídico de la CIOSL, señor De Kock,²⁷⁷ que se aborda junto a la detención de otros trabajadores por sus actividades sindicales. El Comité de Libertad Sindical, después de analizar estos casos, insiste en que en España no se respetan las mínimas garantías sindicales y que sigue existiendo una represión penal inaceptable contra los trabajadores. Es más, se viene a castigar hasta la asistencia a cursos de formación sindical en el extranjero junto a la tradicional persecución por reconstrucción del movimiento sindical.²⁷⁸

²⁷⁷ Presenta la queja el 24 de abril de 1967 la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres y la Confederación Internacional de Sindicatos Cristianos, tratándose además la detención y deportación de otros sindicalistas. El Comité recuerda que cualquier medida tomada contra los trabajadores por tratar de constituir o reconstituir organizaciones profesionales al margen de la organización sindical es incompatible con el principio según el cual los trabajadores deben tener el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones que estimen convenientes. Deplora, asimismo, que determinadas actividades sindicales sean consideradas delitos por la legislación española. Se recuerda, además, una serie de elementos básicos para el ejercicio de la libertad sindical: la celebración de reuniones y manifestaciones con fines sindicales constituye un aspecto esencial de los derechos sindicales; el ejercicio pleno de los derechos sindicales requiere la existencia de una corriente libre de informaciones, opiniones e ideas; las medidas de confinamiento en el marco de un estado de excepción crean posibilidades de abuso, especialmente en lo que se refiere a actividades sindicales. Comité de Libertad Sindical. Caso número 520, de 24 de abril de 1967. Informe número 103. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2899092

Comité de Libertad Sindical. Caso número 520. Informe definitivo, informe número 127. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2899093

²⁷⁸ Presentada la denuncia por la CIOSL el 27 de octubre de 1969. La organización internacional denunciante repudia el procesamiento y la condena de tres miembros de la UGT por pertenencia a dicha organización y por haber participado en cursos de formación en el extranjero. Según el texto de la sentencia referida al procedimiento, se les condena por el delito de asociación ilícita. Igualmente, se condena a otro grupo más numeroso por haber participado en cursos de formación sindical en el extranjero. El Comité, en sus conclusiones, vuelve a reiterar al Consejo de Administración que llame la atención del Gobierno respecto a la situación de no admisión de organizaciones profesionales de trabajadores establecidas al margen de la organización sindical reconocida en la ley, pues está en contradicción con el principio de que los trabajadores tienen el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones que estimen convenientes; y que la aplicación de sanciones a los trabajadores por el hecho de pertenecer a una de estas organizaciones es contraria al principio de libre afiliación de los mismos. En este caso, se impide al Comité efectuar conclusiones concretas por la negativa del Gobierno a suministrar información detallada.

Comité de Libertad Sindical. Caso número 612, de 27 de octubre de 1969. Informe provisional número 135. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2899297

Comité de Libertad Sindical. Caso número 612. Informe definitivo número 144. Recuperado de

En la década de los 70, pese a que pueda existir una tímida apertura en cuanto a la legislación laboral, la represión se mantiene y se recrudece en correlación con la movilización y las medidas de acción colectiva de la clase trabajadora, a fin de derribar la dictadura y mejorar las condiciones laborales concretas. En este sentido, se combinan asuntos donde se expresa la esperanza del Comité de Libertad Sindical por conseguir un cambio legislativo profundo en España, subrayando la importancia de las garantías judiciales para conocer la detención de los sindicalistas²⁷⁹, con la alusión al respeto a los derechos de acción colectiva y huelga como parte del contenido de la libertad sindical. Prueba de la falta de relajación del Gobierno es la detención de los líderes de CCOO y a la vez del PCE, Marcelino Camacho, Nicolás Sartorius, Eduardo Saborido y Francisco García, acusados de planes de subversión y de organización comunista.²⁸⁰

Las huelgas van en aumento y es donde se centra la represión y la violencia por el franquismo. En cuanto a la huelga en las empresas de Vigo, el Comité de Libertad Sindical aprovecha para hacer pedagogía e informa de las limitaciones aceptables del derecho a la huelga, recordando, sin embargo, que una prohibición total es contraria al derecho a la libertad sindical.²⁸¹

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2899300

²⁷⁹ Este asunto gira en torno a las detenciones sucedidas en El Ferrol en el curso de una huelga. De nuevo, el Comité recuerda el derecho de los sindicalistas a que sean juzgados en el más breve plazo posible por autoridad judicial imparcial e independiente y, así mismo, la legislación que recoge una prohibición absoluta de las huelgas confronta con los principios reconocidos en materia de libertad sindical. En el informe provisional número 149 de 1975, tras las alegaciones del Gobierno de España sobre su legislación en materia de conflictos de trabajo y huelga, se recuerda el estudio general sobre las normas relativas a la libertad sindical y la negociación colectiva de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en lo dicho respecto al derecho de huelga. La Comisión de Expertos había hecho notar que una prohibición general de la huelga constituye una restricción considerable de las oportunidades que se ofrecen a los sindicatos para fomentar y defender los intereses de sus miembros y del derecho de estas organizaciones a organizar su actividad. Comité de Libertad Sindical. Caso número 678, de 14 de febrero de 1972. Informe número 135. Recuperado de

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2899459

Comité de Libertad Sindical. Caso número 678. Informe número 149. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2899453

²⁸⁰ Presenta la queja la Federación Sindical Mundial con fecha 27 de junio de 1972 en la que se denuncia la detención de los sindicalistas y a la vez líderes políticos. El Comité insiste en la necesidad de un juicio rápido por autoridad judicial imparcial e independiente. Comité de Libertad Sindical. Caso número 704, de 27 de junio de 1972, informe provisional número 139. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2899520

²⁸¹ Se presenta la queja el 28 de septiembre de 1972 por la Federación Sindical Mundial. Debido a las huelgas en las empresas de Vigo en solidaridad con los trabajadores de Citroën-Hispania se ha reaccionado con despidos y numerosas detenciones. El Comité manifiesta que en el ejercicio del derecho a huelga son aceptables ciertas restricciones legales, por ejemplo, durante los trámites de conciliación y arbitraje, así como las restricciones fijadas por el mantenimiento de los servicios esenciales. Igualmente, la participación

Se suceden mayores denuncias de represión con detenciones e incidentes en movilizaciones por el ejercicio del derecho a la huelga.²⁸²

Una vez muerto el dictador Francisco Franco el 20 de noviembre de 1975 y hasta la llegada de la democracia, se mantiene la represión y la violencia en los estertores del régimen. Se suceden las detenciones por las reuniones de contenido sindical,²⁸³ sosteniéndose los comentarios consistentes en que en España no se respeta el derecho a la libertad sindical.

Después deviene el trágico suceso de Vitoria, donde la policía irrumpió en la iglesia de Zaramaga cuando se celebraba una asamblea pacífica de trabajadores ante las huelgas que se estaban celebrando en la ciudad. Fruto de la violencia policial murieron cinco trabajadores.²⁸⁴

en la huelga puede conllevar diversas consecuencias a los trabajadores conforme a la legislación nacional e incluso motivar el despido por causa justificada. Sin embargo, el Comité considera que toda restricción del derecho de huelga no debería implicar una limitación de las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales que no fuera compatible con los principios generalmente reconocidos en materia de libertad sindical. En estas circunstancias, el Comité recomienda al Consejo de Administración que llame la atención del Gobierno sobre las consideraciones y principios que preceden. Comité de Libertad Sindical. Caso número 722, de 28 de septiembre de 1972. Informe provisional número 139. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2899552

Comité de Libertad Sindical. Caso número 722, de 28 de septiembre de 1972. Informe definitivo número 157. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2899553

²⁸² El primer caso al que nos referimos versa sobre la detención de treinta trabajadores de la fábrica Fasa-Renault en Valladolid y la detención de 42 o 43 trabajadores en la Seat de Barcelona acompañados de cuatro trabajadores de la FIAT italiana. Comité de Libertad Sindical. Caso número 803, de 8 de octubre de 1974. Informe provisional número 149. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2899778

El segundo caso nace de una denuncia presentada la queja el 6 de abril de 1973, sobre la violencia estatal contra los trabajadores de la obra de Central Térmica de San Adrián del Besós. Estaban en huelga y la policía abrió fuego contra ellos matando a un obrero. Comité de Libertad Sindical. Caso número 750, de 6 de abril de 1973. Informe provisional número 139. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2899612

²⁸³ Se presenta la queja por la Federación Sindical Mundial el 12 de enero de 1976, sobre las detenciones de 27 militantes sindicales de la Standard Eléctrica en el desarrollo de una reunión sindical. Estamos en un contexto de fuerte movilización y de reivindicaciones laborales por el movimiento obrero, en el que se enmarca la movilización de los trabajadores de la Standard. En el informe definitivo número 158 de noviembre de 1976, habiéndose informado por el Gobierno de España de la liberación de estas personas, el Comité señala que la detención de un número importante de dirigentes sindicales comporta riesgos particulares de abuso y peligros para la libertad sindical. Comité de Libertad Sindical. Caso número 835, de 12 de enero de 1976, informe definitivo número 158. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2899897

²⁸⁴ Caso denunciado por la Federación Sindical Mundial el 5 de marzo de 1976. El Comité señala que varias veces en el pasado, en casos en que la policía había intervenido para dispersar a los participantes en reuniones públicas o en manifestaciones y en los que se había producido la pérdida de vidas humanas, el Comité ha atribuido una gran importancia a que se realice inmediatamente una encuesta imparcial sobre

b) *Segunda etapa: periodo constituyente con la Constitución española de 1978 y consecuentes reformas legislativas en el marco laboral*

Atendiendo al periodo histórico en que entra España, es difícil establecer una separación estricta entre la etapa anterior de análisis y este periodo que vamos a estudiar. Ello es así por el propio proceso de la Transición que no vino acompañado de una ruptura sino de la reforma del régimen anterior. Igualmente, en atención a los hechos en el marco pre-constituyente tras la muerte de Franco e incluso después de la aprobación de la Constitución española, se siguieron produciendo sucesos de violencia, como los asesinatos de los cinco abogados laboristas de Atocha el 24 de enero de 1977 y, posteriormente, el asesinato de Yolanda González Marín el 1 de febrero de 1980 a manos de miembros de la extrema derecha. En este clima de inestabilidad y fragilidad democrática no se puede olvidar el golpe de Estado del coronel de la Guardia Civil Tejero el 23 de febrero de 1981. Todo ello son pruebas evidentes que muestran que estamos ante dos etapas en las que coinciden y se confunden elementos, como en cualquier periodo histórico, pero al mismo tiempo con sus propias características que justifican la división en etapas diferenciadas.

Es una etapa que se caracteriza por una paulatina normalización del marco de las relaciones laborales en España. Los casos se distribuyen en dos vertientes; una, el chequeo de la conformidad de las reformas que se van aprobando con la normativa internacional; y la segunda, conflictos laborales normalizados o más característicos de un sistema democrático en relación con el periodo anterior de la dictadura negadora de los más elementales Derechos Humanos.

Así, mientras que se celebraba que España había ratificado los Convenios 87 y 98 de la OIT, se había incoado un procedimiento judicial por actividad sindical y se habían producido torturas a otra dirigente.²⁸⁵

los hechos y a que se entable un procedimiento regular para determinar los motivos de la acción llevada a cabo por las fuerzas de policía y para deslindar las responsabilidades en las que se haya podido incurrir. Se invita al Gobierno a precisar si ha efectuado tal encuesta para determinar los motivos de la acción llevada a cabo por la policía. El informe definitivo se produce en noviembre de 1977, lamentando el Comité que, siendo un caso particularmente grave, se abrió la instrucción y que finalmente se dictó el sobreseimiento, y que por este motivo no corresponde un examen detenido de este caso. Comité de Libertad Sindical. Caso número 838, de 5 de marzo de 1976. Informe provisional número 160. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2899903 Comité de Libertad Sindical. Caso número 838, informe definitivo número 168. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2899904

²⁸⁵ La denuncia se presentó el 24 de mayo de 1976 y concluye informándose de la ratificación por España de los Convenios 87 y 98 de la OIT, un auténtico hito que sitúa a nuestro país en la senda del respeto a la normativa internacional en materia de libertad sindical. Esta denuncia fue articulada por la Federación

De la misma forma se siguen sucediendo medidas represoras de distinta índole por el ejercicio de la negociación colectiva y el derecho a huelga, sucediéndose despidos y detenciones, aunque ya con la aprobación del nuevo marco legal democrático, modificando la legislación laboral, y eliminando legislación y tribunal que daban amparo legal a la represión. Al fin se van reduciendo este tipo de sucesos.²⁸⁶

La nueva legislación no va a estar exenta de polémica, así el Real Decreto-ley 17/1977 sobre relaciones laborales va a dar lugar a una denuncia por las organizaciones sindicales. Aquí radica una importante diferencia puesto que esta cuestión se afrontó con garantías desde el plano interno, considerándose diversos preceptos inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en sentencia de 8 de abril de 1981, anulándolos en consecuencia.²⁸⁷ El Comité aprovecha para establecer alguna diferencia de matiz con el

Sindical Mundial y la Confederación Mundial del Trabajo señalando que se había incoado un procedimiento judicial contra Marcelino Camacho, dirigente de CCOO, y se habría torturado a María Amparo Arango, vicepresidenta del Sindicato de Obreros y Técnicos del Papel de Leiza (Navarra). Igualmente, se denunciaba que la empresa Michelin de Lasarte procedió a despedir a 2300 trabajadores. El Comité toma nota de la información, en particular la liberación de Marcelino Camacho, y subraya el peligro que implica para los derechos sindicales la detención de sindicalistas a los que no se encontró motivo alguno de inculpación. Por ello, se indica que los gobiernos deberían tomar disposiciones a fin de que las autoridades competentes reciban instrucciones adecuadas para eliminar el peligro de detenciones injustificadas. Comité de Libertad Sindical. Caso número 848, de 24 de mayo de 1976. Informe definitivo número 168. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2899961

²⁸⁶ Se presenta la denuncia el 2 de noviembre de 1976 por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres, la Federación Sindical Mundial, la Unión General de Trabajadores y la Federación Nacional de Transportes. Se denunciaba que los trabajadores de la Empresa Municipal de Transportes habían elegido una comisión de negociación y, tras declararse una huelga, se produjeron detenciones y despidos. En el informe definitivo de noviembre de 1977, el Comité constata la negativa de la Empresa Municipal de Transportes a negociar las condiciones de trabajo y salario con una comisión elegida por los trabajadores, así como su oposición a la huelga y las manifestaciones organizadas por los trabajadores después de esta negativa. En este asunto, el Gobierno no ha comunicado sus observaciones sobre el fondo del conflicto, pero ha suministrado informaciones relativas a la liberación de trabajadores detenidos y a las sanciones tomadas contra los huelguistas. El Comité destaca que, después de los acontecimientos producidos, la legislación en materia de relaciones laborales ha sido modificada. A este respecto, el Comité informa con un interés particular la adopción de la nueva ley, la número 19 de 1 de abril de 1977, sobre regulación del Derecho de Asociación Sindical, que modifica profundamente la legislación sindical española, así como que las jurisdicciones y tribunales de orden público fueron suprimidos.

Comité de Libertad Sindical. Caso número 864, de 2 de noviembre de 1976. Informe definitivo número 168. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2899999

²⁸⁷ La CIOSL denuncia el 18 de marzo de 1977 que diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/1977 de 4 de marzo son contrarios a los principios de la libertad sindical. La Confederación Sindical de Comisiones Obreras denunció el 27 de junio de 1979 que España había vulnerado el Convenio 98 de la OIT por la homologación de la Dirección General del Trabajo del pacto que puso fin a la huelga en la Telefónica, en la que, sin consulta de los empresarios y trabajadores, suprimió y modificó cláusulas esenciales del convenio colectivo pactado que ponía fin a la huelga. El Comité considera que, habiendo examinado el Real Decreto-ley 17/1977 ciertas disposiciones referidas a la declaración de la huelga, así como el desarrollo de esta, podría limitar la acción de los trabajadores y los sindicatos. Respecto a la

TC, lógica por otra parte en cuanto a que se examina la norma desde el plano internacional por el CLS y desde el plano interno por el TC, e insiste en que sería positivo para nuestra legislación una futura ley de huelga.

El siguiente tema que va a estar muy presente en esta etapa es el del patrimonio histórico acumulado para las organizaciones sindicales y empresariales en base a la confiscación de bienes en la Guerra Civil por el Gobierno de Franco. El Comité de Libertad Sindical no cuestiona de pleno el criterio tomado por el Ejecutivo basado en la finalidad de los bienes para los que se habían adquirido, aunque sugiere que el proceso se culmine con la participación y diálogo de las organizaciones representativas.²⁸⁸

cuestión denunciada por CCOO, el Comité sugiere que para las restricciones a la negociación colectiva se prevean procedimientos para sustituir las mismas. El Real Decreto-ley fue declarado inconstitucional en algunos de sus preceptos por la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. Sin embargo, el Comité señala que, en caso de huelga, el Gobierno puede acordar la reanudación de la actividad laboral mediante el establecimiento de un arbitraje obligatorio, si bien el Tribunal Constitucional ha señalado como condición para ello el respeto del requisito de imparcialidad de los árbitros y ha declarado inconstitucional la facultad que se dotaba al Gobierno para imponer la reanudación del trabajo en el plazo que determinase, por un periodo máximo de dos meses. A este respecto, el Comité estima que el artículo 10, párrafo 1º, tal como ha sido considerado en cuanto a su constitucionalidad por la autoridad judicial competente y el artículo 7.2, al que no alude la sentencia del Tribunal Constitucional, que considera como acto ilícito o abusivo las huelgas efectuadas por los trabajadores que presten servicios en los sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, continúan dejando en ciertos casos a las autoridades gubernativas poder discrecional para someter un conflicto de trabajo a una decisión arbitral obligatoria, que podría impedir el recurso a la huelga. En relación con lo anterior, el Comité sostiene que en circunstancias normales el recurso al arbitraje obligatorio o la prohibición de las huelgas solo deberían poder imponerse en el marco de la función pública o de los servicios esenciales en sentido estricto, planteando que sería útil en orden al desarrollo armonioso de las relaciones laborales y a la libertad de acción de las organizaciones sindicales que la futura ley orgánica sobre la huelga, en ese momento en fase de elaboración, especificara los servicios realmente esenciales, es decir, aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población. Respecto al trámite de homologación de los convenios colectivos y las limitaciones de la negociación colectiva, el Comité, habiendo examinado el Estatuto de los Trabajadores, constata que dicho texto solo atribuye a la autoridad laboral funciones de registro y suprime el requisito de homologación de los convenios colectivos. Igualmente, el Comité observa que la CEACR, en su reunión de marzo de 1981, tomó nota de que las disposiciones que limitaban la negociación colectiva en materia salarial habían perdido su vigencia. El Comité concluye considerando que sería útil, en orden al desarrollo armonioso de las relaciones laborales, que la futura ley orgánica sobre el derecho de huelga especificara los servicios realmente esenciales en los que esta podría ser limitada o prohibida. Comité de Libertad Sindical. Caso número 874, de 18 de marzo de 1977. Informe provisional número 168. Recuperado de

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2900037

Comité de Libertad Sindical. Caso número 874, informe definitivo número 208. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2900036

²⁸⁸ Presentada la queja por la Unión General de Trabajadores, el Sindicato Unitario y la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, se debate sobre la no devolución por el Estado de los bienes incautados por Franco, tras su victoria en la Guerra Civil Española de 1936-1939. El Comité toma nota de las medidas del Gobierno habiendo aplicado el principio de atribución de bienes a las finalidades para las que se habían adquirido y, por lo tanto, la reserva del uso de ciertos locales reservado a las organizaciones sindicales representativas. Se atiende además a que la administración pública y las centrales sindicales deben procurar, en el plazo de un año, una fórmula jurídica de cesión definitiva de los bienes de que actualmente disponen, lo cual no excluye la utilización de la vía parlamentaria para la adopción de las decisiones definitivas. El Comité alienta el recurso a la consulta con las organizaciones representativas de

Como se decía, los criterios fundamentales que se implantan con la legislación laboral democrática son homologados por el Comité de Libertad Sindical. Así, respecto de las prerrogativas de los sindicatos más representativos en un sector determinado, considera que el sistema es objetivo y no arbitrario conforme con la norma internacional.²⁸⁹ En este

empleadores y de trabajadores en la búsqueda de una solución definitiva a los problemas planteados. Por último, el Comité recibe la declaración del Gobierno según la cual parte del patrimonio ha sido atribuido en forma provisional a la Autoridad Laboral en beneficio del conjunto de los trabajadores, en espera de una solución definitiva sobre la propiedad y atribución de dichos bienes. En cuanto a la queja de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, que se acumula a la queja de UGT sobre patrimonio relatada, se reivindicaba la devolución del patrimonio incautado en 1939 a sus integrantes. El Comité aboga por potenciar la negociación entre el Gobierno y las organizaciones empresariales en busca de un acuerdo. De nuevo, en cuanto a la asignación de los bienes, el Comité de Libertad Sindical apuesta por el principio de la asignación de los bienes a la finalidad que estaban destinados y no al importe de las cuotas que pagaron a la Organización Sindical los empresarios y los trabajadores. Comité de Libertad Sindical. Caso número 900, de 14 de febrero de 1978. Informe provisional número 194. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2900112

Comité de Libertad Sindical. Caso número 900, informe provisional número 202. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2900111

²⁸⁹ Este asunto parte de la denuncia interpuesta por la Confederación Nacional del Trabajo (CNT) y la Solidaritat D'Obrers de Catalunya. La CNT, dando la voz al Comité de huelga de los trabajadores de estaciones de servicio de la provincia de Barcelona, alega que se ha cometido una grave infracción del derecho de los sindicatos representativos de trabajadores a celebrar convenios colectivos. La CNT, que tenía amplia mayoría en la comisión negociadora, con nueve miembros por uno de CCOO y uno de UGT, denunciaba que dichos sindicatos, haciendo caso omiso al acuerdo expresado por una amplia mayoría de trabajadores, decidieron adherirse al convenio interprovincial de estaciones de servicios. Por su parte, la SOC denuncia que la autoridad gubernativa dispuso que situarían policías armados de metralletas en todas las gasolineras. El Comité recuerda que su tarea es calibrar en cada caso particular si el Gobierno ha asegurado o no el libre ejercicio de los derechos sindicales. En este caso, se recoge que no hay prueba de que las otras organizaciones sindicales hayan violado la libertad sindical.

El Comité entiende que debe distinguirse el ejercicio por estas organizaciones de su propio derecho de negociar y hacer homologar un convenio de ámbito nacional si para ello acreditan la necesaria representatividad a este nivel, del derecho que pudiera tener otra organización representativa de los trabajadores de una profesión determinada, o de una región o localidad, para participar en la negociación colectiva en los ámbitos de su representatividad. El órgano de control en este caso se adentra en la intervención de las fuerzas de seguridad, reflexionando acerca de los límites de su actuación. En tal sentido, recuerda su criterio sobre la conformidad con la intervención ceñida al mantenimiento del orden público sin entrañar limitación al legítimo ejercicio del derecho de huelga.

Por otro lado, considera que la intervención de la policía para romper una huelga constituiría una violación de los derechos sindicales. Así mismo, en cuanto a la intervención de las Fuerzas Armadas para realizar funciones abandonadas por la existencia de un conflicto laboral, solo podría justificarse por la necesidad de asegurar el funcionamiento de servicios o de industrias cuya paralización pudiera crear una situación de crisis aguda.

Por último, el Comité consideró legítimas las disposiciones legales que prohíben a los piquetes de huelga perturbar el orden público y amenazar a los trabajadores que continúan trabajando. Concluye el Comité señalando que está garantizada la libertad de negociación en nuestro país y que las partes, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, pueden fijar el marco negociador. En relación con lo antedicho, el Comité resalta que la negativa de los empleadores de negociar a un nivel determinado no constituía una violación de la libertad sindical. Comité de Libertad Sindical. Caso número 915, de 6 de octubre de 1978. Informe provisional número 197. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2900157

Comité de Libertad Sindical. Caso número 915, de 6 de octubre de 1978. Informe definitivo número 202. Recuperado de

caso se analiza la intervención de las fuerzas de seguridad que, a diferencia del periodo anterior, se ciñen a asegurar el orden público y no existe represión al ejercicio del derecho a la huelga.

Otra cuestión que se suscita es la actuación de los piquetes que, en el marco constitucional tienen el límite de su actuación en el ejercicio de la violencia,²⁹⁰ estando justificados los procedimientos ante la autoridad judicial por la extralimitación en sus actos de dichos piquetes. Igualmente, se siguen sucediendo asuntos donde el debate gira en torno a la implantación para la negociación, siendo nuestro sistema acorde con el marco de la OIT.²⁹¹ En el mismo sentido sobre un acuerdo a nivel nacional por sindicatos representativos.²⁹²

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2900158

²⁹⁰ Los denunciantes Federación de Comisiones Obreras de Banca y Ahorro, Federación internacional de Empleados y Técnicos y la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres acuden al CLS por la detención de una serie de participantes en el piquete de huelga. El Comité de Libertad Sindical entiende que, si bien la actuación pacífica en piquetes no puede ser considerada como acción ilegal, la situación es muy diferente cuando el piquete de huelga va acompañado de violencias o de obstáculos a la libertad de trabajo por intimidación a los no huelguistas, actos que en muchos países son castigados por la ley penal. El Comité estima que los procedimientos incoados en esas circunstancias no constituyen violación de la libertad sindical, tanto más cuando los inculcados fueron sometidos normalmente a las autoridades judiciales competentes conforme a las reglas del procedimiento penal ordinario. En este caso, vemos el elemento diferenciador con el anterior periodo, puesto que durante la dictadura se detenía sin garantías y se condenaba a penas de prisión, destierro e incluso muerte por la participación en huelgas y movilizaciones, mientras que en este asunto estamos ante un procedimiento garantista para los inculcados acusados, no por su mero ejercicio del derecho a huelga, sino por unos supuestos excesos violentos. Comité de Libertad Sindical. Caso número 923, de 12 de febrero de 1979, informe definitivo número 197. Recuperado de

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2900177

²⁹¹ El caso proviene de una queja presentada por el sindicato Federación de Asociaciones Sindicales de Grandes Almacenes (FASGA). Denuncia en este caso la política contractual de ciertas organizaciones por la renovación del convenio colectivo excluyendo a dicho sindicato que contaba con más del 10% de representantes en el sector. El Comité entiende que es una cuestión de negociación colectiva, que la Dirección General de Trabajo se limitó a actuar como mediadora y, en consecuencia, recomienda al Consejo de Administración desestimar la queja de FASGA. Comité de Libertad Sindical. Caso número 937 de 18 de junio de 1979. Informe definitivo número 197, de noviembre de 1979. Recuperado de

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2900210

²⁹² Proviene del Grupo Abierto de Federaciones que interpuso su queja el 17 de junio de 1981. Esta organización considera que el Acuerdo Nacional sobre Empleo suscrito por CEOE, UGT y CCOO infringe los convenios 87 y 98 de la OIT al discriminar al colectivo sindical y laboral no representado en el acuerdo. El Comité constata que ciertos derechos reconocidos de forma restringida a los sindicatos que ostentan el 60% de audiencia electoral a través de los representantes electos obtenidos y que de ahí deriva los derechos reconocidos, por lo que tales cláusulas no violan la libertad sindical. Comité de Libertad Sindical. Caso 1061, de 17 de junio de 1981. Informe definitivo número 217. Recuperado de

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2900613

La huelga y los servicios mínimos son un asunto recurrente ante el Comité de Libertad Sindical, advirtiéndose por este que la designación de los trabajadores para prestar servicios de forma abusiva supone vaciar de contenido el derecho de huelga.²⁹³

Respecto a las quejas interpuestas por sindicatos de policía cabe reseñar que el Comité no entra en el fondo del asunto puesto que el artículo 9.1 del Convenio número 87 de la OIT deja a los Estados la aplicación de las garantías del mismo respecto de las Fuerzas Armadas y de la Policía.²⁹⁴ Igualmente, se suscita el ámbito de la libertad de expresión de un cargo de la policía, ciertamente más limitado por su deber de sigilo.²⁹⁵

También se suscitan quejas respecto a las elecciones sindicales en relación con los derechos relacionados con la condición de mayor representatividad, señalando el Comité que nuestro sistema es conforme con la libertad sindical.²⁹⁶

²⁹³ Queja interpuesta por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras. La organización sindical denuncia la promulgación del Real Decreto 266/1980 de 8 de febrero que prohíbe el ejercicio del derecho de huelga a los trabajadores de Renfe. El Comité constata que la norma faculta a la Administración a movilizar a los trabajadores en los trenes que determine para el mantenimiento del “servicio esencial” bajo la amenaza del despido. A mayor abundamiento, de las circulares impuestas bajo los números 450, 451 y 452 se deduce que las autoridades pueden utilizar ampliamente las facultades de movilización que se les confiere, por lo que el Comité llama la atención sobre la posibilidad de abuso que implica designar la prestación de servicios a los trabajadores como medio de solucionar los conflictos de trabajo. En tales casos, el Comité ha insistido en que recurrir a este tipo de medidas no es aconsejable, salvo si se trata de mantener servicios esenciales en circunstancias de crisis nacional aguda. El Comité insiste en que las restricciones del derecho de huelga deberían limitarse a los servicios esenciales en el sentido estricto del término, es decir, a los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población. Comité de Libertad Sindical. Caso número 952, de 27 de febrero de 1980. Informe definitivo número 204. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2900235

²⁹⁴ La Unión Sindical de Policías interpuso una queja en la que se denunciaba que la autoridad militar impuso una sanción de un mes de arresto a ocho miembros de la Policía Nacional por haber asistido en Oviedo el 3 de marzo de 1980 a una reunión abierta al público convocada por el Sindicato Provincial de Asturias de USP. Comité de Libertad Sindical. Caso número 979, de 21 de mayo de 1980. Informe definitivo número 207. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2900305

²⁹⁵ De nuevo la Unión Sindical de Policías pone de manifiesto que se ha incoado expediente administrativo a su secretario general por unas declaraciones en las que denunciaba el uso político de la policía. El Comité considera que, por el comportamiento de sigilo que impone el Reglamento Orgánico del Cuerpo Superior de Policía, las declaraciones de dicho cargo han podido constituir una extralimitación en el ejercicio de sus funciones sindicales, lo que justifica la apertura del expediente administrativo por incumplimiento de sus deberes profesionales. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1078, de 17 de septiembre de 1981. Informe definitivo número 214. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2900668

²⁹⁶ La Confederación de Sindicatos Unitarios de Trabajadores (CSUT) denuncia que la elaboración de una orden ministerial relativa a la celebración de elecciones sindicales en España se realizó sin la participación de CSUT. El Comité consideró que la concesión de estas ventajas a las organizaciones sindicales más representativas, carácter que se deriva en particular de un número más elevado de afiliados, no es contraria a los principios de libertad sindical encontrándose, por lo tanto, justificada. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1001, de 6 de septiembre de 1980. Informe definitivo número 207. Recuperado de

Se suceden una serie de quejas que tienen un denominador común: el uso del procedimiento de libertad sindical por sindicatos cercanos ideológicamente al franquismo contra las nuevas administraciones públicas. Así se constata que en un caso se le abrió expediente al sindicalista de la Fuerza Nacional del Trabajo por razones disciplinarias.²⁹⁷ Así mismo, la denuncia de un dirigente por arbitraria y que luego se probó que había cometido actos ilícitos,²⁹⁸ así como otras quejas por no convocatoria de elecciones sindicales, apertura de expedientes sancionadores, traslado de delegados, etc.²⁹⁹ Sin convencerse de que se haya vulnerado el derecho a la libertad sindical, el Comité entiende que el clima de conflicto entre el Ayuntamiento de Madrid y dicho sindicato no es positivo y sugiere la intervención de la autoridad laboral para buscar solución al conflicto.

c) Tercera etapa: Desde 1983 hasta nuestros días

Llegamos a la tercera etapa en el análisis de las resoluciones del Comité de Libertad Sindical sobre España. En esta fase se sitúan conflictos dentro de un marco de normalidad

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2900421

²⁹⁷ La accionante es la Fuerza Nacional del Trabajo (FNT). Se trata de un expediente abierto a un miembro de este sindicato y la solicitud de un miembro del Ayuntamiento de Madrid a que se acreditara la condición de representatividad de dicho sindicato. En cuanto a la primera cuestión, considera el Comité que no hay lesión del derecho de libertad sindical puesto que la apertura del expediente viene motivada por infracciones disciplinarias. En cuanto a lo segundo, se señala que el querellante no ha aportado pruebas y ni siquiera ha acreditado la supuesta representatividad de la FNT. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1039, de 23 de marzo de 1981. Informe definitivo número 218. Recuperado de

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2900549

²⁹⁸ La Fuerza Nacional del Trabajo interpuso una queja informando al CLS de la supuesta detención arbitraria de Jaime Alonso. El Comité rechaza que haya habido una lesión del derecho a la libertad sindical puesto que el Sr. Alonso ha protagonizado junto a su organización incidentes en las manifestaciones públicas de que se trata, tales como gritos e insultos contra la Corporación Municipal, enfrentamiento entre taxistas, daños en vehículos, etc. Por el contexto expuesto, la detención del jefe nacional de la FNT no puede ser objetada desde un punto de vista de la libertad sindical. Además, el Comité valora también que el interesado fue puesto en libertad a los dos días. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1090, de 12 de noviembre de 1981. Informe definitivo número 217. Recuperado de

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2900688

²⁹⁹ De nuevo, la Fuerza Nacional del Trabajo alega que, no habiendo convocado elecciones sindicales antes del 4 de febrero de 1982, el Ayuntamiento de Madrid había violado la legalidad vigente. También alegaba la FNT otra serie de conflictos como la retirada de propaganda electoral, incoación de expedientes y traslados de delegados sindicales de su sindicato, lamentando el Comité la falta de información por las partes. En cualquier caso, el Comité constata la existencia de una situación de discordia por razones político-ideológicas más allá de razones sindicales y que perjudica en gran medida el desarrollo de las relaciones profesionales en el ámbito municipal de Madrid. El Comité entiende que la armonía de las relaciones profesionales se vería favorecida si las autoridades laborales actuaran como mediadoras entre FNT y las autoridades municipales de Madrid con objeto de encontrar soluciones, buscando un clima de confianza y respeto mutuo a las cuestiones suscitadas en la presente queja, en particular la incoación de expedientes disciplinarios y los traslados de dirigentes y delegados sindicales, así como a cualquier otro problema que pueda surgir en el futuro. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1120, de 12 de marzo de 1982. Informe definitivo número 222. Recuperado de

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2900766

democrática donde siguen elevándose casos sobre servicios esenciales en el ejercicio del derecho a huelga o los efectos de la aprobación de reformas legislativas que afectan a la legislación laboral, como las sucesivas reformas laborales, así como las disposiciones en materia laboral sobre la ley de extranjería. Por otro lado, se aprecia un repunte del recorte de derechos en el ciclo que se inaugura en 2008 con el estallido de la crisis financiera de raíces internacionales en España.

Empezando por las huelgas para el personal sanitario, el Comité expresa que se deben aplicar los servicios mínimos de forma estricta conforme a la jurisprudencia y que los trabajadores lo puedan conocer al debido tiempo³⁰⁰. Ante la denuncia por un sindicato de la falta de negociación de los servicios mínimos, el Comité de Libertad Sindical resalta que estos deben ser negociados con los sindicatos.³⁰¹ Sobre los servicios mínimos en el sector sanitario se insiste en que se trata de un sector esencial y que no se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical.³⁰² Ante una imposición de servicios mínimos por encima del 100%, el Comité, mostrando su carácter moderado, no se pronuncia porque se haya

³⁰⁰ Queja interpuesta por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM) sobre la celebración de una huelga del personal sanitario. El Comité expresa la esperanza de que, en caso de huelgas de médicos de las instituciones abiertas, esto es, los ambulatorios, las autoridades tengan plenamente en cuenta los criterios contenidos en la jurisprudencia en relación con los servicios mínimos que hay que mantener. El Comité señala de manera general la importancia de que las disposiciones relativas a los servicios mínimos por cumplimentar en caso de huelga en un servicio esencial se determinen en forma clara, se apliquen estrictamente y sean conocidas a su debido tiempo por los interesados. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1203, de 23 de mayo de 1983. Informe definitivo número 233. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901021

³⁰¹ La Confederación Sindical de Confederaciones Obreras denuncia que, en torno a la huelga de 24 horas el 14 de octubre de 1983 para el personal de Renfe, se fijaron unos servicios mínimos del 80%. En cuanto al alegato de que la administración española se habría negado a negociar los servicios mínimos con los representantes de los trabajadores, el Comité observa que el Gobierno no ha negado este alegato y que, en su descripción del procedimiento seguido para la fijación de los servicios mínimos por cumplimentar durante la huelga del 14 de octubre de 1983, no se menciona en ningún momento a las organizaciones sindicales. Sobre este punto, el Comité llama a la atención del Gobierno que en la definición de los servicios mínimos deberían poder participar no solo los empleadores y las autoridades, sino también las organizaciones de trabajadores. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1244, de 21 de octubre de 1983. Informe definitivo número 234. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901137

³⁰² Procede de la queja de 11 de julio de 1984 interpuesta por la Asociación Profesional Sindical de Beneficencia y Sanidad Municipal. La organización denunciante entiende que se le ha vulnerado su derecho a la libertad sindical puesto que, habiendo convocado huelga el Ayuntamiento de Madrid, impuso unos servicios mínimos para todos los médicos. El Gobierno defiende que solo una parte del personal está obligado a realizar servicios mínimos. El Comité estima, reafirmando otras resoluciones, que el sector hospitalario es esencial y que tampoco se ha presentado recurso ante los tribunales nacionales por la organización sindical, entendiéndose que no ha existido vulneración del derecho a la libertad sindical. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1292, de 11 de julio de 1984. Informe definitivo número 239. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901292

vulnerado la libertad sindical, indicando que es un asunto que debe ser dirimido por la autoridad judicial.³⁰³

Sin embargo, en otro asunto sobre la exclusión de un sindicato legitimado para negociar los servicios mínimos, el Comité estima que la actuación en este sentido no respeta en su plenitud los principios de libertad sindical.³⁰⁴

Ante un caso parecido en el que se excluye al sindicato de la negociación de las actividades afectadas por los servicios mínimos junto a otras cuestiones que denuncia, el Comité señala que las organizaciones tienen derecho a participar en esta cuestión y no solo en la determinación de los trabajadores afectados.³⁰⁵

³⁰³ Interpone la queja CCOO. Se denuncia que en una huelga efectuada en una empresa del sector del peaje se habían impuesto unos servicios mínimos por encima del 100% del personal estipulado para caso de normalidad. Igualmente, denuncia la imposición de los servicios mínimos en el Metro de Madrid, en la Empresa Municipal de Transportes, y en Correos y Telégrafos. El Comité entiende que existe una legitimidad para el establecimiento de los servicios mínimos y que no dispone de suficientes elementos para pronunciarse sobre si los mismos se extralimitaron, planteando en cualquier caso que esta cuestión ha sido sometida por el sindicato a las autoridades judiciales españolas. Igualmente, reitera la importancia de que, en la fijación de los servicios mínimos, participen las organizaciones de trabajadores y empleadores interesados. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1342, de 24 de junio de 1985. Informe definitivo número 244. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901439

³⁰⁴ De nuevo la Confederación Sindical de Comisiones Obreras denuncia que en una convocatoria de huelga en el sector de la sanidad cumpliendo todos los requisitos legales, el Gobierno de Madrid no negoció los servicios mínimos, calificó la huelga de ilegal y exigió comunicación previa a los trabajadores. El Comité en este caso entiende que no se procedió a consulta o negociación sobre los mismos a CCOO y que este respetó el preaviso legal para la huelga. El Comité observa asimismo que, de la legislación española, artículo 10, párrafo 2 del Real Decreto-ley 17/1977 y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo se desprende que no es indispensable la consulta o negociaciones sobre los servicios mínimos con las organizaciones sindicales y que se atribuye a la autoridad gubernativa la potestad de dictar medidas necesarias para determinar el mantenimiento de servicios esenciales. En estas condiciones, el Comité considera que la ausencia de consulta con la organización sindical interesada no es plenamente conforme con los principios expuestos. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1374, de 8 de julio de 1986. Informe definitivo número 248. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901517

³⁰⁵ Nace de la queja presentada por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras. Se denuncia que, después de las elecciones sindicales de trabajadores de la función pública, las cinco organizaciones más representativas del sector plantearon al Ministerio de Educación y Ciencia constituir una mesa de negociación sectorial sobre las condiciones de trabajo, manifestando que el Ministerio actuó de forma dilatoria. Se expone asimismo que cuatro de los sindicatos firmaron un preacuerdo no firmado por CCOO y que dicho sindicato fue excluido de los asuntos planteados. Igualmente, se alega que se publicó en el *BOE* el Real Decreto 417/1988 por el que establecen normas para garantizar la prestación de servicios esenciales en los centros docentes públicos no universitarios dependientes del Ministerio de Educación y Ciencia, sin negociación con los sindicatos. El Comité recoge que las actividades que precisan un servicio mínimo son definidas por el Real Decreto, y el Gobierno no ha negado que esta definición haya sido establecida unilateralmente, sin consultar a las organizaciones sindicales. Por consiguiente, el Comité subraya el principio según el cual las organizaciones profesionales deberían poder participar en la determinación de los servicios mínimos que se deben mantener en caso de huelga y no solo en la determinación del número de trabajadores que las garanticen. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1466, de 20 de junio de 1988. Informe definitivo número 268. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901741

Se mantienen cuestiones relativas a la negociación colectiva y al modelo de representatividad de los sindicatos. En consecuencia, el Comité reitera que, en el ámbito sectorial de la función pública, la negociación con los sindicatos de sector y la exclusión de otro que no acredita la representatividad suficiente para ostentar legitimación a la negociación no vulnera el derecho a la libertad sindical.³⁰⁶

En otro asunto en el que se cuestiona la mayor representatividad que incide en la posibilidad de convocar elecciones sindicales y en cuanto al derecho al patrimonio sindical, así como la presencia en las comisiones de seguimiento del convenio colectivo, el Comité rechaza la denuncia, puesto que las prerrogativas reconocidas por la ley tienen sus debidas limitaciones, argumentando también que el Tribunal Constitucional en su sentencia 98/1985³⁰⁷ consideró el sistema de representatividad de la LOLS acorde con la Constitución.³⁰⁸

³⁰⁶ La Federación de Asociaciones de Cuerpos Superiores de la Administración del Estado (FEDECA) interpuso la denuncia de que la Presidencia del Gobierno abrió una mesa negociadora para tratar los horarios y remuneraciones de los funcionarios con convocatoria a UGT, CCOO y CSIF, pero no a la organización denunciante. El Comité estima que la no participación de FEDECA en las mesas no parece objetable, puesto que la denunciante no ha aportado pruebas suficientes para desvirtuar que el Gobierno negocia con las tres principales centrales sindicales, siendo estas las más representativas y legitimadas, teniendo FEDECA un ámbito de actuación ligado a los funcionarios con titulación universitaria, no observándose vulneración alguna. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1249, de 18 de noviembre de 1983. Informe definitivo número 238. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901145

³⁰⁷ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 98/1985, de 29 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1985\98].

³⁰⁸ Se interpone la queja por la Confederación Sindical de Trabajadores de Cataluña (CSTC) y la Intersindical Nacional de Trabajadores Gallegos (INTG). La CSTC considera que la LOLS contiene restricciones de la libertad sindical en cuanto a los criterios para determinar el sindicato más representativo, los privilegios derivados de tal condición y el canon de negociación de convenio. El sindicato cuestiona los porcentajes de representatividad del 10% a nivel estatal y de 15% a nivel autonómico. Critican las organizaciones denunciantes el agravio que supone que un sindicato representativo pueda convocar elecciones sin tener un afiliado en la empresa y otro sindicato no representativo necesite ostentar el 10% de representantes para convocar. Igualmente, cuestiona que el patrimonio sindical se reserve para los representativos. Por último, considera que el establecimiento del canon de negociación del convenio trata de la reinstauración de la afiliación sindical obligatoria. Por su parte, la Intersindical Gallega denuncia su exclusión de la Comisión de Control y Seguimiento del Plan de Reconversión del Sector Naval. El Comité rechaza los argumentos de los denunciantes, reiterando sus criterios respecto a la representatividad y basándose en el propio artículo 3.5 de la Constitución de la OIT. Igualmente, deja claros los límites en la legitimación para negociar derivados de la distinta representatividad, señalando que es preciso que esa distinción no tenga como consecuencia la concesión a las organizaciones más representativas de privilegios que vayan más allá de una prioridad en materia de representación con fines de negociación colectiva, de consulta por los gobiernos o de designación de delegados ante los organismos internacionales. Señala el Comité que el TC, en su sentencia 98/1985 de 29 de julio, ha considerado la LOLS compatible con el derecho a la libertad sindical. Respecto a los porcentajes de representatividad, el Comité toma nota de que los criterios son de carácter cuantitativo. En cuanto al canon de negociación, el Comité apunta que los trabajadores que se oponen expresamente al mismo pueden abstenerse de hacer efectivo dicho pago. Por último, el Comité, al igual que el Tribunal Supremo español, estima que la falta de participación de la organización querellante en la comisión de control y seguimiento tiene su fundamento en la propia normativa interna, dado que dicha organización se negó a dar su conformidad a la fase previa del proceso

Otro supuesto trata de algún desajuste por no haber adaptado la representatividad en este caso en el Consejo Escolar Estatal con un sindicato que había obtenido la suficiente representatividad, así como la transformación del personal civil en militar, negándoseles el derecho a la libertad sindical, concluyendo el Comité la necesidad de corregir estas deficiencias.³⁰⁹

Se da un caso en que se denuncia la vulneración del derecho a la negociación colectiva en un acuerdo sobre pensiones, rechazando el Comité que exista tal vulneración puesto que los sindicatos, habiendo sido invitados a la reunión, no asistieron.³¹⁰ Más adelante, en sentido parecido, se rechaza que haya vulneración del derecho a la libertad sindical ante un sindicato que acudió a las reuniones e incluso formuló propuestas.³¹¹ De nuevo

de reconversión, y concluye que no atenta contra la libertad sindical. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1320, de 10 de enero de 1985. Informe definitivo número 243. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901380

³⁰⁹ La Confederación Sindical Independiente de Funcionarios (CSIF) alega que se le ha infrarrepresentado en el Consejo Escolar del Estado. Reclama también que se ha otorgado unilateralmente la condición de personal militar a los funcionarios civiles que prestan servicios en sus dependencias impidiendo el ejercicio de sus derechos sindicales. Se denuncia también que se les ha rechazado sus pretensiones sobre cesión de bienes conforme a la normativa de patrimonio sindical acumulado. Asimismo, expone que la representatividad que le reconoce el propio Gobierno no se reconoce por los órganos ministeriales y gobiernos de las CCAA. Por último, invoca una serie de casos de obstruccionismo sindical. El Comité escucha al Gobierno de España que manifiesta que, en el momento de componer el Consejo Escolar del Estado, no se habían celebrado elecciones sindicales en la comunidad educativa y, por lo tanto, no podía medir la representatividad de CSIF. Igualmente, habiéndose celebrado ya dichas elecciones, el Comité manifiesta su esperanza de que se adapte la composición del órgano a la representatividad electoral en el sector. Por otro lado, el Comité observa que, a la hora de designar a los representantes, el Ministerio de Educación y Ciencia utilizó la expresión “centrales sindicales” en referencia a sindicatos de ámbito nacional y global en cuanto a su actividad sindical, expresando el Comité reservas respecto a la aplicación de este criterio en la medida en que permita excluir del grupo de representantes de centrales sindicales del Consejo Escolar del Estado a organizaciones mayoritarias o ampliamente representativas a nivel nacional en el ámbito de la educación, que no operen en todos los sectores. Por último, en lo que atañe a la asignación por el Ministerio de Defensa de la condición de personal militar a los funcionarios civiles que prestan servicios en sus dependencias negando los derechos sindicales a este colectivo, el Comité pide explicaciones al Gobierno. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1399, de 16 de marzo de 1987. Informe provisional, número 254. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901569

³¹⁰ UGT y CCOO son los sindicatos accionantes en este asunto. UGT denuncia que un acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Unión Democrática de Pensionistas sobre revalorización de las pensiones, que no es una organización sindical, se sirvió para eludir el debate con los sindicatos representativos. En la misma línea, CCOO denuncia la vulneración del derecho de representación sindical y de negociación colectiva. El Comité entiende en este caso que no existe vulneración puesto que UGT y CCOO fueron invitados a la negociación. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1474, de 5 de octubre de 1988. Informe definitivo número 265. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901769

³¹¹ La Confederación de Sindicatos Independientes y Sindical de Funcionarios denuncia el trato de favor a dos organizaciones sindicales, UGT y CCOO, en el proceso de negociación colectiva en el ámbito de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid. El Comité observa que la organización denunciante fue convocada a la negociación y que el propio CSIF hizo propuestas al respecto. Comité de

se rechaza una denuncia de un sindicato que, al ostentar el 18% de representatividad en una CCAA en el ámbito de la función pública, mantenía que tenía derecho a estar en determinados órganos de seguimiento/control. Dicho sindicato entendía que una serie de acuerdos de contenido de distinta índole y firmado entre los sindicatos mayoritarios y la Comunidad Autónoma de La Rioja, incluía su exclusión del Consejo Económico y Social, suponiendo la vulneración de su derecho a la libertad sindical y era discriminatorio para su sindicato, no pudiendo firmar los acuerdos puesto que significaba autoexcluirse de dichos órganos.

Visto lo anterior, el Comité de Libertad Sindical rechaza la denuncia considerando que se viene a aplicar el modelo de representatividad derivado de la LOLS, lo que no impide que los trabajadores sigan eligiendo el sindicato al que quieren que les defienda, al igual que a los sindicatos minoritarios no se les impide seguir defendiendo a sus afiliados. En definitiva, se suma otro argumento, y es que dicho sindicato ya había recibido una respuesta judicial solvente en el ámbito interno.³¹²

En este periodo se sigue sucediendo algún conflicto aislado con los sindicatos inspirados en el franquismo contra el Ayuntamiento de Madrid. Se denuncia que un afiliado del sindicato fue trasladado por sus ideas políticas, rechazándose la reclamación del Comité por no existir pruebas.³¹³ Unos años más tarde, en 1990, se llevó otra denuncia

Libertad Sindical. Caso número 1815, de 7 de diciembre de 1994. Informe definitivo número 305. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2903393

³¹² La USO ostentaba el 18% de representatividad en la Comunidad Autónoma de la Rioja y, por lo tanto, entendía que debería estar en los organismos de participación existente en la Administración Pública. Igualmente, denuncia que los acuerdos del Gobierno regional y de UGT y CCOO ha provocado la marginación de dicho sindicato. El Comité, acudiendo a los criterios sobre representatividad asentados por la propia CEACR, considera que el derecho a formar parte del Consejo Económico y Social no parece influir indebidamente sobre los trabajadores en la elección de las organizaciones a las que desean afiliarse, ni impedir a las organizaciones que gozan de una menor representatividad la defensa de los intereses de sus miembros, la organización de sus actividades y la formulación de su programa de acción, concretamente sobre la base del párrafo 3 del artículo 6 de la Ley Orgánica número 11/1985 de 2 de agosto de 1985 de Libertad Sindical. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1968, de 29 de mayo de 1998. Informe definitivo número 311. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2904736

³¹³ El Sindicato de la Beneficencia y Sanidad Municipal (SIBESA) denuncia en el escrito el traslado en su puesto de trabajo del secretario general de SIBESA y que el delegado de la Fuerza Nacional del Trabajo ha sido cesado como cirujano por el Ayuntamiento de Madrid motivado por su militancia política. El Comité considera que no hay prueba de que las decisiones tomadas obedezcan a una motivación sindical, remarcando que al cirujano afectado se le repuso en su puesto de trabajo en el Ayuntamiento. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1358, de 28 de noviembre de 1985. Informe número 248. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901492

de vulneración de la libertad sindical que, al no gozar de fundamentación ni soporte probatorio suficiente, fue rechazada.³¹⁴

Respecto a la injerencia hacia un sindicato se produce una denuncia de promoción de una organización federativa en detrimento de otra por la Administración. Para el Comité no existe prueba de tal cosa, aunque se ha probado la no convocatoria a un congreso al denunciante y el Comité sugiere que las relaciones entre el denunciante y el denunciado mejoren.³¹⁵

Se reiteran quejas sobre nuestra regulación interna del patrimonio sindical acumulado, pero de nuevo el CLS rechaza dicha cuestión al entender que nuestra normativa no es vulneradora de los principios de libertad sindical. Igualmente destaca la importancia en este asunto del recurso a la autoridad judicial como garantía para los denunciantes. El Comité reitera el criterio expresado en el caso 900, que se extracta a continuación:³¹⁶

En caso de disolución de una organización, sus bienes deberían ser distribuidos en definitiva entre los miembros de la organización desaparecida o transferidos a la organización sucesiva, entendiéndose por esta, “la organización u organizaciones que persiguen los fines para

³¹⁴ La Fuerza Nacional del Trabajo denuncia que el Ayuntamiento de Madrid utilizó una parte de la Policía Municipal, vehículos oficiales, cámaras, etc. para el seguimiento de sus representantes sindicales y la elaboración de ficheros reservados de datos. Respecto a los ficheros reservados con datos de actividades de representantes sindicales, el Comité no se pronunció dado que se trata de actividades sindicales en la Policía Municipal y que el artículo 9.1 del Convenio número 87 de la OIT reserva a la apreciación de los Estados la aplicación del mismo para las Fuerzas Armadas y la Policía. El resto de las alegaciones son rechazadas puesto que la FNT realiza unas manifestaciones genéricas en un periodo muy amplio, de 1982 a 1989 y sin ampliar información, pese a que así se les requirió. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1536, de 22 de mayo de 1990. Informe definitivo número 278. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901991

³¹⁵ La Federación Nacional de Autoescuelas (FENAE) interpone su queja en la que se denunciaba que la Dirección General de Tráfico del Ministerio del Interior ha venido desarrollando una actuación encaminada a crear una organización federativa paralela bajo el control de la Administración para dividir a los empresarios del sector. El Comité entiende que no ha habido injerencia, sin embargo, señala que, en el marco de la celebración del Congreso, las autoridades invitaron a organizaciones sindicales y a asociaciones provinciales empresariales afiliadas a FENAE, pero no a la propia FENAE, a pesar de que el Gobierno ha declarado que no ignora su representatividad. El Comité expresa la esperanza de que las relaciones entre la Dirección General de Tráfico y FENAE podrán desenvolverse en el futuro en un clima de colaboración y confianza mutua. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1362, de 6 de febrero de 1986. Informe definitivo número 254. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901498

³¹⁶ La CNT señala que algunas disposiciones de la ley 4/1986 sobre cesión de bienes del Patrimonio Sindical Acumulado vulneran los principios de libertad sindical. El Comité considera que dicha Ley se remite y aplica criterios de la LOLS y, en este sentido, considera que las disposiciones de la mencionada ley no son objetables desde el punto de vista de los principios de la libertad sindical. Asimismo, entiende que los criterios seguidos para la asignación del patrimonio histórico son conformes con lo ya dicho por el Comité en el caso 900. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1366, de 21 de marzo de 1986. Informe definitivo número 246. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901502

los que se hubieran constituido los sindicatos disueltos y lo hacen con el mismo espíritu”. (véase 196. Informe, caso número 900 (España), párrafo 258) (párrafo 124).

En otro supuesto sobre patrimonio sindical acumulado reconocido judicialmente al sindicato denunciante, se produce un retraso por el Gobierno en cumplir con dicho derecho. El Comité de Libertad Sindical lamenta esta situación y, en consecuencia, solicita al Gobierno que repare al sindicato a la mayor brevedad posible.³¹⁷

Sobre la intromisión de la ley de presupuestos modificando lo pactado en convenio colectivo, el Comité estima este hecho como contrario a la libertad sindical y entiende que estos recortes se deben asentar en el diálogo y no en la coacción.³¹⁸ Ante la congelación de la subida salarial de los funcionarios de forma unilateral por el Gobierno de España, el Comité lamenta esta decisión considerando que se vulnera el derecho a la negociación colectiva y pide su corrección en el futuro.³¹⁹ Más adelante, se produce un caso parecido donde se ha modificado la normativa de función pública sin consulta y se

³¹⁷ La Confederación de Cuadros (CC) presenta su queja sobre la cesión del patrimonio sindical acumulado. El Comité constata que los tribunales internos han reconocido que el sindicato actor tiene el derecho a beneficiarse de la cesión de bienes y del patrimonio sindical acumulado. Se toma nota de las explicaciones del Gobierno del retraso en cumplir con la petición de la Confederación de Cuadros sobre la cesión de bienes, esperando el Comité que esto se produzca cuanto antes y pidiendo al Gobierno que cumpla en tal sentido. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1602, de 10 de septiembre de 1991. Informe número 283. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2902268

³¹⁸ La Federación Estatal de Banca, Ahorro, Seguros y Oficinas de la UGT el 1 de abril de 1986 denunció la violación del artículo 4 del Convenio 98 de la OIT. Señala en su escrito que la ley 50/84 sobre presupuestos afectaba a lo regulado en el convenio colectivo incidiendo en las pensiones de los trabajadores afectados y, por tanto, no debería aplicarse a un colectivo de trabajadores que no son funcionarios, vulnerando el derecho a la libertad sindical y el derecho de libre negociación colectiva. El Comité señala que los límites establecidos a las pensiones de jubilación del sector público y, en particular, al personal del Banco Exterior de España atentaban contra los derechos de pensión de estos trabajadores. Se observa también que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de estas leyes en relación con los convenios colectivos en vigor. El Comité entiende que los gobiernos deben optar por la persuasión en lugar de la coacción solicitando al Gobierno que reexamine las disposiciones legales aplicables al asunto y se esfuerce en asegurar que los asuntos relativos a la fijación de las pensiones de jubilación de los trabajadores se resolverán mediante el sistema de la negociación directa entre las partes. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1375, de 1 de abril de 1986. Informe definitivo número 251. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901518

³¹⁹ La Federación Estatal de Trabajadores de la Enseñanza de UGT y las Federaciones del Área Pública de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras denuncian que el Gobierno unilateralmente adoptó la decisión de no incrementar la retribución de los empleados públicos para el ejercicio de 1997 aplicando las cuantías de 1996, produciéndose la vulneración de su derecho a la negociación colectiva. El Comité lamenta que no se haya concedido ningún incremento en las retribuciones de los empleados públicos para 1997, ni siquiera para los que tienen remuneraciones más bajas, y alude a la negociación colectiva para regular las condiciones de empleo de los empleados públicos. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1919, de 31 de enero de 1997. Informe definitivo número 308. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2904248

ha congelado el sueldo a funcionarios. De nuevo, el Comité insiste en que se debe privilegiar el derecho a la negociación colectiva.³²⁰

Un supuesto distinto a lo anteriormente visto es el accidente del buque Casón en el que murieron veinticinco marineros. Los trabajadores abandonaron su puesto de trabajo ante una situación de pánico y se despidió a los veintitrés representantes del Comité de Empresa. Habiéndose comprobado que el despido se declaró nulo, aunque no por la vulneración del derecho a la libertad sindical, el Comité archivó el caso sin mayores consideraciones.³²¹

El Comité también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las modificaciones colectivas en una reclamación de 1988, negando que se vulnera la libertad sindical puesto que hubo un acuerdo de la empresa con los trabajadores.³²²

Otro supuesto del que tuvo ocasión de pronunciarse el Comité de Libertad Sindical es la intromisión del delegado de Gobierno ante un acuerdo laboral alcanzado en un Ayuntamiento. El Comité rechazó la denuncia puesto que el caso se resolvió ante la

³²⁰ CSIF denuncia que el Gobierno ha modificado de forma unilateral la ley 30/84 de medidas para la reforma de la función pública. En este asunto, el Comité constata que el Gobierno no ha negociado con los sindicatos y que los salarios se encuentran congelados desde hace mucho tiempo a la espera de que resuelva el Tribunal Supremo. El Comité pide al Gobierno que tome medidas para que vuelva a privilegiarse la negociación colectiva en el sector público, pidiendo que reestablezca la negociación lo antes posible. Comité de Libertad Sindical. Caso número 2123, de 19 de marzo de 2001. Informe número 329. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2906201

³²¹ El asunto nace en la denuncia de la Federación Mundial de Trabajadores de la Industria, y las secciones sindicales de la Intersindical Nacional de Trabajadores Gallegos, de Comisiones Obreras, de la Unión General de Trabajadores y de la Unión Sindical Obrera. Se relataba que, a raíz del accidente del buque Casón en el que murieron veinticinco marineros, se produjo una situación de pánico en las costas de Galicia, pues aparecieron los bidones con sustancias radiactivas en la fábrica Alumina-Aluminio de San Ciprián (Lugo) por lo que los trabajadores abandonaron sus puestos de trabajo debido a la situación de susto por la que transitaron. La reacción empresarial fue el acometimiento de despidos, entre ellos los veintitrés miembros del Comité de empresa. El Comité considera que, basándose en la sentencia de la Magistratura de Trabajo de Lugo, el despido de los miembros del Comité de Empresa no atenta contra la libertad sindical. También muestra el interés de que la Magistratura haya anulado el despido de los ciento once trabajadores, habiéndose reintegrado en sus puestos de trabajo. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1433, de 9 de febrero de 1988. Informe definitivo número 259. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901663

³²² Interpone la denuncia la Federación Estatal de Banca, Ahorro, Seguros y Oficinas (FEBASO) sobre la propuesta horaria en el Banco de Vizcaya que permite la jornada partida de forma masiva cuando el Convenio colectivo de banca lo prevé como excepcional. *A posteriori* entró en vigor el Convenio Colectivo de la banca privada que recogía una nueva regulación del horario y que el Banco Vizcaya, a continuación, volvió a hacer una “oferta” que no respetaba la regulación convencional. El Comité entiende que no existe vulneración del derecho a la libertad sindical puesto que en el presente caso la relación entre los contratos individuales y el contrato colectivo parece haber sido objeto de un acuerdo entre las partes y, por consiguiente, el Comité estima que este caso no requiere un examen más detenido. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1472, de 23 de septiembre de 1988. Informe definitivo número 268. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901765

autoridad judicial, y la legislación sobre funcionarios en España respeta el derecho a la negociación colectiva.³²³

A continuación, se encuentran asuntos que vienen a cuestionar la regulación contenida en una ley, como es el caso de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y la regulación sobre las elecciones sindicales cuyo modelo vino a generar discrepancias en las organizaciones sindicales minoritarias, así como las prerrogativas de la condición de más representatividad que ya se ha planteado anteriormente. El Comité rechaza la denuncia considerando la normativa española conforme con la internacional y, en cualquier caso, para discrepancias concretas existe el control por parte de la autoridad judicial.³²⁴

El mismo sindicato viene a cuestionar un acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y los sindicatos más representativos para modificar algunos aspectos del sistema de elecciones sindicales. Se cuestionaba el derecho de estos sindicatos a promover elecciones y la designación de árbitros en las elecciones sindicales, entre otras cuestiones. El Comité mantiene su criterio expresado en casos anteriores, apoyándose en los criterios de la Comisión de Expertos, entendiendo que los derechos añadidos a los sindicatos más representativos han de ser objetivos y limitados. No obstante, el sistema de designación de los árbitros le ofrece más dudas y llamaría a reformarlo en el futuro.³²⁵

³²³ La Ejecutiva Federal de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (EFSP-UGT) denuncia que, junto a CCOO, firmaron un acuerdo con el Ayuntamiento de Alzira sobre condiciones de trabajo para los años 1990 a 1992. El delegado de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Valencia declaró ilegal el acuerdo. El Comité entiende que la Delegación de Gobierno sugirió la anulación sin que el Ayuntamiento atendiera dicho criterio y se presentó recurso judicial. El CLS solicita que no prosiga el caso puesto que la legislación sobre funcionarios es conforme con los convenios ratificados por España en materia de negociación colectiva. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1561, de 20 de noviembre de 1990. Informe definitivo número 299. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2902092

³²⁴ La USO cuestiona la regulación de la LOLS de la que se derivan importantes consecuencias para el ejercicio de la libertad sindical: participación institucional, cesión de bienes del denominado “patrimonio sindical acumulado”, negociación colectiva, etc. Igualmente, cuestiona el sistema de representatividad y pone en duda determinados mecanismos del sistema electoral. La USO discute la composición de la Comisión Nacional y las Comisiones Provinciales de elecciones sindicales. El Comité toma nota de que el Gobierno, tras la aprobación del Real Decreto 953/1990, abandonó la composición de tales órganos con el criterio de “mayor representatividad” por el de “proporcionalidad pura”, teniendo la USO un representante en la Comisión Nacional de Elecciones Sindicales. El Comité concluye que el sistema actual de control de las elecciones sindicales se amolda a los principios de libertad sindical y ofrece a las organizaciones sindicales que se sientan perjudicadas la posibilidad de una tutela judicial efectiva, susceptible de reparar cualquier tipo de irregularidad o abuso. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1613, de 18 de diciembre de 1991. Informe definitivo número 283. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2902290

³²⁵ La USO denuncia el acuerdo de CCOO y UGT con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para modificar la normativa electoral sindical. El Comité, amparándose en los criterios asentados por la Comisión de Expertos sobre los privilegios y ventajas a favor de los sindicatos representativos, pone el acento en la existencia de criterios objetivos; y las ventajas deberían limitarse de manera general al reconocimiento de ciertos derechos preferenciales en lo que se refiere a cuestiones tales como la

Igualmente, sobre la denuncia de otro sindicato en cuanto al criterio de que la representatividad del 15% establecida por ley es discriminatoria, el Comité lo descarta de nuevo al considerar que nuestra regulación es objetiva y conforme con la normativa internacional.³²⁶

El derecho a la libertad sindical de la Policía autonómica también se discute ante el Comité de Libertad Sindical. En este caso, el sindicato policial denunciaba que la ley autonómica no cumplía con los derechos de representación y de participación en la negociación colectiva. El Comité de Libertad Sindical entiende que la regulación no vulnera el derecho a la libertad sindical.³²⁷

Existen otros aspectos concretos sobre el derecho a la libertad sindical que han sido tratados ante el Comité de Libertad Sindical. Así se discute el derecho de una sección

negociación colectiva, la consulta por las autoridades o la designación de delegados ante organismos internacionales. El Comité considera, respecto al caso, que el derecho a promover elecciones y acceder a los registros a aquellos sindicatos que cuenten con el 10% de representantes en la empresa y en la administración, es conforme con el Convenio 87 de la OIT. Más dudas le ofrece el sistema de designación de árbitros reservado a un acuerdo unánime de los sindicatos más representativos y los que tengan más del 10% de representatividad, ya que puede plantear problemas de confianza cuando sea un sindicato de menor representatividad el que impugne las elecciones. No obstante, el Comité no cuestiona el sistema puesto que los árbitros serán nombrados con arreglo a los principios de neutralidad y profesionalidad, y garantiza el derecho de recurrir judicialmente contra el laudo arbitral. El Comité entiende que, aunque sería conveniente revisar en el futuro el sistema de designación de árbitros, este aspecto del caso no requiere un examen más detenido, a falta de alegatos concretos sobre árbitros que hayan actuado con parcialidad. Comité de Libertad Sindical. Caso número 1798, de 21 de septiembre de 1994. Informe definitivo número 297. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2903283

³²⁶ La Unión de Uniones de Agricultores y Ganaderos (UUAG) manifiesta que se le discrimina a la hora de reconocer la condición de representativo en el sector. El Comité reitera su criterio respecto a la conformidad de la condición de más representativos con la normativa internacional, tal y como establece el párrafo 5 del artículo 3 de la Constitución de la OIT. Sin embargo, tal distinción no debería implicar la privación de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto por el Convenio número 87 de la OIT. El Comité observa que la ley 10/2009 establece criterios objetivos para formar parte al Comité Asesor Agrario en atención a la audiencia electoral obtenida, la renovación del órgano cada cinco años y la posibilidad que tiene la organización para interponer un recurso de amparo constitucional. Comité de Libertad Sindical. Caso número 2759, de 19 de enero de 2010. Informe definitivo número 358. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2912254

³²⁷ El Sindicato de la Policía Vasca (Ertzainen Nazional Elkartasuna) (ERNE) denuncia que, siete años después de aprobada la ley de policía del país, no se cumple el capítulo VIII de dicha ley en lo que se refiere a los mecanismos y derechos para la representación y participación de las condiciones de trabajo. El Comité, tras el estudio del caso, estima que el sistema que recoge la normativa de aplicación sobre la medición de la representatividad en función de la afiliación es conforme con los Convenios números 87 y 98 de la OIT. Igualmente, el Comité entiende que el modelo vasco garantiza la confidencialidad de los datos personales por razones de afiliación. El CLS concluye señalando al Consejo que le traslade al Gobierno Vasco la conveniencia del diálogo también con las organizaciones sindicales minoritarias para instrumentar prácticas consensuadas en el seno del Consejo de Relaciones Laborales. Comité de Libertad Sindical. Caso número 2040, de 26 de julio de 1999. Informe definitivo número 320. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2905371

sindical a participar con voz, pero sin voto, ante un órgano de seguridad y salud en el seno de la empresa en concreto y que, al haberse denegado tal derecho, el sindicato denunciante entiende que se vulnera su derecho a la libertad sindical. El Comité no accede a lo denunciado puesto que entiende que la regulación española depende de los resultados de las elecciones sindicales, por lo que no se vulnera la norma internacional.³²⁸

La Ley de Extranjería va a ocupar un lugar importante en el debate interno en los primeros años del siglo XXI. En cuanto al CLS, se le plantea una cuestión suscitada en torno al derecho de libertad sindical de los extranjeros en España, que dependía de su situación administrativa de residencia legal en España. El Comité recoge que esta regulación interna es contraria al artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, ya que este no hace distinción para el ejercicio de la libertad sindical, salvo lo dispuesto para las Fuerzas Armadas y Policía.³²⁹

La suspensión de contratos de carácter colectivo también ha sido estudiada por el Comité. En este caso, se denunciaba que la inclusión de los representantes sindicales suponía la vulneración del derecho a la libertad sindical, lo que es rechazado por el Comité al considerar que no hay indicios de discriminación y, desde luego, no hay un derecho absoluto de los representantes a la hora de no sufrir estas medidas colectivas.³³⁰

³²⁸ CNT denuncia la negativa del presidente del comité de seguridad y salud de Iberia LAE y de la empresa Recoletos Compañía Editorial SA de aceptar un delegado con voz, pero sin voto, de la sección sindical a las reuniones de dicho comité. Se constata que todas las autoridades judiciales españolas han negado dicho derecho. El Comité de Libertad Sindical manifiesta que el sistema español determina los delegados sindicales en el comité de seguridad en función de la representatividad de las secciones sindicales que proviene de los resultados electorales. Por ello, el criterio del CLS es que la exclusión de la CNT no es contraria al artículo 5 del Convenio número 135 de la OIT. Comité de Libertad Sindical. Caso número 2064, de 6 de agosto de 1999. Informe definitivo número 321. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2905609

³²⁹ UGT denuncia que, con la entrada en vigor de la Ley de Extranjería, se imponen graves restricciones a los derechos básicos a nivel sindical incluido el derecho de libertad sindical. Según el Comité, el debate gira en torno al concepto de trabajadores del artículo 2 del Convenio 87 de la OIT recordando que dicho artículo reconoce el derecho de los trabajadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, a afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes, siendo la única excepción lo que se disponga respecto a las Fuerzas Armadas y a la Policía. Por tanto, a juicio del Comité, todos los trabajadores, salvo los contemplados en esta única excepción, están amparados por el Convenio número 87 de la OIT, pidiendo al Gobierno que tenga en cuenta lo dicho en el artículo 2 del Convenio. Comité de Libertad Sindical. Caso número 2121, de 23 de marzo de 2001. Informe definitivo número 327. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2906196

³³⁰ UGT alega el incumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales en el procedimiento administrativo de regulación de empleo por razones económicas en la empresa Metallbérica S.A., que afecta a la suspensión temporal de veintiocho contratos de trabajo, que alcanzaron a cinco ex representantes sindicales, así como al procedimiento incoado por la empresa el 12 de julio de 2002 para una nueva regulación de empleo con el objeto de conseguir nuevas suspensiones e incluir nuevamente a dos de esos cinco ex representantes sindicales. El Comité, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y, en particular, el criterio de las rotaciones en la suspensión de los contratos de trabajo entiende que no existen elementos suficientes para determinar que la suspensión de los contratos obedece a una discriminación por motivos

El siguiente caso tiene que ver con el recurso al arbitraje para modificar lo pactado en convenio colectivo de los controladores aéreos. Para el Comité tiene un decisivo peso que estamos ante un servicio esencial y, con una situación de bloqueo, el arbitraje es legítimo, estando justificada la intervención y rechazando, en definitiva, que se haya vulnerado el derecho a la libertad sindical.³³¹

Las siguientes cuestiones se ciñen a las medidas tomadas a raíz de la crisis financiera de 2008. La primera cuestión que se somete al CLS respecto de las medidas de austeridad tiene que ver con el Real Decreto-ley 8/2010 donde se suspende un acuerdo colectivo para la Administración Pública, congelándose el aumento de las retribuciones.³³² El Comité estima que en estos supuestos se debe privilegiar el diálogo y la negociación colectiva, y en caso de que el Gobierno se vea obligado a imponer la medida de forma urgente debe ser de forma excepcional, respetando un nivel de vida digno para los trabajadores y restableciendo la negociación colectiva lo antes posible.

sindicales. Comité de Libertad Sindical. Caso número 2210, de 6 de junio de 2002. Informe definitivo número 330. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2907187

³³¹ USCA alega la modificación de sus condiciones laborales por las autoridades de ciertas cláusulas de un convenio colectivo libremente pactado entre el sindicato querellante y el empleador (AENA). El Comité recuerda la importancia de la negociación libre y voluntaria y la intervención de los órganos del Estado para modificar los convenios libremente adoptados. Sin embargo, el Comité constata que el control del tráfico aéreo es un servicio esencial y que no es incompatible con los principios de negociación colectiva cierta intervención de las autoridades. El Comité ha considerado que el recurso al arbitraje obligatorio es admisible si las partes no llegan a un acuerdo en la negociación colectiva cuando estamos ante un servicio esencial como lo es el tráfico aéreo. El Comité entiende justificada la intervención de las autoridades cuando la negociación estaba bloqueada. Por todo ello, y tras constatar que las partes han designado un árbitro para solucionar sus diferencias y que dicho árbitro ha incluido el laudo con el texto del II Convenio colectivo, resuelve que no ha existido vulneración del derecho a la libertad sindical. Comité de Libertad Sindical. Caso número 2785, de 3 de junio de 2010. Informe definitivo número 362. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2912381

³³² La Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras denuncia que el Real Decreto-ley 8/2010 suspende un acuerdo colectivo en el conjunto de las Administraciones Públicas en lo que respecta a los aumentos de las remuneraciones, vulnerando el derecho a la libertad sindical. El Comité manifiesta la complejidad del asunto teniendo en cuenta las medidas tomadas por el Gobierno de España derivadas de la adhesión a la moneda única del espacio europeo en un contexto de crisis económica. El Comité señala que en contextos de crisis hay que evitar suspender el diálogo en el marco de la negociación colectiva. Por ello su criterio consiste en que, si en virtud de una política de estabilización, un gobierno considerara que las tasas de salarios no pueden fijarse libremente por negociación colectiva, tal restricción debería aplicarse como medida de excepción, limitarse a lo necesario, no exceder de un período razonable e ir acompañada de garantías adecuadas para proteger el nivel de vida de los trabajadores. Por eso, el Comité invita al Gobierno a que en el futuro considere en el marco del diálogo social los principios mencionados. Comité de Libertad Sindical. Caso número 2918, de 17 de noviembre de 2011. Informe definitivo número 368. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3128154

De nuevo ante la normativa de recortes sociales aprobada por el Gobierno, se interpone una queja ante la no entrada en vigor de un acuerdo para el empleo y negociación colectiva firmado entre patronal y sindicatos, y que se deja sin efecto por el Real Decreto-ley 20/2012³³³, vulnerando el derecho a la libertad sindical.³³⁴ El Comité es muy consciente de la situación de crisis económica y la necesidad de actuación de urgencia por el Gobierno de España en relación con el Real Decreto-ley 20/2012. Sin embargo, muestra su preocupación por dicha norma que suspendió directamente los acuerdos colectivos, lo que plantea problemas en relación con los principios de la libertad sindical y de la negociación colectiva derivada de los convenios de la OIT, reiterando el principio de no intervención de los órganos del Estado para no modificar el contenido de los convenios colectivos libremente concertados. Subraya la importancia de que, si el Gobierno quiere suspender un acuerdo colectivo, es necesario convencer a los firmantes.

El Comité considera esencial que el Gobierno informe sobre el impacto de estas medidas en la situación general y de sus esfuerzos para que sea una situación temporal. En consecuencia, el Comité entiende como crucial que el Gobierno respete los principios sobre la consulta con la suficiente antelación con las organizaciones de trabajadores y empleadores. En relación con la ley 3/2012 y el Real Decreto-ley 20/2012, resalta la importancia de que las reglas esenciales del sistema de relaciones laborales y de la negociación colectiva sean compartidas en la mayor medida posible por las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas e invita, por tanto, al Gobierno a que promueva el diálogo social para conseguir este objetivo desde la perspectiva de los principios de la libertad sindical y de la negociación colectiva derivados de los convenios de la OIT sobre estas materias. Así mismo, pide al Gobierno que le informe de las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que puedan suceder sobre dichas normas. Tras informar el Gobierno y, al constatar que varias

³³³ Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. *Boletín Oficial del Estado*, número 168, de 14 de julio de 2012, pp. 50428-50518.

³³⁴ Los sindicatos Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO), la Confederación Sindical Unión General de Trabajadores (UGT), la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), la Unión Sindical Obrera (USO) y numerosas organizaciones sindicales nacionales denuncian la vulneración del derecho de libertad sindical y de negociación colectiva reconocido y garantizado en los Convenios 87, 98 y 154 de la OIT. En tal sentido, señalan que se firmó el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva con la CEOE y CEPYME y que el citado Real Decreto-ley deja puntos de lo firmado sin efecto. Igualmente, se amplía la denuncia sobre el Real Decreto-ley 20/2012. Comité de Libertad Sindical. Caso número 2947, de 10 de mayo de 2012. Informe número 371. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3171944

cuestiones del caso están siendo examinadas por la CEACR, el Comité decide no hacer más determinaciones sobre el caso. El Comité, pese a su tradición de moderación que muestra en sus recomendaciones finales, tiene consideraciones más contundentes a lo largo del informe (Guamán, 2014), tal y como se ha expuesto.

El siguiente asunto versa sobre la regulación penal que da la cobertura al procesamiento de un número abultado de sindicalistas.³³⁵ Para los sindicatos, la regulación del artículo 315.3 del Código Penal (CP) sirve para la persecución del derecho a huelga. Tras oír las alegaciones del Gobierno abogando que la regulación da seguridad jurídica y protege el derecho a huelga, el Comité reflexiona, en primer lugar, respecto al artículo 315.3 del CP, la importancia de que las disposiciones penales aplicables a los conflictos colectivos de trabajo revistan la suficiente precisión en la tipificación de las conductas ilícitas con la forma de conseguir la seguridad jurídica necesaria para la estabilidad de las relaciones colectivas de trabajo. El Comité, después de examinar la versión revisada del precepto penal, entiende que, a pesar de ser aplicable exclusivamente en caso de huelga y con la excepción de una mención al carácter coordinado del acto ilícito, sigue sin contener elementos de definición de los comportamientos constitutivos de una coacción en dicho contexto. En consecuencia, el Comité pide al Gobierno que solicite a la autoridad competente que estudie el examen del impacto de la reforma de 2015 respecto al artículo 315.3 del Código Penal. En otro orden de cosas, el Comité recuerda el principio de que no deberían imponerse sanciones penales por actos de huelga, salvo en los casos que no se respeten las prohibiciones relativas a la huelga que estén en conformidad con los principios de la libertad sindical. Asimismo, entiende el Comité que cualquier sanción impuesta por actividades ilegítimas relacionadas con huelgas debería ser proporcional al delito o falta cometida, y las autoridades deberían excluir el recurso a medidas de encarcelamiento contra quienes organizan o participan en una huelga pacífica.

Respecto a los abundantes casos de criminalización de sindicalistas por la vía penal, el Comité entiende que los principios de la libertad sindical no protegen extralimitaciones en el ejercicio del derecho de huelga que consistan en acciones de carácter delictivo y confía en que se tome plenamente en consideración que el recurso frecuente a

³³⁵ La Confederación Sindical de la Unión General de Trabajadores (UGT) y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) alegan que ciertas disposiciones de la legislación penal española, así como su utilización por las autoridades públicas, conducen a una represión penal excesiva que vulnera el derecho de huelga. Se viene a denunciar de esta forma el artículo 315.3 del CP. Comité de Libertad Sindical. Caso número 3093, de 25 de julio de 2014. Informe número 380. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3302020

procedimientos penales en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo no contribuye al mantenimiento de un sistema de relaciones laborales estable y armonioso.

Por otro lado, el Comité expone su criterio consistente en que, en la imputación de un delito únicamente basado en la responsabilidad sindical de la persona, podría configurar una situación de discriminación antisindical, subrayando que la imputación penal de cualquier trabajador, sea o no representante sindical, por un hecho ilícito cometido durante una huelga, debería basarse en elementos concretos que apunten a la participación de dicha persona en el hecho denunciado. Resalta también el Comité que la importancia del respeto de las garantías procesales no es incompatible con un proceso equitativo rápido y que, por el contrario, un excesivo retraso puede tener un efecto intimidatorio en los dirigentes concernidos que repercuta en el ejercicio de sus actividades. Confía por ello en que los procesos abiertos contra los sindicalistas se resuelvan lo más pronto posible. El Comité subraya que a la señora Bajo y al señor Cano se les interpuso la pena de prisión de tres años y un día y, no estando constatada la existencia de actos violentos por ellos, pide al Gobierno los motivos de tan elevadas penas. Este caso de momento no ha sido cerrado, encontrándose actualmente en seguimiento por el Comité de Libertad Sindical.

Hasta aquí llega el examen de los asuntos presentados ante el Comité de Libertad Sindical por los agentes sociales, con papel protagónico de las organizaciones sindicales, en relación con el marco laboral en nuestro país. Como se ha podido comprobar, se trata de un detallado compendio sobre el estado de la legislación laboral interna desde la óptica del Derecho Internacional del Trabajo y que se complementa con el trabajo de los otros órganos de control de la OIT ya estudiados.

3.5. El Consejo de Europa

El Consejo de Europa es una organización internacional de ámbito regional que se crea el 5 de mayo de 1949 con el fin de promover los Derechos Humanos, el Estado de Derecho y la democracia. España se incorporó a dicha organización el 24 de noviembre de 1977.

Las dos normas fundamentales en este ámbito son, en primer lugar, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tratado fundamental del Consejo de Europa y su interpretación, que emana de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por otro lado, analizaremos la Carta Social Europea y su órgano de control, el Comité Europeo de Derechos Sociales. La diferenciación en dos textos evidencia que los derechos sociales se sitúan en un plano de inferioridad respecto a los derechos civiles y

políticos; no obstante, esto no se sostiene a raíz de las medidas de austeridad aplicadas que han ensalzando los derechos sociales y del trabajo en general (Guamán y Noguera, 2014).

Antes de entrar en el estudio concreto de los textos del ámbito europeo y del interamericano que después se tratará, debemos especificar simplemente otros textos que existen en otras regiones y que tienen un enfoque similar a los que vamos a estudiar, pero que, al ser en gran medida ajenos al objeto del estudio, no procede extenderse por tal motivo.

En primer lugar, la Liga Árabe, integrada actualmente por veintidós países, elaboró un Convenio árabe sobre la reglamentación del trabajo que prevé que no afectará a los tratados y convenios internacionales si fueren más ventajosos para los beneficiarios (Valticos, 1977).

En el marco de la Unión Económica Euroasiática, formada hasta la fecha por Rusia, Bielorrusia, Armenia, Kazajistán y Kirguistán, se recoge en su Tratado la libre circulación de los trabajadores en dicho espacio, siguiendo el modelo del mercado común que proviene de la Comunidad de Estados Independientes con el Tratado de la Integración Incrementada en los Dominios Económicos y Humanitarios que se firmó en 1996, aunque la formación de dicha Unión entra en vigor con fecha 1 de enero de 2015 en virtud del Tratado firmado por Bielorrusia, Kazajistán y Rusia.³³⁶

Por último, el Consejo Nórdico integrado por Dinamarca, Noruega, Suecia, Islandia y Finlandia instituyó un convenio que creaba un mercado de trabajo común³³⁷ que garantizaba unas condiciones de trabajo recíprocas para los trabajadores de dichos países, actualizado en 1982.

3.5.1. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos fue redactado en 1950. Estamos ante un convenio genérico sobre DDHH y libertades civiles y políticas, no estando en la centralidad de su contenido los derechos laborales. Sin embargo, ha

³³⁶ Tratado de la Unión Euroasiática Económica, de 29 de mayo de 2014. Recuperado de <https://docs.eaunion.org/en-us/Pages/DisplayDocument.aspx?s=bef9c798-3978-42f3-9ef2-d0fb3d53b75f&w=632c7868-4ee2-4b21-bc64-1995328e6ef3&l=540294ae-c3c9-4511-9bf8-aaf5d6e0d169&EntityID=3610>

³³⁷ Acuerdo sobre un mercado laboral nórdico común de 6 de marzo de 1982. Recuperado de <https://www.norden.org/en/treaties-and-agreements/agreement-concerning-common-nordic-labour-market>

tenido importancia para la protección de los derechos genéricos como la intimidad o la libertad de expresión en el mundo laboral (Alfonso, 2015).

En cualquier caso, el artículo 11 del Convenio establece el derecho de las personas a la libertad de asociación, así como el derecho a fundar sindicatos con otros y de afiliarse. Por lo tanto, estamos ante una redacción que ha dado pie al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a pronunciarse sobre asuntos laborales que se refieren a dicho derecho.

La constitución de este Tribunal emana del artículo 19 y siguientes del CEDH. Su finalidad era lograr el respeto de los compromisos adquiridos por las Altas Partes Contratantes del Convenio.

El Tribunal de Estrasburgo es un órgano que tiene consideración jurisdiccional y con una mayor efectividad en sus decisiones a los órganos analizados hasta el momento. En las relaciones entre el TEDH y el CEDS, los dos órganos de control del Consejo de Europa han evolucionado a una voluntad jurisdiccional de enriquecimiento mutuo, partiendo el CEDS de una visión más protectora de la libertad sindical en su faceta negativa, en cuanto a las cláusulas de monopolio sindical previas a la contratación, que ha sido recepcionado por el TEDH (Jimena, 2014, b).

De las técnicas utilizadas por el TEDH para el reconocimiento de los derechos sociales, destacamos la ampliación del contenido de algunos derechos de corte liberal a una dimensión prestacional que genera obligaciones positivas para con los Estados (Pérez Alberdi, 2011).

El modelo de tutela que marca el CEDH ha influido en la postura del TEDH; así partía de una reticencia a incluir la acción sindical en el derecho a la libertad, posición abandonada hace unos años. Igualmente, completando la explicación, la falta de consagración expresa de los derechos que integran la acción sindical en el texto del Convenio ha justificado que durante años hayan recibido una tutela indirecta cuya sujeción no deriva del derecho a la libertad sindical sino en la cláusula antidiscriminatoria genérica que reconoce el artículo 14 del CEDH (Carrizosa, 2015). El motivo de esta postura clásica de no intervenir en los contenidos de la libertad sindical deriva de la existencia de la Carta Social Europea y su órgano de control, el Comité Europeo de Derechos Sociales (Llobera, 2017).

Sin embargo, como se indicaba, el Tribunal está teniendo una interesante evolución en los últimos años integrando derechos que antes no se habían interpretado conforme al

Convenio, siendo el caso Demir y Baykara³³⁸ un punto de inflexión respecto a la libertad sindical que se estudia más adelante.

El TEDH ha manejado diversos criterios jurisprudenciales sobre derechos sociales acudiendo al principio de indivisibilidad, al principio de no discriminación y al de conexión de derechos o la vía indirecta de protección. Más recientemente, el principio de indivisibilidad ha ido a la baja por la subordinación de los derechos sociales por las cargas financieras, pero, por el contrario, parece que se asienta una interpretación jurisprudencial basada en la sinergia de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esta última interpretación ha favorecido que al derecho a la libertad sindical y negociación colectiva se le incorpore el derecho de huelga (Jimena, 2014, b).

Es menester, por la importancia que asigna esta tesis al control de convencionalidad y al diálogo entre órganos, distinguir una serie de resoluciones del TEDH que, aun versando sobre otros Estados, deben ser estudiadas por su afectación con la libertad sindical y, por otro lado, aquellas resoluciones que directamente afectan a España.

a) *Resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre libertad sindical*

La jurisprudencia del TEDH parte de una visión clásica del CEDH, situando el derecho a la libertad sindical desde un contenido meramente formal. Así, en 1975 se trata un asunto donde un sindicato achacaba la bajada de afiliación por la política de consulta sindical. El TEDH considera que el artículo 11.1 CEDH tiene un contenido formal del derecho de libertad de asociación y, por lo tanto, no garantiza un trato concreto por parte de los Estados en la negociación colectiva.³³⁹ En un sentido parecido se sucede otro litigio en el que el TEDH se pronuncia sobre el artículo 11.1 CEDH, considerando que dicho artículo no reconoce un modelo concreto de la negociación colectiva; además, señala al recurrente que las cuestiones de derecho social se dirimen fundamentalmente en la Carta

³³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Demir y Baykara contra Turquía. Sentencia de 12 de noviembre de 2008. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2008\350504].

³³⁹ El sindicato de la Policía Belga denuncia una bajada del 20% de afiliación por la política de consulta sindical que es objeto de la demanda. El Tribunal advierte de que el artículo 11.1 del CEDH presenta la libertad sindical como una forma o aspecto específico de la libertad de asociación; que no garantiza ni a los sindicatos, ni a sus miembros un trato específico por parte del Estado y, en concreto, el derecho a ser consultados por este. Acude además a la Carta Social Europea, cuyo artículo 6.1 obliga a los Estados a favorecer la consulta paritaria entre trabajadores y patronos, lo que no significa un verdadero derecho de consulta, entendiéndose que en ningún caso deriva del artículo 11.1 del CEDH. El Tribunal concluye declarando por unanimidad que no se ha vulnerado dicho artículo, pero sí hay votos particulares respecto a la discriminación en relación con los artículos 11 y el 14 del texto. Como vemos, esta primera sentencia ilustra la visión clásica del contenido positivo y negativo del derecho desde un punto de vista formal, no adentrándose en otros elementos que acompañan al derecho a la libertad sindical, como es la negociación colectiva. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Sindicato Nacional de la Policía Belga contra Bélgica. Sentencia de 27 de octubre de 1975. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 1975\2].

Social Europea, cuyos mecanismos de control corresponden al Comité Europeo de Derechos Sociales.³⁴⁰

Por lo tanto, se mantiene la postura del TEDH de un conocimiento del derecho a la libertad sindical desde un plano formal. Otra constante que se observa en ese momento es que, al mismo tiempo que se tiene en cuenta el contenido de la Carta Social Europea, muestra una cierta reticencia a abordar el asunto desde la óptica del CEDH cuando reitera que las cuestiones sindicales se tratan bajo el marco de la Carta Social Europea.

De conformidad con el espíritu ya apuntado, se suscita un caso en el que unos afiliados a un sindicato consideran que se ha vulnerado su derecho a la libertad sindical por denegárseles su derecho a la retroactividad a unos beneficios porque su organización era convocante de una serie de huelgas. De nuevo, el TEDH sostiene que el artículo 11.1 del CEDH no garantiza un tratamiento concreto para los afiliados de un sindicato en cuanto a lo que se reclama, y que dicho planteamiento tampoco se encuentra en la Carta Social Europea. En base al razonamiento anterior, el Tribunal rechaza que se haya vulnerado el derecho a la libertad sindical.³⁴¹

³⁴⁰ El sindicato señala que se viola el artículo 11 del Convenio por la negativa del Estado a negociar, habiendo perdido fuerza sindical y afiliación. El Tribunal entiende a este respecto que el artículo 11.1 del CEDH presenta la libertad sindical como una forma o aspecto particular de la libertad de asociación, no asegurando a los sindicatos ni a sus miembros un trato determinado por parte del Estado ni, en concreto, el derecho a que concluya con ellos uno u otro convenio colectivo. El Tribunal remite a que las cuestiones sindicales se tratan con detalle en la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961. Igualmente, refiere el carácter voluntario de las negociaciones y convenios colectivos. La prudencia de la redacción de su artículo 6, párrafo 2, prueba que no reconoce un verdadero derecho a la conclusión de tal convenio, incluso en la hipótesis en que las negociaciones no revelen ninguna disensión sobre los problemas por resolver. El TEDH recuerda que, según el artículo 20 de dicho texto, un Estado que ratifique la Carta puede, por lo demás, no asumir la obligación que resulta del artículo 6, párrafo 2. Por tanto, no se concibe que tal derecho se derive implícitamente del artículo 11, párrafo 1, del Convenio de 1950, lo que sería, a juicio del Tribunal, admitir que la Carta de 1961 marca a este respecto un retroceso invocando la anterior sentencia del asunto de la Policía Belga de 27 de octubre de 1975. En definitiva, se declara por unanimidad que no ha habido violación de los artículos 11, 13 y 14 del CEDH. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras contra Suecia. Sentencia de 6 de febrero de 1976. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 1976\2].

³⁴¹ Los demandantes no litigan contra las autoridades suecas legislativas, ejecutivas o judiciales, sino frente a la Oficina Nacional de Contratación Colectiva, esto es, frente al Estado-empresario, y en la esfera de las condiciones de trabajo y empleo, argumentando que el Convenio no puede imponer al Estado obligaciones discriminatorias respecto a los empresarios privados. El Tribunal considera que, mientras que el artículo 11.1 del CEDH presenta la libertad sindical como una forma especial de la libertad de asociación, no asegura ningún tratamiento especial a los afiliados de los sindicatos, tales como el derecho al beneficio de la retroactividad o el aumento de salario resultante de un nuevo convenio colectivo. Tal derecho, que no está enunciado ni en el artículo 11.1 CEDH ni siquiera en la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, no es indispensable para el disfrute efectivo de la libertad sindical, y de ningún modo constituye un elemento inherente a un derecho garantizado por el Convenio. Por todo lo anterior, se declara que no ha habido violación del artículo 11.1 del CEDH. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Schmidt y Dahlström contra Suecia. Sentencia de 6 de febrero de 1976. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 1976\1].

El asunto Airey contra Irlanda, sentencia de 9 de octubre de 1979,³⁴² que no aborda el derecho a la libertad sindical, es un caso que marca un hito y que enraíza con el contenido de nuestro trabajo. En este asunto, se viene a relacionar los derechos económicos, sociales y culturales para hacer posible los derechos civiles y políticos, estando interrelacionados y, por lo tanto, se manifiesta la existencia de las obligaciones positivas de los Estados para hacer realidad dichos derechos. En esta tesitura, Jimena (2014, b) destaca que esta sentencia es importante en la línea de establecer implicaciones entre el orden social y económico de los derechos del Convenio Europeo, en la misma forma que el Comité Europeo de Derechos Sociales ha estudiado las implicaciones civiles y políticas de la Carta.

A continuación, se suceden una serie de asuntos que debaten acerca de las cláusulas de seguridad sindical, ubicados en la década de 1980. El primer asunto trata de un supuesto en que unos trabajadores fueron despedidos por negarse a afiliarse a un sindicato, siendo, por lo tanto, un litigio sobre la vertiente negativa del derecho a la libertad sindical. El Tribunal considera que estamos ante una coacción muy grave que vulnera el artículo 11 del CEDH. Igualmente, el TEDH conecta el derecho a la libertad de expresión y opinión con el derecho a la libertad sindical y el derecho de las minorías a no ser aplastadas, ligando, en fin, el respeto de estos derechos con la finalidad de una sociedad democrática.³⁴³

La acción colectiva de los trabajadores para la defensa de sus condiciones laborales ha ocupado un espacio central y a la vez controvertido en el marco europeo. En el marco del TEDH se suscita un asunto en 1996 sobre las medidas contra un empresario sueco que se

³⁴² Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Airey contra Irlanda. Sentencia de 9 de octubre de 1979. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 1979\3]

³⁴³ Este asunto reviste de interés puesto que el Tribunal calibra la conformidad con el artículo 11 del CEDH de las cláusulas de seguridad sindical o *closed shop*. En este caso se produce el despido de trabajadores en virtud de un acuerdo que exigía la afiliación obligatoria a un determinado sindicato como condición de empleo. En este caso se constató que los trabajadores se vieron ante la disyuntiva de afiliarse al sindicato o bien perder un empleo, siendo su negativa a ceder a lo primero, lo que consideraban una presión injustificada, decisión que provocó su despido. El Tribunal constata que una amenaza de despido que implique la pérdida de su medio de vida constituye una forma muy grave de coacción. El TEDH estima que, en las circunstancias del caso, tal tipo de coacción afecta a la sustancia misma de la libertad de asociación tal como la consagra el artículo 11 del CEDH. A mayor abundamiento, se entiende que la protección de las opiniones personales recogidas en los artículos 9 y 10 del CEDH se encuentra entre los objetivos de la libertad de asociación. Considera el TEDH que, para que haya una injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad sindical, debe estar prevista en la ley, inspirada por alguno de los fines que establece dicho artículo y necesaria para una sociedad democrática. Concluye el TEDH entendiendo que la democracia no se reduce a la supremacía constante de la opinión de una mayoría; exigiendo un equilibrio que asegure a las minorías un justo trato y que evite todo abuso por parte de una posición dominante. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Young, James y Webster contra Reino Unido. Sentencia de 13 de agosto de 1981. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 1981\3].

negaba a suscribir un convenio colectivo.³⁴⁴ Esta situación acabó con el boicot de un sindicato sueco al restaurante del empresario y provocó la cancelación del contrato que daba soporte al negocio que explotaba. El TEDH sigue siendo reacio a entrar a conocer el contenido concreto de la negociación colectiva que deriva de la libertad sindical. Entiende que desde el plano del artículo 11 del CEDH viene a consagrar el derecho de los trabajadores a afiliarse a un sindicato y a la defensa de sus intereses, pero no un modelo concreto de negociación colectiva, desestimando en consecuencia que se haya vulnerado el derecho a la libertad sindical. Por último, es importante que el TEDH incida en que el derecho a la negociación colectiva está reconocido en otros planos internacionales y tiene una visión abierta que favorece la protección multinivel de los derechos.

Otro paso en la protección multinivel de los derechos es el asunto *Wilson, The National Union of Journalist y otros contra Reino Unido*, sentencia de 2 de julio de 2002.³⁴⁵ El primer demandante se negó a firmar un nuevo contrato ya que se oponía a sus nuevas disposiciones, prohibiendo la actividad sindical durante las horas de trabajo y

³⁴⁴ El debate gira en torno a la libertad negativa por las medidas de coacción llevadas a cabo por un sindicato sueco para obligar a un empresario del sector hostelero, no afiliado a ninguna asociación empresarial, a suscribir un convenio colectivo. El demandante señaló que era contrario por principio al sistema de negociación colectiva. Subrayó, además, que sus empleados estaban mejor remunerados de lo que lo estarían en el marco de un convenio colectivo y que ellos mismos no deseaban que él suscribiera un acuerdo de sustitución por cuenta de ellos. Tras la negativa del demandante a firmar el acuerdo de sustitución, el Sindicato Sueco de Hoteles y Restaurantes (HRF) impuso en julio de 1987 un bloqueo a su restaurante y decretó su inclusión en una lista. *A posteriori*, la Asociación Sueca de Turismo canceló el contrato del albergue juvenil del demandante.

El TEDH recuerda en su última sentencia dictada al respecto que se interpretó el artículo 11 del Convenio consagrando no solamente el derecho positivo de crear y afiliarse a un sindicato, sino igualmente el aspecto negativo de esta libertad, a saber, el derecho a no afiliarse a un sindicato o abandonarlo. Las autoridades nacionales pueden estar obligadas, en determinadas circunstancias, a intervenir en las relaciones entre personas privadas adoptando medidas razonables y apropiadas con el fin de garantizar el respeto efectivo del derecho a la libertad de no sindicarse. En esta sentencia, que contiene votos particulares, se determina que no se ha vulnerado el artículo 11 del CEDH ni por tanto el derecho a la negociación colectiva. Estima que dicho precepto no impone un trato particular del Estado con los sindicatos, como lo es el derecho a firmar un convenio, sino la libertad de los afiliados a un sindicato a proteger sus intereses mediante la acción colectiva. El Tribunal entiende, asimismo, que la protección del artículo 11 del CEDH puede extenderse al sistema de negociación colectiva cuando se invada la libertad de asociación. En este caso, la medida de coacción empleada no impide el ejercicio de dicha libertad, aunque provoque un daño económico, y no implica ninguna obligación positiva con arreglo al artículo 11, puesto que, dada la importancia de los convenios colectivos en Suecia, la actuación del sindicato perseguía un fin legítimo compatible con el artículo 11 del Convenio. Por último, el Tribunal recuerda que la negociación colectiva está reconocida por varios instrumentos internacionales al margen del CEDH, en particular el artículo 6 de la Carta Social Europea, el artículo 8 del Pacto Internacional de 1966 relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Convenios 87 y 98 de la OIT.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Gustafsson contra Suecia*. Sentencia de 25 de abril de 1996. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 1996\4].

³⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Wilson, The National Union of Journalists y otros contra Reino Unido*. Sentencia de 2 de julio de 2002. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 2002\41].

anulando su derecho a ser representado por el sindicato, y mermando los derechos de acción y negociación colectiva del sindicato. En años posteriores, el sueldo del señor Wilson aumentó, pero nunca al mismo nivel que el de los empleados que aceptaron contratos personales. El Tribunal expone en primer lugar que, aunque la negociación colectiva puede ser uno de los medios por los que los sindicatos pueden proteger los intereses de sus miembros, no es indispensable para el efectivo goce de la libertad de sindicación. Sí manifiesta que los Estados deben garantizar la realización del derecho a la libertad sindical. El Tribunal constata que la legislación del Reino Unido posibilitaba a los empresarios minar o frustrar la capacidad de los sindicatos para procurar los intereses de sus miembros.

El TEDH manifiesta que ese aspecto de la legislación interna ha sido criticado por parte del CEDS y el CLS de la OIT. Considera asimismo que, al permitir a los empresarios utilizar incentivos económicos para inducir a los empleados a ceder importantes derechos sindicales, el Estado demandado erró en su obligación positiva de garantizar el goce de los derechos que establece el artículo 11 del Convenio. En consecuencia, se ha producido la violación del artículo 11, tanto en lo que respecta a los sindicatos como a las personas demandantes, y expresa un paso más en la protección desde el contenido material del derecho a la libertad sindical y no desde la posición más formalista de sus inicios.

El caso Sorensen y Rasmussen contra Dinamarca es resuelto mediante la sentencia de 11 de enero de 2006³⁴⁶ y se relaciona con el anterior asunto. En este caso se trata de la

³⁴⁶ En este asunto se trataba sobre la afiliación obligatoria de los demandantes al sindicato SID. El TEDH señala que, cuando la legislación interna de un Estado contratante autoriza la conclusión entre sindicatos y empresarios de acuerdos de monopolio sindical que van en contra de la libertad de elección del individuo inherente al artículo 11, el margen de apreciación debe considerarse reducido. El Tribunal recuerda a este respecto que, aunque en ocasiones sea necesario subordinar los intereses de las personas a los de un grupo, la democracia no se reduce a la supremacía constante de la opinión de una mayoría; exige un equilibrio que asegure a las minorías un justo trato y que evite todo abuso por parte de una posición dominante, como ya han dicho, en sentencias previamente citadas, Young, James y Webster y Chassagnou y otros. Sigue el TEDH con el argumento señalando que se debe determinar si un Estado contratante permanece dentro del límite de su margen de apreciación tolerando la existencia de acuerdos de monopolio sindical, debe concederse una importancia particular a los motivos formulados por las autoridades para justificar estos acuerdos y se debe valorar de forma casuística el grado de intrusión en los derechos e intereses protegidos por el artículo 11 del CEDH. Asimismo, debe tenerse en cuenta la evolución en la percepción de la utilidad de los acuerdos de monopolio sindical para garantizar el goce efectivo de la libertad sindical. El Tribunal no aprecia ningún motivo para no aplicar esta consideración por igual a los acuerdos de monopolio sindical previstos al contrato y a los acuerdos de monopolio sindical posteriores al contrato. El Tribunal concluye que los dos demandantes fueron obligados a afiliarse al SID y que esta coacción afecta a la sustancia misma de la libertad de asociación garantizada por el artículo 11. El TEDH concluye justificando que la voluntad del legislador danés de poner fin al uso de los acuerdos de monopolio sindical privado es conforme a la manera en que la Carta Social Europea de 1961 se aplica a la cuestión de los acuerdos de monopolio sindical previos a la contratación. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Sorensen y Rasmussen contra Dinamarca. Sentencia de 11 de enero de 2006. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 2006\3].

obligación de los trabajadores a afiliarse a un determinado sindicato, lo que para el TEDH supone una vulneración del artículo 11 del CEDH. El TEDH hace una valoración de la normativa internacional y regional aplicable al caso, integrando en su razonamiento las distintas normas de aplicación, y en particular el artículo 53 de la CDFUE dicta que ninguna de las disposiciones de dicho texto puede interpretarse como limitación o como lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la propia Unión, la Comunidad o los Estados miembros, así como por las constituciones de los Estados firmantes. Por todo lo expuesto, concluye que ha habido violación del artículo 11 del CEDH con la existencia de votos particulares discrepantes. Esta sentencia exterioriza que la protección multinivel de los derechos sociales se va abriendo paso en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque aquí se aplicaría el criterio del estándar más alto, lo que entra en contradicción con el TJUE, tal y como se ha estudiado, ya que en la protección de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión rebaja dichos estándares.

En los últimos años, el TEDH ha jugado un papel que se valora de forma positiva en la defensa de los derechos humanos y en concreto de la libertad sindical en Turquía. Así, ha considerado que las sanciones por participar en una huelga legal disuaden del ejercicio de este derecho fundamental y supone la vulneración del artículo 11 del CEDH.³⁴⁷ La evolución del TEDH en relación con el derecho a la libertad sindical le ha llevado al Tribunal a considerar la negociación colectiva como integrante esencial del derecho a la libertad sindical en el asunto Demir y Baykara como punto de inflexión en la doctrina del Tribunal. Ello es así porque establece que el derecho a la negociación colectiva es “un componente esencial” del derecho a la libertad de asociación que deriva del artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, como para incorporar, como canon interpretativo vinculante para los Estados, la jurisprudencia de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo y de la Carta Social Europea (Llobera, 2017).

³⁴⁷ Se discute en este caso los límites en cuanto a la sanción disciplinaria por haber participado en jornada de huelga legal organizada por su sindicato. El Tribunal considera que la sanción impuesta disuade a sus miembros de participar legítimamente para defender sus intereses. Se determina que, al no existir un recurso en derecho interno para poder examinar la legalidad de la medida de sanción disciplinaria impuesta por participar en una huelga, al no ser esta recurrible, supone una violación existente del artículo 11 del CEDH. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Karacıy contra Turquía. Sentencia de 27 de marzo de 2007. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2007\87367].

Se trata de una resolución que recoge dos cuestiones fundamentales: la interpretación de las obligaciones del Convenio a raíz de los tratados internacionales que regulan el derecho a la libertad sindical y la importancia de la interpretación de las obligaciones del Convenio de forma evolutiva conforme a la realidad social, incorporando el derecho a la negociación colectiva como parte inherente del artículo 11 del Convenio.

El último asunto que hay que estudiar respecto al país otomano es el caso Enerji Yapi Yol Sen contra Turquía de 21 de abril de 2009.³⁴⁸ El sindicato demandante denunció que una circular distribuida por la Administración vulneró su derecho a la libertad sindical puesto que se impedía a los funcionarios sumarse a la huelga con carácter general. Se trata de una sentencia donde el TEDH reafirma su metodología de interpretar el derecho de huelga a raíz de lo dicho en los distintos ámbitos internacionales y supranacionales. Para el Tribunal, el derecho de huelga es reconocido por los órganos de control de la OIT como el corolario indisociable del derecho de asociación sindical que protege el Convenio 87 de la OIT sobre libertad sindical y la protección del derecho sindical, y que lo conecta con la Carta Social Europea que también reconoce el derecho a huelga. El TEDH recuerda el principio asentado en el ámbito internacional de que la prohibición del derecho de huelga puede afectar a ciertas categorías de funcionarios, pero no puede extenderse a todos los funcionarios en general, como en el presente caso, o a los trabajadores públicos de las empresas estatales.

Tomando como base los anteriores principios, el Tribunal entiende que la circular enjuiciada estaba redactada en unos términos generales que prohibían de forma absoluta a todos los funcionarios el derecho a huelga, sin proceder a sopesar los imperativos de los fines enumerados en el apartado 2 del artículo 11 del Convenio. Según el TEDH, los sindicalistas de la organización demandante, al unirse a la huelga, solo hicieron uso de su libertad de reunión pacífica. En la referida resolución se razona que estas sanciones disuaden a los miembros de los sindicatos y a toda persona que quiera hacerlo, de participar legítimamente en tal jornada de huelga o en acciones para la defensa de los intereses de sus afiliados. El Tribunal concluye que la restricción no correspondía a “una necesidad social imperiosa” y que ha habido una lesión desproporcionada del goce efectivo por el sindicato demandante de los derechos consagrados en el artículo 11 del CEDH.

³⁴⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Enerji Yapi-Yol Sen contra Turquía. Sentencia de 21 de abril de 2009. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 2009\40].

Hasta aquí las resoluciones sobre el TEDH que son de sumo interés para calibrar la evolución que ha tenido dicho órgano. Ha ido a favor de la protección multinivel de los derechos, ensalzando el diálogo con otros textos y resoluciones de órganos de control internacionales y supranacionales a favor de conseguir una mayor integración de los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales. La segunda cuestión que acompaña a dicho proceso es la incorporación del principio de aplicación del estándar más alto, lo que también sirve para supeditar el objetivo que se persigue y que no se cumple en gran medida en España, que es la supervivencia de la norma internacional del trabajo en aquellos supuestos en que incorpore un estándar más alto a la norma nacional.

b) *Resoluciones sobre España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Pocos asuntos han sido tratados por el TEDH respecto a España en cuanto a los derechos objeto de este estudio, probablemente por la óptica formalista clásica que ya se ha abordado y que ha llevado a las organizaciones sindicales a acudir a otro tipo de instancias como las de la OIT.

Iniciando el recorrido por las resoluciones, el primer asunto se vio abocado al fracaso por no haber agotado los requisitos procedimentales previos al acudir a la vía del TEDH.³⁴⁹ En otro asunto se ha relacionado el despido con la afiliación sindical, pero tal cuestión fue rechazada por el TEDH al no concurrir tal relación.³⁵⁰ En el siguiente asunto se denunciaba un trato peyorativo o discriminatorio por el Estado relacionándolo con el descuento del uso del crédito horario al haberlo dedicado al estudio de la nueva

³⁴⁹ Los recurrentes denunciaban que se les había vulnerado el artículo 11 del CEDH por haber sido sancionados los miembros del Comité de empresa. El Tribunal señala que en el recurso de amparo ante el TC los demandantes omitieron plantear la queja, por lo que no agotaron válidamente las vías de recurso internas. Por ello la demanda debe rechazarse conforme a los artículos 26 y 27.3 del Convenio. Respecto al artículo 14 del Convenio, el TEDH recuerda que esta disposición carece de existencia independiente y solo puede invocarse en relación con los derechos y las libertades reconocidas en el Convenio y sus Protocolos, como ya se pronunció el Tribunal en la sentencia Johnston y otros de 18 de diciembre de 1986. Por todo ello, se declara inadmisibles las demandas. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Camacho Nucete y otros contra España. Decisión de 30 de noviembre de 1995. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2011\284806].

³⁵⁰ Las demandantes se quejan de haber perdido sus puestos de trabajo por haberse negado a afiliarse a “la asociación de colaboración con los Empleados de Galerías Preciados”. El Tribunal señala, en referencia a la queja de las demandantes planteada desde el prisma del artículo 11 del Convenio, que nada impedía formar parte de la asociación *ad hoc* de colaboración con los empleados de Galerías Preciados, y que tampoco les obligaba a nada. Por otro lado, entiende que no podría demostrarse relación alguna directa entre el hecho de estar afiliado o no a la asociación en litigio, en la medida en que una parte no despreciable de los trabajadores de los ex empleados de Galerías Preciados, que formaba parte de la asociación en litigio, no fueron contratados por el Corte Inglés. Por todo ello, se declara la demanda inadmisibles. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Josefa Sánchez Ferriz y Rosa Ana Montaña Sánchez contra España. Decisión de 14 de noviembre de 2000. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2006\242819].

legislación sobre elecciones sindicales, considerando la Administración que esta tarea no justificaba el uso del crédito horario. El TEDH confirma el criterio del Estado español indicando que no se había justificado de qué forma el estudio de la legislación era necesario para el ejercicio de su condición de representante y, en consecuencia, no se había vulnerado el derecho a la libertad sindical.³⁵¹

Por último, El TEDH abordó el derecho a huelga de la Policía autonómica,³⁵² caso Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna contra España, donde entendió que la prohibición legal para los policías vascos de ejercer el derecho a la huelga se funda en la necesidad de garantizar la seguridad nacional, la seguridad pública y la defensa del orden. Por ello, el TEDH entiende que no constituye una injerencia injustificada en el derecho del sindicato demandante a la libertad de asociación del que ha podido ejercer su contenido esencial, restricción justificada por los intereses de la propia sociedad.

3.5.2. La Carta Social Europea

La Carta Social Europea fue redactada en Turín el 18 de octubre de 1961. Se trata de un texto que entronca con la finalidad del Consejo de Europa que busca favorecer su progreso económico y social, en particular mediante la defensa y desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales tal y como muestra el artículo 1 del Estatuto del Consejo de Europa.³⁵³ La Carta Social Europea originaria fue ratificada por España el 29 de abril de 1980, entrando en vigor el 5 de junio de 1980.

Si bien se ha dicho que la Carta Social Europea no dejó de ser la “hermana pobre” o el “tigre de papel” respecto al CEDH, al no confiar la tutela de los derechos sociales a un

³⁵¹ El Tribunal recuerda que el artículo 11.1 del Convenio presenta la libertad sindical como una forma o un aspecto concreto de la libertad de asociación, y que no garantiza a los miembros de los sindicatos un trato concreto por parte del Estado, ni principalmente el derecho al beneficio de ciertas ventajas como, por ejemplo, ventajas de tipo salarial. El Tribunal considera que puede deducirse del artículo 11 del Convenio, leído a la luz del artículo 28 de la versión revisada Carta Social Europea, que los representantes de los trabajadores pueden disponer en principio y dentro de ciertos límites, de las facilidades apropiadas para permitirles cumplir rápida y eficazmente sus funciones sindicales. El Tribunal entiende que el demandante no ha demostrado de qué manera el estudio de la nueva legislación era estrictamente necesario para el ejercicio eficaz de sus funciones de representante sindical de los empleados del Ayuntamiento. Así, manifiesta que la decisión criticada por el demandante no puede considerarse que constituya una injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad sindical. La medida impugnada no alcanzó un grado de gravedad como para afectar de manera sustancial al derecho garantizado por el artículo 11.1 del Convenio. Por todo lo anterior, se rechaza la demanda. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Sánchez Navajas contra España. Decisión de 21 de junio de 2001. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2004\123265].

³⁵² Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna contra España. Sentencia de 21 de abril de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 2015\24].

³⁵³ Instrumento de Adhesión de España al Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949. *Boletín Oficial del Estado*, número 51, de 1 de marzo de 1978, pp. 4840 a 4844.

órgano jurisdiccional, se está convirtiendo en un texto de referencia frente a las medidas de austeridad debido al proceder de su principal órgano de supervisión y control el Comité Europeo de Derechos Sociales (Dueñas, 2017), llegando a ser considerada como el instrumento insignia del “Derecho europeo de los derechos sociales” o “Derecho social de los derechos humanos” (Jimena, 2014, b, p. 55).

La Carta Social Europea no incorpora un órgano jurisdiccional análogo al TEDH, sino el sistema de supervisión y control a cargo del Comité Europeo de Derechos Sociales con ciertas similitudes al sistema de control implantado en la OIT. La labor de este órgano está generando una importante doctrina en defensa del constitucionalismo social (Guamán y Noguera, 2014). Estos autores abogan por que las resoluciones del CEDS sobre reclamaciones colectivas deben ser consideradas “jurisprudencia” lo que coincidimos. Vinculando a los Estados junto al texto de la Carta Social Europea, sería una jurisprudencia, aunque no formal, al menos en sentido material. En definitiva, la jurisprudencia del CEDS junto a la CSE que interpreta aspira a ser el “Pacto Europeo para la Democracia Social” y el *ius commune* de la Europa de los derechos sociales (Jimena, 2014, b, p. 62).

Algunos autores sostienen que el sistema que implanta la Carta Social Europea es escasamente coactivo, aunque no exige el agotamiento de las vías internas (Alfonso, 2015). Sin embargo, la labor del Comité se ha caracterizado al mismo tiempo como inmejorable, priorizando en las reformas laborales de la austeridad, los derechos básicos de los trabajadores y ciudadanos, y relegando las necesidades de ajuste económicas y financieras a las que se ha asistido en el último ciclo (Salcedo, 2014, a).

La Carta Social Europea ha sufrido diversas modificaciones y desarrollos normativos durante su vigencia, en un primer nivel en la ampliación de los derechos con el Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988.³⁵⁴ La segunda afecta al sistema de control de la Carta y al Comité de Expertos con el Protocolo de Enmienda de 21 de octubre de 1991³⁵⁵ que viene a modificar fundamentalmente algunas disposiciones respecto al sistema de control

³⁵⁴ Amplía su protección a los siguientes derechos: la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión sin discriminación por razones de sexo, derecho a información y consulta, derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral, y el derecho a la protección social de las personas ancianas. Instrumento de Ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988. *Boletín Oficial del Estado*, número 99, de 25 de abril de 2000, pp. 16074-16078.

³⁵⁵ El 22 de junio de 1995, abierto a la firma el 9 de noviembre de 1995. Protocolo de enmienda de la Carta Social Europea, hecho en Turín el 21 de octubre de 1991. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, número 353, de 21 de junio de 1999, serie A, pp. 1-3. Recuperado de [www.congreso.es > public_oficiales > CORT > BOCG > CG_A353](http://www.congreso.es/public_oficiales/CORT/BOCG/CG_A353)

y al Comité de Expertos, entre otras cuestiones. La tercera modificación, en 1995, incorpora el protocolo sobre reclamaciones colectivas ante el CEDS³⁵⁶. La cuarta modificación es la Carta Social Europea revisada de 23 de mayo de 1996³⁵⁷ que recoge también, entre otros aspectos, el sistema de reclamaciones colectivas. Esta versión no ha sido ratificada por España a día de hoy, ni tampoco el Protocolo Adicional sobre reclamaciones colectivas, pese a que el Gobierno de Pedro Sánchez haya anunciado que se efectuarán los trámites para dicha ratificación, siendo parte del acuerdo programático de gobierno entre el PSOE y Unidos Podemos, tal y como se desprende de la nota al pie que se adjunta.³⁵⁸

Se ha indicado que la no ratificación, hasta ahora, de la Carta revisada ni del protocolo que incorpora las reclamaciones colectivas, en todo este largo tiempo transcurrido, se debe a una cuestión de voluntad política, puesto que esta situación resulta paradójica dado el elevado grado de desarrollo legislativo en materia social al que ha llegado España (Pitt, 2011). El problema de esta situación es que el uso de la jurisprudencia del CEDS en nuestro país queda al grado de voluntad jurisdiccional de nuestros tribunales (Jimena, 2014, b) con los resultados insatisfactorios que se comprobarán más adelante.

La labor del CEDS se ha caracterizado por una jurisprudencia de protección de los colectivos más vulnerables, acompañada de una decidida protección de derechos colectivos como la libertad sindical y la negociación colectiva o los derechos relacionados con la estabilidad en el empleo (Jimena, 2014, b). Aunque ya se ha tratado la problemática del Derecho de la UE, en este punto cabe decir que el CEDS ha aplicado el control de la carta considerando que las Directivas pueden vulnerar el texto, es decir, se descarta que exista una presunción de conformidad de la legislación de la UE con la CSE al ser dos sistemas jurídicos divergentes (Salcedo, 2014, a).

En cuanto al papel del Comité Europeo de Derechos Sociales, se trata de un órgano marcado por su especial activismo que ha actuado como muro de contención contra las reformas económicas adoptadas en la UE que han significado un deterioro de los derechos

³⁵⁶ Consejo de Europa. Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que establece un sistema de reclamaciones colectivas. Recuperado de <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cdad>

³⁵⁷ *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (2019), número 267, de 15 de febrero de 2019. Carta Social Europea revisada, hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, y Declaración que España desea formular. Recuperado de

http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CORT/BOCG/A/BOCG-12-CG-A-267.PDF

³⁵⁸ Recuperado de https://elpais.com/politica/2019/12/30/actualidad/1577709439_593586.html

sociales (Guamán y Noguera, 2014). En definitiva, la CSE y la jurisprudencia del CEDS son el último bastión continental en defensa de los derechos sociales (Jimena, 2014, a).

Respecto a la función del CEDS, ha sido calificada por Jimena (2014, b) como la instancia de garantía de la CSE asegurando su interpretación “suprema”, equivalente al TEDH en cuanto al CEDH. En un balance general respecto a las medidas de austeridad derivadas de la gobernanza económica, el CEDS ha apostado por una ponderación entre las medidas de flexibilización con la prioridad de la dignidad de las personas trabajadoras (Jimena, 2014, a).

Otra de las tareas pioneras del CEDS ha sido conectar la Carta Social Europea con la jurisprudencia del TEDH, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tal y como muestra la decisión de 25 de junio de 2010, reclamación n.º 58/2009³⁵⁹ (Jimena, 2014, b).

Sin más preámbulo se estudia la jurisprudencia del Comité, dividiendo el análisis entre resoluciones relacionadas con el artículo 4.4 de la Carta Social Europea originaria sobre el derecho al preaviso en la terminación del contrato de trabajo, por un lado, y, el derecho a la libertad sindical en cuanto al artículo 5, por otro lado.

a) Resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre España en materia de libertad sindical

Como España no ha ratificado el sistema de reclamaciones colectivas, los pronunciamientos que encontramos del Comité obedecen al sistema periódico de informes que presenta el Comité, previas memorias remitidas por los Estados sobre los derechos contenidos en la Carta y Protocolos ratificados por los Estados. El control en este aspecto gira en torno al artículo 5 de la Carta.³⁶⁰ Debemos aclarar que el método del sistema de informes, que es el que atañe a España, consiste en preguntar cuestiones por parte del Comité a las que el Estado responde la situación desde la legislación y las prácticas nacionales.

Se puede establecer como criterio general que el Comité Europeo de Derechos Sociales mantiene una tendencia a pronunciarse en la conformidad de nuestra normativa

³⁵⁹ Comité Europeo de Derechos Sociales. Reclamación n.º 58/2009, Centro de derechos de vivienda y desalojos contra Italia, decisión de 25 de junio de 2010. Recuperado de [https://hudoc.esc.coe.int/eng_-_fulltext?{"58/2009"},{"ESCDcType":\["FOND","Conclusion","Ob"\],"ESCDcIdentifier":\["cc-58-2009-dmerits-en"\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng_-_fulltext?{)

³⁶⁰ El artículo 5 de la Carta reconoce el derecho sindical garantizando la libertad de los trabajadores y empleadores para formar sus organizaciones, así como adherirse a las que consideren, comprometiéndose los Estados a que su legislación nacional no menoscabe dicho derecho. Por otro lado, dice el referido artículo que, respecto a las Fuerzas Armadas, serán los Estados dentro de su ámbito discrecional los que regulen dicho derecho a través de sus Leyes y Reglamentos.

interna con el texto supranacional, aunque existen puntos divergentes o de disconformidad concretos.

Sin más preámbulo, se acomete el estudio de los informes del CEDS de la forma más sucinta posible, tratando los distintos ejes temáticos. A principios de los 80 se aborda la cuestión del depósito de los estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales en el Ministerio, donde el Comité se preocupa de en qué supuestos el Estado puede negarse a dicho registro.³⁶¹ Esta cuestión fue resuelta posteriormente, observando el Comité que el depósito es un mero formalismo en nuestro ordenamiento.³⁶² Ya en los 90, observa el CEDS que existen recursos judiciales contra una denegación de registro de los estatutos de un sindicato.³⁶³ Como vemos por el funcionamiento del debate en el sistema de informes, la aclaración de una cuestión se puede alargar hasta una década.

Otra cuestión que suscita interés en los inicios del control sobre España es cómo se aplica el derecho de libertad sindical a los funcionarios y al personal de la Guardia Civil y seguridad privada.³⁶⁴ En tal sentido, con la aprobación de la LOLS en 1985, el Comité se informa de la regulación con carácter general del derecho a la libertad sindical, salvo las excepciones previstas a fiscales, jueces y Fuerzas Armadas. El Comité se reserva sus conclusiones a la vista de que la ley se aprobó con posterioridad al periodo de estudio que abarcaba.³⁶⁵ Más adelante, en relación con las conclusiones X-2, recibe la aprobación de

³⁶¹ Recoge el Comité que la situación en España es de respeto al derecho a la libertad y contra todo acto discriminatorio por razones asociativas. Se analiza el depósito de los estatutos de las organizaciones ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, preguntado si dicho organismo puede negarse a registrar los estatutos de las organizaciones de trabajadores y de empleadores y, de ser así, por qué motivos y qué recursos administrativos y judiciales existen ante dicha negativa. Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones VIII, de 31 de enero de 1981. Recuperado de

<http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=VIII/def/ESP/5//EN>

³⁶² Las conclusiones X-2 mantienen que España se encontraba de conformidad con la Carta. El Comité observa que el depósito de los estatutos era la única condición legal que debía observar un sindicato para adquirir personalidad jurídica y plena capacidad para operar en el tráfico jurídico. Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones X-2, de 30 de junio de 1988. Recuperado de

<http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=X-2/def/ESP/5//EN>

³⁶³ Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones XI-2, de 30 de septiembre de 1990. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XI-2/def/ESP/5//EN>

³⁶⁴ El CEDS traslada una serie de preguntas sobre el derecho de asociación en la función pública y la negociación colectiva, así como sobre la situación asociativa de la Guardia Civil y del personal de seguridad privada. Se encuentra en las conclusiones VIII ya citadas.

³⁶⁵ Las conclusiones son de 30 de junio de 1986, publicadas el 31 de diciembre de 1986 y abarcan el periodo de 1 de enero de 1982 a 31 de diciembre de 1984. El Comité tomó nota de la entrada en vigor, el 2 de agosto de 1985, de la nueva Ley Orgánica de Libertad Sindical, garantizando el derecho a la libertad sindical con carácter general y estableciendo las excepciones a la aplicación de dicho derecho para los jueces, fiscales y las Fuerzas Armadas. El Comité, en este caso, no emite las conclusiones puesto que la Ley se aprobó con posterioridad al periodo de estudio, por lo que suspende sus conclusiones. Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones IX-2. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=IX-2/def/ESP/5//EN>

la Ley 2/86³⁶⁶ y los límites impuestos a la policía para organizarse, donde el Comité entiende que estas disposiciones no son incompatibles con el artículo 5 de la Carta.

El CEDS también muestra su interés sobre la posibilidad de sindicación para los trabajadores públicos y la aprobación de la nueva ley a fin de regular los órganos de representación en la función pública. Según se va construyendo el sistema de representación sindical, el Comité se va interesando. Así toma nota, en las conclusiones XI-2 referidas con anterioridad, de la aprobación de la Ley 9/1987³⁶⁷ respecto a los órganos de representación en la función pública, e igualmente de las medidas de protección de los representantes de personal. El Comité pregunta al Gobierno español si los funcionarios civiles de las Fuerzas Armadas, los bomberos y el personal penitenciario están incluidos en el alcance de la ley. *A posteriori*, se une la valoración positiva de nuestra regulación del derecho a la libertad sindical, con constancia de las exclusiones para jueces, magistrados, fiscales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y las especificidades para el personal laboral y funcionarial de la Administración Pública.³⁶⁸

Las cuestiones de la libertad sindical de los funcionarios públicos sigue ocupando la centralidad de los trabajos del Comité a finales de los años 80, principios de los 90.³⁶⁹ Se mantiene la conformidad de nuestra legislación sobre este sector e integra las resoluciones del Comité de Expertos de la OIT que se pronunció sobre el Convenio 151 de la OIT³⁷⁰

³⁶⁶ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. *Boletín Oficial del Estado*, número 63, de 14 de marzo de 1986, pp. 9604-9616.

³⁶⁷ Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. *Boletín Oficial del Estado*, número 144, de 17 de junio de 1987, pp. 18284-18290.

³⁶⁸ El informe del Gobierno consiste en señalar que la Ley 9/1987 se aplica a todo el personal con estado civil excluidos los jueces, magistrados y fiscales, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado salvo la Policía local con las especificidades establecidas en dicha Ley y al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que se regirá por la legislación laboral común con la excepción de lo dispuesto en los artículos 39 y 40 y la disposición adicional 5ª de dicha ley. Se informa de las novedades legislativas en materia de elecciones sindicales, así como el aumento de poder de los sindicatos en la negociación colectiva de las condiciones del personal funcionario. El Comité concluye señalando que la información es positiva y que ya se consideraba satisfactoria con anterioridad. Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones XII-2, de 30 de noviembre de 1992. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XII-2/def/ESP/5//EN>

³⁶⁹ Las conclusiones XIII-1 relacionan su estudio con el informe anterior. El Comité observó que no había restricciones para los agentes de policía municipales. Para los oficiales de la Policía Nacional, el párrafo 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, limitaba el derecho a formar sindicatos al autorizar únicamente a sindicatos formados por miembros de la Policía Nacional, aunque podían federarse con otros sindicatos compuestos únicamente por miembros de la Policía Nacional y a sindicatos internacionales similares. El Comité, reiterándose en anteriores conclusiones, consideró que estas limitaciones no son incompatibles con el artículo 5 de la Carta. Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones XIII-1, de 31 de diciembre de 1993. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XIII-1/def/ESP/5//EN>

³⁷⁰ Instrumento de ratificación del Convenio número 151, de la Organización Internacional de Trabajo, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de

respecto a la Ley número 7/1990 de 19 de julio³⁷¹, que dotó a los órganos representativos de los trabajadores de la competencia para determinar las condiciones de trabajo y la participación de los empleados de la Administración Pública al servicio de las Fuerzas Armadas. Cerrando este apartado, el Comité siguió analizando el derecho de sindicación a la Policía local y a la nacional, considerando que las restricciones legales no son contrarias al artículo 5 de la Carta.³⁷²

Se introduce otro tema que atrae al Comité y es el derecho de sindicación en la marina mercante. Este aspecto se trata en las conclusiones XIII-3, donde se constata que, respecto a los trabajadores no nacionales de las embarcaciones y buques, son estos los que eligen voluntariamente la ley aplicable, y subsidiariamente se aplica la legislación laboral española, garantizándose los derechos sindicales de estos trabajadores. Esta información lleva al Comité a formular una evaluación positiva de este asunto. Más adelante se advierte que los trabajadores extranjeros³⁷³ del mar disfrutaban de los mismos derechos que los nacionales españoles en materia de elecciones a los órganos de representación de los trabajadores.

Al ser un sistema mecánico de revisión de los derechos de la Carta, se van sucediendo los temas desde distinta óptica. Así, examina el Comité la situación relativa a la formación de sindicatos, así como el derecho a elegir sus propios miembros y representantes, a organizar su administración, y las actividades y su afiliación a organizaciones nacionales e internacionales continúan siendo conformes con la Carta.³⁷⁴ Sin embargo, ya se introduce la problemática de las ETTS en las que el sindicato UGT denuncia la dificultad de ejercicio del derecho a organizarse y negociar colectivamente. El Comité recibe lo dicho y apunta a las actividades de la Inspección de Trabajo para que se respeten los derechos sindicales, haciendo balance de las estadísticas de intervenciones inspectoras, que han mejorado, pero advirtiéndole a la vez que, si disminuye el número de inspecciones, esos datos perderán su valor.

empleo en la Administración Pública, adoptado en Ginebra el 27 de junio de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, número 297, de 12 de diciembre de 1984, pp. 35698-35699.

³⁷¹ Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos. *Boletín Oficial del Estado*, número 173, de 20 de julio de 1990, pp. 21195-21196.

³⁷² Conclusiones XIII-3 Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones XIII-3, de 30 de noviembre de 1995. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIII-3/def/ESP/5//EN>

³⁷³ Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones XVI-1, de 30 de mayo de 2003. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVI-1/def/ESP/5//EN>

³⁷⁴ Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones XIV-1, de 30 de marzo de 1998. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIV-1/def/ESP/5//EN>

El canon por negociación colectiva es otro asunto que llama la atención al CEDS, a lo que el Gobierno informa que se le traslada por escrito al trabajador si consiente el pago de la tarifa, lo que provoca inquietud al Comité en cuanto a la frecuencia con que esto sucede en la práctica.³⁷⁵ Más adelante se acredita que rige el principio de libre voluntad del trabajo para aceptar la tarifa³⁷⁶ y, finalmente, se concluye que, en cuanto al pago de los honorarios, se debe concretar por escrito.³⁷⁷

En un análisis más específico sobre la Guardia Civil y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que afirma la legalidad de la decisión del legislador de mantener el estado militar de dicho cuerpo, el Comité expresa que la naturaleza de la Guardia Civil en el ordenamiento jurídico español es tal que entra dentro de la tercera frase del artículo 5 de la Carta. En consecuencia, la prohibición de la afiliación sindical no es incompatible con la Carta. Se concluye que la situación en España es conforme al artículo 5 de la Carta.³⁷⁸

El CEDS también ha tratado sobre el derecho de los representantes elegidos de los sindicatos más representativos en el acceso al centro de trabajo para participar de reuniones sindicales e informativas para los trabajadores que está garantizado en nuestro ordenamiento, y se pregunta el Comité cómo se aplica a los representantes de sindicatos minoritarios.³⁷⁹ En las siguientes conclusiones, XIX-3, al no haber aclarado el Gobierno el tratamiento de este derecho, se considera a España en situación de no conformidad con la Carta. Finalmente, el Gobierno concreta que nada impide que los trabajadores de la empresa o lugares de trabajo que son miembros de un sindicato que no está clasificado como más representativo puedan organizarse y ejercer su acción sindical.³⁸⁰

Respecto a las políticas de austeridad impuestas tras la crisis financiera de 2008, el Comité toma nota de las alegaciones de las Confederaciones Sindicales españolas, consistentes en denunciar que la estrategia del Gobierno respecto a las Administraciones Públicas es debilitar a los sindicatos reduciendo su poder de acción y disminuyendo su peso en la negociación colectiva. En consecuencia, el Comité solicita información en este punto, y a salvaguarda de esta información expresa que la situación de la legislación española es de conformidad con el artículo 5 de la Carta.

³⁷⁵ Véase conclusiones XVI-1.

³⁷⁶ Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones XIX-3, de 17 de diciembre de 2010. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIX-3/def/ESP/5//EN>

³⁷⁷ Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones XX-3, de 5 de diciembre de 2014. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-3/def/ESP/5/EN>

³⁷⁸ Véase conclusiones XVI-1.

³⁷⁹ Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones XVII-1, de 28 de febrero de 2005. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVII-1/def/ESP/5//EN>

³⁸⁰ Véase conclusiones XX-3.

b) *Resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre España en relación con el derecho al preaviso en la terminación del contrato de trabajo*

En este apartado se estudia específicamente las garantías en la extinción del contrato de trabajo desde el prisma del artículo 4.4 de la Carta Social Europea, en cuanto al plazo razonable de preaviso en caso de terminación del contrato de trabajo, donde se van a producir una serie de preocupaciones constantes para el Comité.

Ya en las primeras conclusiones con relación a España se venía a preguntar el plazo de preaviso para los trabajadores de la Administración Pública.³⁸¹ En las mismas se concluye que España se encuentra de conformidad con la Carta. En las siguientes conclusiones se mantiene la inquietud sobre el plazo de preaviso en el sector público.³⁸² Más adelante, cuando el CEDS recibe información más concreta, le lleva a determinar que la situación de estos trabajadores es conforme con la Carta, puesto que se aplica la legislación como a otros trabajadores en general.

Igualmente, en las mismas conclusiones, el Comité analiza la regulación del Real Decreto de 10 de enero de 1986³⁸³. Al comprobar que sobre el procedimiento disciplinario que implica la “separación del servicio”, solo puede ordenarse por un delito muy grave, le lleva a concluir que, aunque no se estipule periodo de preaviso, estaría de conformidad con la Carta.³⁸⁴

Otra cuestión sobre los funcionarios públicos que preocupa al Comité es sobre la posibilidad de ser despedidos, acreditando que en nuestra legislación solo cabe por conducta muy grave, lo que conduce a la conclusión de que España se encuentra en conformidad con la Carta Social Europea.³⁸⁵

Es en los últimos años del siglo XX cuando se intensifican las objeciones del CEDS respecto a nuestra regulación del preaviso por la extinción de contrato con el artículo 4.4 de la Carta Social Europea. Tras el análisis de las distintas reformas que se han producido en el Estatuto de los Trabajadores, el Comité, en su informe sobre el periodo 1992-1996,

³⁸¹ Conclusiones VIII Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones VIII, de 31 de enero de 1984. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=VIII/def/ESP/4/4/EN>

³⁸² Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones IX-2, de 30 de junio de 1986. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=IX-2/def/ESP/4/4/EN>

³⁸³ Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado. *Boletín Oficial del Estado*, número 15, de 17 de enero de 1986, pp. 2377-2380. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1986-1216>

³⁸⁴ Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones X-2, de 30 de junio de 1988. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=X-2/def/ESP/4/4/EN>

³⁸⁵ Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones XI-2, de 30 de septiembre de 1990. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XI-2/def/ESP/4/4/EN>

establece que los 15 días de preaviso por extinción del contrato cuando los contratos duren más de un año es una medida incompatible con el artículo 4.4 de la Carta Social Europea, puesto que entiende que el preaviso debe ser de un mes para un trabajador con más de un año de antigüedad. Sin embargo, respecto al preaviso de 30 días para los trabajadores con empleo indefinido y la indemnización de 20 días por año trabajado por despido por causas objetivas contenido en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, entiende el Comité que dicha disposición sí que es conforme con la Carta.

El Comité concluye que España no está de conformidad con la Carta respecto a los trabajadores con contratos de duración determinada por un periodo superior a un año, teniendo derecho a un preaviso de 15 días. Como contraste, acude a la regulación para un trabajador que es despedido a causa de la muerte, incapacidad o jubilación del empresario; en ese caso tiene derecho a un mes de salario independientemente de la duración del servicio.³⁸⁶ Esto se mantiene en las siguientes conclusiones, puesto que España no reforma su legislación por extinción de la relación laboral, situándose en no conformidad con el artículo 4.4 de la Carta Social Europea³⁸⁷, lo que permanece inalterado en el siguiente periodo. Por ello, reitera el Comité el plazo de preaviso de 15 días, tanto de los trabajadores con un contrato superior a un año como de aquellos con una duración inferior a un año cuyo contrato se haya incumplido antes de su finalización³⁸⁸, manifestándose *a posteriori* algún rasgo más de indefensión como que los trabajadores con contrato de menos de un año o que se les extingue con anterioridad no tienen derecho a aviso de la extinción.³⁸⁹

Como se observa, el CEDS plantea una cierta contradicción en la regulación interna del preaviso por extinción de contrato contenida en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que, para unos supuestos, la duración es de 15 días y, para el resto es de 30 días.

Requieren un análisis pormenorizado las conclusiones XX-3³⁹⁰, presentadas el 5 de diciembre de 2014, que tratan el periodo de 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de

³⁸⁶ Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones XIV-2, de 30 de noviembre de 1998. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIV-2/def/ESP/4/4/EN>

³⁸⁷ Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones XVI-2, de 30 de junio de 2004. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVI-2/def/ESP/4/4/EN>

³⁸⁸ Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones XVIII-2, de 30 de junio de 2007. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVIII-2/def/ESP/4/4/EN>

³⁸⁹ Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones XIX-3, de 17 de diciembre de 2010. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIX-3/def/ESP/4/4/EN>

³⁹⁰ Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones XX-3, de 5 de diciembre de 2014. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-3/def/ESP/4/4/EN>

2012. El Comité, en primer lugar, viene a evaluar la situación de España con la aprobación del Real-Decreto Ley 3/2012 y la Ley 3/2012, recordando que en sus anteriores conclusiones dijeron que España no estaba de conformidad con la Carta Social Europea.

Aunque el Comité mantiene las objeciones ya apuntadas en informes anteriores sobre el preaviso por extinción del contrato de trabajo regulado en el artículo 49 del ET, fundamentalmente para los contratos temporales, centra el debate en la nueva figura del contrato de apoyo a emprendedores. En este sentido se hace eco de lo dicho por CCOO y UGT respecto al riesgo de que los contratos de apoyo de emprendedores sean mal utilizados para convertir este contrato en temporal al posibilitar la extinción del periodo de prueba a un periodo de doce meses.

El CEDS recoge las manifestaciones del Gobierno respecto a que el uso del contrato se limita a empresas de menos de cincuenta trabajadores y que, igualmente, está limitado a cuando disminuya la tasa de desempleo por debajo del 15%, eliminándose legalmente dicha figura contractual cuando se alcance un umbral inferior a la citada tasa.

Para el Comité, en la exposición de su criterio sobre el CAE, la protección en cuanto al preaviso por extinción del contrato debe aplicarse a todos los trabajadores, ya habiéndose pronunciado dicho órgano en el caso de Bélgica, conclusiones XIII-4³⁹¹, o con Grecia, denuncia 65/2011³⁹². Se observa que, respecto del contrato de apoyo de emprendedores, no se recoge este periodo de preaviso durante el periodo de prueba de un año, por lo que estima que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 es contrario al artículo 4.4 de la Carta. Más adelante se tratará por detalle lo dicho por el Comité respecto a Grecia, puesto que mantenemos que la doctrina en esa resolución es de aplicación para España.

Muestra el órgano de expertos su conocimiento de lo establecido en el Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo que permite que se excluyan determinados contratos de duración determinada, pero manifiesta que dicha exclusión no implica automáticamente la conformidad de la legislación y la práctica de un Estado parte con la Carta Social Europea.

En cuanto al contenido del artículo 4.4 de la CSE, el Comité postula que, para que sea efectivo el periodo de notificación y/o compensación, no debe dejarse a la discreción de

³⁹¹ Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones XIII-4, de 30 de septiembre de 1996. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIII-4/def/BEL/4/4/EN>

³⁹² Comité Europeo de Derechos Sociales. Decisión de Fondo de 23 de mayo de 2012. Denuncia 65/2011 Federación General de Trabajadores de la Compañía Eléctrica Nacional (GENOP-DEI) y la Confederación Griega de Funcionarios Públicos (ADEDY) contra Grecia. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-65-2011-dmerits-en>

las partes, sino que debe articularse por instrumentos legales como la legislación, la jurisprudencia, la normativa o los convenios colectivos. Concluye, por lo tanto, que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 no está de conformidad con el artículo 4.4 de la CSE en cuanto a la falta de preaviso de la extinción del contrato de apoyo a emprendedores y en cuanto a la ausencia de indemnización de dicho contrato, solicitando al Gobierno que informe en futuros informes sobre el plazo de preaviso y la indemnización aplicable a la extinción de este contrato de trabajo. En definitiva, viene a incorporar esta disconformidad con la Carta a las ya antedichas sobre terminación de contratos temporales y despidos por razones objetivas con una duración superior a seis meses que se acumula al histórico de los informes del CEDS.

Las últimas observaciones del Comité,³⁹³ presentadas el 24 de enero de 2019, mantienen las críticas en gran medida. En primer lugar, el CEDS se remite a las XX conclusiones respecto al incumplimiento de España de la Carta en los aspectos ya reseñados. El Comité sigue incidiendo en que España no se encuentra de conformidad con la Carta en cuanto al preaviso de dos semanas para los trabajadores con más de seis meses de servicio, no siendo razonable.

Asimismo, el Comité resalta que el artículo 4.4 de la CSE no se aplica solo a las causas de despido sino a cualquier terminación de empleo derivado de quiebra, incapacidad o muerte del empresario; y que tampoco es razonable que no haya periodo de notificación en caso de fallecimiento o incapacidad del empleador persona física o para trabajadores en libertad condicional.

c) La reclamación 65/2011 interpuesta contra Grecia ante el Comité Europeo de Derechos Sociales

Se trata de una reclamación interpuesta por la Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional de Electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos contra Grecia (ADEDY) contra el Estado griego por incumplimiento de la Carta Social Europea.

La trascendencia de analizar este supuesto deriva de que Grecia es uno de los Estados miembros de la Unión Europea que más ha modificado su ordenamiento interno como consecuencias de las obligaciones derivadas de las medidas de gobernanza económica adoptadas en el marco de la crisis del 2008, ya sea en el seno de la UE o mediante los acuerdos supranacionales entre las entidades financieras, la UE y el Estado griego

³⁹³ Comité Europeo de Derechos Sociales. Conclusiones XXI-3, de 24 de enero de 2019. Recuperado de <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XXI-3/def/ESP/4/4/EN>

(Guamán y Noguera, 2014). Sobre esta decisión, Jimena (2014, b) ha resaltado su importancia, pues aboga por que la misma supone un precedente para evaluar futuras reformas laborales austeras o flexibles.

Se estudia pormenorizadamente esta resolución, pero se debe remarcar que existen otras resoluciones como la 66/2011, así como las resoluciones 76 a 80 de 2012, todas ellas del Comité. En otros aspectos de la legislación social, como la salud o las pensiones, dicho órgano de control ha constatado que Grecia incumple la Carta Social Europea.

La importancia de esta resolución es su implicación para España, pese a no ser aplicable el sistema de reclamaciones colectivas. Así, se nos aplican directamente las conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales a través del sistema de informes periódicos, y de forma indirecta las reclamaciones colectivas frente a otros países susceptibles de ser aplicadas a supuestos análogos a nuestro país, como ocurre con el periodo de prueba en Grecia, regulación de contenido similar a nuestra reforma laboral (Jimena, 2019). En el mismo sentido, las decisiones de fondo que emanan de los procedimientos de reclamaciones colectivas del CEDS son aplicables por los tribunales nacionales de los Estados firmantes de la Carta Social Europea (Cardona, 2015). Es importante aquí destacar que lo anterior afecta a un artículo que sí ha sido ratificado por España.

Los sindicatos venían a manifestar en la queja, fundamentalmente, que se viola el artículo 4.4 de la CSE por el periodo de prueba de un año recogido en la reforma griega. Con un periodo tan largo y sin limitarse a la calificación del trabajador vulnera el principio de proporcionalidad, así como el derecho al preaviso del trabajador cuando el contrato de trabajo va a extinguirse.

El Gobierno griego, por su parte, alega en su defensa la situación de crisis económica y la necesidad, por lo tanto, de emplear medidas de ajuste y su carácter provisional.

El siguiente extracto de la resolución del Comité permite sustentar el mantenimiento de los derechos que venía disfrutando la población ante las situaciones de crisis económica:

17. The Committee considers that what applies to the right to health and social protection should apply equally to labour law and that while it may be reasonable for the crisis to prompt changes in current legislation and practices in one or other of these areas to restrict certain items of public spending or relieve constraints on businesses, these changes should not excessively destabilise the situation of those who enjoy the rights enshrined in the Charter.

[17. El Comité considera que lo que se aplica al derecho a la salud y la protección social debe aplicarse igualmente a la legislación laboral y que, si bien es razonable que la crisis provoque cambios en la legislación y las prácticas vigentes en una u otra de estas áreas, restringe ciertos elementos del gasto público o aliviar las restricciones en las empresas, estos cambios no deben desestabilizar excesivamente la situación de quienes disfrutan de los derechos consagrados en la Carta].

Lo anterior engarza con lo dicho por el Comité en otras resoluciones y en lo manifestado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT en el caso número 2918 sobre España, en que en las situaciones de crisis no pueden concluir con una merma de los derechos de los trabajadores.

Seguimos con la siguiente reflexión de interés del Comité:

18. The Committee considers that a greater employment flexibility in order to combat unemployment and encourage employers to take on staff, should not result in depriving broad categories of employees, particularly those who have not had a stable job for long, of their fundamental rights in the field of labour law, protecting them from arbitrary decisions by their employers or from economic fluctuations. The establishment and maintenance of such rights in the two fields cited above is indeed one of the aims the Charter. In addition, doing away with such guarantees would not only force employees to shoulder an excessively large share of the consequences of the crisis but also accept pro-cyclical effects liable to make the crisis worse and to increase the burden on welfare systems, particularly social assistance, unless it was decided at the same time to stop fulfilling the obligations of the Charter in the area of social protection.

[18. El Comité considera que una mayor flexibilidad en el empleo para combatir el desempleo y alentar a los empleadores a contratar personal no debería resultar en privar a amplias categorías de empleados, particularmente aquellos que no han tenido un trabajo estable durante mucho tiempo, de sus derechos fundamentales en el campo de la legislación laboral, protegiéndolos de las decisiones arbitrarias de sus empleadores o de las fluctuaciones económicas. El establecimiento y mantenimiento de tales derechos en los dos campos mencionados anteriormente es, de hecho, uno de los objetivos de la Carta. Además, eliminar tales garantías no solo obligaría a los empleados a soportar una proporción excesivamente grande de las consecuencias de la crisis, sino que también aceptaría efectos procíclicos que podrían empeorar la crisis y aumentar la carga sobre los sistemas de bienestar, en particular la asistencia social. A menos que se decidiera al mismo tiempo dejar de cumplir con las obligaciones de la Carta en el área de la protección social].

El CEDS se reafirma en el sentido de que la flexibilidad no puede conllevar la desprotección de colectivos de trabajadores, especialmente aquellos con peores condiciones laborales.

Con las cuestiones previas antedichas, las conclusiones del Comité en la reclamación contra Grecia sostienen que:

26. To date the Committee has not been required to rule specifically on the concept of probationary or trial periods, the length that such a period might last, in view, in particular, of the qualifications required for the post occupied, or the circumstances under which the extension of the period may be regarded as acceptable. However, it does go without saying that, while it is legitimate for such concepts to apply to enable employers to check that employees' qualifications and, more generally, their conduct meet the requirements of the post they occupy, the concept should not be so broadly interpreted and the period it lasts should not be so long that guarantees concerning notice and severance pay are rendered ineffective.

27. However, in the instant case, Section 17§5 of Act No. 3899 of 17 December 2010 makes no provision for notice periods or severance pay in cases where an employment contract, which qualify as 'permanent' under the said law, is terminated during the probationary period set at one year by the same law.

28. Therefore, whatever the qualification that is given to the contract in question, the Committee concludes that Section 17§5 of Act No. 3899 of 17 December 2010 constitutes a violation of Article 4§4 of the 1961 Charter.

[26. Hasta la fecha, no se ha requerido al Comité que se pronuncie específicamente sobre el concepto de períodos de prueba, la duración que tal período podría durar, en particular, en vista de las calificaciones requeridas para el puesto ocupado, o las circunstancias en las cuales la extensión del período puede considerarse aceptable. Sin embargo, no hace falta decir que, si bien es legítimo que tales conceptos se apliquen para permitir a los empleadores verificar que las calificaciones de los empleados y, en general, su conducta, cumplan con los requisitos del puesto que ocupan, el concepto no debe ser tan ampliamente interpretado y el período que dura no debe ser tan largo que las garantías relativas a la notificación y la indemnización por despido se vuelvan ineficaces.

27. Sin embargo, en el presente caso, la Sección 17.5 de la Ley Número 3899 de 17 de diciembre de 2010 no contempla periodos de preaviso o indemnización por despido en los casos en que un contrato de trabajo, que califica como “permanente” según dicha ley, se rescinda el período de prueba fijado en un año por la misma ley.

28. Por lo tanto, independientemente de la calificación otorgada al contrato en cuestión, el Comité concluye que el artículo 17.5 de la Ley n.º 3899 de 17 de diciembre de 2010 constituye una violación del artículo 4.4 de la Carta de 1961].

Los efectos de la crisis sitúan la profunda contradicción que atraviesa el discurso jurídico y político de los derechos sociales en países de la periferia europea como España, Portugal o Irlanda. Los derechos se usan como fuente de legitimación del Estado para, al mismo tiempo, ser sacrificados con el fin de satisfacer las exigencias de los principales poderes financieros. Desde el punto de vista jurídico, estos derechos continúan formalmente siendo como un avance del constitucionalismo social y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se incorporan en los distintos Estados tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial (Pisarello, 2011). La trascendencia de extender los criterios del CEDS en casos como el supuesto que se acaba de analizar, radica en que se posibilita una revitalización de los derechos sociales como reconstrucción de las sociedades democráticas ante los mercados.

3.6. La Organización de Estados Americanos

La Organización de Estados Americanos (OEA), aunque tiene su origen en la Primera Conferencia Internacional Americana celebrada en Washington DC, de octubre de 1889 a abril de 1890, formalmente fue creada en 1948. Bajo el seno de esta Organización se configura el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que se inaugura con la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre³⁹⁴ y se estructura en torno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁹⁵ en 1969. El Protocolo de San Salvador de 1988³⁹⁶ vendrá a completar a la Convención desde una óptica de los derechos sociales. Los dos órganos que velan por el cumplimiento de los anteriores textos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con sede en Washington, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), con sede en San José.

Se trata de un sistema que incorpora una declaración de derechos pionera al ser seis meses anterior a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero su enfoque es distinto al modelo de integración regional europeo, puesto que el propio preámbulo de la Carta de Organización de los Estados Americanos³⁹⁷ parte del respeto de la soberanía de

³⁹⁴ Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/Declaración_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf

³⁹⁵ Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

³⁹⁶ Recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

³⁹⁷ Recuperado de http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp

cada Estado y el mejoramiento de todos desde la independencia de los mismos (Saiz, 2017).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es el tribunal encargado de interpretar y aplicar el Convenio Americano de Derechos Humanos (CADH) y demás textos que lo desarrollan, y también actúa como órgano consultivo sobre DDHH para las obligaciones de los Estados Americanos. Tal y como ya se ha estudiado, la Corte es pionera en la protección y la efectividad de los derechos humanos en el marco interamericano a través del ejercicio del control de convencionalidad. Igualmente, se complementa con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es un órgano cuasi jurisdiccional consultivo para los Estados en materia de derechos humanos que emite informes sobre la situación general y por países, y actúa también por denuncias de particulares.

En el panorama interamericano, la protección de los derechos sociales ha sido fruto de una construcción progresiva. Así se parte de la CADH, que solo recogía el principio de progresividad en su artículo 26 como único precepto que permitía hacer una ligazón con los derechos sociales a través del principio de progresividad. Por otro lado, para garantizar justiciabilidad de los derechos sociales se ubica el artículo 29 de la CADH, que recoge el principio *pro persona*, que sería una suerte de estándar mínimo de protección en términos europeos, lo que implica que ninguna de las disposiciones de la Convención se puede interpretar limitando el goce y ejercicio de cualquier derecho reconocido en cualquiera de las leyes de los Estados, tratados o textos internacionales tales como la Declaración Americana de Derechos del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos o los pactos internacionales que reconocen los DESC. El segundo texto de referencia al que nos referimos es la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales³⁹⁸, que incorporaba derechos de índole laboral, pero que su contenido no pasaba de ser meramente declarativo.

Es con el Protocolo de San Salvador cuando se consagra la indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, situándose la problemática en este punto en que solo los Estados firmantes del mismo pueden ser llevados ante la Corte Interamericana por vulneraciones de dichos derechos. En las tesis de la protección y exigibilidad de los derechos sociales, el Protocolo de San Salvador fue bien recibido por la doctrina puesto que se logra llenar en alguna medida el vacío histórico dejado por la

³⁹⁸ Recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TraInt/Derechos Humanos/OTROS 01.pdf>

Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los DESC, dotándoles de mayor garantía (Ventura, 2004).

Se trata, por lo tanto, de vencer una visión de los instrumentos que recogen los derechos económicos, sociales y culturales como políticos y no como obligaciones jurídicas de los Estados, como ocurre en gran parte con los derechos civiles y políticos (Abramovich y Courtis, 1997).

Pese a los propios avances del SIDH en la protección de los derechos sociales, se puede señalar que aún no se ha alcanzado la justiciabilidad directa de los mismos puesto que principalmente ha abordado la tutela desde la óptica de los derechos civiles y políticos, como ha sucedido en el marco regional europeo (Ferrer Mac-Gregor, 2017) y que se ha estudiado anteriormente.

Sin embargo, otros autores vienen a postular que cualquier persona o sujeto colectivo pueden acceder al SIDH en tutela de sus derechos. En tal sentido, se apuesta por derribar las barreras entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales para lograr la tutela de estos últimos en el sistema interamericano. En consecuencia, se integran diversas formas de protección. La primera forma es la de los derechos civiles a la luz de los derechos sociales. La segunda es el derecho a la igualdad y a la no discriminación consagrado en el artículo 24 de la CADH, que comprende los derechos sociales. En tercer lugar, los derechos económicos, sociales y culturales funcionan como límite al ejercicio de los derechos civiles y políticos. La cuarta vertiente es la protección de los derechos sociales a través de la garantía a un proceso justo comprendido en el artículo 8 de la CADH. La quinta consideración es el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la CADH y que se remite también a las normas internacionales de protección, como pueden ser las de la OIT o el PIDESC al margen del propio Protocolo de San Salvador (Abramovich, 1997).

En los mismos postulados, Pinto (2012) aboga por la justiciabilidad y la exigibilidad de los derechos sociales en el SIDH. Para la referida autora, aunque la Convención prioriza los derechos civiles y políticos, tanto la fórmula del desarrollo progresivo del artículo 26 de dicho texto³⁹⁹ como la Carta de la OEA en su texto reformado de Buenos Aires y el propio Protocolo de San Salvador forman un conjunto normativo que viene a acoger la existencia de obligaciones positivas para los Estados. Por ello, el objetivo es alcanzar el cumplimiento de los DESC vinculando jurídicamente a los Estados en los

³⁹⁹ Esta disposición conecta con el PIDESC, que en su artículo 2.1 consagra el desarrollo progresivo de los derechos consagrados en el texto.

objetivos para llegar a dicho fin. En tal sentido, respecto a los informes que presentan los Estados a la CIDH, se deben aportar los indicadores de progreso para que la Comisión verifique el grado de cumplimiento de los DESC invalidando las medidas regresivas en este campo.

Por lo tanto, se partía en la jurisprudencia anterior de la Corte en una visión basada en que la protección de los derechos sociales se debía obtener de forma indirecta, a través de la invocación de la violación de los derechos civiles y políticos, hasta la incorporación desde el enfoque de su tutela basado en el “principio de progresividad” del artículo 26 de la carta (Burgogue-Larsen, 2012). Es por ello que el giro jurisprudencial de interdependencia de los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales ha permitido proteger los derechos de los trabajadores desde el caso Acevedo Buendía y otros, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2009.⁴⁰⁰

Procede ahora realizar una serie de consideraciones en torno al derecho de libertad sindical. La protección de este derecho ha quedado garantizada por la Corte Interamericana desde la visión de los derechos civiles y políticos a través del artículo 16 de la Convención, que consagra la libertad de asociación, en una integración de su dimensión colectiva, el derecho a huelga y la acción por los medios apropiados. Esto es importante puesto que, desde el ámbito del Protocolo de San Salvador, se podría interpretar que la Corte, conforme al artículo 19. 6 de dicho texto, solo tiene competencia sobre el artículo 8 a) del Protocolo, que consagra únicamente el derecho de afiliación y de organización, pero no el derecho a la huelga (Burgogue-Larsen, 2012).

En este sentido, el encaje del Protocolo de San Salvador en el SIDH, refuerza la protección de los derechos humanos tanto en su vertiente jurisdiccional y no jurisdiccional de los mismos, ejerciéndose en consecuencia la tutela por la Corte y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Ventura, 2004). Ante esas interpretaciones restrictivas hacia la tutela de los derechos sociales, Ferrer Mc-Gregor (2017) establece una serie de argumentos para descartar la visión limitada expuesta anteriormente, lo que posibilita una protección integral del derecho a la libertad sindical a través de la pasarela que posibilita el artículo 26 de la CADH.

⁴⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acevedo Buendía y otros (“cesantes y jubilados de la Contraloría” vs. Perú. Sentencia de 1 de julio de 2009. Recuperado de [www.corteidh.or.cr > docs > casos > articulos > seriec_198_esp](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp)

El primer argumento consiste en que el Protocolo de San Salvador no limita expresamente las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH de respeto de los derechos y libertades reconocidos a las personas en la Convención, por lo que aboga por la interpretación menos restrictiva. En segundo lugar, ninguna norma del Protocolo limita o disminuye el alcance del CADH. Para el citado autor, esta sería la interpretación más idónea a través de los criterios sistemático, teleológico y evolutivo. Este último criterio es fundamental en relación con el propio desarrollo de la jurisprudencia de la CorteIDH. En definitiva, viene a determinar que la CorteIDH se encuentra facultada para utilizar el Protocolo de San Salvador junto a otros instrumentos internacionales con el fin de establecer el contenido y alcance de los DESC que se pueden proteger por el artículo 26 de la CADH.

El espacio de protección del derecho a la libertad sindical se amplió desde el asunto Lagos del Campo contra Perú, donde la CorteIDH asentó la protección de la libertad de expresión en el derecho a la libertad sindical. En este sentido, se extiende la figura de la protección de dicho derecho al ámbito de otras organizaciones distintas de las sindicales y su protección para evitar el despido antisindical (Canessa, 2017).

En definitiva, la CorteIDH está facultada para una protección integral de los derechos sociales, en aplicación del principio de progresividad del artículo 26 de la CADH en relación con el artículo 1.1, que recoge la obligación de respetar los derechos, y el principio *pro persona* del artículo 29 de la Convención, que posibilita esta interpretación para lograr la tutela autónoma de los DESC. Al mismo tiempo, esta técnica interpretativa se viene a conectar con la interdependencia de los derechos y de la propia indivisibilidad, lo que debe llevar a la competencia de la CorteIDH a tutelar los derechos sociales al calor de la Convención (Ferrer Mc-Gregor, 2017).

Por último, otro aspecto destacable de la labor de la CorteIDH ha sido la construcción del control de convencionalidad en los últimos años a través de sus sentencias al plantear que, al obligarse los Estados desde el plano internacional, incorporan dichas obligaciones al plano interno con sus órganos y controles constitucionales para garantizar su aplicación y, cuando estos no lo cumplan, procede la aplicación del control de convencionalidad (Pelayo, 2013).

Esta armazón dialéctica y jurídica se viene a articular a través del diálogo judicial, que es un elemento que la CorteIDH usa con vigor y sirve para consolidar el control de convencionalidad y la protección multinivel de los derechos. Los fundamentos teóricos que amparan al control de convencionalidad ya han sido estudiados en el capítulo II con

el recorrido de la evolución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por lo que no es necesario reiterarnos en este punto.

Capítulo IV. El Derecho Internacional del Trabajo en los tribunales españoles: un análisis de la jurisprudencia estatal

En este capítulo se estudia de forma correlativa cómo se usa el contenido de las normas internacionales analizadas en este trabajo desde la óptica de la jurisprudencia interna. En primer lugar, estudiaremos el contenido de las sentencias que tratan sobre los pactos internacionales, después los tres convenios de la OIT y, por último, en el ámbito europeo, el CEDH y la CSE.

En el estudio de la jurisprudencia interna sobre cada norma internacional se van a extraer los datos en referencia a cada procedimiento para acumularlos y poder formular conclusiones sobre lo que expresan esos datos agregados. El estudio se centra en el análisis de las sentencias que se han pronunciado sobre las normas internacionales específicas sin perjuicio de acudir a algún otro tipo de resolución judicial, fundamentalmente autos.

Estudiaremos en cada supuesto qué órganos judiciales conocen de los procedimientos, en qué fases recaen las sentencias, qué tipos de procedimientos, la cronología de las sentencias, las partes que intervienen en dichos procedimientos, cómo se usa la cita de la norma internacional, qué operador jurídico cita la norma y cómo se reparten las citas por artículos.

Después se acude a los comentarios de las sentencias distinguiendo los órganos de la jurisdicción social que intervienen (Juzgado de lo Social, Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Nacional, Tribunal Supremo). Se hará un comentario más exhaustivo de las sentencias del Tribunal Constitucional por la manifiesta importancia que tiene en nuestro ordenamiento como garante de los derechos fundamentales.

4.1. La jurisprudencia sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Se comienza este estudio por el pacto sobre los derechos civiles y políticos. En este apartado se trata del análisis, en primer lugar, de la jurisprudencia social sobre el artículo 22, que reconoce el derecho de libre sindicación. Como se va a tener oportunidad de comprobar, se trata de un número escaso de resoluciones y con un contenido superficial. Por otro lado, en el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el resultado es prácticamente inédito.

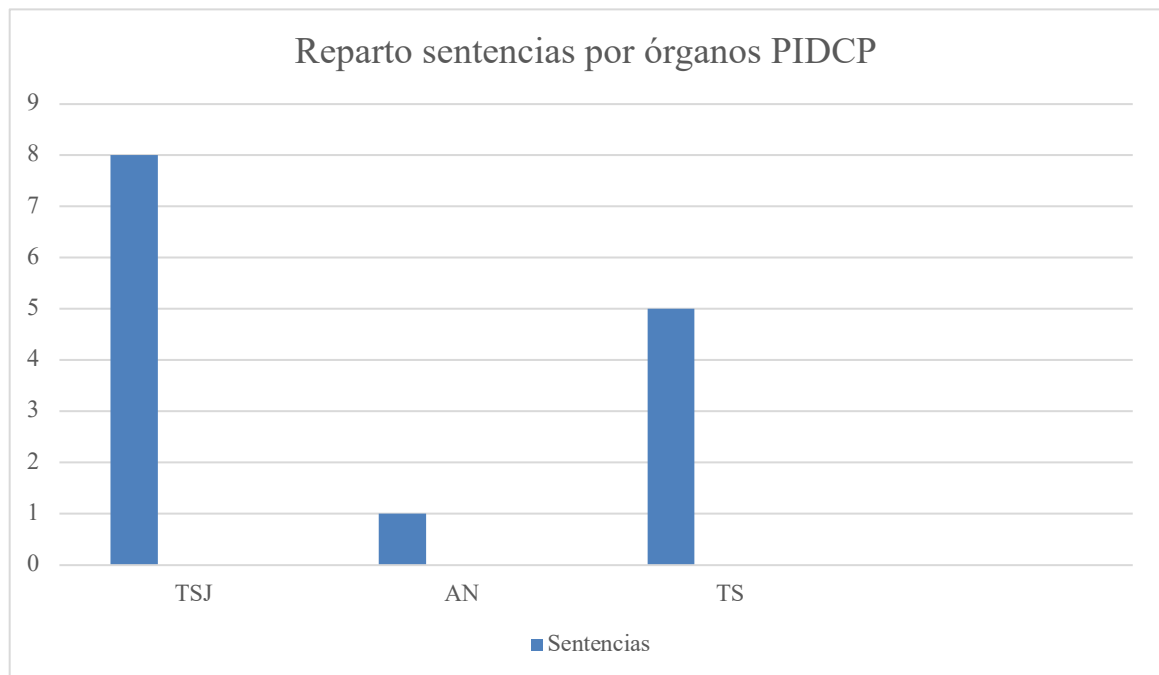
4.1.1. La jurisprudencia en el orden social sobre el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

a) *Balance general*

La búsqueda se centra en relación con el artículo 22, que entronca con el contenido material que se estudia en la presente tesis, aunque en alguna de dichas sentencias se pueden invocar otros contenidos del Pacto, como su uso genérico siempre que entren en los criterios de búsqueda sobre dicho artículo.

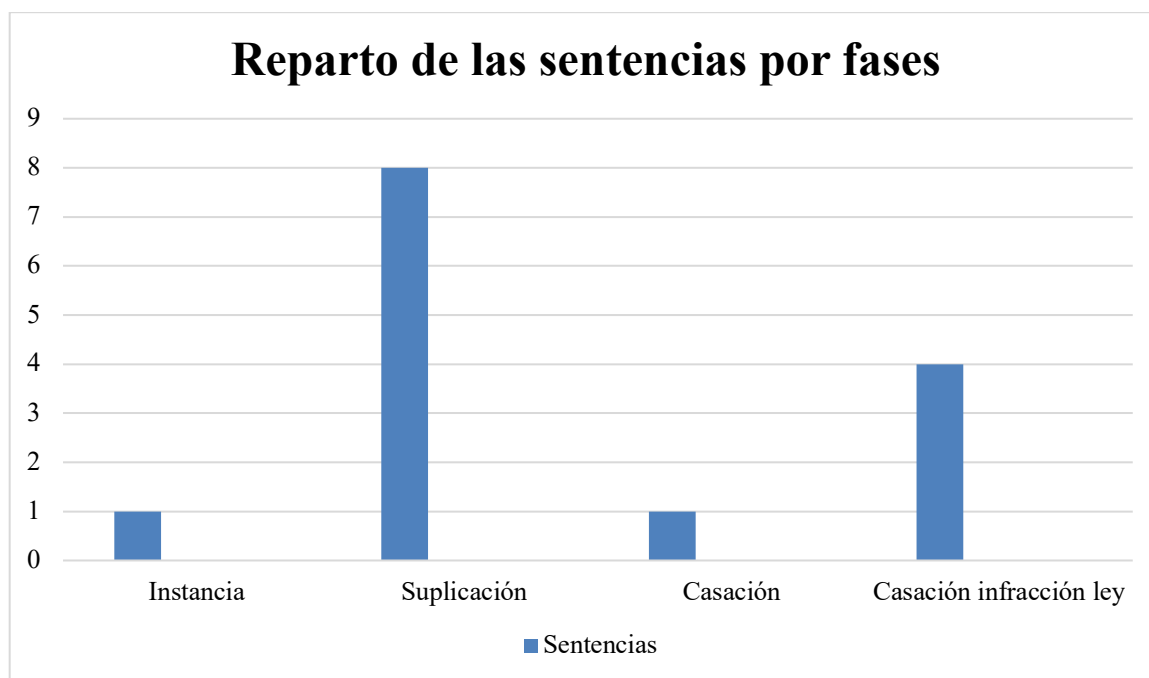
Del repertorio jurisprudencial consultado, Thomson Reuters Aranzadi, solo se encuentran catorce sentencias que se relacionan con el artículo 22 del Pacto, aun no citando dicho artículo de forma directa. A continuación, se procede a extraer los datos que arrojan dichas sentencias.

Tabla 1. Reparto sentencias por órganos PIDCP



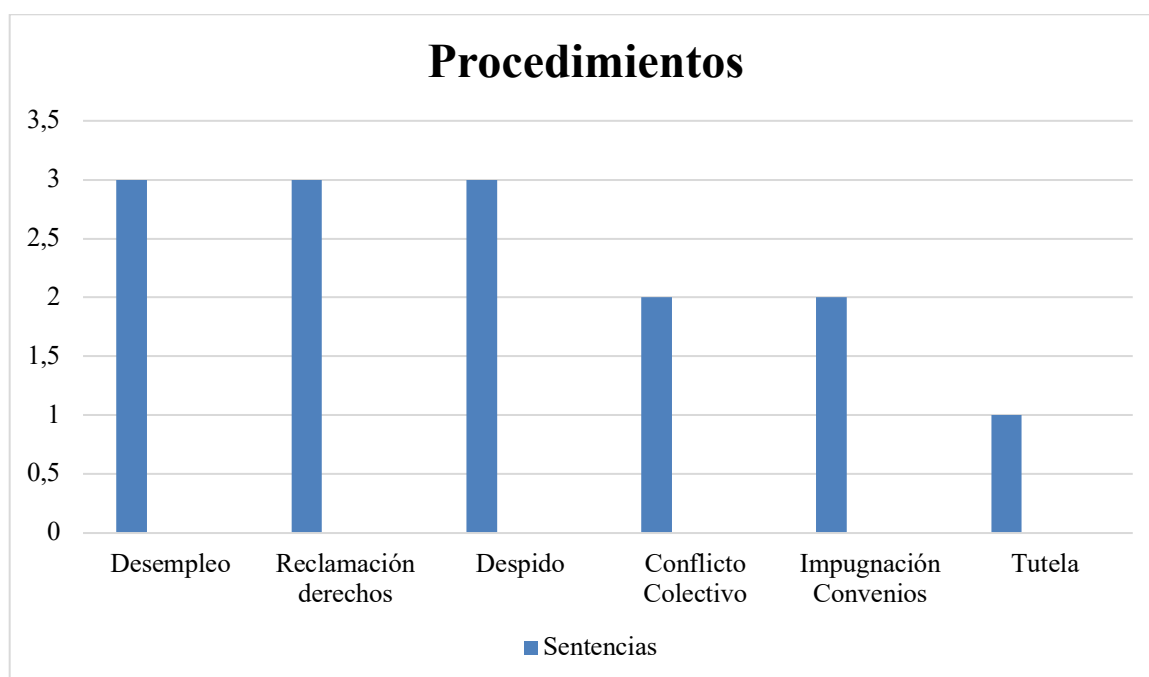
La siguiente cuestión es analizar las resoluciones en función de la fase del procedimiento en las que recaen:

Tabla 2. Reparto de las sentencias por fases PIDCP



Procede ahora el análisis de la distribución de dichas resoluciones por los tipos de procedimientos:

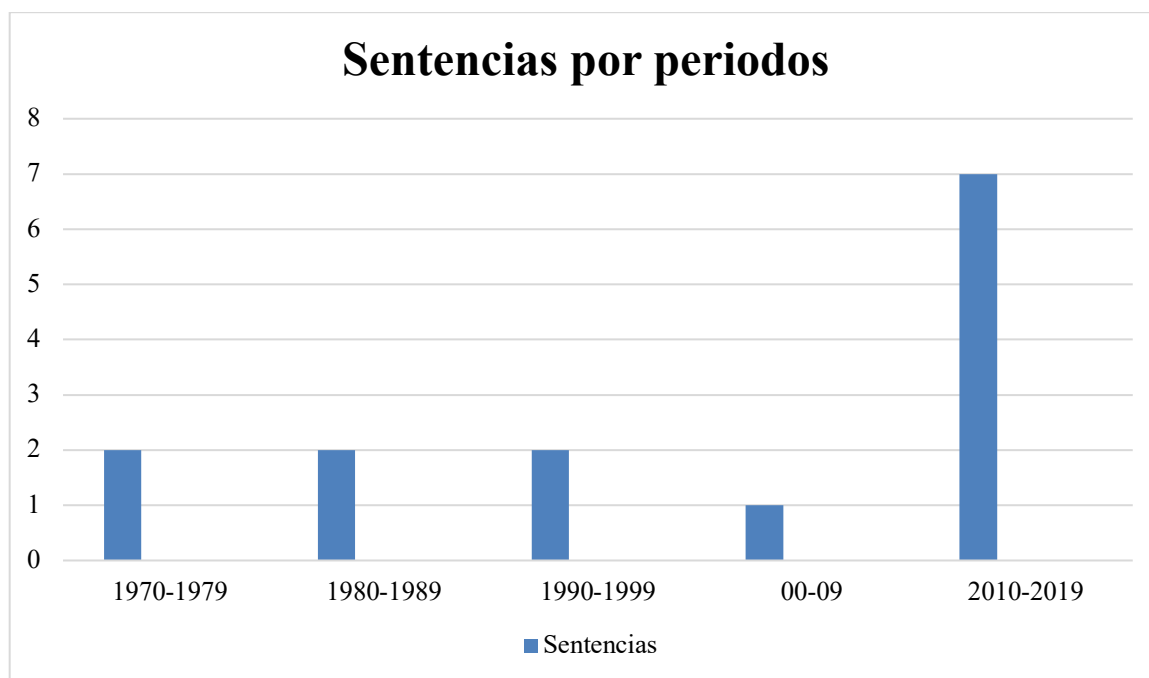
Tabla 3. Procedimientos PIDCP



De todas las resoluciones mencionadas, se produjeron una estimación y trece desestimaciones, ya sean en ambos casos de la demanda o del recurso pertinente.

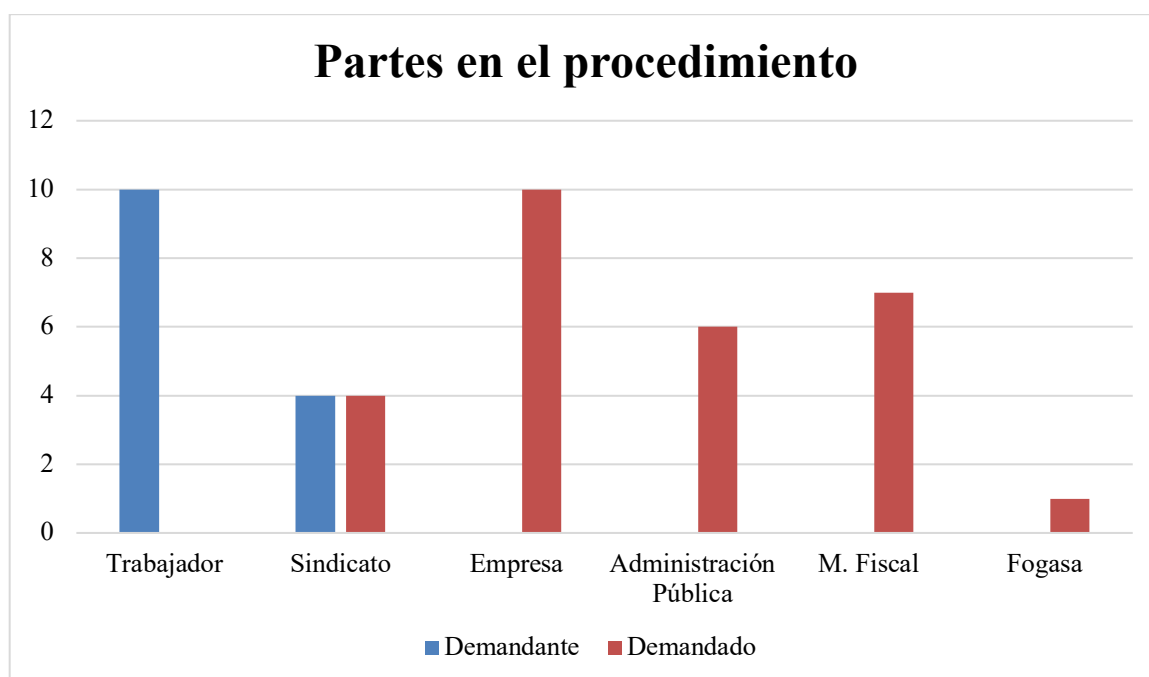
A continuación, se trata de ubicar las resoluciones en el espacio temporal al que pertenecen:

Tabla 4. Sentencias por periodos PIDCP



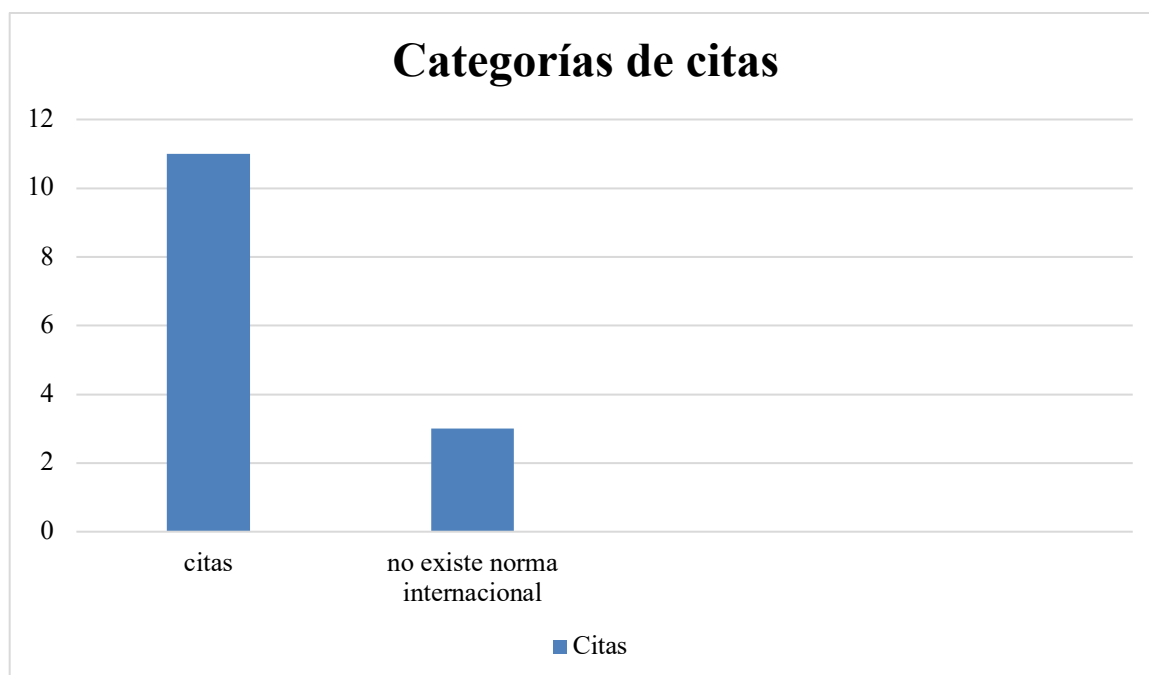
El siguiente aspecto es distinguir las partes que actúan en el procedimiento como demandantes y como demandados. Hay que señalar que en la siguiente clasificación se opta por un criterio estricto de administración pública conforme al artículo 2 del Estatuto Básico del Empleado Público. Este incluye a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las entidades locales, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas y las Universidades Públicas. Igualmente, se escoge un criterio amplio de empresa, incluyendo en su clasificación a los empleadores que no entran en el resto de personas jurídicas incluidas en el gráfico, así como el concepto de mercantil en sus distintas fórmulas recogidas en el código de comercio. Se mantiene este criterio en todo el estudio.

Tabla 5. Partes en el procedimiento PIDCP



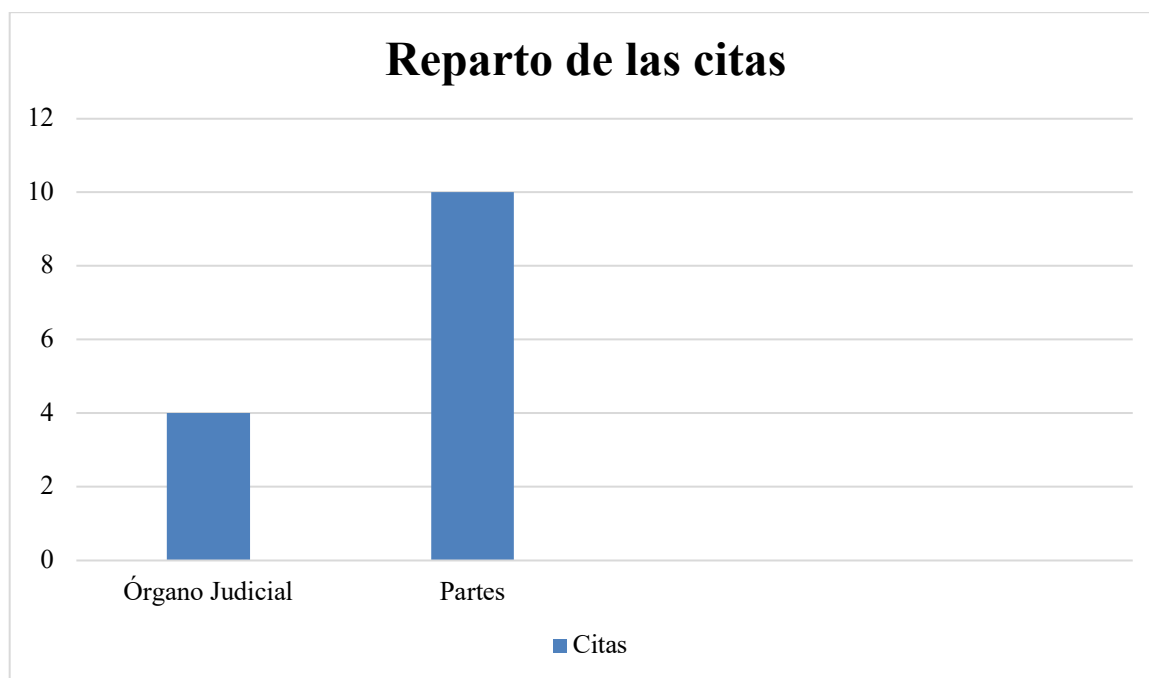
En cuanto a cómo se usan en dichas sentencias las referencias al Pacto, son meras citas en apoyo de los planteamientos de las partes o por el órgano jurisdiccional en la resolución del asunto, pero siempre apoyándose en el resto de la normativa internacional y nacional. También se emplea en tres procedimientos para señalar que el planteamiento del demandante no tiene apoyo en la norma internacional.

Tabla 6. Categorías de citas PIDCP



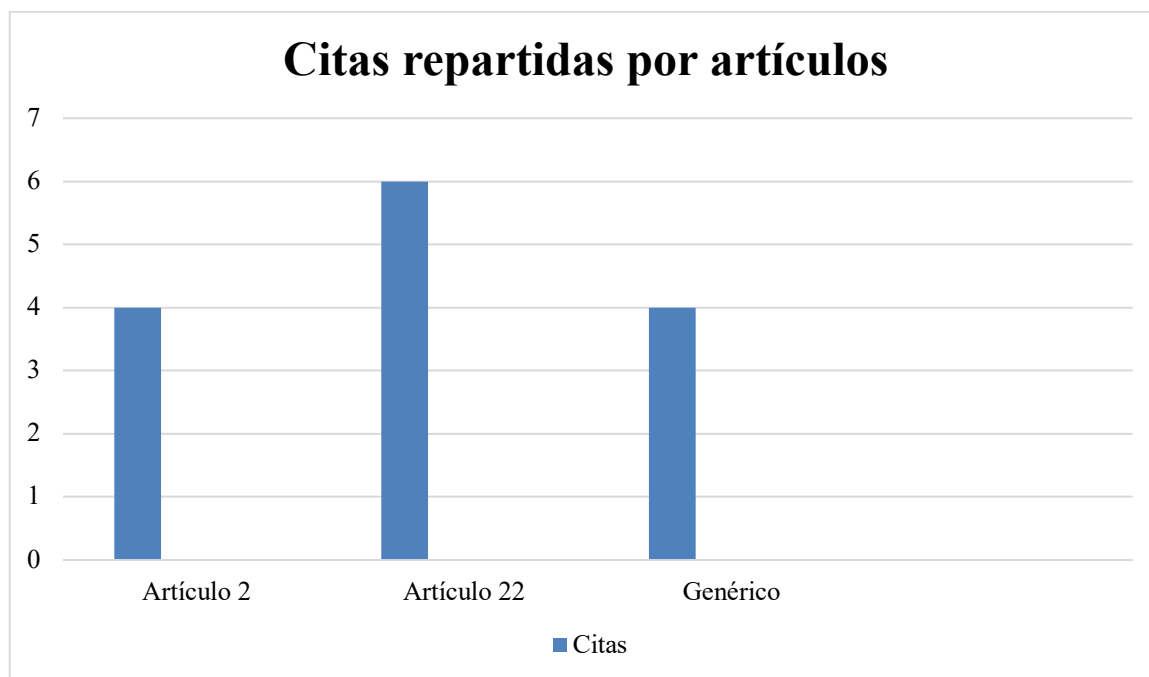
La siguiente cuestión que vamos a estudiar es cómo se reparten dichas citas:

Tabla 7. Reparto de las citas PIDCP



A continuación, se comprueba cómo se invocan las citas, siempre en relación con el derecho a la libertad sindical, que es el derecho que se encuentra en el PIDCP en concordancia con el presente estudio. Recogemos las referencias al artículo 22, puesto que se invocan en procedimientos donde la discusión es en torno a la libertad sindical:

Tabla 8. Citas repartidas por artículos PIDCP



De los datos obtenidos se efectúa una serie de conclusiones:

La primera es que el órgano jurisdiccional donde más se debate en torno al PIDCP son los Tribunales Superiores de Justicia, siendo todos ellos procedimientos en suplicación.

El otro órgano que tiene una presencia importante es la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

La segunda conclusión es que el debate sobre el PIDCP se suele producir de forma mayoritaria en fase de recurso, habiendo recaído trece sentencias en dicha fase; únicamente consta una en instancia.

La tercera conclusión es que los procedimientos revisten de pluralidad y con un reparto nada desdeñable. En tal sentido, se encuentran los procedimientos por desempleo o por despido, que son de carácter individual, con otros de carácter colectivo, como los procedimientos de conflicto colectivo o la tutela de derechos fundamentales.

La cuarta conclusión es que va aumentando temporalmente el debate en torno al PIDCP. Tras una presencia continua desde la década de los 70 a los 90 del siglo pasado, se sufrió un desplome en el primer periodo del siglo XXI. Sin embargo, en el segundo periodo del mismo siglo se produce un despegue en el uso de las citas, habiéndose puesto la mitad de las sentencias, esto es, siete.

La quinta conclusión es que se encuentra un reparto bastante parejo en la actuación procesal de los sujetos individuales y colectivos. En la vertiente individual destacan las diez intervenciones de los trabajadores como demandantes y, por su parte, la presencia de los sindicatos como demandantes y como demandados de igual forma, lo que viene a reflejar que el Pacto tiene una parte importante de uso en el derecho colectivo.

La sexta y última conclusión que se alcanza es la nula utilización de la cita del PIDCP respecto al ejercicio del control de convencionalidad y como canon hermenéutico del artículo 10.2 de nuestra Constitución. En este sentido, las citas estudiadas son referenciales o sin ser determinantes en la aplicación al caso concreto, encontrándose tres asuntos donde se constata que no existe norma internacional en relación con el derecho invocado. Habitualmente su uso se enmarca en un listado general de normas internacionales e internas sobre el derecho a la libertad sindical.

b) Breve referencia a las sentencias estudiadas

Las sentencias, como hemos dicho, usan de forma muy genérica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Existen una serie de resoluciones en las que se acude a dicha norma por el Tribunal para manifestar que el Pacto no consagra el derecho de los liberados sindicales a la prestación por desempleo por dejar dicha condición.⁴⁰¹

⁴⁰¹ Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Social). Sentencia 1746/2001, de 3 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2002\496].

Por otro lado, hubo otra serie de pleitos donde el debate sobre la amnistía laboral fue citado sin éxito por los trabajadores recurrentes con el fin de buscar que prosperase su recurso, lo que no concurre en dichos casos, fundamentalmente por cuestiones fácticas.⁴⁰²

4.1.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Únicamente la sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento de Navarra contra la llamada Ley de Extranjería, Ley Orgánica 4/2000, viene a referirse al PIDCP en relación con el derecho a la libertad sindical. Esta sentencia será vista en otros aspectos estudiados a continuación, centrándonos en este punto en lo que se dice sobre el Pacto. En tal sentido, recoge la parte recurrente el artículo 22 del Pacto cuando se está detallando el contenido del derecho a la libertad sindical, denunciando la vulneración de dicho precepto el artículo 11.1 de la ley.

En tal sentido, el Tribunal, invocando su doctrina ya plasmada en anteriores resoluciones, especifica que el derecho de asociación en su vertiente a la libertad positiva se ve contenido por lo recogido en el artículo 22 del PIDCP junto a otras normas internacionales. En consecuencia, el TC entiende que el ejercicio del derecho de sindicación vinculado a la situación de estancia o residencia legal en España es inconstitucional.

4.2. La Jurisprudencia sobre el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

A continuación, procede el estudio de la jurisprudencia en el orden social sobre el PIDESC. En este apartado se sigue la línea trazada por la jurisprudencia sobre el PIDCP, en cuanto a su escasez y uso del pacto internacional. En este apartado se estudia dicha jurisprudencia específica sobre el artículo 8 del Pacto, que es el que consagra el derecho a la libre sindicación. Después se trata la jurisprudencia constitucional que mantiene la tendencia vista en el estudio del PIDCP, aunque se ve un ligero aumento en el uso de la norma.

⁴⁰² Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 5 de octubre de 1979. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 1979\3471].

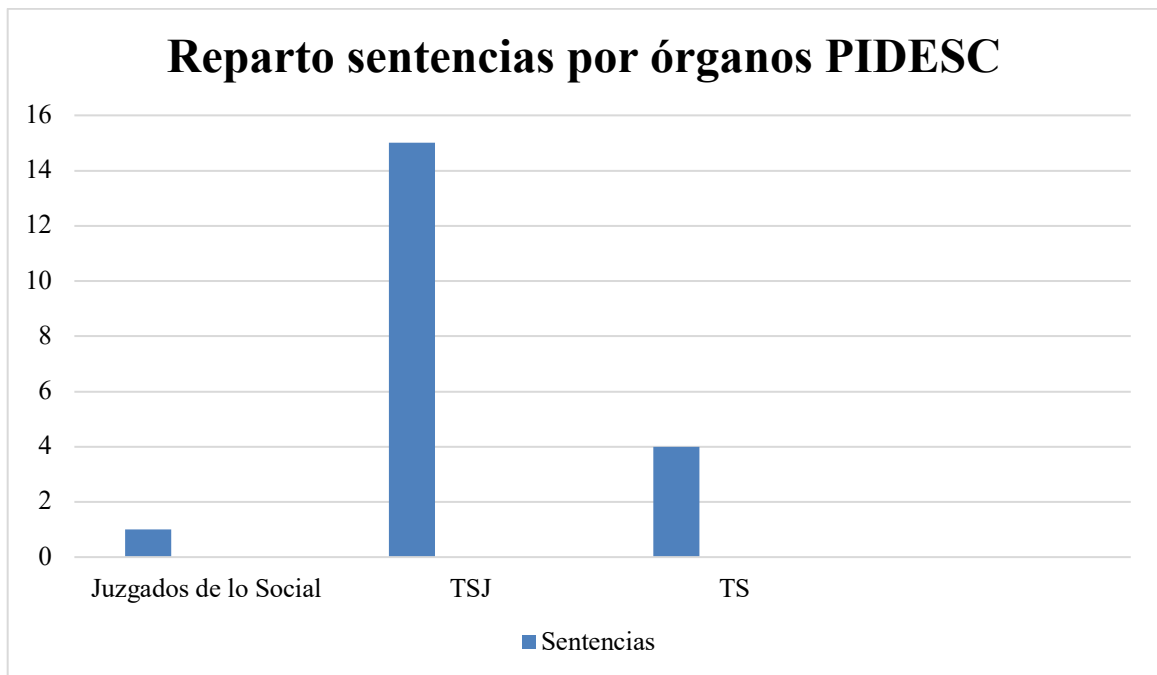
4.2.1. La jurisprudencia en el orden social respecto al artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

a) *Balance general*

La jurisprudencia interna sobre el PIDESC sigue la tendencia del anterior texto analizado, con pocas sentencias, y reviste de un contenido muy superficial en cuanto a la utilización de dicha norma internacional.

De la base de datos jurisprudencial usada, Thomson Reuters Aranzadi, existen veinte sentencias en torno a la libertad sindical y el artículo 8 del Pacto. Se sigue a continuación la metodología ya trazada en el análisis del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que se mantiene en todo el capítulo. Comienza este apartado, por lo tanto, con el reparto de las sentencias por órganos judiciales.

Tabla 9. Reparto sentencias por órganos PIDESC



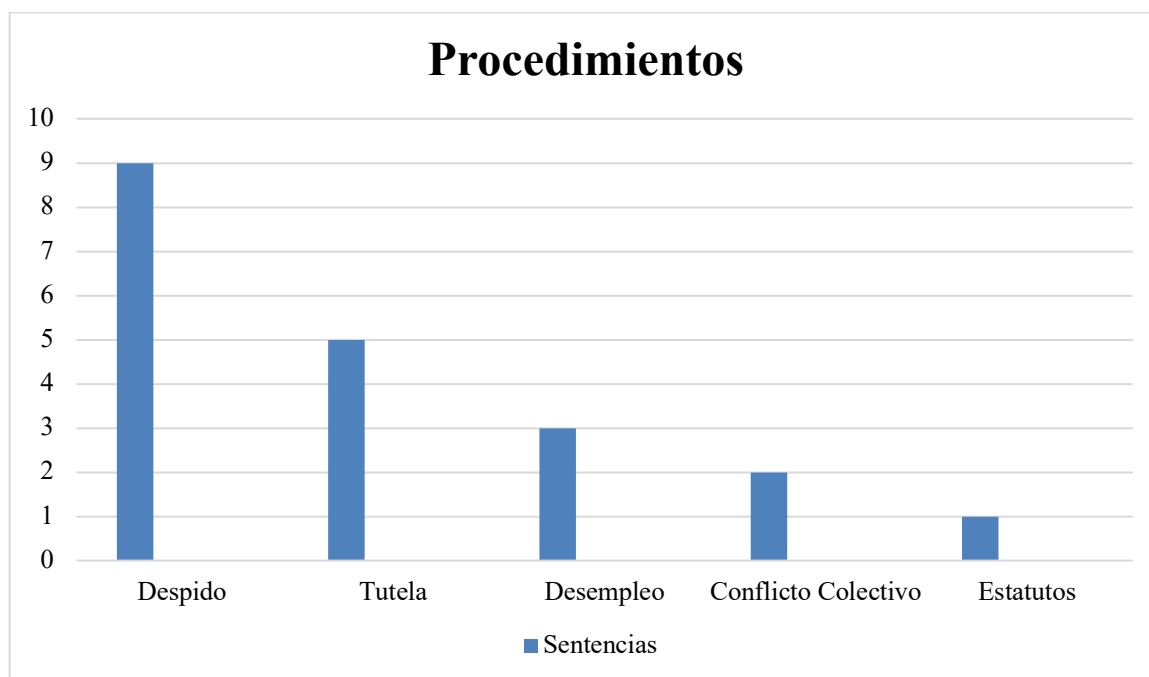
A continuación, es necesario procesar el dato consistente en qué fase del procedimiento recaen las referidas sentencias.

Tabla 10. Reparto de las sentencias por fases PIDESC



El siguiente paso consiste en obtener el tipo de procedimiento en el que se reparten dichas resoluciones:

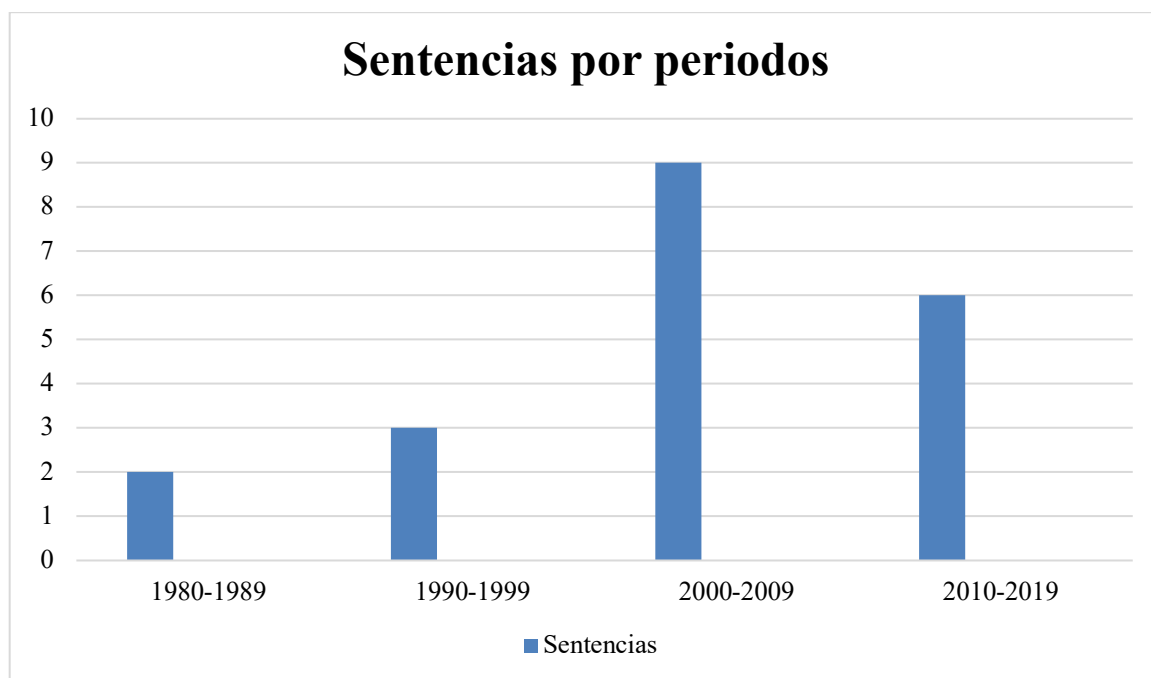
Tabla 11. Procedimientos PIDESC



De las veinte resoluciones se produjeron ocho estimaciones, once desestimaciones y una estimación de falta de legitimación activa para presentar la demanda por la parte actora.

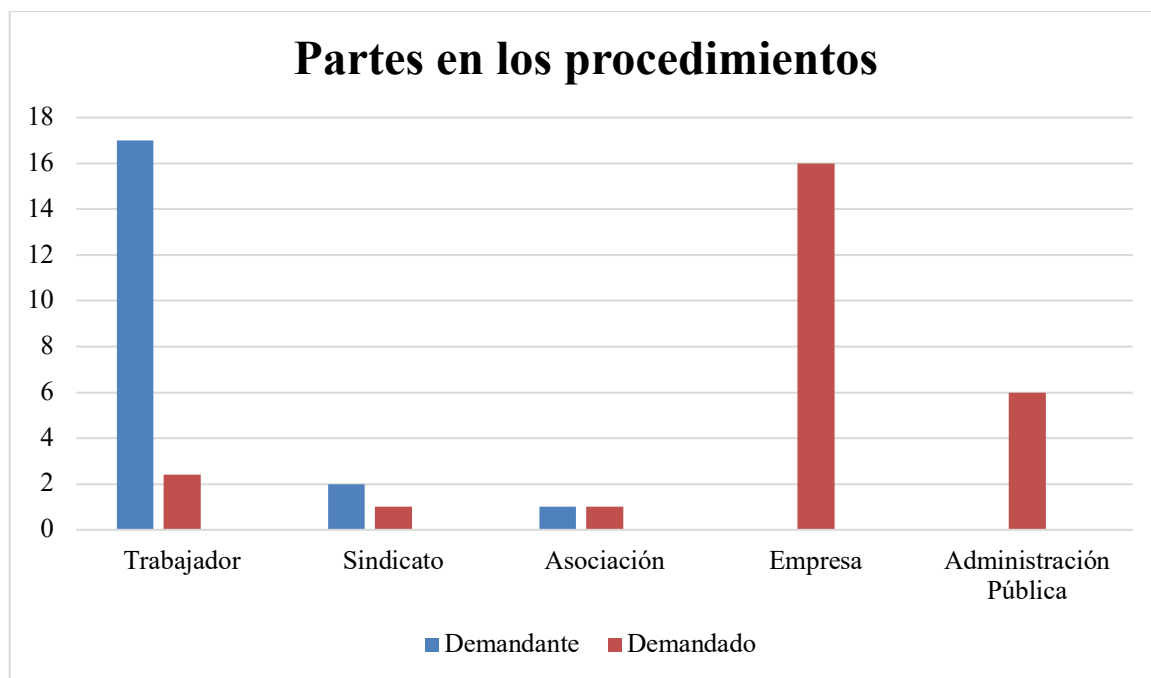
En el siguiente gráfico se acude a comprobar cómo se reparten en el espacio temporal las sentencias estudiadas:

Tabla 12. Sentencias por periodos PIDESE



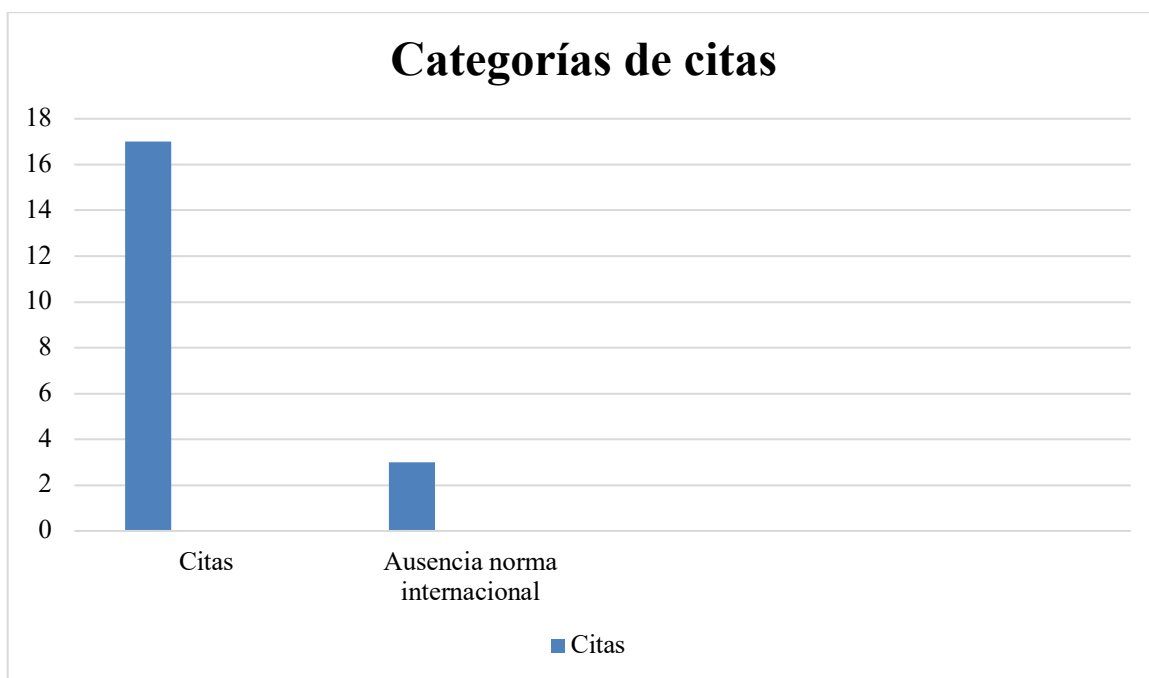
El próximo gráfico recoge el perfil de partes que intervienen y su actuación procesal:

Tabla 13. Partes en los procedimientos PIDESE



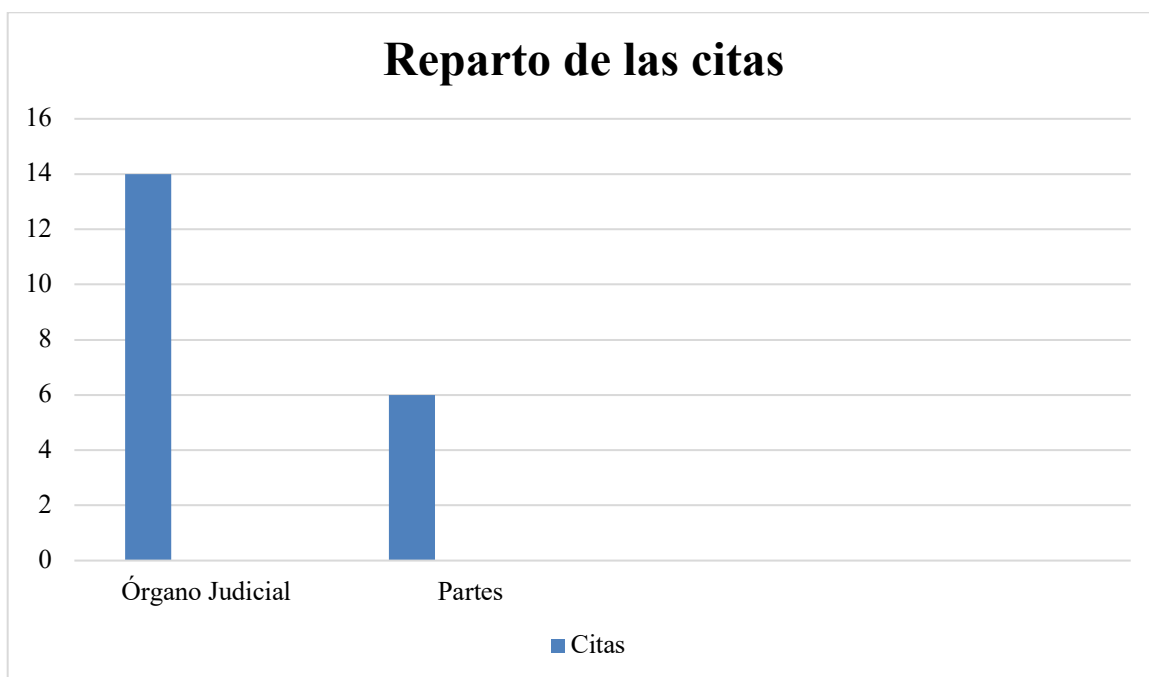
La siguiente cuestión es verificar cómo se utilizan las citas que incorporan las sentencias estudiadas:

Tabla 14. Categorías de citas PIDESC



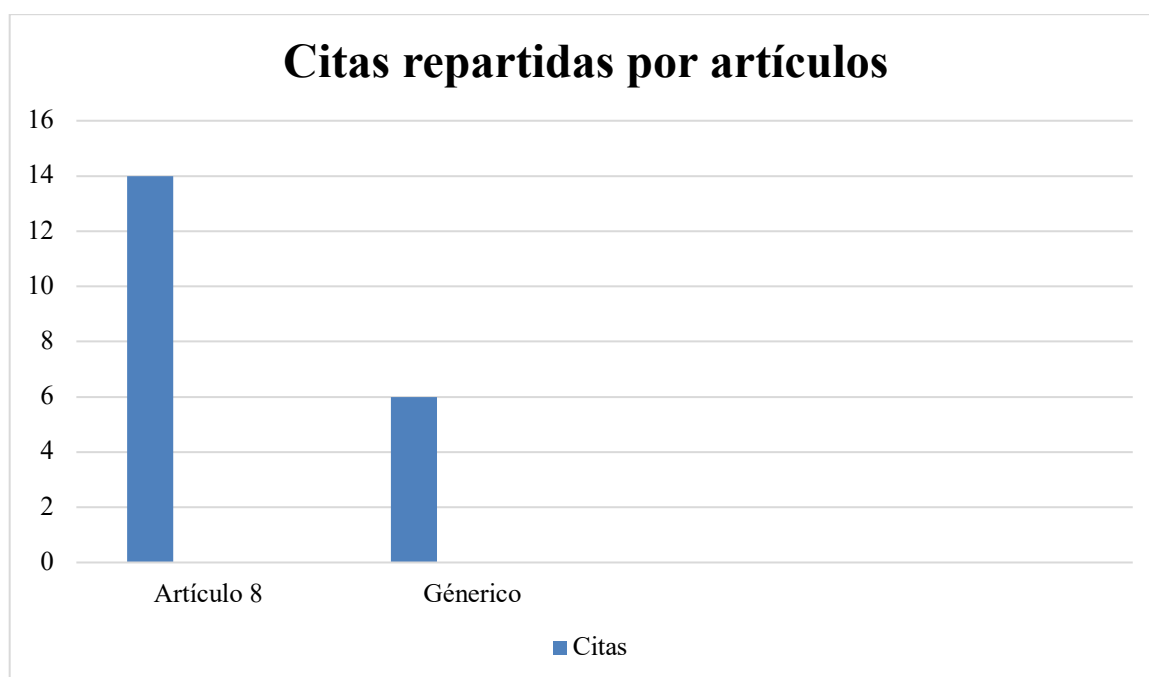
Ahora se va a comprobar cómo se reparten las citas entre los distintos operadores jurídicos:

Tabla 15. Reparto de las citas PIDESC



Por último, se procede a comprobar cómo se distribuyen las referidas citas en cuanto al contenido del Pacto:

Tabla 16. Citas repartidas por artículos PIDESC



De los datos obtenidos se extraen una serie de conclusiones:

La primera es que el órgano jurisdiccional donde más se debate en torno al PIDESC son los Tribunales Superiores de Justicia, siendo todos ellos procedimientos en suplicación, un total de quince. El otro órgano que tiene presencia, aunque a mucha distancia del anterior, es la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con cuatro sentencias.

La segunda conclusión es que el debate sobre el PIDESC se suele producir de forma mayoritaria en fase de recurso, habiendo recaído diecinueve sentencias en dicha fase y únicamente una en la instancia.

La tercera conclusión es que el despido y la tutela son los procedimientos más reiterados. En ambos casos, se conecta el contenido de la libertad sindical recogido en el PIDESC con el fondo del asunto o la petición solicitada por las partes.

La cuarta conclusión es que va aumentando el debate en torno al PIDESC. Se concentra en el siglo XXI habiéndose dictado quince sentencias y siendo el periodo con más sentencias el del 2000 al 2009 con un total de nueve.

La quinta conclusión es que es predominante la intervención en procedimientos individuales, como lo atestiguan las diecisiete actuaciones como demandantes de los trabajadores.

La sexta y última conclusión a la que se llega es la nula utilización de la cita del PIDESC respecto al ejercicio del control de convencionalidad y tampoco como canon hermenéutico del artículo 10.2 de nuestra Constitución. En este sentido, las citas

estudiadas son referenciales o sin determinar la aplicación al caso concreto. Sí que consta que en tres casos se advierte que no existe norma internacional de aplicación. Por lo tanto, siguiendo la línea del PIDCP, su uso se enmarca en un listado general de normas internacionales e internas sobre el derecho a la libertad sindical.

b) *Breve referencia a las sentencias estudiadas*

Las sentencias utilizan al PIDESC como referencia para el razonamiento seguido junto a otras normas de aplicación.

Destaca un grupo de sentencias donde se hace constar que la conducta empresarial de marcado carácter vulnerador del derecho a la libertad sindical es contraria al artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁴⁰³

En cuanto a las sentencias que indican que no existe norma internacional son las mismas resoluciones ya referidas en cuanto al PIDCP, puesto que dichas resoluciones citan ambos pactos.

Por último, se observa que se cita el artículo 8 PIDESC como parte de la fundamentación del contenido del derecho a la libertad sindical que el juez de instancia usa para la ponderación de la indemnización por lesión de derechos fundamentales.⁴⁰⁴

4.2.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 8 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La primera resolución que se estudia es la sentencia 38/1981 de 23 de noviembre.⁴⁰⁵ Se trata de un recurso de amparo que gira en torno a la garantía de los representantes y la nulidad del despido efectuado por la empresa, que los despidió en un proceso electoral. El Tribunal Constitucional acude al canon hermenéutico del artículo 8 del PIDESC y resto de normativa internacional para configurar el contenido del derecho a la libertad sindical. Por toda la fundamentación contenida en la sentencia, más centrada en la normativa interna y los criterios garantistas del Tribunal Constitucional en esa época, estima el recurso de amparo de los trabajadores. Sí conviene precisar que tienen más peso otras normas internacionales que el PIDESC en esta sentencia y que luego se examina en el estudio de la jurisprudencia de los convenios de la OIT. Esta es una sentencia

⁴⁰³ Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Social, Sección Única). Sentencia 1077/2003, de 17 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2003\250910].

⁴⁰⁴ Juzgado de lo Social número 2 de Elche. Sentencia 341/2017, de 16 de octubre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2019\291634].

⁴⁰⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia 38/1981, de 23 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1981\38].

trascendente puesto que es un claro ejemplo de la interpretación del contenido de los derechos fundamentales basados en la norma internacional y la labor de los órganos de control como el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

La siguiente resolución en la que se centra este trabajo es la sentencia número 57/1982 de 27 de julio.⁴⁰⁶ Se asiste a un conflicto de competencia promovido por el Gobierno de España contra el Decreto del Gobierno Vasco 83/1981⁴⁰⁷ que regulaba de forma distinta la negociación colectiva de los funcionarios vascos al resto del Estado. De nuevo en este asunto, el TC recoge, en relación con las alegaciones del recurrente, que el artículo 8.1.d) del PIDESC que hay que tener en cuenta a efectos interpretativos del artículo 10.2 CE recoge el derecho a la huelga. En segundo lugar, el Tribunal considera que en la interpretación que hace el Gobierno Vasco del artículo 10.2 CE no se encuentra, entre otras normas, el PIDESC, que no recoge el derecho a la negociación colectiva. La resolución del asunto concluye anulando el polémico decreto.

Es menester referirse a la sentencia número 94/1995 de 19 de junio.⁴⁰⁸ Se trata de un recurso de amparo sobre la acción sindical y la información por conducta vulneradora del derecho a la libertad sindical. Es la empresa la que cita el artículo 8 PIDESC razonando sobre los límites a dicho derecho. El TC estima el amparo a los trabajadores sin acudir a la norma internacional referida.

La sentencia número 44/2004 de 23 de marzo⁴⁰⁹ recurría en amparo la exclusión a efectos de desempleo del liberado sindical cuya cuestión se ha tratado en la jurisdicción ordinaria anteriormente. Se desestima el amparo puesto que la decisión es razonable y justificada. El TC expone que la cuestión es ajena al derecho fundamental y que no encuentra amparo en el artículo 8 del PIDESC, compartiendo el criterio de la jurisdicción social.

Por último, hay que señalar la sentencia número 265/2007⁴¹⁰ de 20 de diciembre. Se trata de un recurso de inconstitucionalidad del Principado de Asturias contra determinados preceptos de la Ley Orgánica de Extranjería 8/2000. El recurrente cita el

⁴⁰⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia 57/1982, de 27 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1982\57].

⁴⁰⁷ Decreto 83/1981, de 15 de julio. *Boletín Oficial del País Vasco*, número 47, 28 julio 1981, p. 1389.

⁴⁰⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia 94/1995, de 19 de junio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1995\94].

⁴⁰⁹ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 44/2004, de 23 de marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2004\44].

⁴¹⁰ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 265/2007, de 20 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2007\265].

artículo 8.1 del PIDESC y la Sala se remite a la sentencia 236/2007 que resolvió el fondo del asunto, por lo que no existe mayor debate sobre dicho extremo.

4.3. La jurisprudencia sobre el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo

Con carácter general para los siguientes apartados, cabe precisar que la mayoría de la jurisprudencia interna que se analiza en cuanto a la aplicación de los convenios de la OIT en nuestros tribunales tiene más una naturaleza pedagógica, hermenéutica o de refuerzo del razonamiento que de fuerza normativa (Ojeda, 2019), citando las reflexiones de Falguera que también han sido traídas por este estudio cuando habla de referentes áulicos de los Convenios de la OIT.

En cuanto a la jurisprudencia social sobre el Convenio 87 OIT, se mantiene la tendencia a la escasez de resoluciones judiciales. Sin embargo, se observa un conocimiento más profundo de la norma internacional de forma funcional a la resolución de los litigios que con los pactos internacionales ya vistos. Igualmente, se detecta un mayor uso del Convenio 87 en las sentencias del Tribunal Constitucional.

4.3.1. La jurisprudencia en el orden social sobre el Convenio 87 de la OIT

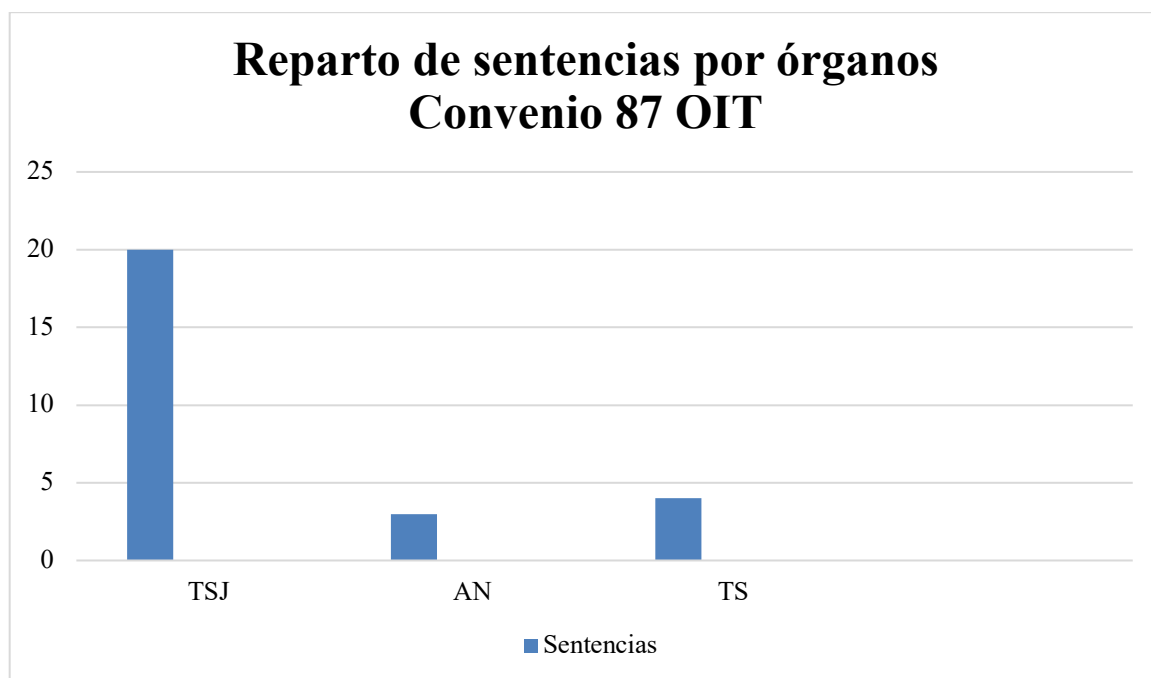
a) Balance general

En primer lugar, cabe indicar que, conforme al repertorio jurisprudencial seleccionado, Thomson Reuters Aranzadi, existen veintisiete sentencias en el orden social que citan el Convenio 87 de la OIT.

Son escasas sentencias para un convenio fundamental de la OIT, quizás influya el problema de formación jurídica ya apuntado (Jimena, 2013), pero también tiene su peso que nuestro ordenamiento jurídico, desde la entrada en vigor de la Constitución española, se sitúa en unos estándares de protección más que aceptables y que las garantías de nuestro ordenamiento superan, en todo este recorrido histórico, al Convenio 87 de la OIT.

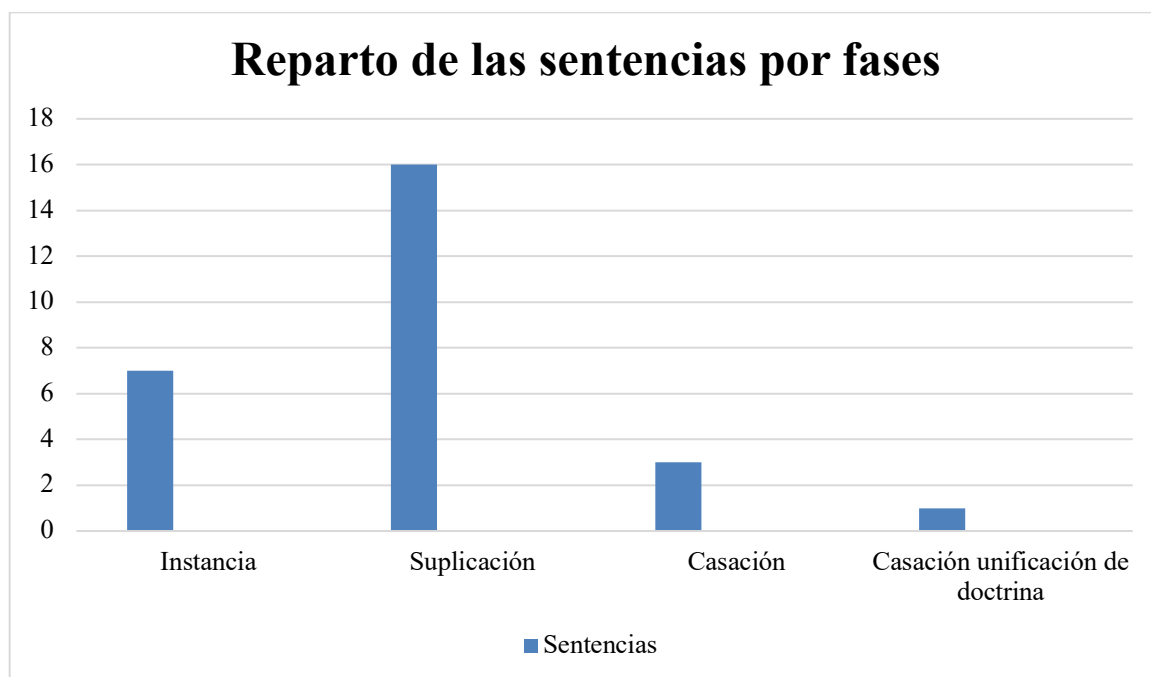
De dichas resoluciones, veinte son de Tribunales Superiores de Justicia, cuatro del Tribunal Supremo y tres de la Audiencia Nacional.

Tabla 17. Reparto sentencias por órganos Convenio 87 OIT



De estas sentencias, dieciséis se produjeron en suplicación, siete en primera instancia, tres en casación y una en recurso de casación para la unificación de doctrina.

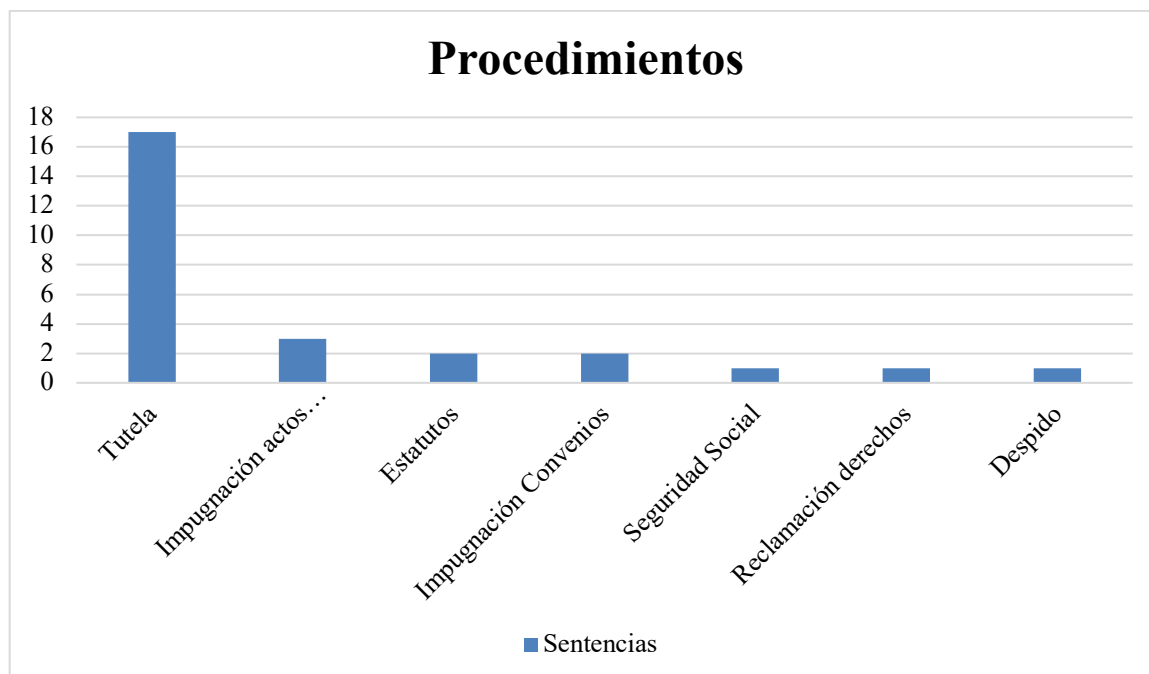
Tabla 18. Reparto de las sentencias por fases Convenio 87 OIT



Igualmente, dichas resoluciones se reparten en una serie de procedimientos. Así, existen diecisiete sentencias en procedimiento de tutela de derechos fundamentales, siendo una de ellas la recurrida en casación. Asimismo, tres sentencias son de impugnación de actos administrativos, dos de impugnación de convenios colectivos, dos

de impugnación de estatutos, una sobre seguridad social, reclamación de derechos y despido.

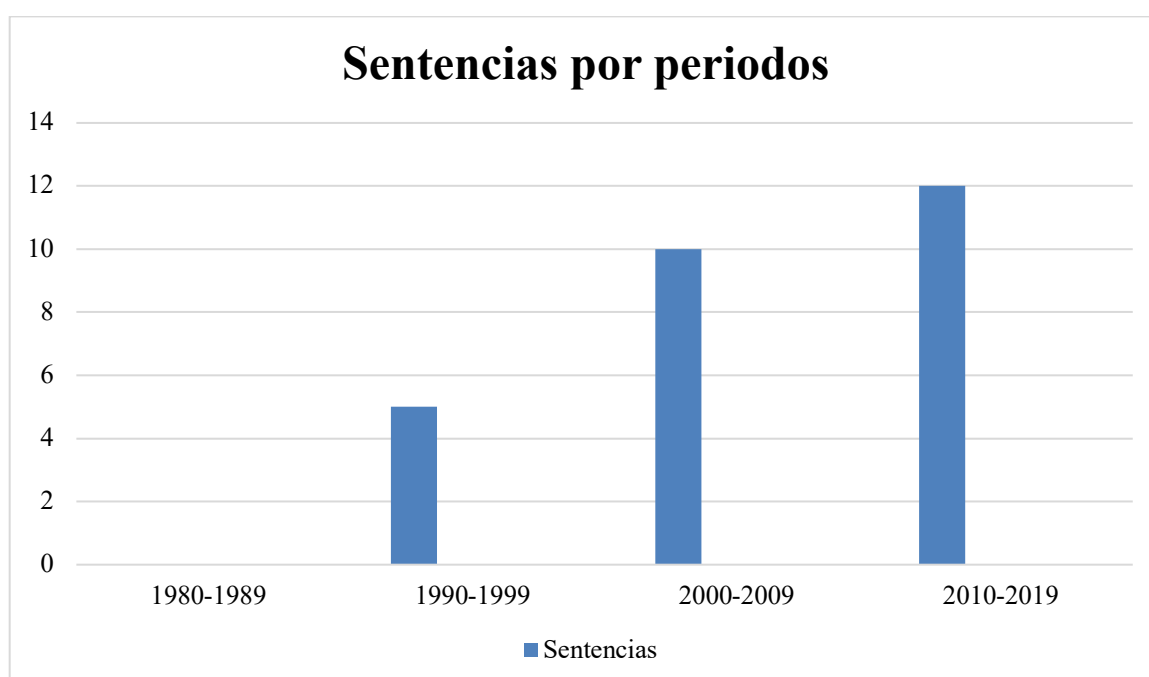
Tabla 19. Procedimientos Convenio 87 OIT



De todas las resoluciones mencionadas se produjeron cinco estimaciones y veintidós desestimaciones, ya sean en ambos casos de la demanda o del recurso pertinente.

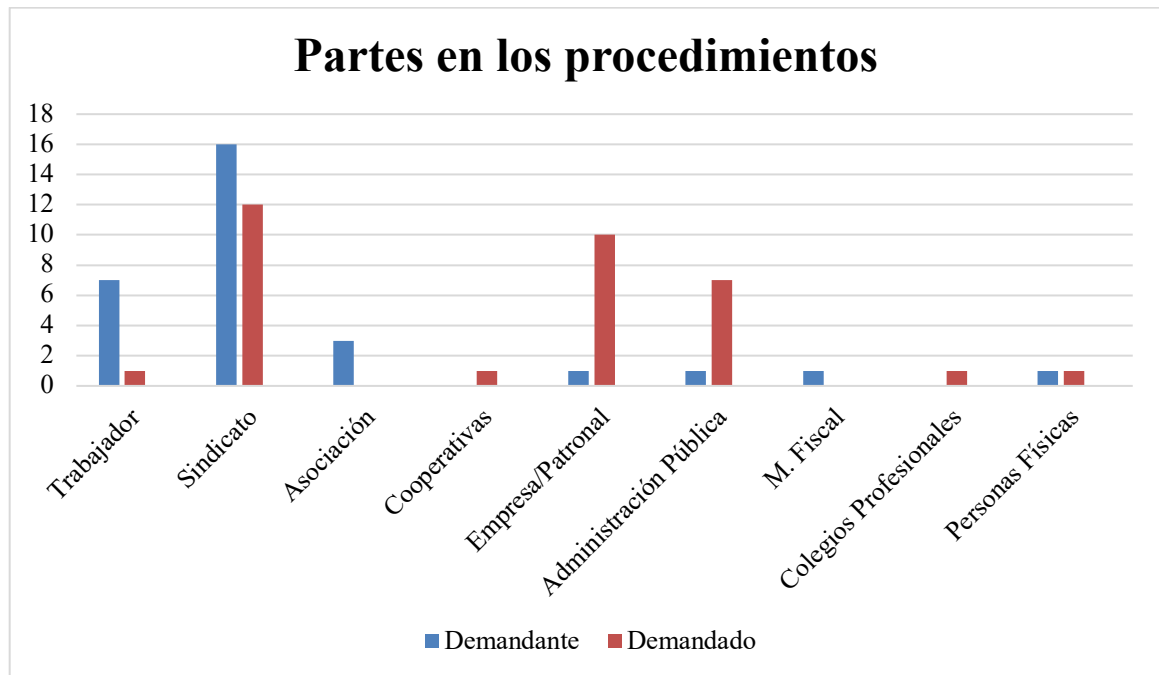
Es interesante acudir al espacio temporal en que se producen dichas resoluciones, apreciándose una inercia ascendente en un mayor número de resoluciones:

Tabla 20. Sentencias por periodos Convenio 87 OIT



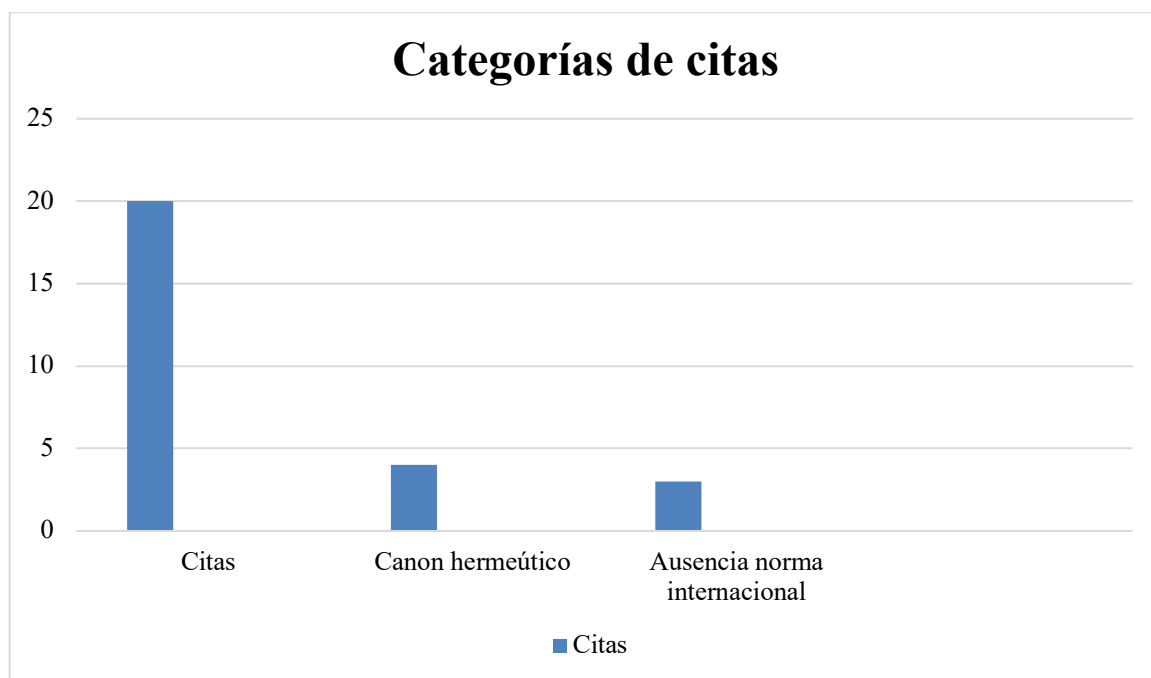
El siguiente dato de interés que se extrae de estas resoluciones son las partes demandantes y demandadas que componen los referidos procedimientos.

Tabla 21. Partes en los procedimientos Convenio 87 OIT



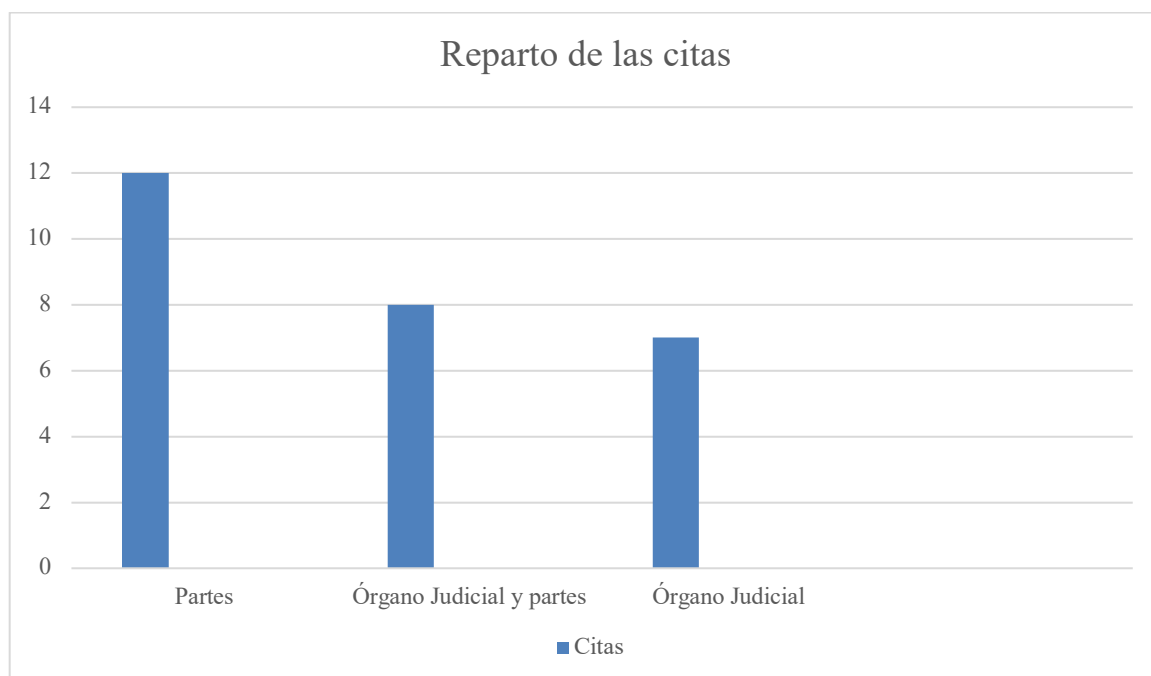
Es el momento de adentrarse en las citas del Convenio 87 y cómo se emplean. Aquí es difícil identificar una clasificación estanca, puesto que hay resoluciones judiciales que utilizan la norma internacional de forma ambigua o indeterminada. En cualquier caso, se pueden distinguir las distintas categorías confeccionadas en este trabajo: aplicación del canon hermenéutico, citas referenciales o meramente argumentativas, e identificación por el tribunal de la no existencia o aplicación de la norma internacional al caso ante la alegación del convenio. El ejercicio del control de convencionalidad a través de la inaplicación de la norma interna permanece inédito en el estudio de esta jurisprudencia.

Tabla 22. Categorías de citas Convenio 87 OIT



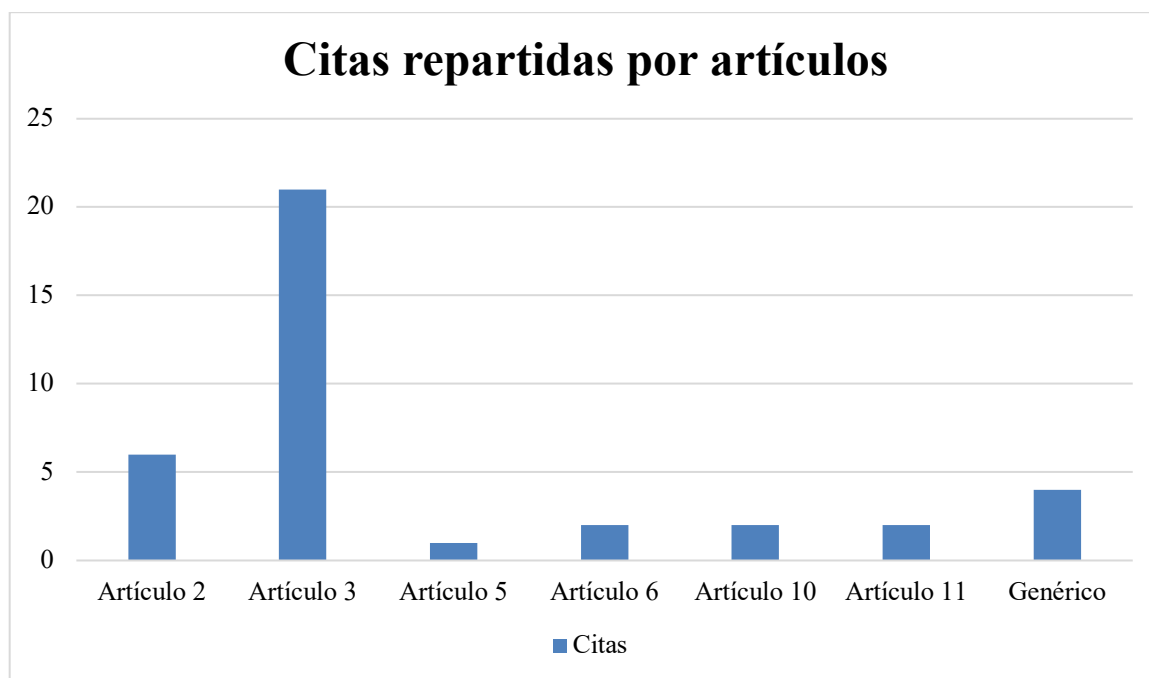
El siguiente paso es ilustrar cómo se reparten esas citas, distinguiendo si es citada por el tribunal y las partes o, por el contrario, solo son las partes o el tribunal de forma unilateral quienes invocan o razonan conforme a la norma internacional.

Tabla 23. Reparto de las citas Convenio 87 OIT



A continuación, se comprueba cómo se utilizan las citas en relación con el contenido específico del Convenio 87.

Tabla 24. Citas repartidas por artículos Convenio 87 OIT



De los datos obtenidos se extraen una serie de conclusiones:

La primera es que el órgano jurisdiccional donde más se debate en torno al Convenio 87 de la OIT son los Tribunales Superiores de Justicia, sumando los procedimientos en primera instancia como en suplicación. Es seguido a bastante distancia por las resoluciones de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, la mayoría recaídas en recurso de casación ordinario y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en primera instancia.

La segunda conclusión es que el debate sobre el Convenio 87 se localiza de forma mayoritaria en fase de recurso, habiendo recaído veintiuna sentencias en dicha fase y únicamente seis de instancia.

La tercera conclusión es que el tipo de procedimiento más empleado tiene una evidente conexidad con el derecho material invocado, la libertad sindical, puesto que diecisiete sentencias recaen en procedimiento de tutela de derechos fundamentales muy lejos del siguiente procedimiento en volumen, que es en impugnación de actos administrativos con tres procedimientos.

La cuarta conclusión es que va aumentando, de forma débil, el debate en torno al Convenio 87 de la OIT, puesto que de las cinco sentencias del periodo de 1990-1999 pasamos a las diez sentencias del periodo 2000-2009 y a las doce del actual periodo.

La quinta conclusión es la predominancia de los sujetos colectivos en los procedimientos. Así, se encuentran dieciséis intervenciones de los sindicatos como demandantes y diez intervenciones de las empresas/patronal como demandados. Por lo

que respecta a las personas físicas y trabajadores, constan ocho intervenciones como demandantes y dos como demandados.

La sexta y última conclusión que se alcanza es la escasa utilización de la norma internacional como canon hermenéutico del artículo 10.2 de nuestra Constitución y la inédita utilización sobre el control de convencionalidad. La mayoría de las veces son citas referenciales o sin determinar la aplicación al caso concreto. En cuanto al uso, pese a estar muy repartido, es utilizado más por las partes a la hora de fundamentar sus recursos, aunque hay una tendencia creciente al diálogo entre los distintos operadores. El artículo más citado es el 3, que reconoce el derecho de los sindicatos a elaborar sus estatutos, a su propia administración y a formular su programa de acción sin intervención por la autoridad pública.

b) *Sentencias destacadas*

De las sentencias de los TSJ, la mayoría de ellas citan el Convenio 87 de la OIT en el recurso de las partes y/o de forma referencial por las respectivas salas, pero resolviéndose finalmente conforme a la regulación interna. Destaca la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Navarra 416/1999 de 21 de octubre,⁴¹¹ recaída en recurso de suplicación en procedimiento de tutela de libertad sindical, siendo la ponente de dicha sentencia la magistrada Arnedo Díez. Se trata de un asunto donde los sindicatos ELA y LAB entendieron que unas declaraciones del presidente del partido político Unión del Pueblo Navarro (UPN) lesionaban su derecho al honor y a la libertad sindical. Esta sentencia, a la hora de interpretar el contenido del derecho a la libertad sindical, acude a los criterios del Comité de Libertad Sindical de la OIT para señalar que dicho derecho se conecta con el resto de las libertades civiles reconocidas a la persona.

Respecto a las sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, citamos la reciente sentencia 174/2018 de 19 de noviembre.⁴¹² En dicho procedimiento se impugnaban los estatutos del sindicato de trabajadoras sexuales OTRAS. En esta sentencia, cuyo ponente es el magistrado Gallo Llanos, se hace un repaso a toda la normativa internacional con cita expresa al Convenio 87 para determinar la nulidad de los estatutos por entender que la prostitución es una actividad ilícita conforme a los

⁴¹¹ Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Social). Sentencia 416/1999, de 21 de octubre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 1999\3307].

⁴¹² Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 174/2018, de 19 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2019\157].

acuerdos internacionales firmados por España, que se compromete a erradicar el proxenetismo.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en sentencia 26/2019 de 22 de febrero de 2019,⁴¹³ niega el derecho de unos abogados a constituir un sindicato tras la denegación de la inscripción de los estatutos por el Ministerio de Trabajo, siendo la ponente la señora Ruiz Jarabo. El planteamiento a la hora de acudir si existe regulación es similar a la anterior sentencia comentada, planteando que, desde la óptica internacional, no hay norma que habilite para la constitución de un sindicato de trabajadores a este colectivo; en consecuencia, la Sala desestima la demanda.

De la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional destaca también la sentencia 166/2017 de 17 de noviembre, siendo el ponente el magistrado Bodas Martín, en materia de tutela de derechos fundamentales. En este procedimiento el sindicato CNT alegaba que había sucedido una acción por parte de miembros de una cooperativa para disuadir a los socios del apoyo a dicho sindicato. La sentencia considera que, a la vista del Convenio 87 y demás normativa internacional, no existe un derecho de sindicación y negociación colectiva de los socios cooperativistas, desestimando la demanda. Sin embargo, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación del sindicato actor reconociendo la vulneración del derecho de libertad sindical. Se aludirá a dicha resolución en el estudio de la jurisprudencia sobre el artículo 11 del CEDH.

En cuanto a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo cabe citar la sentencia 269/2018 de 13 de marzo⁴¹⁴, cuyo ponente es el magistrado Sempere Navarro. En este procedimiento se impugnaba el convenio colectivo del sector de restauración social por ELA. Tras haber invocado la actora la infracción del artículo 3.1 y 3.2 del Convenio 87 OIT, la Sala acude, en su fundamento de derecho sexto, a la normativa internacional para dar respuesta a lo planteado. Aunque la fundamentación se centra en el CEDH y el TEDH, sí viene a señalar que otros instrumentos internacionales, entendemos que entre los que se encuentra el Convenio 87 OIT, son de aplicación en España. La Sala emplea la técnica de estudiar la regulación interna, contrastando con la norma internacional y la doctrina del TEDH, para entender que nuestra regulación se acomoda a la regulación internacional.

⁴¹³ Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 26/2019, de 22 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2019\80993].

⁴¹⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 269/2018, de 13 marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2018\2156].

En el estudio de la jurisprudencia sobre el CEDH haremos un apunte específico desde dicha óptica.

Por último, es necesario identificar una serie de sentencias donde se manifiesta que para el caso de autos no hay norma internacional aplicable, quedando la duda de, si en caso de que existiera, se hubiera inaplicado la norma interna o, lo más probable, es que hubiera jugado un papel de interpretación del derecho a la libertad sindical conforme al artículo 10.2 de la CE o con una mera cita referencial. Se trata de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia 1746/2001 de 3 de diciembre o la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2010.⁴¹⁵

4.3.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio 87 de la OIT

Asistiendo cronológicamente a las sentencias de nuestro máximo garante de los derechos fundamentales se acude, en primer término, a la sentencia de la Sección Primera 23/1983 de 25 de marzo.⁴¹⁶ Se trata de un recurso de amparo del sindicato CNT en el que se venía a denunciar que la no publicación de la abstención habida en el proceso electoral sindical anterior lesionaba su derecho fundamental a la libertad sindical. La sentencia, en su fundamento de derecho segundo, viene a recoger las normas internacionales que sirven para interpretar los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución conforme al artículo 10.2. Cita el Convenio 87 de la OIT para concluir que el derecho a la libertad sindical sin la interferencia de la Administración se encuentra garantizado en nuestro ordenamiento jurídico, desestimando en consecuencia el recurso de amparo.

De nuevo CNT presenta un recurso de amparo que es resuelto por sentencia del Tribunal Constitucional 99/1983 de 16 de noviembre,⁴¹⁷ por discriminación en el uso de locales; la UGT como parte en el procedimiento, invoca las resoluciones del Comité de Libertad Sindical. El TC acude a su anterior sentencia 23/1983 para considerar que una determinada actuación injustificada de la Administración en el reparto de los medios y bienes para la acción sindical puede ser discriminatoria y, por lo tanto, contraria tanto a la normativa interna como a la internacional, citando el artículo 3.2 del Convenio 87 OIT. En consecuencia, y al faltar una justificación clara, se otorga parcialmente el amparo al sindicato recurrente.

⁴¹⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 8 de febrero de 2010. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2010\3404].

⁴¹⁶ Tribunal Constitucional (Sección Primera). Sentencia 23/1983, de 25 de marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1983\23].

⁴¹⁷ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 99/1983, de 16 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1983\99].

La siguiente sentencia a la que hay que referirse es la del pleno del Tribunal Constitucional, sentencia 20/1985 de 14 de febrero,⁴¹⁸ que proviene del defensor del pueblo mediante recurso de inconstitucionalidad y que, entre otras cuestiones, gira en torno al inciso de organizaciones más representativas recogido en el Estatuto de los Trabajadores en relación con la asignación de subvenciones para actividades socioculturales, de promoción y formación en beneficio de los trabajadores. En su fundamentación, el defensor del pueblo cita el Convenio 87 y las decisiones del Comité de Libertad Sindical, pero el TC resuelve estimando el amparo con referencia a anteriores sentencias sobre libertad sindical y situando que los objetivos son tan amplios que no se encuentra justificación a que los mismos se reserven a los sindicatos más representativos.

A continuación, se reseña la sentencia del Tribunal Constitucional número 26/1985 de 22 de febrero,⁴¹⁹ que nace de un recurso de inconstitucionalidad presentado de nuevo por el defensor del pueblo sobre las subvenciones a los sindicatos por promoción de actividades socioculturales. El TC, ante las alegaciones efectuadas sobre el Convenio 87 y las decisiones del CLS, estima el amparo en atención a los criterios que ya han sido expuestos en las anteriores resoluciones puesto que la problemática es similar.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia 72/1986 de 2 de junio⁴²⁰ sobre el recurso de amparo, denegado en este caso, interpuesto por la Dirección General de Policía, señalando el Ministerio Fiscal que la obligación de reintegrarse al servicio ordinario no tiene por qué ser una injerencia del Gobierno en la vida sindical de las prohibidas en el artículo 3 del Convenio 87. Por parte del TC se razona que ni la legislación española ni la internacional recogen un derecho a la exención total de servicios como expresión del derecho de libertad sindical, y que tampoco puede equipararse al uso del crédito horario.

Nos remitimos a la sentencia del Tribunal Constitucional de la Sala Primera, número 121/1997 de 1 de julio⁴²¹, dictada en recurso de amparo, que resolvía sobre la constitucionalidad de la inscripción en el registro de los sindicatos en las Cortes Generales para su actuación en este ámbito específico. El TC muestra que el derecho a la libertad sindical se encuentra en plena sintonía con la norma internacional y con el propio artículo

⁴¹⁸ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 20/1985, de 14 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1985\20].

⁴¹⁹ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 26/1985, de 22 de febrero. [versión electrónica, Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1985\26].

⁴²⁰ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 72/1986, de 2 de junio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1986\72].

⁴²¹ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 121/1997, de 1 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1997\121].

2 del Convenio 87 OIT que consagra el derecho a fundar y crear libremente sindicatos. El TC entiende que la norma interna puede ser interpretada en el sentido de que el requisito de inscripción del artículo 23 del Estatuto del Personal de las Cortes Generales en el registro no lo es a efectos constitutivos, desestimándose en consecuencia el recurso de amparo.

Otras resoluciones niegan la existencia del derecho alegado desde la fuente internacional, como la sentencia del TC 234/2005 de 26 de septiembre⁴²² sobre un recurso de amparo presentado, donde se denuncia la exclusión de la prestación por desempleo de cargos directivos de un sindicato. Resalta que tal derecho no se encuentra ni en el PIDESC, ni en el PIDCP, ni tampoco en el Convenio 87, ni siquiera en el Convenio 98 de la OIT, desestimando finalmente el amparo.

Después, se encuentra la sentencia del TC 236/2007 de 7 de noviembre que se origina por un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 de Extranjería, a la que ya nos hemos referido anteriormente. La sentencia, en su fundamento de derecho quinto, se ampara en anterior jurisprudencia para resaltar la utilidad de los textos internacionales a la hora de interpretar los derechos fundamentales, dejando claro que no convierte a los tratados y acuerdos en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos.

Expresamente, el TC considera que el Convenio 87 tiene virtualidad hermenéutica conforme al artículo 10.2 de la CE, resaltando, conforme al contenido de dicho texto, la universalidad del derecho a la libertad sindical, para acabar determinando que la exigencia administrativa de situación de legalidad de los extranjeros para el ejercicio de tal derecho es inadmisibles desde un plano constitucional y declarando la inconstitucionalidad del artículo 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000.

4.4. La jurisprudencia sobre el Convenio 98 de la OIT

En este epígrafe se estudia la jurisprudencia sobre el Convenio 98 de la OIT. Sobre la misma cabe decir que prácticamente se duplica el número de sentencias respecto a los textos internacionales ya vistos, específicamente sobre el Convenio 87. Se confirma así la tendencia a un uso más profundo y detallado de la norma internacional. Respecto a la jurisprudencia constitucional, se incorpora un mayor número de sentencias, y buena parte

⁴²² Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 234/2005, de 26 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2005\234].

de ellas manejan el Convenio 98 de forma minuciosa para interpretar el contenido del derecho a la libertad sindical desde el canon hermenéutico.

4.4.1. La jurisprudencia en el orden social sobre el Convenio 98 de la OIT

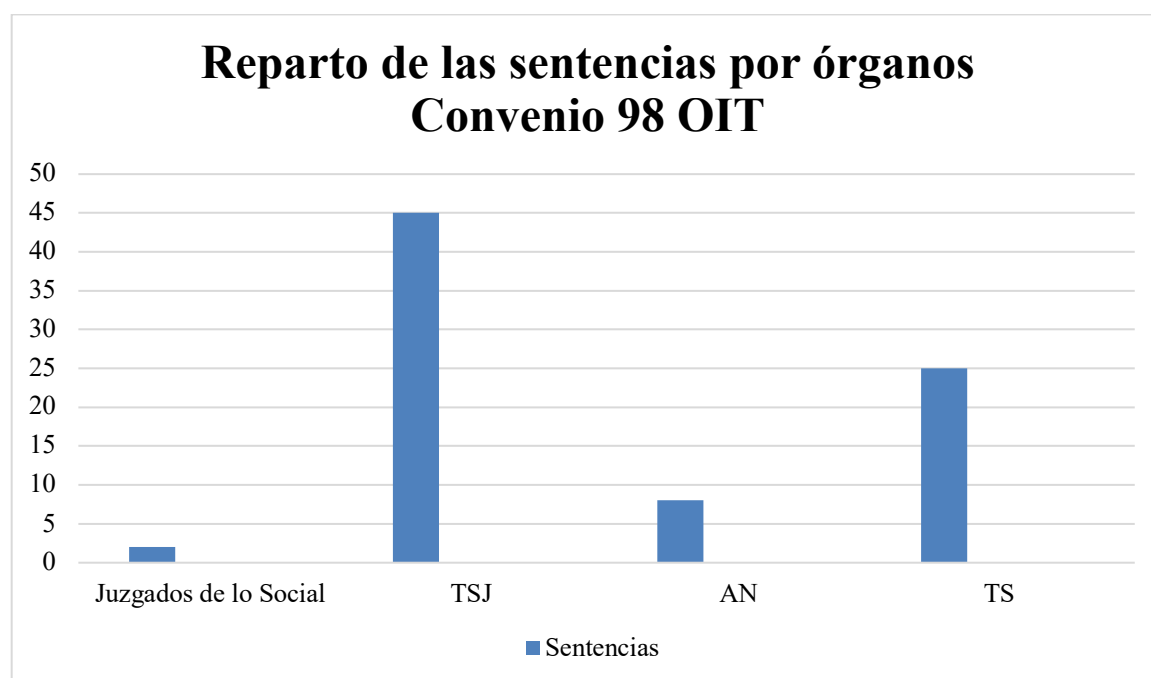
a) *Balance general*

En primer lugar, hay que señalar que, conforme al repertorio jurisprudencial seleccionado, Thomson Reuters Aranzadi, existen ochenta sentencias en el orden social que citan el Convenio 98 de la OIT.

Aunque se puede considerar que son escasas las resoluciones sobre este convenio y se mantienen las reflexiones apuntadas sobre el Convenio 87 de la OIT, cabe matizar que se trata de un número sensiblemente superior y apunta a un mayor uso de dicha norma para resolver los conflictos internos.

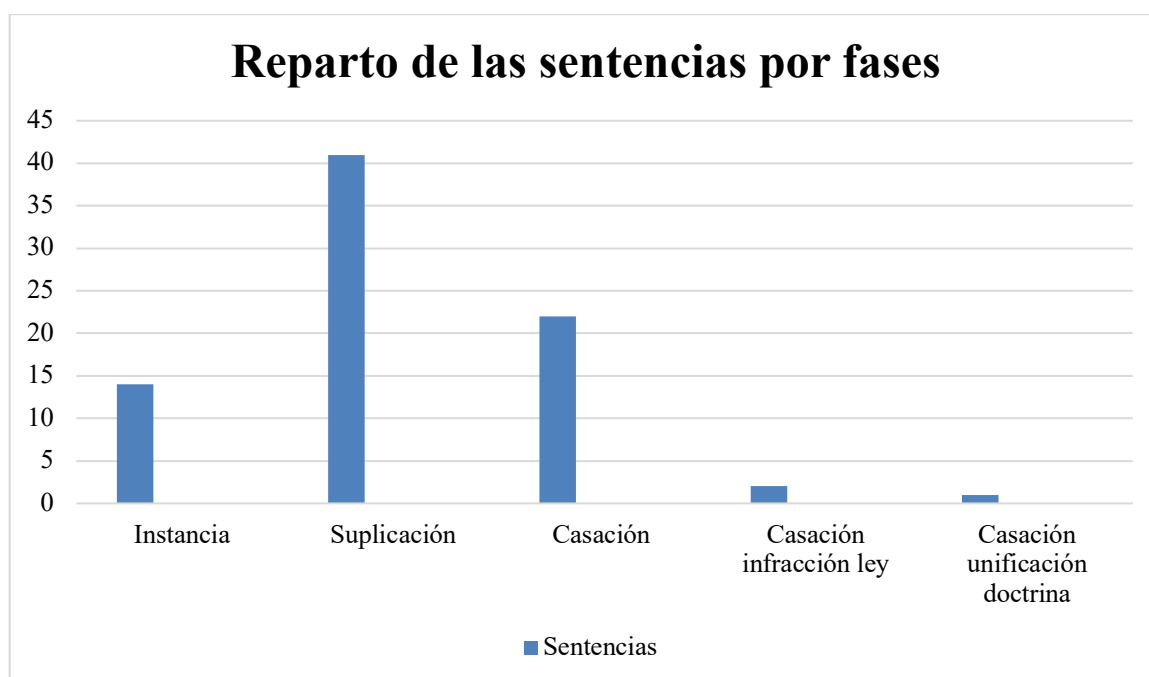
De las sentencias estudiadas, cuarenta y cinco han sido puestas por los distintos TSJ, veinticinco por el TS, ocho por la AN y dos por Juzgados de lo Social.

Tabla 25. Reparto de las sentencias por órganos Convenio 98 OIT



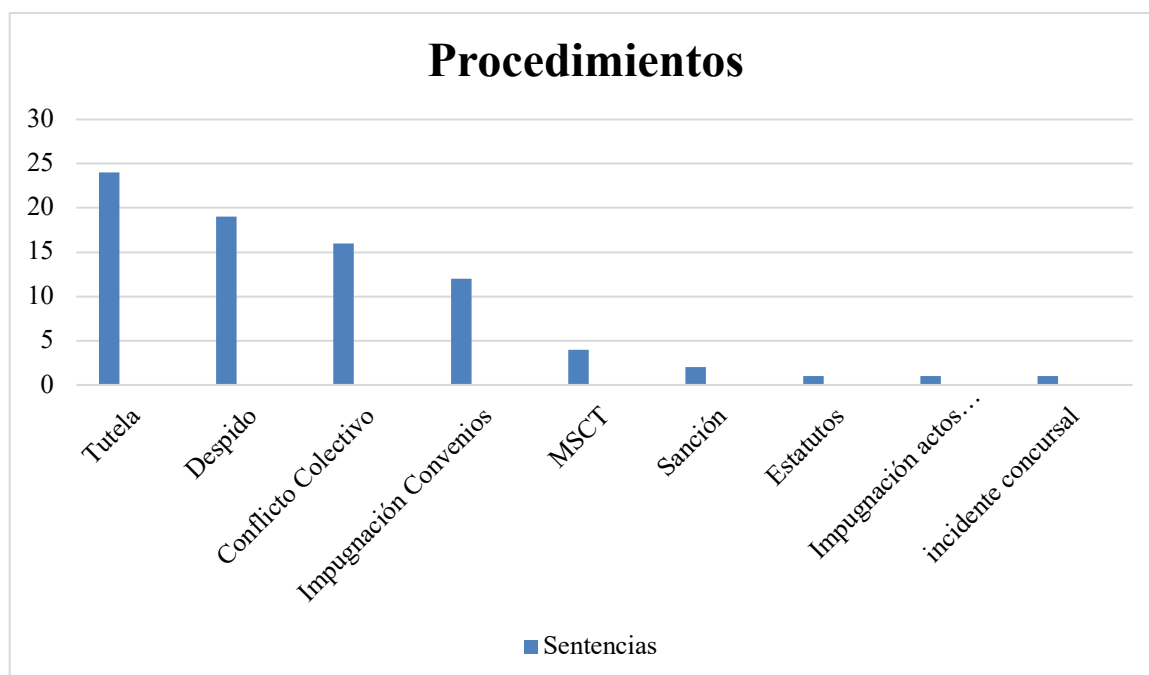
A continuación, se analiza el reparto de las sentencias en función de las distintas instancias. Así, catorce sentencias pertenecen a la instancia, cuarenta y una en suplicación, veintidós en casación ordinaria, dos en casación por infracción de la ley y una en recurso de casación por unificación de doctrina.

Tabla 26. Reparto de las sentencias por fases Convenio 87 OIT



Dichas sentencias se dividen en los siguientes procedimientos: tutela de derechos fundamentales veinticuatro, despido diecinueve, conflicto colectivo dieciséis, impugnación de convenios colectivos doce, modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuatro, sanción dos, impugnación de estatutos una, impugnación de actos administrativos una e incidente concursal una.

Tabla 27. Procedimientos Convenio 87 OIT

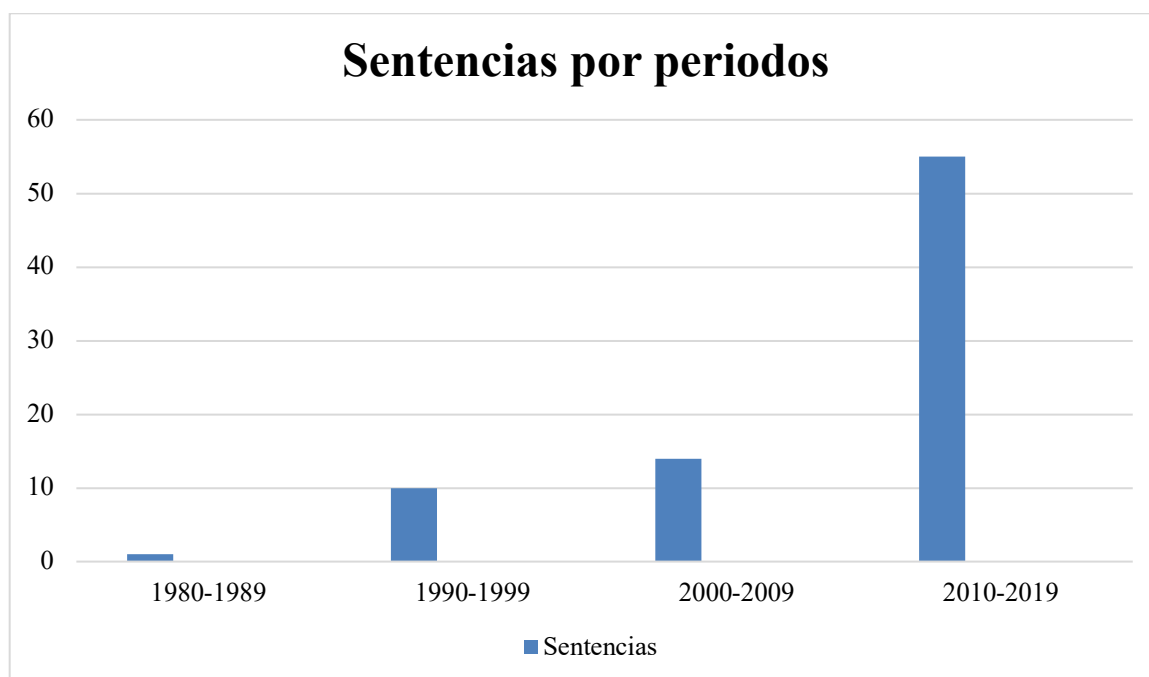


Del total de resoluciones se produjeron veintisiete estimaciones, ya sean en fase de recurso o en la instancia. En el mismo sentido, se sucedieron sesenta y seis

desestimaciones. El número superior que arroja este gráfico al del total de sentencias obedece a que, en algunos supuestos, se produce la estimación y la desestimación para alguna de las partes intervinientes en la misma resolución, computándose ambos sentidos del fallo.

A continuación, se verifica el espacio temporal en que se produjeron las sentencias:

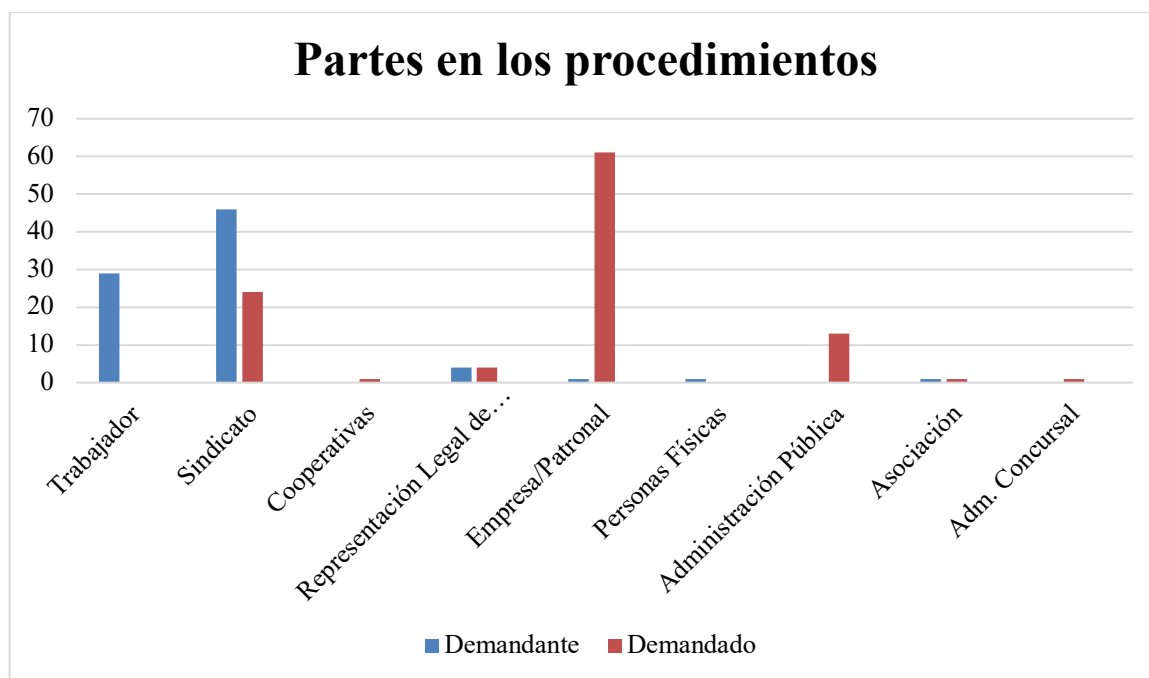
Tabla 28. Sentencias por periodos Convenio 87 OIT



De lo visto, se observa una dinámica progresivamente ascendente produciéndose un importante salto cualitativo en el último periodo. Del 2010 al 2019 se producen el 68,75% de las sentencias que citan el Convenio 98 de la OIT.

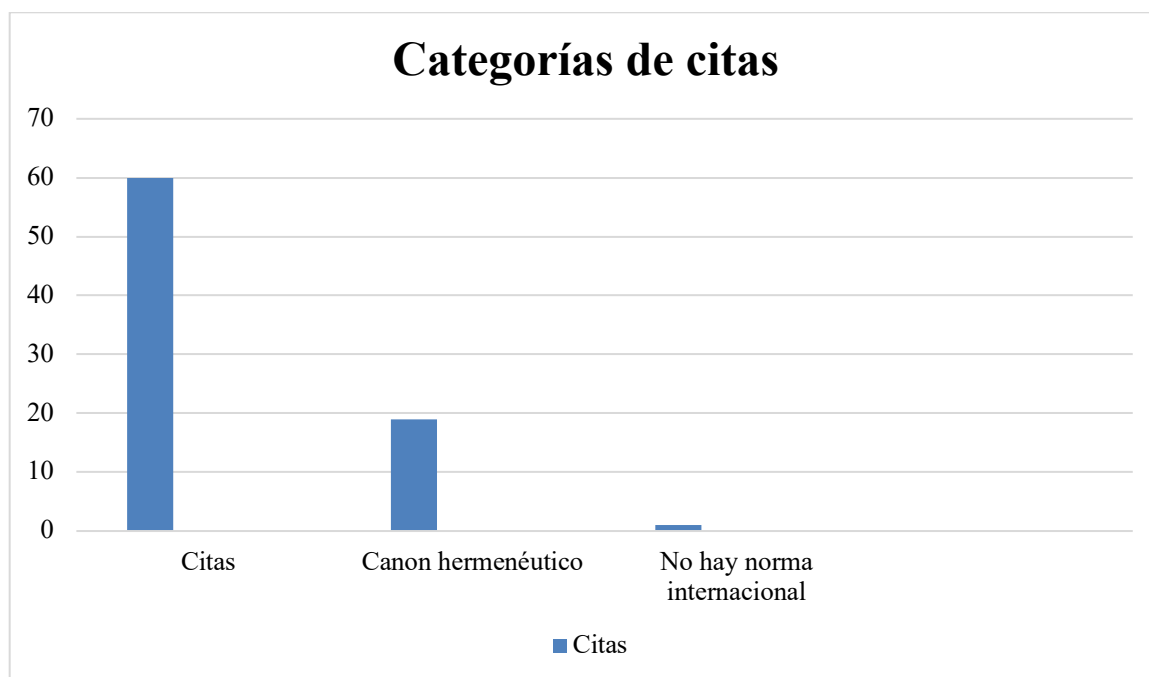
El siguiente dato de interés que se extrae de estas resoluciones son las partes demandantes y demandadas que componen los referidos procedimientos. En este sentido, se mantiene el criterio respecto a la Administración Pública y el de empresa, señalado en el apartado sobre el Convenio 87.

Tabla 29. Partes en los procedimientos Convenio 87 OIT



Procede ahora examinar cómo se utilizan las citas encontradas en las sentencias referidas:

Tabla 30. Categorías de citas Convenio 87 OIT



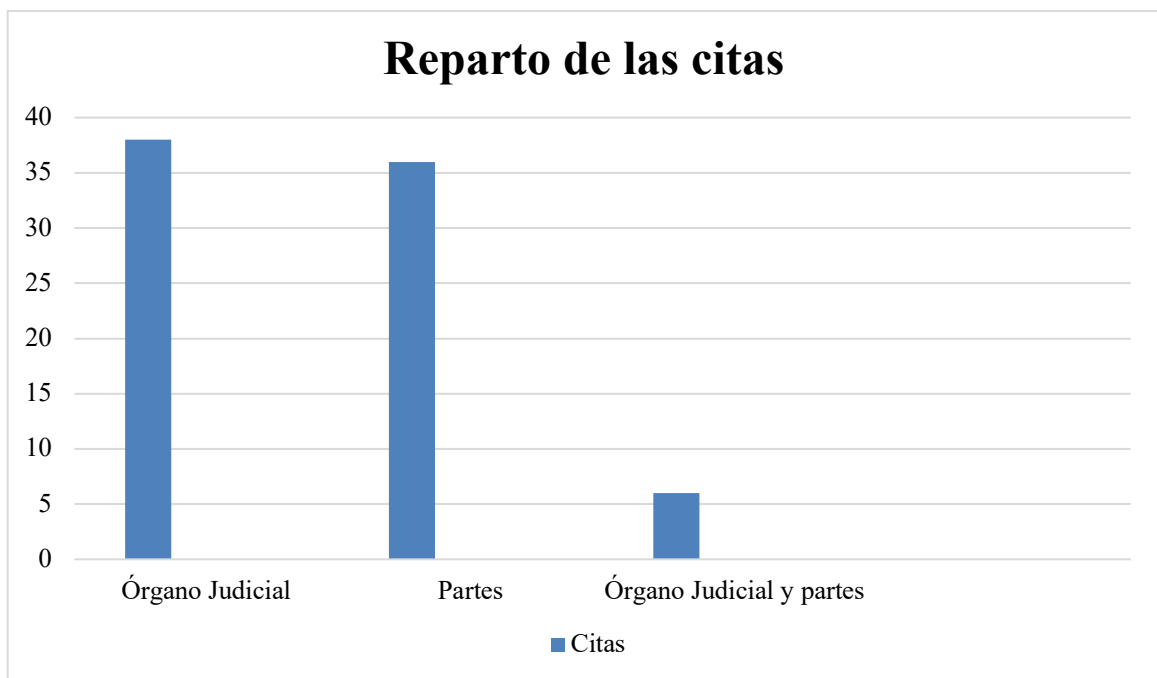
El gran número de citas se concentra en meras referencias al Convenio 98 de la OIT. En ellas se encuentra una mayor o menor fundamentación, pero en ningún caso se ubican en el resto de categorías tanto de canon hermenéutico o de no existencia de la norma internacional, y tampoco como control de convencionalidad, que no se presenta en la jurisprudencia sobre este Convenio.

También destaca la recurrencia al canon hermenéutico en asuntos que tratan sobre la interpretación del derecho de libertad sindical y de negociación colectiva, lo que muestra una cierta firmeza en el empleo por los distintos órganos jurisdiccionales del artículo 10.2 de la CE en la interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidas en nuestra Constitución.

Por otro lado, se sigue resistiendo el uso del control de convencionalidad, quizás en este caso por el convencimiento judicial alcanzado en cuanto a que los estándares de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva son superiores en el ordenamiento interno que en el internacional.

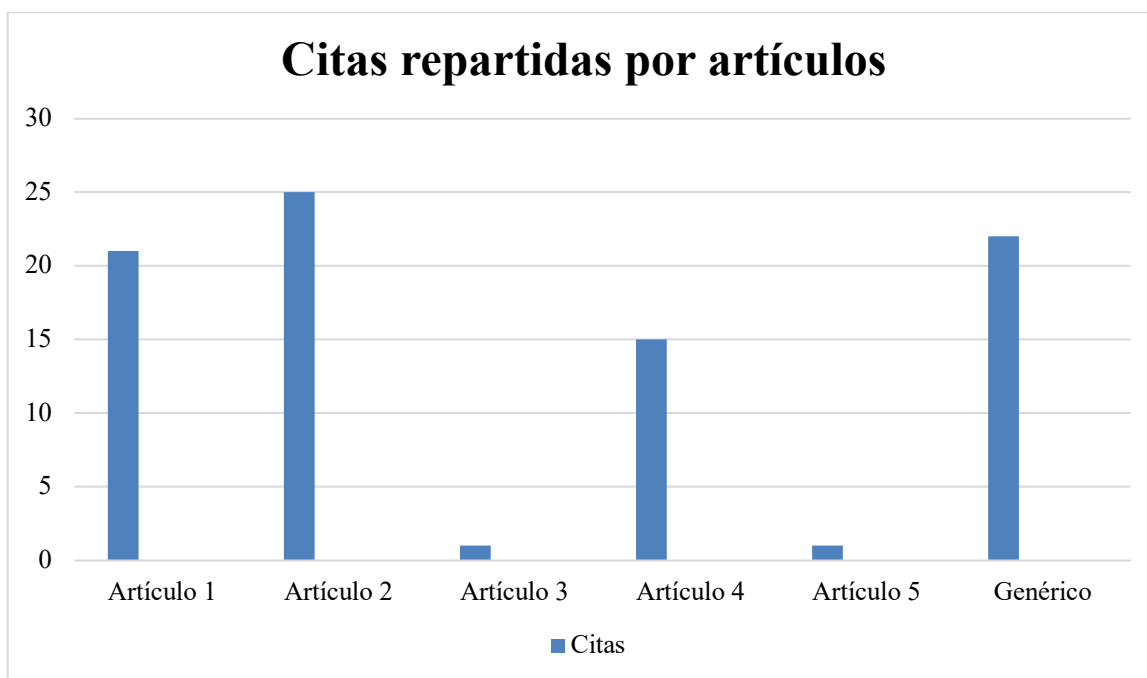
El siguiente paso es ilustrar cómo se reparten esas citas, siguiendo la misma metodología que en el apartado anterior, esto es, se distingue si se cita por el tribunal y las partes a la vez o, por el contrario, solo son las partes o el tribunal de forma unilateral quienes invocan o razonan conforme a la norma internacional.

Tabla 31. Reparto de las citas Convenio 87 OIT



Por último, se procede a comprobar por artículos cómo se citan los preceptos del Convenio 98 de la OIT:

Tabla 32. Citas repartidas por artículos Convenio 87 OIT



Manteniendo la metodología seguida en el análisis del Convenio 87, se van a analizar los datos obtenidos. De dichos datos se efectúa una serie de conclusiones:

La primera es que el órgano jurisdiccional donde más se debate en torno al Convenio 98 de la OIT son nuevamente los Tribunales Superiores de Justicia, la mayoría de ellos en suplicación. Le siguen, a bastante distancia, las resoluciones de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, la mayoría recaídas en recurso de casación ordinario, y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en primera instancia. Como se aprecia, es una situación muy pareja a la presentada para las sentencias del Convenio 87 de la OIT.

La segunda conclusión es que el debate sobre el Convenio 98 se suele producir de forma mayoritaria en fase de recurso, habiendo recaído el 82'5% de sentencias en dicha fase, siendo de primera instancia únicamente el 17'5% de las sentencias.

La tercera conclusión es que el tipo de procedimiento más empleado tiene una evidente conexidad con el derecho material invocado, la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, puesto que veinticuatro sentencias se producen en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Sin embargo, se observa un mayor reparto que en el análisis del Convenio 87 de la OIT, ya que se encuentran diecinueve sentencias sobre despido. En cualquier caso, existe una predominancia del litigio colectivo sobre el individual, como muestran las dieciséis sentencias recaídas en procedimientos de conflicto colectivo y las doce sentencias en procedimientos de impugnación de convenios colectivos.

La cuarta conclusión es la intensidad con la que ha crecido el uso del Convenio 98 en nuestra jurisprudencia social. Así, en el periodo 2000-2009 se produjeron catorce sentencias, y en el actual periodo 2010-2019 encontramos cincuenta y cinco sentencias, triplicándose en consecuencia dicho número.

La quinta conclusión es la predominancia de los sujetos colectivos en los procedimientos. Así, se encuentran cincuenta intervenciones de los sindicatos y representantes legales de los trabajadores en tal condición como demandantes, y sesenta y una intervenciones de las empresas/patronal como demandados. Por lo que respecta a las personas físicas y trabajadores encontramos treinta intervenciones como demandantes y ninguna como demandados.

La sexta y última conclusión que se alcanza es la nula utilización de la cita del Convenio 98 respecto al ejercicio del control de convencionalidad y la moderada utilización del canon hermenéutico del artículo 10.2 de nuestra Constitución. La mayoría de las veces son citas referenciales o sin determinar la aplicación al caso concreto. Respecto al uso del control de convencionalidad, no se localiza ninguna sentencia y, en cuanto a la interpretación del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva a la luz del Convenio 98 de la OIT, se utiliza en diecinueve sentencias. En cuanto al uso, pese a estar muy repartido, se echa en falta el diálogo entre las partes y el órgano judicial, estando en franca minoría, sobre el uso unilateral o de las partes o del órgano judicial competente. Por último, el artículo más citado es el 2 sobre la prohibición de injerencia en la actuación de las organizaciones sindicales.

b) *Sentencias destacadas*

Las dos sentencias recaídas en la instancia en los Juzgados de lo Social demuestran un manejo solvente de la norma internacional. Así, la sentencia del Juzgado de lo Social 6 de Bilbao 9/2014⁴²³ sobre modificación de las condiciones de trabajo viene a señalar que el Convenio 98 refuerza el derecho a la negociación colectiva y obliga a desplegar medidas adecuadas para su desarrollo. Por su parte, la sentencia del Juzgado de lo Social 4 de Sevilla 252/2001 de 31 de julio⁴²⁴, en procedimiento de tutela de derechos fundamentales, viene a recoger el principio de no injerencia conforme al artículo 2 del Convenio 98 de la OIT.

⁴²³ Juzgado de lo Social 6 de Bilbao. Sentencia 9/2014, de 10 de enero [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2014\334].

⁴²⁴ Juzgado de lo Social 4 de Sevilla. Sentencia 252/2001, de 31 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2001\3314].

De la jurisprudencia de suplicación sobresale, en primer lugar, la sentencia 332/2012 de 17 de abril, de la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid.⁴²⁵ El procedimiento se inicia con una demanda de conflicto colectivo interpuesta por UGT, CCOO, CSIT y CSIF en la que se discutía la licitud de las instrucciones dictadas por la Comunidad de Madrid, en aplicación de la Disposición Adicional 1ª de la Ley 6/2011, que ampliaba la jornada de trabajo del personal laboral por ley y sin haber negociado con los sindicatos. La mayoría de la Sala desestima la demanda bajo el razonamiento de la superior jerarquía en el sistema de fuentes de la ley sobre los convenios colectivos, omitiendo directamente lo que dicen los convenios de la OIT y el resto de normas internacionales sobre la materia.

En contraste con lo anterior, destaca el voto particular del presidente don Juan Miguel Torres Andrés, que coincide con los demandantes al convenir que debería haberse elevado cuestión de inconstitucionalidad. El magistrado, fundamentando su posición, acude al artículo 4 del Convenio 98 de la OIT y, en conexión con dicho artículo, a los criterios del Comité de Libertad Sindical en su Recopilación de 2006, párrafo 1008, indicando que la suspensión o derogación de convenciones colectivas pactadas por la vía del decreto sin el acuerdo de las partes viola el principio de negociación colectiva libre y voluntaria establecida en el artículo 4. Incide, apoyándose en lo dicho por el CLS, que los órganos del Estado no deberían intervenir en los convenios colectivos libremente concertados, recordando la queja contra el Gobierno de España presentada por la Unión Sindical de Controladores Aéreos resuelta en su informe n.º 362, caso n.º 2785. Asimismo, sostiene, siguiendo nuevamente la postura del CLS, que las limitaciones a la negociación colectiva solo proceden en un marco de excepción, limitadas a lo necesario por un periodo razonable y buscando garantizar las condiciones de vida de los trabajadores. Concluye manifestando que, conociendo el alcance de dichas decisiones del CLS, no se puede desdeñar el valor interpretativo de la norma internacional.

Siguiendo con la jurisprudencia de suplicación que cita el Convenio 98 de la OIT, existen una serie de sentencias de distintos TSJ que aplican los criterios esbozados por el Tribunal Supremo. Destacan las sentencias que abordan la cuestión de la ultraactividad, que ha tenido una importante litigiosidad debido a la reforma que introduce en el Estatuto de los Trabajadores la Ley 3/2012.

⁴²⁵ Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 332/2012, de 17 de abril. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2012\944].

Es el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, sentencia 157/2016 de 4 de marzo⁴²⁶ que cita a su vez la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2015.⁴²⁷ Una de las sentencias más citadas por los TSJ es la del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2015,⁴²⁸ como hace la sentencia del TSJ de Andalucía, sede en Sevilla, Sección Primera, 2865/2015 de 19 de noviembre⁴²⁹ o la del TSJ de Galicia, Sección Primera, 4391/2015 de 31 de julio,⁴³⁰ al igual que la de la Sección Primera del TSJ de Andalucía, sede en Granada, 2471/2015 de 16 de diciembre, aunque citando la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2015⁴³¹ que, a su vez, se remite a la de la misma Sala de 17 de marzo de 2015.

Estas sentencias vienen a configurar la doctrina de la pervivencia del convenio colectivo una vez vencido el plazo de ultractividad que, al margen de la argumentación jurídica interna basada en el propio principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución española, se argumenta basándose en el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT a la hora de exponer la necesidad de que las condiciones nacionales fomenten la negociación colectiva libre entre empresarios y sindicatos a fin de reglamentar las condiciones laborales aplicables.

Igualmente, la sentencia del TSJ de Castilla y León, sede en Burgos, 348/2014 de 3 de junio⁴³² cita la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009⁴³³ a la hora de interpretar el derecho de libertad sindical en su vertiente a la negociación colectiva. Asimismo, se referencia otra resolución de la referida Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, con sede en Burgos, en sentencia 309/2016 de 20 de

⁴²⁶ Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 157/2016, de 4 de marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2016\1503].

⁴²⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 11 de noviembre de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2015\6197].

⁴²⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 17 de marzo de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2015\1009].

⁴²⁹ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 2865/2015, de 19 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\11325].

⁴³⁰ Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 4391/2015, de 31 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2015\1906].

⁴³¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 2 de julio de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2015\3902].

⁴³² Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Burgos (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 348/2014, de 3 de junio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2014\165314].

⁴³³ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 8 de octubre de 2009 [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2009\5665].

mayo.⁴³⁴ En el primer asunto se discutía la composición de la comisión negociadora constituida en la empresa, señalando la Sala que, a la hora de su conformación, procede o el criterio de la representación unitaria o por secciones sindicales, pero no ambas, señalándose que nuestra regulación interna supera los cánones recogidos en el Convenio 98 de la OIT. La segunda versa sobre controversias en la negociación colectiva y se recoge la misma cita que en la primera.

De una forma más nítida a la hora de utilizar el canon hermenéutico establecido en el artículo 10.2 de la CE, se encuentra la sentencia del TSJ de Cataluña de la Sección Primera de la Sala de lo Social, número 646/2005 de 27 de enero,⁴³⁵ exponiendo que el derecho de autoorganización forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, artículo 28.1 CE, puesto que, entiende la sentencia que, aunque no está redactado de forma expresa, encuentra su acogida en el artículo 3.1 del Convenio 98 de la OIT.

En un sentido similar, el TSJ de Andalucía, con sede en Málaga, Sala de lo Social, Sección Primera, sentencia número 354/2007 de 15 de febrero,⁴³⁶ ponente don José Manuel González Viñas, que sostiene que el derecho de sindicación y de libertad sindical debe ser interpretado conforme a los convenios ratificados por España y, en particular, acude a lo que refiere el artículo 1 del Convenio 98, que establece que los representantes de los trabajadores deberán gozar de la protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos por razón de sus actividades. Se viene a considerar, por lo tanto, que la interpretación de este derecho fundamental a la luz de los convenios internacionales ratificados por España implica que la relación laboral no puede ser extinguida por el empresario por su voluntad, a diferencia del régimen general, precisamente para facilitar los derechos de representación.

Igualmente, en una suerte de interpretación conforme de la norma nacional con la internacional, razona la sentencia del TSJ de Andalucía, sede en Sevilla, Sección Primera, sentencia número 1295/2016 de 11 de mayo,⁴³⁷ ponente doña Eva María Gómez Sánchez, en la que se sostiene, con cita de las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2015 y de 22 de diciembre de 2014, que el criterio interpretativo sobre

⁴³⁴ Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos (Sala de lo Social). Sentencia 309/2016, de 20 de mayo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\129310].

⁴³⁵ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 646/2005, de 27 de enero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2005\472].

⁴³⁶ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 354/2007, de 15 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2008\1572].

⁴³⁷ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 1295/2016, de 11 de mayo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\171434].

la pervivencia del convenio, vencido el plazo de la ultractividad, es el que mejor se acomoda al respeto a la primacía del derecho a la negociación colectiva, haciendo un repaso a la normativa internacional y supranacional, y citando expresamente el Convenio 98 de la OIT.

Procede referirse a las sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que es un órgano que tiene una importancia estratégica en la interpretación del Derecho del Trabajo en nuestro país. Ello es así porque, en primer lugar, es el órgano competente para conocer los litigios laborales de ámbito estatal en primera instancia. En segundo lugar, conviene destacar la calidad en la fundamentación en sus resoluciones. En cuanto a estas últimas, existen una serie de sentencias que interpretan la LOLS a tenor del Convenio 98 de la OIT. Así consta en la sentencia 79/2006 de 16 de octubre,⁴³⁸ ponente doña Rosario Ureste García, que acude al artículo 2 de la norma internacional para interpretar el concepto de no injerencia empresarial. En el mismo sentido, a la hora de conformar el concepto de no injerencia, actúa la sentencia 122/2018 de 16 de julio⁴³⁹ con la cita de la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2013⁴⁴⁰ desestimando el recurso del sindicato CGT, al negar que la financiación de la comisión paritaria para los sindicatos firmantes en una cláusula convencional se incardine en el ámbito del concepto de no injerencia empresarial del artículo 2 del C098 OIT.

A continuación, hay que referirse más específicamente a la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Su trascendencia reside en que es el máximo órgano dentro de nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito social y porque, a través de sus resoluciones, ha venido conformando la interpretación reciente sobre las últimas reformas sucedidas en el ámbito laboral. En las sentencias que se producen en los años 90 del siglo pasado, se acude por el TS al Convenio 98 de la OIT en cita con la doctrina del Tribunal Constitucional para la interpretación de la normativa interna. Así se encuentra la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1990⁴⁴¹ que acude a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la nulidad radical del despido por afiliación o actividad sindical citando el Convenio 98 de la OIT; o la de la misma Sala de 13 de julio

⁴³⁸ Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 79/2006, de 16 de octubre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2006\3397].

⁴³⁹ Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 122/2018, de 16 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2018\2063].

⁴⁴⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 23 de abril de 2013. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2013\5688].

⁴⁴¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 15 de febrero de 1990. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 1990\1906].

de 1994⁴⁴² para señalar que la financiación económica de un sindicato por una organización de empleadores se encuentra expresamente prohibida conforme al artículo 2 del Convenio 98 de la OIT.

En la línea de las sentencias anteriores, coexisten una serie de sentencias del 2003 al 2006 sobre la asignación de fondos a las organizaciones sindicales más representativas y/o firmantes de convenios o acuerdos colectivos que asignaban dichos recursos. Todas ellas giran sobre el concepto de no injerencia a la hora de establecer los límites con resultados diversos. Así se pronuncia la sentencia del TS de 10 de junio de 2003⁴⁴³ sobre la asignación de fondos por convenio colectivo a los sindicatos firmantes a través de la comisión paritaria; al igual que la sentencia de 26 de enero de 2005⁴⁴⁴ en la que se excluye a un sindicato con legitimación del reparto de los recursos económicos siendo nula dicha conducta, la de 15 de julio de 2005,⁴⁴⁵ reservando las subvenciones a los sindicatos más representativos en dicho ámbito, siendo esta regulación nula por no objetiva y razonable; y la de 9 de diciembre de 2005⁴⁴⁶ en el mismo sentido. La sentencia de 15 de julio de 2005 es citada posteriormente en otro asunto que se excluía de la asignación de subvenciones a las organizaciones sindicales no firmantes del Acuerdo del Principado de Asturias en la sentencia de la Sala Cuarta de 21 de abril de 2010,⁴⁴⁷ en este caso para estimar el recurso del sindicato por privarle del contenido de dicho acuerdo; o la de 23 de abril de 2013, ya citada.

Otra sentencia que es muy reiterada por la jurisprudencia menor es la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009.⁴⁴⁸ En ella se mide el estándar de derechos en el ámbito internacional con el nacional para determinar que el derecho a la libertad sindical y negociación colectiva en nuestro ordenamiento tiene un desarrollo muy superior al contenido del Convenio 98 de la OIT.

⁴⁴² Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 13 de julio de 1994. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 1994\7049].

⁴⁴³ Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 10 de junio de 2003. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2005\4881].

⁴⁴⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 26 de enero de 2005. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2005\3158].

⁴⁴⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 15 de julio de 2005. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2005\9236].

⁴⁴⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 9 de diciembre de 2005. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2006\1280].

⁴⁴⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 21 de abril de 2010 [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2010\4675].

⁴⁴⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 8 de octubre de 2009. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2009\5665].

Más recientemente se ha acudido al Convenio 98 para interpretar los cambios introducidos en el Estatuto de los Trabajadores. Uno de los litigios que más ha sucedido en los últimos años ha sido la cuestión de la ultractividad de los convenios colectivos, como ya hemos tenido ocasión de analizar parcialmente. Se referencia, en primer lugar, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2015, ponente doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, donde la Sala acude al Convenio 98 entendiendo que la aplicación preferente de los convenios deriva de los compromisos internacionales suscritos por España. En tal sentido, dicha resolución acude al artículo 4 del Convenio 98, que recoge que se deben adoptar las medidas adecuadas para estimular y fomentar la negociación colectiva. En la referida sentencia se consigna el voto particular de don Antonio Sempere Navarro, que defiende que el convenio colectivo perdió su vigencia una vez vencida la ultractividad por la prevalencia de la ley y niega la incidencia del Convenio 98 de la OIT, así como el resto de normativa internacional a estos efectos. Este criterio mayoritario es reiterado por la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo 616/2016 de 6 de julio⁴⁴⁹, la de 7 de julio de 2015⁴⁵⁰ o la de 1 diciembre de 2015⁴⁵¹, entre otras, y ha sido citado en abundancia en suplicación.

Por último, la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo 943/2018 de 5 de noviembre⁴⁵², alegando la empresa la vulneración del artículo 2 del C098 en cuanto al concepto de no injerencia empresarial, puesto que se le había condenado a la misma por negarse a abonar una financiación reconocida por acuerdo de empresa a un sindicato, basándose en que otro sindicato presente en la empresa había renunciado voluntariamente al mismo, descartando la Sala este planteamiento y desestimando el recurso de la empresa.

4.4.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio 98 de la OIT

En este apartado se inicia el recorrido de las sentencias del Tribunal Constitucional que se han referido al Convenio 98 de la OIT de forma cronológica. En primer lugar, procede el análisis de la sentencia del TC 38/1981 de 23 de noviembre citada

⁴⁴⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 616/2016, de 6 de julio de 2016. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2016\6542].

⁴⁵⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 7 de julio de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2015\4731].

⁴⁵¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 1 diciembre de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2016\3837].

⁴⁵² Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 943/2018, de 5 de noviembre de 2018. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2018\5554].

anteriormente, siendo el ponente don Jerónimo Arozamena Sierra, sobre un recurso de amparo interpuesto tras un procedimiento laboral por despido. La sentencia versa sobre la necesidad de motivación de un despido en el que hay un trasfondo sindical y acude a las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT y a lo recogido en el artículo 1 y 2 del Convenio 98 de la OIT. Es menester recoger de forma literal, por su claridad, el siguiente extracto de la resolución:

Los Convenios OIT entran en juego, además de en el punto que hemos tratado en el fundamento anterior, para decidir ámbitos de libertad sindical. El despido de un trabajador a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales (Convenio 98, artículo 1.º, 2.b) o el despido de los trabajadores por razón de su condición de representantes de los trabajadores (Convenio 135, artículo 1.º), protección que la OIT recomienda se aplique también a los trabajadores que son candidatos, o que han sido presentados como candidatos (Recomendación 143, III, 5) y 7.1), se comprenden en el cuadro de injerencias empresariales atentatorias a la libertad sindical, sujetas a interdicción y para las que se demanda una protección eficaz, de la que forma parte el imponer al empresario la carga de probar que el despido está justificado. El análisis ahora debe ser si estos actos, que como acabamos de ver están vedados por convenios y recomendaciones internacionales, están también proscritos mediante el reconocimiento de derechos constitucionales, esto es, y en el marco de los planteamientos del demandante del amparo, en los artículos 14 y 28.1) de la Constitución, a cuya defensa sirve, en vía interna última, el recurso de amparo (artículos 53.2) y 161.1.b), también de la Constitución. Si se observa lo que dice su artículo 10.2), los textos internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos que, en este punto, recoge la Constitución. Los Convenios OIT, ratificados por España constituyen, sin duda, textos invocables al respecto, al igual que otros textos internacionales [así, el artículo 8º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 1º, 5) del Código Civil]. Los Convenios se incorporan al ordenamiento interno, y de estas normas internas surgen los derechos individuales que, cuando se recogen en el capítulo de derechos o libertades para cuya protección se abre el recurso de amparo (como es el caso, del derecho sobre el que este proceso se cuestiona), adquieren un valor capital las reglas del Convenio o Tratado. Las Recomendaciones OIT, si bien, como es obvio, distintas de los Convenios, y sin alusión directa en el artículo 10.2) de la Constitución, son textos orientativos que, sin eficacia vinculante, pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios, carácter con el que se invocan aquí las Recomendaciones a las que hemos hecho sucinta referencia (STC 38/1981, Fundamento Jurídico Cuarto).

Como se acaba de comprobar, y ya se ha expresado en el estudio de la jurisprudencia del C087, el TC, desde los inicios de su andadura, tenía muy claro el encaje de los Convenios de la OIT a la hora de interpretar el contenido de los derechos fundamentales que se encuentran reconocidos en nuestra Constitución y que se ubican igualmente en la norma internacional, así como el papel de las decisiones del Comité de Libertad Sindical.

La siguiente sentencia sigue una temática similar a la anterior. Se trata de la resolución del TC 78/1982 de 20 de diciembre,⁴⁵³ ponente don Rafael Gómez-Ferrer Morant, que gira en torno a la nulidad del despido de un representante de los trabajadores en Ford. La sentencia, en su fundamento de derecho quinto, viene a incidir en que el artículo 28.1 de la CE que consagra el derecho de libertad sindical debe ser interpretado conforme a la normativa internacional, expresamente el Convenio de la OIT. El debate versaba en torno a las garantías y el cese del ejercicio del mandato como representante de los trabajadores, que no se extingue por el despido cuando se encuentra recurrido ante la Jurisdicción Social. Dicha interpretación emana del propio artículo 1 del Convenio 98 de la OIT, que consagra la protección de los representantes contra todo acto que pueda perjudicarles por razón de sus actividades, y el propio principio de no injerencia consagrado en el artículo 2 del Convenio 98 de la OIT. En el mismo sentido, en un caso análogo tenemos la sentencia del TC número 83/1982 de 22 de diciembre⁴⁵⁴ que, de nuevo, resalta que el régimen de despido se ve influido por el contenido de la norma internacional.

Como mera referencia a la norma internacional, está la sentencia del Tribunal Constitucional número 45/1984,⁴⁵⁵ en recurso de amparo, siendo ponente don Jerónimo Arozamena Sierra. El Comité de empresa recurrente en su recurso de amparo cita el artículo 2.2 del Convenio 98 de la OIT, resolviéndose por el TC sin considerar lo planteado desde la óptica internacional y denegándose el amparo.

La siguiente sentencia es la número 134/1994 de 9 de mayo,⁴⁵⁶ citada por la recurrente en amparo a la infracción del artículo 1.b) y 1.2.b) del Convenio 98. Resuelve el TC estimando el amparo sin atender a la norma internacional, sino con base en el artículo 28 de la CE y en la jurisprudencia constitucional.

⁴⁵³ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 78/1982, de 20 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1982\78].

⁴⁵⁴ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 83/1982, de 22 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1982\83].

⁴⁵⁵ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 45/1984, de 27 de marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1984\45].

⁴⁵⁶ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 134/1994, de 9 de mayo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1994\134].

La sentencia del TC 191/1996 de 26 de noviembre,⁴⁵⁷ ponente don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, sigue la vía del uso del canon hermenéutico empleado en las primeras sentencias analizadas para delimitar el contenido de la libertad sindical. En este caso, en cuanto a la protección de los representantes contra todo acto que pueda perjudicarles, se debe interpretar conforme al Convenio 98 y, en particular, el artículo 1. Existe un voto particular de don Pedro Cruz Villalón que entiende que el amparo debió ser desestimado, pero no entra en la cuestión de la normativa internacional.

De nuevo se encuentra una sentencia donde el recurrente invoca la lesión del Convenio 98 de la OIT denegándose el amparo sin acudir a la normativa internacional. Se trata de la sentencia del TC número 214/2001 de 29 de octubre,⁴⁵⁸ ponente don Vicente Conde Martín de Hijas.

Por último, procede el examen de la sentencia del TC número 119/2014 de 16 de julio,⁴⁵⁹ promovida por una cuestión de inconstitucionalidad del Parlamento de Navarra, ponente don Andrés Ollero Tassara. Esta sentencia analiza la constitucionalidad de la reforma laboral incorporada con la ley 3/2012. La misma tiene un voto particular que, por su interés, analizaremos pormenorizadamente. La sentencia establece una interpretación muy discutible de lo dicho por el Comité de Libertad Sindical para entender la conformidad de la reforma laboral con la CE. Respecto a la implantación del arbitraje obligatorio, se significa que el propio Comité de Libertad Sindical lo considera compatible en casos de “crisis nacional aguda”.

Por lo que atañe al periodo de prueba de un año en el contrato de apoyo a emprendedores, la sentencia entiende que la OIT reserva la resolución del asunto a cada Estado. Acude al informe de 6 de noviembre de 2007 de la OIT sobre las nuevas contrataciones en Francia, en el que se determinó que el periodo de dos años de prueba no era razonable, siendo normalmente razonable el periodo de seis meses, pero no descartando que se pudiera justificar un periodo más dilatado. La sentencia sitúa la justificación de este periodo de prueba en la seguridad empresarial y la creación de empleo en las pequeñas y medianas empresas amparándose en el artículo 40.1 CE, que señala que los poderes públicos deben llevar políticas orientadas al pleno empleo.

⁴⁵⁷ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 191/1996, de 26 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1996\191].

⁴⁵⁸ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 214/2001, de 29 de octubre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2001\214].

⁴⁵⁹ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 119/2014, de 16 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2014\119].

Avanzando en la motivación de la sentencia, respecto al juicio de razonabilidad y la proporcionalidad de la resolución efectuando un juicio de constitucionalidad, se justifica por la grave coyuntura de desempleo en que se ubica, así como los límites, condiciones y garantías de la norma entre las que se sujeta la vinculación de su vigencia a una determinada tasa de desempleo en nuestro país.

El voto particular de la sentencia lo presenta don Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhieren doña Adela Asua Barrita y don Luis Ignacio Ortega Álvarez. Después, se ampliará en el análisis de la sentencia cuando abordemos la recepción del Convenio 158 de la OIT, pero sí conviene destacar que los magistrados resaltan los condicionamientos internacionales señalando que, respecto a los tratados internacionales, se incorporan al ordenamiento interno por la vía del artículo 96 de la CE o como canon hermenéutico de interpretación de los derechos fundamentales y libertades. En este sentido, los compromisos internacionales y comunitarios obligan a una configuración legal del despido formal y causal y a interpretar las normas de la forma más favorable en este sentido, siendo parte del contenido del derecho constitucional al trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la CE.

En este repaso del panorama internacional, el voto particular recuerda que el Comité Europeo de Derechos Sociales determinó que la medida aprobada por el Gobierno griego, en el marco de la crisis, de establecer un periodo de prueba de un año para los nuevos contratos, era contraria al artículo 4.4 de la Carta Social Europea.

Para los magistrados discrepantes se aboga por que la regulación del arbitraje obligatorio, y a la luz del examen hermenéutico del artículo 10.2 de la CE, debería haberse acudido al artículo 4 del Convenio 98 OIT para interpretar si la reforma laboral, en este aspecto, se ajustaba o no a la Constitución española.

4.5. La jurisprudencia sobre el Convenio 158 de la OIT

En este epígrafe se va a estudiar la jurisprudencia interna sobre el Convenio 158 OIT. Sin duda, se trata de la norma internacional más usada en el panorama interno tanto por el volumen de sentencias como por el grado de conocimiento de la misma de los operadores jurídicos. Después se abordará la jurisprudencia constitucional en la que destaca el pronunciamiento del TC sobre la reforma laboral de 2012.

4.5.1. La jurisprudencia en el orden social sobre el Convenio 158 de la OIT

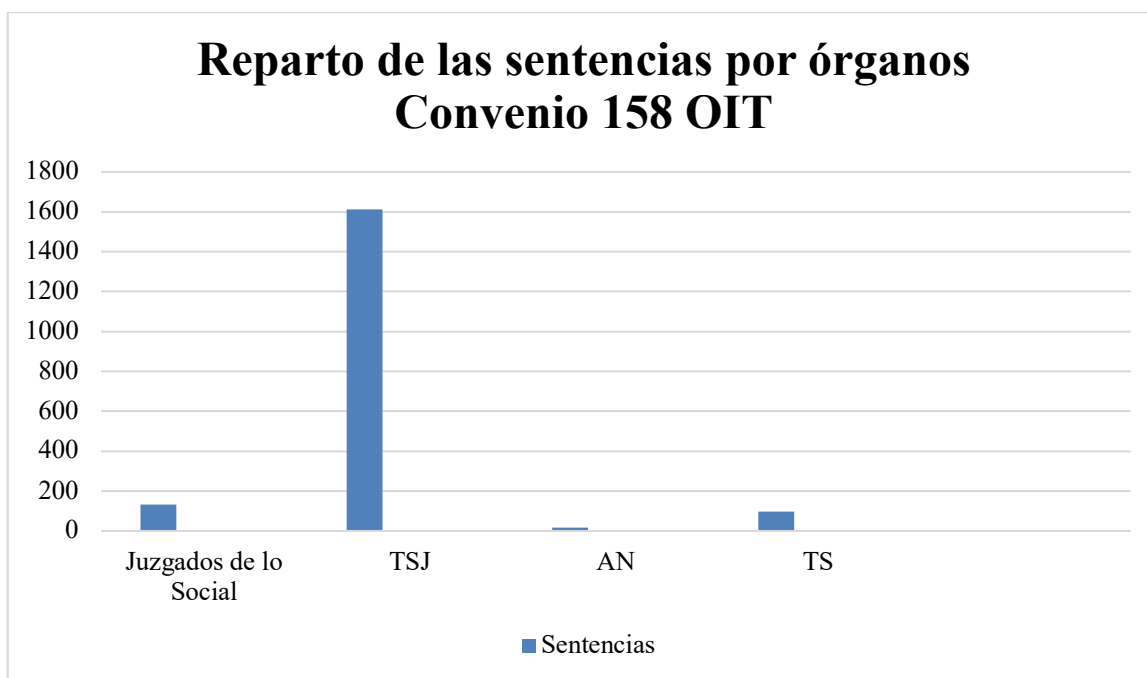
a) Balance general

A continuación, se asiste a un salto cualitativo respecto a los dos convenios estudiados anteriormente. El propio número que arroja el repertorio de Thomson Reuters Aranzadi es muy ilustrativo, puesto que se compone de 1857 sentencias. Este Convenio se ha utilizado para calibrar distintos elementos del despido, tales como los requisitos en la extinción del contrato de trabajo, la garantía de indemnidad, o como elemento interpretativo ante las últimas reformas laborales de 2010 y 2012 en diversos aspectos. A mayor abundamiento, se trata de un Convenio que, con cierta frecuencia, se emplea como mera cita apoyando las tesis del órgano judicial ante la resolución del caso, pero también en un volumen nada despreciable como elemento de interpretación conforme o canon hermenéutico con el que ajustar o conciliar la normativa interna con el estándar establecido por la norma internacional. También es verdad que un buen número de resoluciones mantienen un uso del Convenio como *obiter dicta*.

Sin más dilación, procede el estudio de los datos que arrojan las sentencias analizadas siguiendo la misma sistemática que con los anteriores convenios.

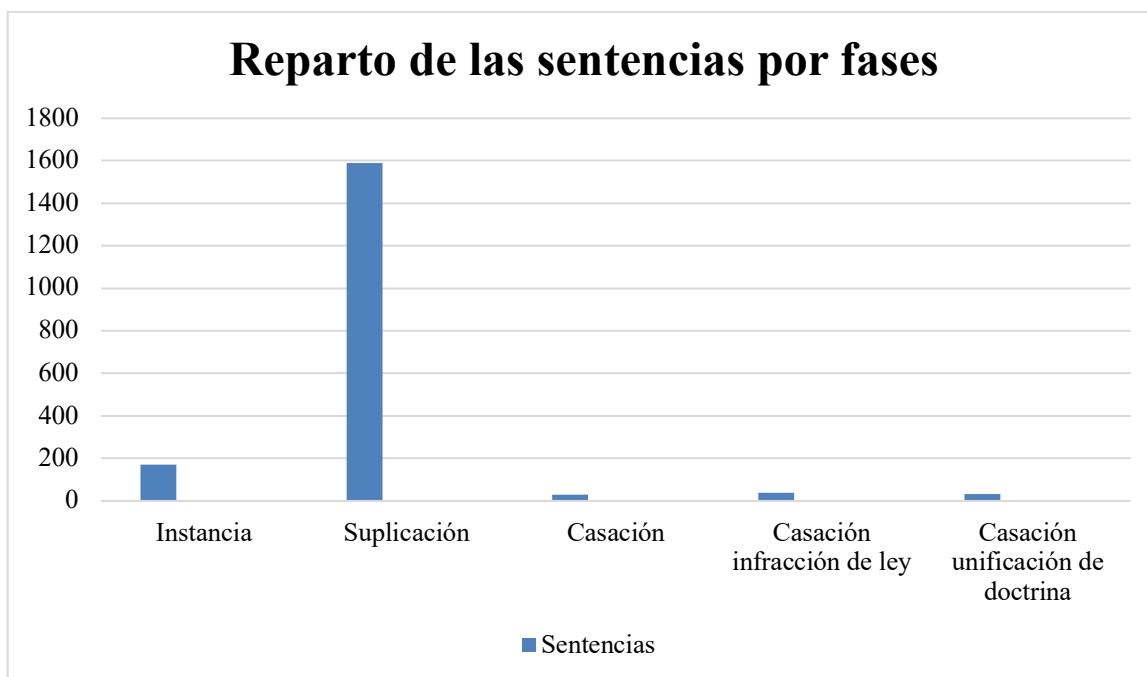
Las 1857 sentencias se reparten de la siguiente forma dominando de forma clara las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, ascendiendo a un total de 1613, 131 sentencias de los Juzgados de lo Social, 97 sentencias del Tribunal Supremo y 16 sentencias de la Audiencia Nacional.

Tabla 33. Reparto de las sentencias por órganos Convenio 158 OIT



En cuanto a las fases de los procedimientos, destacan por su número las sentencias de suplicación con 1588 sentencias, seguido de las 172 sentencias de instancia, las 38 sentencias en recurso de casación por infracción de la ley, 31 sentencias en recurso de casación para la unificación de doctrina y 28 sentencias en recurso de casación.

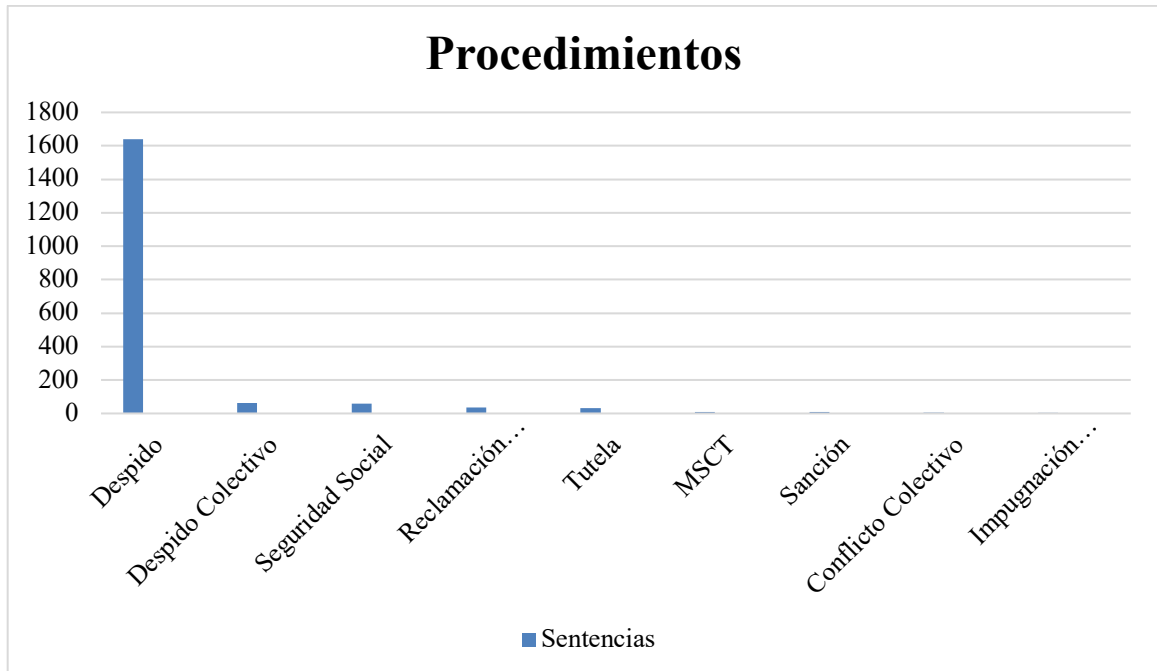
Tabla 34. Reparto de las sentencias por fases Convenio 158 OIT



El siguiente dato es la comprobación de cómo se reparten los procedimientos por fases. De esta forma, existen 1641 sentencias recaídas en procedimiento por despido, 64 por despido colectivo, 58 de seguridad social, 36 de reclamación de derechos y/o cantidad,

31 de tutela de derechos fundamentales, 10 en modificación sustancial de las condiciones de trabajo, 8 en impugnación de sanción, 6 en conflicto colectivo y 3 en impugnación de actos administrativos.

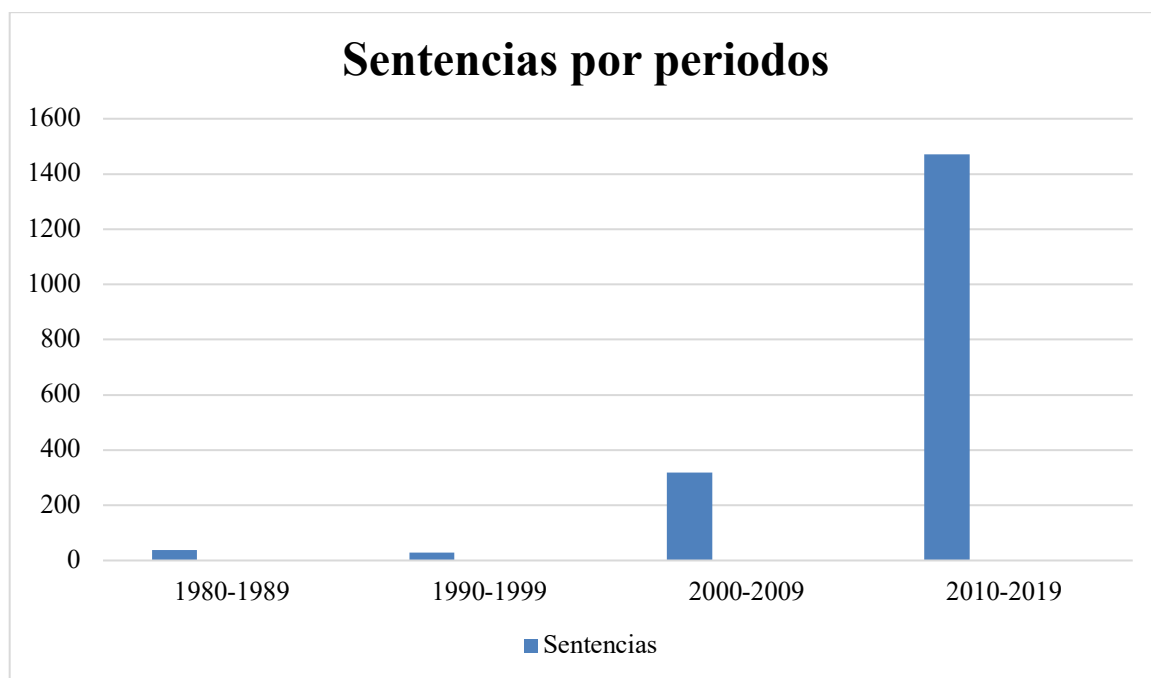
Tabla 35. Procedimientos Convenio 158 OIT



En cuanto a los resultados de los procedimientos, constan 637 sentidos estimatorios y 1281 desestimatorios, puesto que algunas de estas resoluciones son a la par desestimatorias en cuanto al recurso de alguna de las partes y estimatorias para otras, lo que hace que conste un número superior a las 1857 sentencias en total.

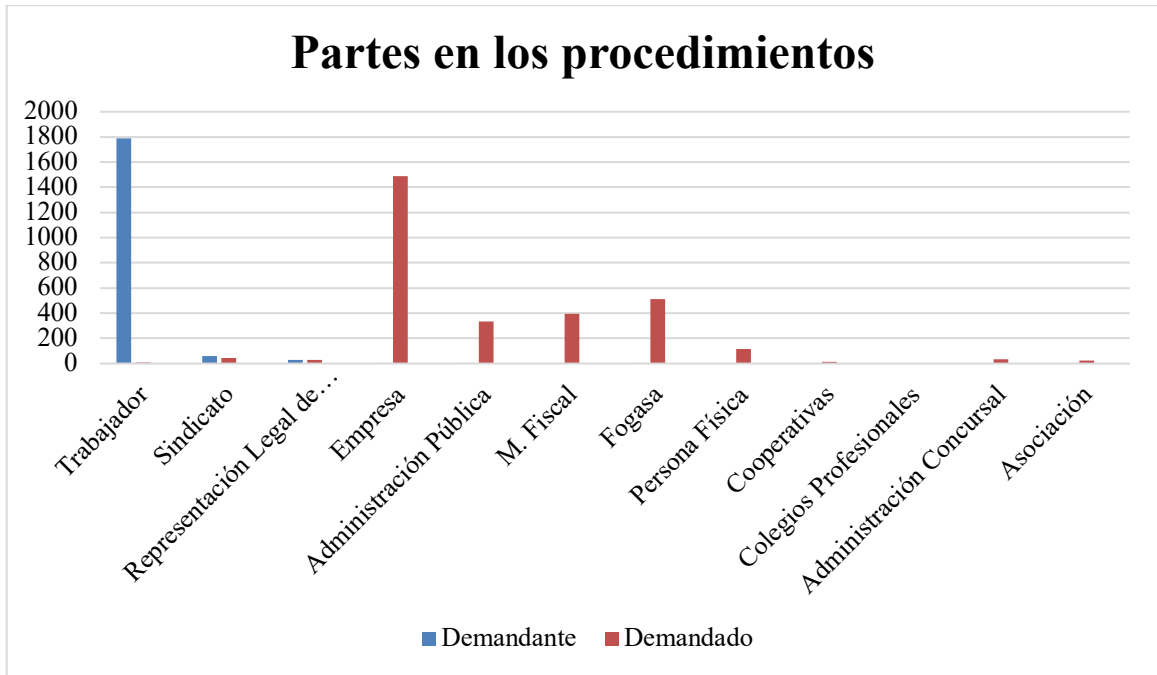
A continuación, se acude a la distribución de las sentencias por periodos, teniendo 1472 sentencias en el espacio 2010-2019, 318 sentencias en el periodo 2000-2009, 38 sentencias en el periodo 1980-1989 y 29 en el periodo 1990-1999.

Tabla 36. Sentencias por periodos Convenio 158 OIT



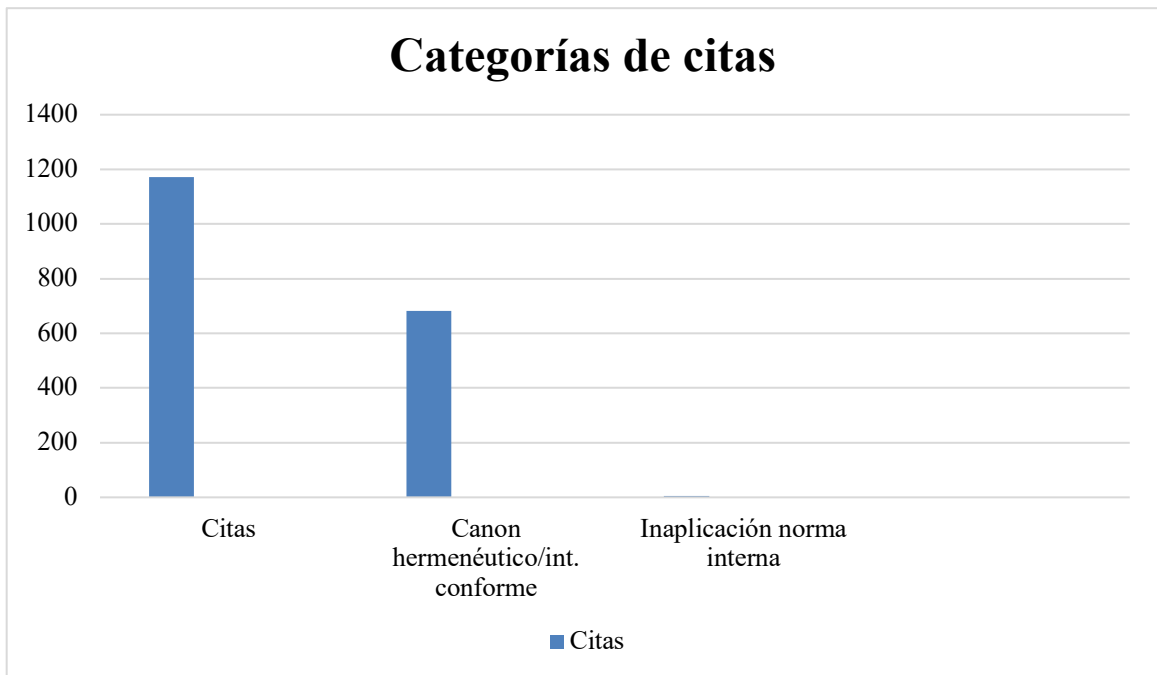
Pasando al siguiente elemento de análisis, procede clasificar las partes intervinientes en los procedimientos, siguiendo los mismos criterios utilizados en el estudio de los anteriores convenios. Se encuentran 1788 intervenciones de trabajadores como demandantes y once como demandados, una de la empresa como demandante y 1487 como demandados, 58 intervenciones del sindicato como demandante y 43 como demandado, una intervención de la Administración Pública como demandante y 336 como demandado, 396 intervenciones del Ministerio Fiscal como demandado y/o interesado, una intervención del Fogasa como demandante y 511 como demandado, así como 28 intervenciones de la RLT como demandante y 31 como demandados. El resto de las intervenciones son menores, no sin mencionar que las personas físicas fueron demandadas en 117 procedimientos.

Tabla 37. Partes en los procedimientos Convenio 158 OIT



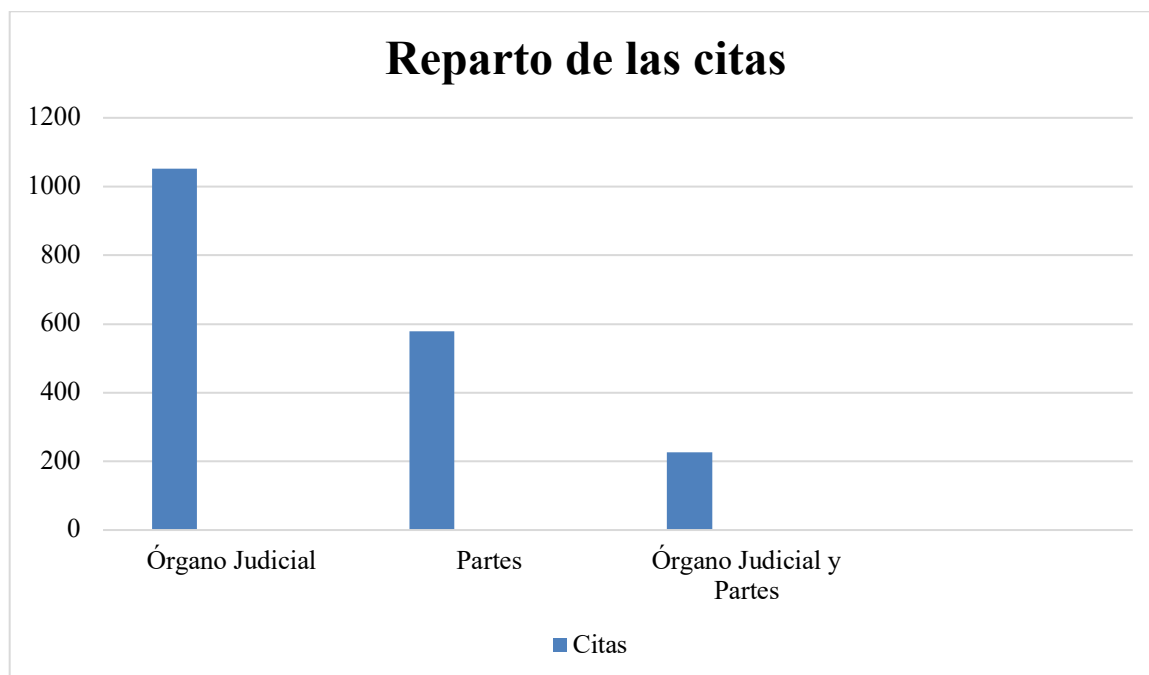
El siguiente bloque responde a cómo se usan las citas contenidas en las resoluciones. De nuevo se reitera lo ya dicho en el estudio de los anteriores convenios, siendo en ocasiones difícil dirimir cómo usa el juzgador la cita del Convenio. Pese a que domina la simple cita con un volumen de 1171, destacan las 681 sentencias en las que utiliza el canon hermenéutico y/o la interpretación conforme. Por último, el uso del control de convencionalidad queda muy lejos al haberse usado únicamente en cinco sentencias.

Tabla 38. Categorías de citas Convenio 158 OIT



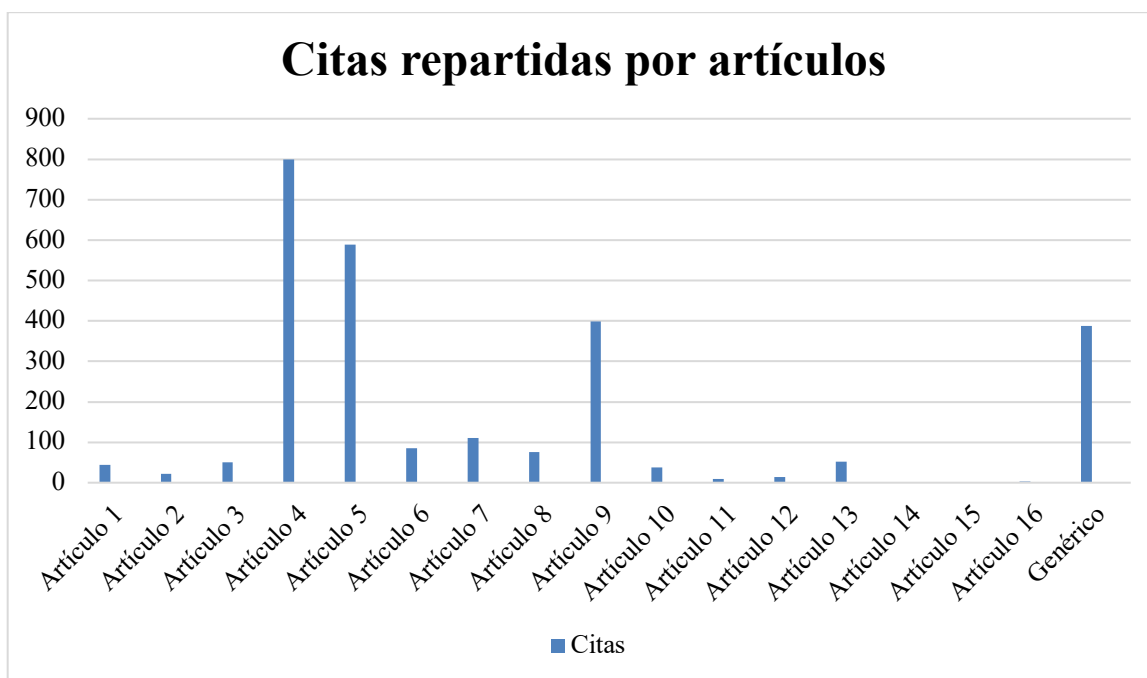
A continuación, se recoge cómo se usan las citas, esto es, si las utiliza el juzgador, las partes o ambos. Predomina el uso del Convenio 158 OIT por el propio órgano jurisdiccional, habiendo recurrido al mismo en 1052 resoluciones. La invocación unilateral por las partes asciende a 579 resoluciones y el uso común por el órgano judicial y las partes en litigio se produce en 226 sentencias.

Tabla 39. Reparto de las citas Convenio 158 OIT



Por último, se verifica cómo se distribuyen dichas citas por artículos, reseñando los artículos más citados: el artículo 4 que se cita en 799 sentencias, el artículo 5 en 588, el artículo 9 en 398 sentencias y el uso en genérico del Convenio 158 OIT que se produce en 387 ocasiones.

Tabla 40. Citas repartidas por artículos Convenio 158 OIT



De los datos volcados se pueden extraer una serie de conclusiones:

La primera, y siguiendo con la tónica de los anteriores Convenios de la OIT estudiados, es que el órgano jurisdiccional donde más se cita el Convenio 158 son los Tribunales Superiores de Justicia, destacando así mismo su presencia en los recursos de suplicación. El porcentaje de las sentencias de los TSJ asciende al 86,86% del total de las que citan el Convenio 158 OIT.

La segunda es que el procedimiento donde más se cita es el de despido individual. Esto entra en perfecta consonancia con el Convenio que trata sobre la terminación del contrato de trabajo.

La tercera conclusión es que se utiliza de forma creciente, concentrándose las sentencias entre el periodo 2000-2019 pero, así mismo, siendo muy mayoritarias las sentencias del periodo 2010-2019 sobre las sentencias del periodo 2000-2009. El peso de las sentencias en el periodo 2010-2019 es del 79,26% del total.

La cuarta conclusión, de nuevo en armonía con los derechos que tutela el Convenio, es la fuerte presencia de los trabajadores como parte actora y las empresas como parte demandada, lo que demuestra la predominancia de los procedimientos individuales y de los despidos como ya hemos planteado.

La quinta y última conclusión es que estamos ante una jurisprudencia donde existe una mayor conciencia en los operadores jurídicos del Convenio 158 OIT y de su importancia a la hora de resolver el caso concreto. Así, el número de sentencias que utilizan el canon

hermenéutico o interpretación conforme ha servido, además, para paralizar lecturas regresivas que provienen del legislador y que podrían atentar contra los derechos laborales consagrados en los textos internacionales. El peso de las sentencias que utilizan el canon hermenéutico o interpretación conforme es del 36,67% del total. Por su parte, el uso del control de convencionalidad ha sido esporádico, concentrándose en el último periodo 2010-2019. A mayor abundamiento, la gran mayoría de las sentencias que se han atrevido en la instancia a aplicar dicho mecanismo jurídico han visto cómo han sido revocadas en suplicación.

b) *Sentencias destacadas*

Para empezar, se acude al repaso sucinto de las sentencias de instancia recaídas en los Juzgados de lo Social. Cabe destacar, como apunte preliminar, que se puede identificar un papel innovador en cuanto a la aplicación de criterios doctrinales de los más avanzados, para conseguir asegurar la efectividad del derecho internacional. En este punto, destacan las sentencias recaídas aplicando directamente el Convenio 158 de la OIT o la Carta Social Europea con carácter prioritario a la legislación nacional. Sin embargo, hay que apostillar que, posteriormente, estas sentencias se han visto revocadas en suplicación por los respectivos Tribunales Superiores de Justicia. Igualmente, siendo esto ya común a otros órganos, tal y como se estudiará, se ha utilizado el Convenio como herramienta jurídica a la hora de detener las lecturas no causales respecto a la institución del despido conforme a la reforma laboral aprobada mediante la Ley 3/2012.

Comenzamos el estudio por la sentencia del Juzgado de lo Social 33 de Barcelona 518/2011 de 27 de septiembre⁴⁶⁰, que fue pionera aplicando el control de convencionalidad y dando argumentos contra la deriva descausalizadora de la reforma laboral aprobada mediante la Ley 35/2010. En tal sentido observa que, por aplicación de los artículos 96.1 CE y el artículo 1.5 del Código Civil, el Convenio 158 de la OIT es prevalente en nuestro ordenamiento. Por ello constata la incompatibilidad de los artículos 4, 7, 8.1 y 9.1 con la interpretación descausalizadora del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores basada en la consignación de la indemnización ante el Juzgado de lo Social como reconocimiento de la improcedencia del despido. Pero es que, además, efectúa el análisis del modelo constitucional del trabajo conectando con el Convenio 158 OIT y también por la doctrina anterior del propio TC en interpretación del artículo 35 de la CE. Apuesta que la lectura de la reforma laboral del despido sin justa causa es contraria a

⁴⁶⁰ Juzgado de lo Social 33 de Barcelona. Sentencia 518/2011, de 27 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2011\351723].

dicho modelo. Tomando como base lo anterior, la sentencia falla considerando nulo el despido y estima la demanda del trabajador.

La sentencia del Juzgado de lo Social 3 de Barcelona 352/2014 de 5 de noviembre⁴⁶¹ postula que, pese a que el Tribunal Constitucional en su sentencia 119/2014 de 16 de julio haya avalado la constitucionalidad del artículo 4.3 de la Ley 3/2012 sobre el contrato de apoyo a los emprendedores, sigue teniendo el ámbito de determinación de la norma ordinaria aplicable. Según esto, observa que, salvo que el TC expulse una norma del ordenamiento, se ha de cumplir con los principios de legalidad y jerarquía normativa consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución española. Asimismo, manifiesta que el artículo 4 del Convenio 158 OIT establece la causalidad del despido por lo que, ejerciendo el control de convencionalidad, declara la extinción por no superación del periodo de prueba como despido improcedente.

En cuanto a supuestos de despido en situación de IT, hay que reseñar la sentencia del Juzgado de lo Social 33 de Barcelona 472/2016 de 23 de diciembre de 2016,⁴⁶² que se enmarca en la constante inquietud y rigor del magistrado Joan Agustí Maragall en la aplicación de la normativa internacional en el orden social. El magistrado acudió al TJUE por una cuestión prejudicial en relación sobre si el despido en situación de IT es asimilable a discapacidad conforme al derecho comunitario. El TJUE consideró que no se puede asimilar el hecho de IT con la de discapacidad, por lo que habrá que estar en cada caso a los indicios sobre la limitación duradera y las perspectivas de la recuperación, debiéndose resolver el litigio en el plano nacional.

En consecuencia, para la resolución del fondo del asunto, el magistrado dialoga con la sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008⁴⁶³, que reflexionó sobre la incapacidad temporal del trabajador y el despido, observando que el alto tribunal no entró a considerar el Convenio 158 de la OIT junto a otra normativa internacional a la hora de verificar si concurre causa discriminatoria en el despido en situación de IT. El magistrado sostiene que el Convenio 158 supone una “obligación internacional común” y acude a la primacía y eficacia directa derivadas del artículo 96 de la Constitución española y no solo el canon hermenéutico. El magistrado cita el propio informe del “Estudio General de 1995” de la

⁴⁶¹ Juzgado de lo Social 3 de Barcelona. Sentencia 352/2014, de 5 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2014\3092].

⁴⁶² Juzgado de lo Social 33 de Barcelona. Sentencia 472/2016, de 23 de diciembre de 2016. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2016\1794].

⁴⁶³ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 62/2008, de 26 de mayo de 2008. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2008\62].

Comisión de Expertos de la OIT que señala que, aunque el concepto de ausencia corresponde a los Estados, este se debe regular sobre la base del mantenimiento del empleo en una situación de imposibilidad de cumplir las obligaciones por motivos de fuerza mayor. En consecuencia con el anterior razonamiento, el magistrado dicta la nulidad del despido. En la misma línea, ya se pronuncia este magistrado en su anterior sentencia del Juzgado de lo Social 33 número 339/2013 de 19 de noviembre.⁴⁶⁴

En aplicación del canon hermenéutico, corresponde el estudio de la sentencia del Juzgado de lo Social 2 de Arrecife de 8 de enero de 2015⁴⁶⁵ sobre el control de las causas ante el despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas. Dicha resolución acude a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014⁴⁶⁶ que invoca los artículos 4 y 9 del Convenio 158 para determinar que los convenios de la OIT forman parte del ordenamiento interno una vez publicados en el *BOE* por aplicación del artículo 96 de la Constitución española. La referida jurisprudencia en la que se apoya el magistrado de instancia establece que hay que utilizar la interpretación hermenéutica sobre las causas del despido objetivo, artículos 51.1 y 52.c del ET, con los artículos 4, 8 y 9 del Convenio 158 de la OIT sobre la causalidad del despido y el control judicial de las causas, estimando, en consecuencia, la demanda de la trabajadora.

En este mismo sentido, sobre la causalidad y la conexión de funcionalidad entre los hechos y las causas invocadas refiriéndose a los artículos 8.1 y 9.1 del Convenio 158 OIT, rebajando el contenido descausalizador de la reforma laboral por los compromisos internacionales adquiridos por España, entre ellos el C158 OIT, véase la sentencia del Juzgado de lo Social 4 de Valladolid 303/2018, de 13 de septiembre.⁴⁶⁷

En otro orden de cosas, existe un debate jurisprudencial en torno a la impugnación del despido individual en el marco de un despido colectivo con acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En tal sentido, la sentencia del Juzgado de lo Social 33 de Barcelona 386/2014 de 10 de septiembre⁴⁶⁸ aboga por que la impugnación individual es indisponible conforme al Convenio 158 de la OIT.

⁴⁶⁴ Juzgado de lo Social 33 de Barcelona. Sentencia 339/2013, de 19 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2014\960].

⁴⁶⁵ Juzgado de lo Social 2 de Arrecife. Sentencia de 8 de enero de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2015\755].

⁴⁶⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 17 de julio de 2014. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2014\5743].

⁴⁶⁷ Juzgado de lo Social 4 de Valladolid. Sentencia 303/2018, de 13 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2018\307951].

⁴⁶⁸ Juzgado de lo Social 33 de Barcelona. Sentencia 386/2014, de 10 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2014\2113].

En conclusión, la abrumadora mayoría de las sentencias estudiadas en el ámbito de los Juzgados de lo Social vienen a ser coincidentes en la necesidad de la causalidad y el control judicial del despido al calor de la norma internacional en aplicación de la hermenéutica que emana del Convenio 158 OIT, sin descartar el ejercicio del control de convencionalidad en el despido por absentismo.

En cuanto a las sentencias recaídas en suplicación, en primer lugar hay que referirse al uso prácticamente nulo del control de la convencionalidad. Es más, los distintos TSJ han optado por revocar las sentencias de instancia que habían acudido al mecanismo de aplicación del DIT sobre la legislación interna. Únicamente se detecta alguna sentencia más antigua al último ciclo de jurisprudencia derivado de las reformas laborales 2010-2012 con un sentido distinto, acercándose a un uso esporádico del control de convencionalidad. Así, la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 963/2005 de 9 de febrero⁴⁶⁹ sobre despido, razona que el Convenio 158 de la OIT por aplicación del artículo 96 de la CE impide al juzgador valorar libremente el desistimiento en el despido. Por lo tanto, al estar ante actos contrarios a normas imperativas como el artículo 4 del Convenio OIT en conexión con el artículo 6.3 del Código Civil, debe comportar la nulidad del despido.

Por otra parte, cabe identificar dos grandes líneas sobre la causalidad del despido respecto a la reforma laboral culminada con la Ley 3/2012. La primera y mayoritaria es la que insiste en que la causalidad del despido y el control judicial no ha desaparecido por imperativo del Convenio 158 OIT. Existe otra línea defendida fundamentalmente por una serie de secciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, minoritaria, apoyada por alguna resolución de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que postula que el control de la causalidad se ha aminorado o que la razonabilidad en la extinción no puede derivarse del Convenio 158 de la OIT. Igualmente, se debe añadir otra cuestión común a otros órganos jurisdiccionales y es que el uso de la normativa internacional se realiza con frecuencia desde la óptica del canon hermenéutico conforme al artículo 10.2 de la CE y la interpretación conforme entre la normativa internacional y la interna.

En las tesis del mantenimiento del control judicial del despido y de su propia causalidad, está la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de

⁴⁶⁹ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 963/2005, de 9 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2005\118679].

Cataluña 25/2014 de 7 de enero⁴⁷⁰ en la que se insiste sobre la existencia real de las causas, donde se recoge que la normativa internacional impone dicha interpretación a la normativa interna conforme el artículo 96 CE. La siguiente es la de la Sección Quinta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 726/2015 de 19 de octubre.⁴⁷¹ La Sala madrileña se ampara en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2015,⁴⁷² 25 de junio de 2014 en pleno⁴⁷³ y la sentencia también en pleno de 17 de julio de 2014.⁴⁷⁴

El TSJ madrileño, apoyándose en dichas resoluciones del Tribunal Supremo, recoge que no es aceptable que el control del despido se limite a comprobar si concurren las circunstancias definidoras de una situación económica negativa, sino que se debe verificar si existe el nexo de razonabilidad entre lo pretendido y la causa desencadenante. Concluye manifestando que es inaceptable el papel que reserva a los jueces la Ley 3/2012 otorgando una discrecionalidad absoluta al empresario. Igualmente, es constante para la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, sentencia número 1539/2018 de 22 de noviembre,⁴⁷⁵ entre otras, que una interpretación de la reforma laboral que viene a situar el control basado en la simple concurrencia de la causa para la procedencia del cese haría decaer toda la doctrina y jurisprudencia sobre la interpretación de las medidas resolutorias del contrato, por aplicación del artículo 9.1 del Convenio 158 OIT, que impone que se valore la incidencia real de la causa alegada como la efectiva necesidad de amortización del puesto de trabajo.

En un sentido similar, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 89/2015 de 9 de febrero,⁴⁷⁶ manifestando que una interpretación basada en que el juez se limite a comprobar si concurren los hechos en relación al despido, estaría vulnerando el artículo 10.2 CE en concordancia con el 96.1 CE puesto que contradiría el Convenio 158 de la OIT, en concreto los artículos 4, 8.1 y 9.1, citando

⁴⁷⁰ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 25/2014, de 7 de enero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2014\521].

⁴⁷¹ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección Quinta). Sentencia 726/2015, de 19 de octubre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2016\4].

⁴⁷² Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 25 de febrero de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2015\1905].

⁴⁷³ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Pleno). Sentencia de 25 de junio de 2014. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, en pleno (Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2014\3982)].

⁴⁷⁴ Véase nota 466l.

⁴⁷⁵ Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social). Sentencia 1539/2018, de 22 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2019\736].

⁴⁷⁶ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección Quinta). Sentencia 89/2015, de 9 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2015\625].

también lo dicho por el Comité de Expertos de la OIT en el sentido de que las extinciones de contrato que no sean objetivamente razonables resultan abusivas. En la convicción del papel que tiene el Convenio 158 de la OIT como interpretación conforme en conexión con nuestra legislación interna, se pronuncia la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, número 475/2013 de 13 de febrero,⁴⁷⁷ en el marco de un procedimiento de despido colectivo.

En cuanto a resoluciones ambiguas con el ejercicio del control de convencionalidad, se encuentra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, número 7797/2017 de 29 de diciembre,⁴⁷⁸ que revoca la sentencia del Juzgado de lo Social 3 de Barcelona que había declarado el despido nulo por fraudulento ejerciendo el control de convencionalidad en el Convenio 158 de la OIT. La Sala discrepa del juzgador de instancia, sosteniendo que el Convenio no vincula causalidad con nulidad y señalando que la consecuencia aparejada por dicha actuación empresarial es la improcedencia del despido. El TSJ no niega la aplicación de la norma internacional, pero le da un efecto jurídico distinto al juzgador de instancia, acudiendo a la jurisprudencia reiterada del TS basada en que el despido sin causa o fraudulento es improcedente y no nulo.

Como indicábamos al inicio del análisis, no ha habido una voz monocrorde en cuanto a la causalidad del despido y su control en los TSJ. Así, la Sección Sexta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia número 127/2014 de 24 de febrero,⁴⁷⁹ afirma que el legislador ha omitido el juicio de razonabilidad en el despido y que este no puede derivarse del Convenio 158 de la OIT.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, número 1321/2009 de 24 de abril,⁴⁸⁰ ilustra lo manifestado por Salcedo (2014, a) sobre que algunas resoluciones judiciales se caracterizan por falta de fundamentación y desconocimiento respecto de las resoluciones de los órganos de control. En este asunto, la parte invoca en su recurso de suplicación el artículo 5 del Convenio 158 de la OIT y la

⁴⁷⁷ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 475/2013, de 13 de febrero [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2013\151288].

⁴⁷⁸ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 7797/2017, de 29 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2018\50612].

⁴⁷⁹ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección Sexta). Sentencia 127/2014, de 24 de febrero [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2014\83330].

⁴⁸⁰ Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 1321/2009, de 24 de abril. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2009\257375].

hipótesis de la Sala consiste en que las recomendaciones no son derecho interno cuando lo que hace la parte es citar el referido Convenio y no recomendación alguna.

En cuanto al contrato de apoyo de emprendedores, que se refiere también más adelante cuando se estudie desde la óptica de la Carta Social Europea, la jurisprudencia que emana de las sentencias de suplicación ha consistido en negar el control de convencionalidad, ciñéndose a lo ya dicho por el Tribunal Constitucional en su sentencia 119/2014. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 7937/2014 de 2 de diciembre,⁴⁸¹ revoca la sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Mataró que había declarado la improcedencia de la extinción de un contrato de apoyo de emprendedores en el periodo de prueba. Dicha sentencia que estima el recurso de la empresa expresa que el TC ya ha declarado la constitucionalidad del CAE, manteniendo que la propia OIT ha manifestado que la fijación del periodo de prueba corresponde a los Estados y el propio informe de la Comisión de Expertos de la OIT aprobado en la 321 reunión de junio de 2014 por el Consejo de Administración, donde manifiestan que no tienen elementos suficientes para determinar si el periodo de prueba de un año es razonable o no.

En el mismo sentido se manifiesta la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 4090/2015 de 22 de junio, que se ampara en las sentencias del Tribunal Constitucional 119/2014 y 8/2015,⁴⁸² que considera que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 es ajustado a la Constitución española. Esta sentencia consta de un voto particular disconforme firmado por el magistrado Carlos Hugo Preciado Domènech y al que se adhieren siete magistrados más. La fundamentación de estos magistrados discrepantes consiste en que, por seguridad jurídica, debería haberse aplicado la norma internacional. Se cita, por su claridad expositiva, este extracto de la argumentación:

Por tanto, inaplicar una ley contraria a un tratado no solo no es contrario a la seguridad jurídica, sino que en tanto que cumplimiento estricto del principio de jerarquía normativa es requisito indispensable para que podamos hablar de cumplimiento del principio de seguridad jurídica, pues seguridad jurídica y jerarquía normativa no son una disyuntiva sino el todo y la parte, no se da la primera sin la segunda (STSJ Cataluña, 4090/2015, voto particular, razonamiento jurídico 3).

⁴⁸¹ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 7937/2014, de 2 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2015\344].

⁴⁸² Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 8/2015, de 22 de enero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2015\8].

En el mismo sentido de descartar la aplicación de la norma internacional, se sitúa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 6770/2018 de 20 de diciembre⁴⁸³ que, en materia de despido, señaló que la regulación interna es constitucional y considera que no es vinculante ni el texto de la Carta Social Europea ni lo dicho por el Comité Europeo de Derechos Sociales; tampoco le da el suficiente valor al informe del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo de 2014. En consecuencia, el Tribunal estima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa revocando la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido dictada por el Juzgado de lo Social 26 de Barcelona.

El Convenio 158 también ha sido empleado por sentencias de suplicación a la hora de preservar la acción individual de impugnación del despido colectivo cuando media acuerdo entre la empresa y los negociadores por el banco social, ratificando la existencia de la causa. En tal sentido, se cita la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco número 3087/2012 de 18 de diciembre,⁴⁸⁴ que aboga por que dicha interpretación restrictiva del derecho a la tutela judicial efectiva conculcaría los artículos 8 y 9 del Convenio 158.

En otro orden de cosas, se identifica un uso del Convenio 158 de la OIT para aumentar las garantías reconocidas en el derecho interno. Es el caso de la garantía de indemnidad que opera como protección con los trabajadores evitando que se vean represaliados por la interposición de acciones para la defensa de sus derechos, estando proscrito que el empresario reaccione despidiendo al trabajador. En tal sentido, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, número 56/2011 de 17 de febrero,⁴⁸⁵ viene a recoger un criterio asentado en reiteradas sentencias de esta Sala, que la garantía de indemnidad se amplía por el artículo 5.c) del Convenio 158 de la OIT en aplicación del carácter suprallegal de los tratados.

En el mismo sentido, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra número 210/2012 de 31 de mayo⁴⁸⁶ argumenta sobre la protección de los trabajadores frente a medidas empresariales adoptadas como consecuencia de

⁴⁸³ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 6770/2018, de 20 de diciembre [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2019\870].

⁴⁸⁴ Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 3087/2012, de 18 de diciembre. [versión electrónica, Thomson Reuters Aranzadi, AS 2014\1210].

⁴⁸⁵ Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 56/2011, de 17 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2011\1720].

⁴⁸⁶ Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 210/2012, de 31 de mayo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2012\371747].

acciones judiciales o administrativas por el trabajador, tomando como base la doctrina constitucional y los textos internacionales, entre ellos el Convenio 158 de la OIT.

Existen reiteradas sentencias que tienen claro el papel de la normativa internacional en nuestro sistema de fuentes. En tal sentido, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, número 1607/2015 de 15 de septiembre,⁴⁸⁷ en un supuesto de despido, se decanta por postular que en la interpretación de los preceptos de nuestro derecho constitucional se debe considerar los artículos 4 y 9 del Convenio 158 OIT de preferencia aplicativa a nuestras disposiciones legales internas posteriores conforme al artículo 96 CE.

Por último, respecto de las sentencias de suplicación, se muestra un gran impacto en apoyarse en las resoluciones de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo para mantener la existencia de la causalidad, la conexión de funcionalidad y el control judicial del despido. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014, citada entre otras por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia en Andalucía con sede en Sevilla 1606/2017 de 31 de mayo,⁴⁸⁸ así como la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2014 citada, entre otras, por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 2455/2016 de 13 de diciembre.⁴⁸⁹

Pasando a las sentencias de la Audiencia Nacional, las más citadas por los TSJ son: la sentencia 112/2012 de 15 de octubre de 2012⁴⁹⁰ que se analiza a continuación y que es citada junto a otras por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia número 6587/2016 de 25 de noviembre⁴⁹¹, y la sentencia 142/2012 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2012⁴⁹² citada, entre otras, por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 3126/2016 de 18 de mayo.⁴⁹³

⁴⁸⁷ Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 1607/2015, de 15 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2015\266144].

⁴⁸⁸ Tribunal Superior de Justicia en Andalucía, con sede en Sevilla (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 1606/2017, de 31 de mayo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2017\179130].

⁴⁸⁹ Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 2455/2016, de 13 de diciembre [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2017\66804].

⁴⁹⁰ Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 112/2012, de 15 de octubre de 2012 [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2013\2].

⁴⁹¹ Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 6587/2016, de 25 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2017\4133].

⁴⁹² Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 142/2012, de 21 de noviembre de 2012 [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2012\2409].

⁴⁹³ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 3126/2016, de 18 de mayo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\155694].

En este punto procede el estudio de las sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Se encuentran un número escaso de sentencias que citan el Convenio 158 de la OIT, pero que han tenido un peso muy significativo en las sentencias de suplicación y de instancia tanto en los Juzgados de lo Social como en los Tribunales Superiores de Justicia. Son sentencias que han mantenido el C158 OIT como recurso interpretativo de la norma interna ante la última reforma laboral, pero que no han ejercido el control de convencionalidad.

La primera sentencia de enorme relevancia es la 112/2012 de 15 de octubre, dictada en procedimiento de despido colectivo, siendo la ponente doña María San Martín Mazzucconi, estimándose la demanda del sindicato accionante. La Sala señala que los hechos que conectan con las causas no se pueden valorar aisladamente, sino que hay que acudir al artículo 4 del Convenio 158 de la OIT, que impone la existencia de la causa justificada para poner fin a la relación laboral. Asimismo, la Sala viene a interpretar el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores en conexión con el Convenio 158 de la OIT para resaltar la conexión de funcionalidad que permita adaptar la plantilla a la situación de la empresa.

La siguiente sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que destaca es la 142/2012 de 21 de noviembre, siendo el ponente don Ricardo Bodas Martín, desestimando la demanda interpuesta por el sindicato accionante. Esta sentencia postula que, pese a la modificación legal aprobada recientemente, la conexión de funcionalidad no se ha eliminado, aunque puedan haber desaparecido las justificaciones finalistas anteriores. Defiende que la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos o servicios que la empresa pretenda colocar en el mercado deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo que se pretendan extinguir, puesto que esta relación es el presupuesto constitutivo que deriva del artículo 4 del Convenio 158 de la OIT. La Sala mantiene que dicho artículo exige de modo perentorio que no se pondrá término a la relación laboral a menos que exista causa justificada, relacionada con su capacidad o conducta basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

A continuación, se inicia el recorrido por las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que tratan sobre el Convenio 158 de la OIT. Su importancia radica en que es el órgano judicial superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales conforme al artículo 53 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Estamos ante sentencias que varían en función de la temática pero que,

aunque pueden haber mantenido una interpretación conforme de la norma interna con la internacional en los aspectos más lesivos de la reforma laboral de 2012, no han aplicado el control de convencionalidad.

En primer lugar, en los años 80 se debatía en torno a la posibilidad de una audiencia previa en los despidos conforme al artículo 7 del Convenio 158 de la OIT. Se sucedieron diversas sentencias, citando en primer lugar la de 4 de noviembre de 1987⁴⁹⁴ siendo ponente don José Lorca García. En dicha sentencia sobre despido, interpuesta en recurso de casación por infracción de la ley, invocaba el trabajador la infracción del artículo 7 del Convenio. La resolución del asunto desemboca en la desestimación del recurso del trabajador razonando que lo dispuesto en el artículo 7 del Convenio 158 no es de aplicación directa, puesto que requiere desarrollo legislativo y que, mientras no se produzca, el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores garantiza el derecho a la defensa del trabajador con la entrega de la carta de despido por escrito consignando los motivos del mismo, el acto de conciliación ante el oportuno servicio de mediación y conciliación, y el ulterior recurso jurisdiccional.

A continuación, se suceden una serie de sentencias en los años 1988, 1989 y 1990 que aplican reiteradamente el criterio referido. Cabe llamar la atención por la sentencia sobre despido de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1989,⁴⁹⁵ siendo el ponente don José María Álvarez de Miranda y Torres, en la que se estima el recurso del trabajador. En esta sentencia se razona que lo dispuesto en el artículo 7 sobre el trámite de audiencia previa debe darse curso conforme al artículo 1 del Convenio 158 OIT a través de la legislación nacional sin que sea de aplicación directa, excepto que sus disposiciones se apliquen por contratos colectivos, sentencias, laudos o cualquiera otra forma. Entiende que, en este caso, el artículo 51 del V Convenio General de Químicas exige que, en supuestos de faltas muy graves, se otorgue audiencia previa a los comités o a los delegados de personal, por lo que, al no abrir la empresa el expediente de manera formal, se incumplió el artículo del Convenio y se determina la nulidad del despido.

De la importancia interpretativa del Convenio 158 de la OIT se encuentra la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2000,⁴⁹⁶ dictada en recurso de

⁴⁹⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 4 de noviembre de 1987. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 1987\7810].

⁴⁹⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 20 de marzo de 1989. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 1989\1886].

⁴⁹⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 17 de mayo de 2000. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2000\5160].

casación para la unificación de doctrina en materia de reclamación de cantidad, siendo el ponente don Arturo Fernández López. En la resolución se indica que el artículo 3 del Convenio de la OIT sirve para sostener la tesis sobre la naturaleza extintiva del despido, siendo un acto constitutivo y autónomo y que, en todo caso, el carácter definitivo de la extinción pende de lo que se determine en sede judicial.

En otro nivel, es pertinente estudiar las importantes sentencias recaídas en el marco de los despidos objetivos, ya sean de tipo individual o colectivo, aplicando las reformas laborales de los años 2010 y 2012. Procede el estudio de las dos sentencias más relevantes en este campo:

La primera que se cita es la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2014,⁴⁹⁷ dictada en recurso de casación en materia de despido colectivo, siendo el ponente don Manuel Ramón Alarcón Caracuel. En dicha sentencia, que desestima el recurso de los sindicatos, se señala que el control judicial respecto al nexo de razonabilidad se sigue manteniendo por aplicación del artículo 4 del Convenio 158 de la OIT.

La segunda sentencia en referencia sobre la causalidad y el control judicial es la de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014 anteriormente citada. Es una resolución recaída en recurso de casación, en materia de despido colectivo, siendo el ponente don Luis Fernando de Castro Fernández. En ella se estima el recurso formulado por el sindicato actor, abogando por que el control judicial se mantiene tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional como por los artículos 4 y 9 del Convenio 158 que actúan no solo como norma mínima, sino que operan como resistencia pasiva contra las disposiciones legales internas posteriores, tal y como establece el artículo 96.1 de la CE. Afirma, resaltando la importancia del Convenio 158 OIT, que funciona como elemento interpretativo de derechos constitucionales reconocidos como el derecho al trabajo.

4.5.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio 158 de la OIT

Al adentrarse en la jurisprudencia constitucional se encuentra la sentencia 5/2003⁴⁹⁸. Se trata de un caso donde unas trabajadoras fueron despedidas y la sentencia de

⁴⁹⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 25 de junio de 2014. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2014\4385].

⁴⁹⁸ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 5/2003, de 20 de enero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2003\5].

suplicación declaró nulo el despido tras la declaración de improcedencia en la instancia. En la readmisión de las trabajadoras, la empresa plantea la reincorporación en un centro de trabajo de una comunidad autónoma distinta, a la par que recurre en unificación de doctrina los despidos. Las trabajadoras presentaron incidente de readmisión irregular y, al mismo tiempo, no se personaron en el centro de trabajo que les indicó la empresa, lo que motivó a esta a sancionarlas. Este hecho lleva a las recurrentes a presentar demanda por derechos fundamentales al entender que esta medida empresarial es una represalia ante el ejercicio de sus derechos. Esta acción fue desestimada en suplicación por el TSJ de Madrid considerando que no existe vulneración de derechos fundamentales por la empresa.

En su fundamentación, el TC acude a toda su doctrina sobre la garantía de indemnidad de los trabajadores y, por lo tanto, la nulidad por haber ejercido una acción judicial para recordar que el artículo 5.c) del Convenio 158 OIT impide la sanción por haber presentado un recurso ante la autoridad competente. La sentencia concluye asignando el amparo a las recurrentes al entender que se les ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.

Se aborda ahora la sentencia 324/2006 de 20 de noviembre,⁴⁹⁹ concedora de recurso de amparo, siendo el ponente don Pablo Pérez Tremps. En este caso, es la parte la que invoca la doctrina del Tribunal Constitucional y el propio contenido del Convenio 158 de la OIT, respecto de la prohibición de discriminación debido al embarazo, con especial mención a la extinción de la relación de trabajo. El Tribunal Constitucional estima el amparo puesto que la trabajadora accionante perdió sus vacaciones por la situación de IT por embarazo en la que se encontraba, interpretando este derecho con el contenido del Convenio 132 de la OIT que lo regula.

En el estudio de la jurisprudencia sobre el Convenio 98 de la OIT se ha analizado la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014 de 16 de julio que versa sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Parlamento de Navarra, siendo el ponente don Andrés Ollero Tassara. Reviste de una trascendencia manifiesta en relación con la materia estudiada en la tesis, puesto que viene a resolver la constitucionalidad de la reforma laboral aprobada con la Ley 3/2012. Procede realizar unas valoraciones en base al C158 OIT. En su escrito, la accionante invocaba la vulneración del convenio respecto al periodo de prueba de un año para el contrato de apoyo a emprendedores del artículo 4.3 de la Ley

⁴⁹⁹ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 324/2006, de 20 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2006\324].

3/2012. La Sala viene a admitir el valor interpretativo del Convenio 158 de conformidad con el artículo 10.2 de la CE. En primer lugar, el Tribunal Constitucional reitera un criterio sostenido en el tiempo basado en que las normas internacionales no se convierten en canon autónomo de constitucionalidad. En cuanto a lo establecido en el periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores, viene a postular que, para excluir de las garantías del Convenio 158 a los trabajadores en periodo de prueba, este debe ser fijado de antemano y ser razonable.

Así mismo, expone que la OIT mantiene que corresponde a los Estados fijar los periodos de prueba y que el límite a dicho periodo es que no sea excesivamente largo. Se ampara en lo dicho por el Comité de Expertos de la OIT en cuanto a que el informe de la 300ª reunión del Consejo de Administración determinó que el periodo de prueba de dos años con el nuevo contrato de trabajo introducido en Francia conculcaba el Convenio, apuntando el Comité que un periodo más dilatado de los seis meses se puede encontrar justificado. Igualmente, apoya su razonamiento en el informe de la OIT en relación con el informe aprobado en la 321ª reunión del Consejo de Administración, sobre el CAE en España, en el que se decía que no disponía de los elementos suficientes para dirimir si el periodo de prueba de un año fijado era contrario o no a la norma internacional. De forma muy cuestionable, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que el precepto supera el juicio de constitucionalidad por los fines justificativos a los que obedece la medida por la grave situación de desempleo que vive España, así como los límites concretos, condiciones y garantías legales como la vinculación de la vigencia del contrato a una determinada tasa de desempleo en nuestro país.

Esta sentencia contiene un voto particular de don Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhirieron dos magistrados más, y destaca por su precisión y rigor. Estamos ante un voto extenso y que dedica un buen número de páginas a la configuración constitucional del derecho al trabajo. Centrándonos en la norma internacional, el magistrado ponente efectúa todo un recorrido por la normativa internacional de aplicación y expresamente el artículo 4 del Convenio 158 de la OIT sobre la terminación causal de la relación laboral, cuestionando la conformidad del CAE con la Constitución española y con la norma internacional. Entrando a la discrepancia más concreta señala que, respecto del informe de la OIT, la mayoría de los magistrados que emiten el fallo olvidan que la *Cour de Cassation* francesa declaró contrario al artículo 4 del Convenio 158 de la OIT el decreto que recogía el contrato “de nuevos empleos” que recogía el periodo de prueba de dos años. No niega el magistrado ponente el voto disidente que viene a colisionar el derecho

al trabajo con la libertad de empresa, debiendo emitirse el oportuno juicio de constitucionalidad. En el diálogo crítico que entabla el magistrado con el juicio de constitucionalidad viene a argumentar que, precisamente porque el periodo de prueba suspende la causalidad en la extinción, debe operar con carácter restringido, y no serían admisibles regulaciones que no respeten el principio de proporcionalidad entre el derecho a la libertad de empresa que se protege y el derecho al trabajo que se sacrifica.

Se postula en el voto particular que el carácter coyuntural del CAE no se puede convertir en parámetro de constitucionalidad. Por lo tanto, el magistrado, avanzando su razonamiento, resalta que la única motivación que puede tener justificación constitucional es el mandato dirigido a los poderes públicos sobre la política orientada al pleno empleo, conforme al artículo 40 de la CE. En tal sentido, apoyándose en lo ya dicho por la *Cour de Cassation*, la protección del trabajador debe ser un medio tan pertinente como las facilidades dadas a los empresarios para generar empleo, a mayor abundamiento en el marco de una economía social de mercado.

La norma internacional sirve para argumentar el juicio de proporcionalidad del voto particular argumentando que, precisamente, la sentencia afirma que el artículo 2.2 del Convenio 158 de la OIT dota de un carácter excepcional en el periodo de prueba y que, por lo tanto, no parece que el juicio de proporcionalidad sea equilibrado porque, desde el prisma de la libertad de empresa, los beneficios para el empresario se reducen a una variable estrictamente económica y, desde el prisma del trabajador, no solo se reduce su pérdida de derechos a una dimensión económica sino la pérdida de sus derechos individuales, resaltando el derecho de no ver su contrato extinguido sin justa causa.

Este voto recuerda la causalidad que pende del Convenio 158 a razón de su artículo 4, que para la terminación del contrato de trabajo se exige justa causa y, en este aspecto, los magistrados vienen implícitamente a referirse a la posibilidad de establecer un control de convencionalidad inaplicando la norma interna cuando confronta con lo dicho por un Convenio de la OIT al citar el artículo 96 CE. Pero realmente se inclinan por el uso del artículo 10.2 CE como canon hermenéutico en la causalidad que incorpora el C158 con sus variadas y completas disposiciones que vienen a investir el modelo del derecho al trabajo consagrado en el artículo 35 CE y, por lo tanto, debería funcionar como resistencia a la finalidad descausalizadora de la reforma laboral. Por todo ello, el voto particular entiende que la medida debería haber sido declarada inconstitucional y nula.

Después se sucede la sentencia del Tribunal Constitucional 8/2015 de 22 de enero, siendo la ponente doña Encarnación Roca Trías. Deriva de un recurso de

inconstitucionalidad formulado por los grupos parlamentarios del PSOE y de la Izquierda Plural⁵⁰⁰ contra la Ley 3/2012, por lo que la fundamentación de la mayoría de los magistrados de Alto Tribunal en la sentencia 119/2014 recién comentada se mantiene. De nuevo se produce un voto particular de don Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhieren otros dos magistrados, y que es discrepante con la mayoría en la misma línea que la anterior sentencia. El voto resalta el valor interpretativo que otorga el artículo 10.2 de la CE a los textos y compromisos internacionales firmados por España y, en tal sentido, la incompatibilidad del artículo 18.3 de la Ley 3/2012 sobre la modificación de las causas que habilitan al despido colectivo, y por causas objetivas individuales con el artículo 9.1 del Convenio 158 que consagra el control judicial y la proporcionalidad de la medida empresarial en la justificación de la extinción del contrato. De esta última resolución llama la atención que el TC no tome en consideración que el CEDS ya se había pronunciado sobre la no conformidad del CAE con la Carta Social Europea.

Respecto a estas dos sentencias, se coincide con las críticas emitidas por Guamán (2015, b), que cuestiona rotundamente los razonamientos del Tribunal. En primer lugar, argumenta que se ha quebrado lo impuesto por el artículo 10.2 CE incluyendo la doctrina de los órganos de control tanto de la OIT como del Comité Europeo de Derechos Sociales. Es más, por la indivisibilidad de los derechos humanos se muestra la debilidad del razonamiento de la resolución, puesto que no cabe tal diferenciación entre los tratados. Tampoco cabe la lectura parcial del TC sobre el informe del director de la OIT en relación con el estudio que la CEACR realizó sobre la cuestión, ya que ignoró parcialmente el contenido del mismo, pues en él se considera que las condiciones para aplicar la flexibilidad del Convenio es a través de la consulta tripartita, con negociación transparente y de buena fe, y que los gobiernos tienen obligación de informar sobre las exclusiones; todo esto ha brillado por su ausencia en la reforma laboral aprobada.

Sin embargo, como se ha comprobado con anterioridad, el TC sostiene que la reforma laboral no desdibuja la causalidad ni introduce una mayor discrecionalidad empresarial, omitiendo el informe de la OIT y, en definitiva, avalando la conformidad con la Constitución de los elementos controvertidos de la reforma.

Para terminar el estudio constitucional, se reflexiona sobre la reciente sentencia del TC 118/2019⁵⁰¹ sobre la figura del despido por absentismo comprendido en el artículo

⁵⁰⁰ Este grupo parlamentario estaba compuesto por IU, ICV-EUIA y la CHA.

⁵⁰¹ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 118/2019, de 16 de octubre de 2019. *Boletín Oficial del Estado*, número 279, de 20 de noviembre de 2019, pp. 128116-128147.

52.d) del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social número 26 de Barcelona. Es una resolución que sigue la línea de las anteriores sobre la reforma laboral, dictadas por el TC en sentencias 119/2014 y 8/2015. Dicha sentencia cuenta con votos particulares que luego se abordarán. El enfoque de nuestro tribunal de garantías es en la perspectiva de la colisión de los derechos de empresa y del trabajo. En tal sentido, valora como medida de equilibrio que el legislador haya asignado una indemnización de veinte días por año de servicio para estas extinciones. Otro elemento de equilibrio para el TC que tiene nuestra regulación legal es que este despido no cabe en enfermedades graves y bajas de larga duración. Sostiene, por lo tanto, que estamos ante un objetivo legítimo, la lucha contra el absentismo, así como la productividad de las empresas y que los medios empleados sean adecuados y proporcionados.

En cuanto al uso que hace el TC de las normas supranacionales, acude en primer lugar a lo dicho por el TJUE en materia de enfermedad. En este sentido, reitera la precisión de que el Derecho de la Unión Europea no se integra en el canon de constitucionalidad, aunque sí supone un canon hermenéutico del artículo 10.2 CE para el derecho derivado. Así acude al caso Ruiz Conejero contra España, C/270/16⁵⁰², donde el TJUE consideró la regulación del artículo 52.d) ET no contraria al Derecho de la Unión puesto que se perseguía una finalidad legítima.

En este punto conviene hacer una anotación, y es que no caben lecturas rápidas de dicha sentencia ya que el TJUE establece en dicho fallo que corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si, respecto de las personas con discapacidad, la regulación del artículo 52.d) del ET no va más allá de lo necesario de alcanzar la finalidad establecida, en este caso la lucha contra el absentismo y la productividad de empresa. Es más, el TJUE indica que es contrario al Derecho de la Unión una normativa nacional que permita al empleador despedir a un trabajador por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, salvo que la normativa interna tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad, lo cual, como hemos dicho, corresponde determinar al órgano nacional.

Respecto a la regulación del artículo 6 del Convenio 158 de la OIT, la sentencia tiene en cuenta lo dicho en tal precepto, pero sostiene que no es suficiente para considerar la

⁵⁰² Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera). Caso Carlos Enrique Ruiz Conejero contra Ferroserv Servicios Auxiliares, S.A. y Ministerio Fiscal. Sentencia de 18 de enero de 2018. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TJCE 2018/3].

regulación inconstitucional, puesto que la limitación que efectúa este artículo al Derecho del Trabajo en su vertiente a la estabilidad en el empleo se encuentra amparada por la libertad de empresa y la defensa de la productividad. El TC afirma que, si existe contradicción entre la norma internacional y la interna, es una cuestión de control de convencionalidad que se debe resolver en el plano de la aplicabilidad de la norma en el ámbito de la legalidad ordinaria. No obstante, se considera que el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores no es contrario al Convenio 158 OIT, puesto que el artículo 6.2 dispone de la posibilidad de establecer limitaciones a la prohibición del despido por enfermedad a los Estados, así como la delimitación de ausencia temporal del trabajo. Por todo ello, el Tribunal Constitucional desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Como se decía, existe un voto particular del magistrado Fernando Valdés Dal-Ré al que se adhieren los magistrados Cándido Conde-Pumpido Tourón y Juan Antonio Xiol Ríos. Destacamos la parte del voto relacionada con el DIT y en consonancia la referencia a los Convenios de la OIT. El mismo sostiene que se integran en nuestro ordenamiento por la vía del artículo 96 de la CE. En tal sentido, sitúa al Convenio 158 como norma que no autoriza al legislador a establecer una causa extintiva distinta a la del artículo 6.2 de la norma internacional, puesto que nuestra regulación interna vulnera en este sentido el artículo 35.1 de la Constitución española. El magistrado ponente del voto discrepante niega que el derecho de empresa se pueda ver cuestionado por el absentismo, negando la colisión de dicho derecho con el despido por este motivo, puesto que descarta que pueda estar en juego o afectar seriamente a la productividad de la empresa. Por estos y otros motivos entienden los magistrados firmantes del voto particular que se debería haber atendido a la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Se suma un segundo voto particular de doña María Luisa Balaguer Callejón al que se adhiere Juan Antonio Xiol Ríos. La magistrada muestra su acuerdo con el voto formulado por el magistrado Valdés Dal-Ré y trae a colación la prohibición del despido del artículo 6 del Convenio 158 de la OIT y el hecho de que no cabe que el legislador establezca una regulación que socave el contenido de la norma internacional. Igualmente viene a incidir en que, basándose en los estudios de rigor y datos científicos, esta regulación supone una discriminación por cuestión de género al tener un impacto mayor en el sexo femenino, al verse más afectadas por este tipo de situación de incapacidad temporal. Por todo ello, la magistrada entiende que se debería haber declarado la inconstitucionalidad del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores.

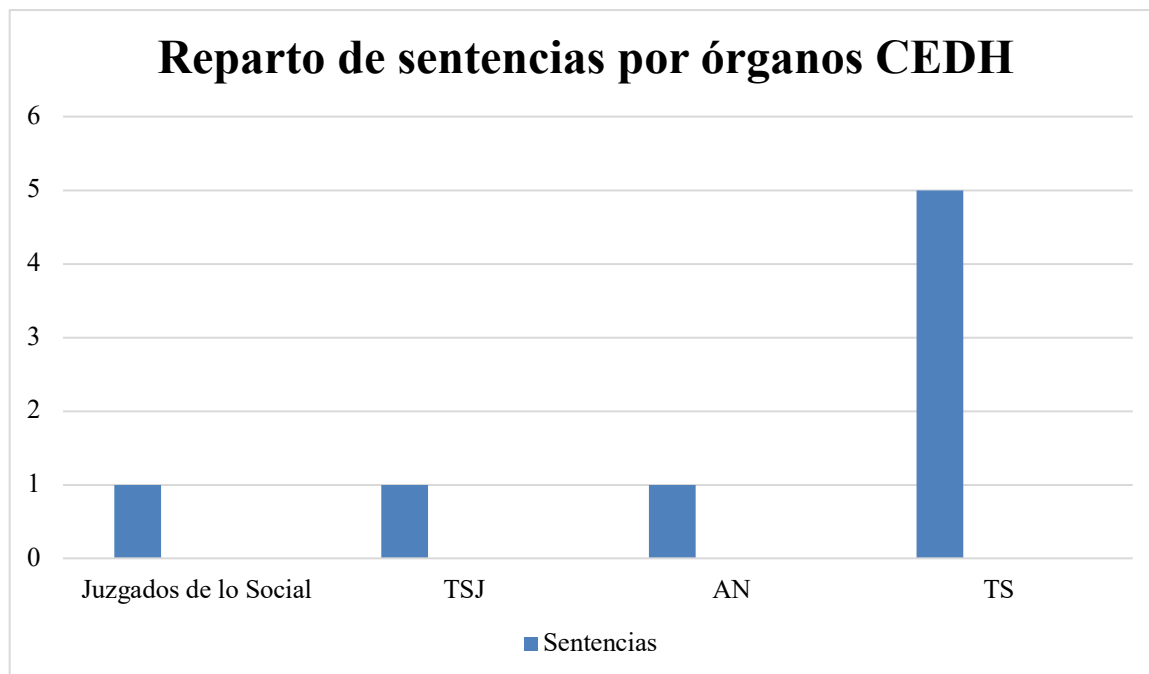
4.6. La jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos

En este punto, una vez completado el estudio pormenorizado de la norma internacional se acude al análisis del ámbito supranacional desde el marco europeo. Esta parte se inicia con la jurisprudencia sobre el artículo 11 CEDH que desciende a los niveles de los pactos internacionales de Naciones Unidas vistos con anterioridad, fundamentalmente por su escaso número. Por otro lado, no existen sentencias relevantes por parte del Tribunal Constitucional.

a) *Balance general*

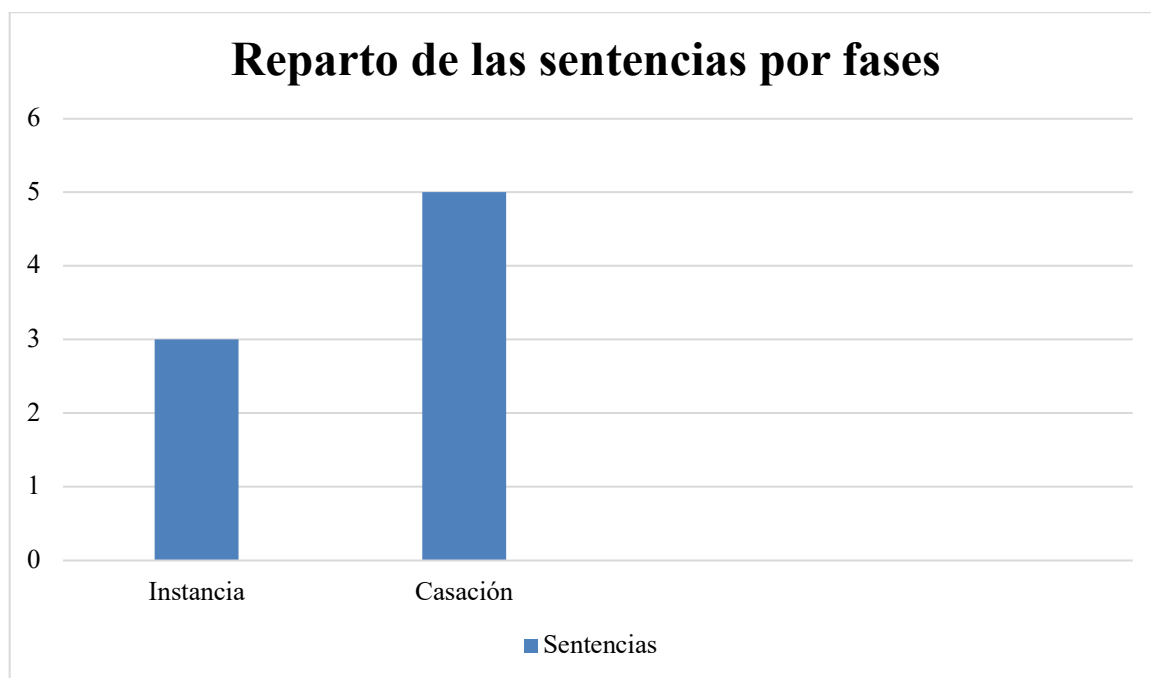
A continuación, se estudia el análisis de la jurisprudencia interna respecto al derecho estudiado en este trabajo, encontrándose en la base de datos consultada (Thomson Reuters Aranzadi) únicamente ocho sentencias. Sin embargo, algunas de las mismas conllevan debates interesantes como luego se tendrá oportunidad de comentar. Se tratan ahora los datos que arrojan las citadas resoluciones comenzando por los órganos judiciales que las emiten.

Tabla 41. Reparto de sentencias por órganos CEDH



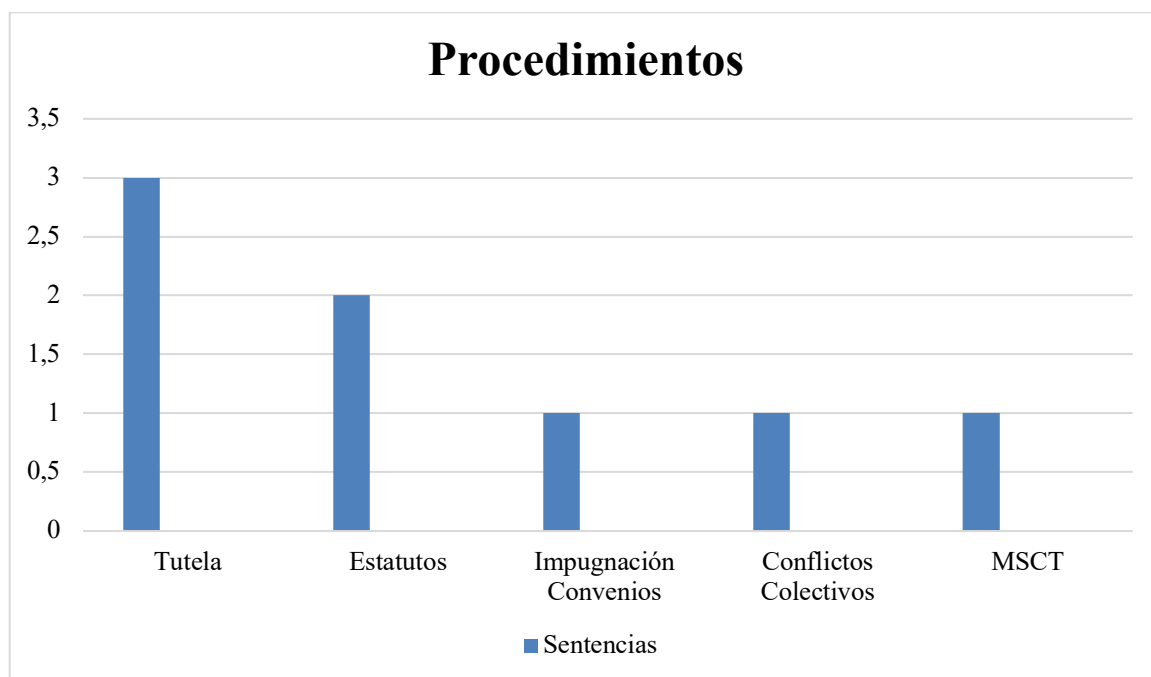
El siguiente gráfico expresa en qué fases recaen dichas sentencias:

Tabla 42. Reparto de las sentencias por fases CEDH



La siguiente cuestión es comprobar qué procedimientos corresponden con las referidas resoluciones.

Tabla 43. Procedimientos CEDH

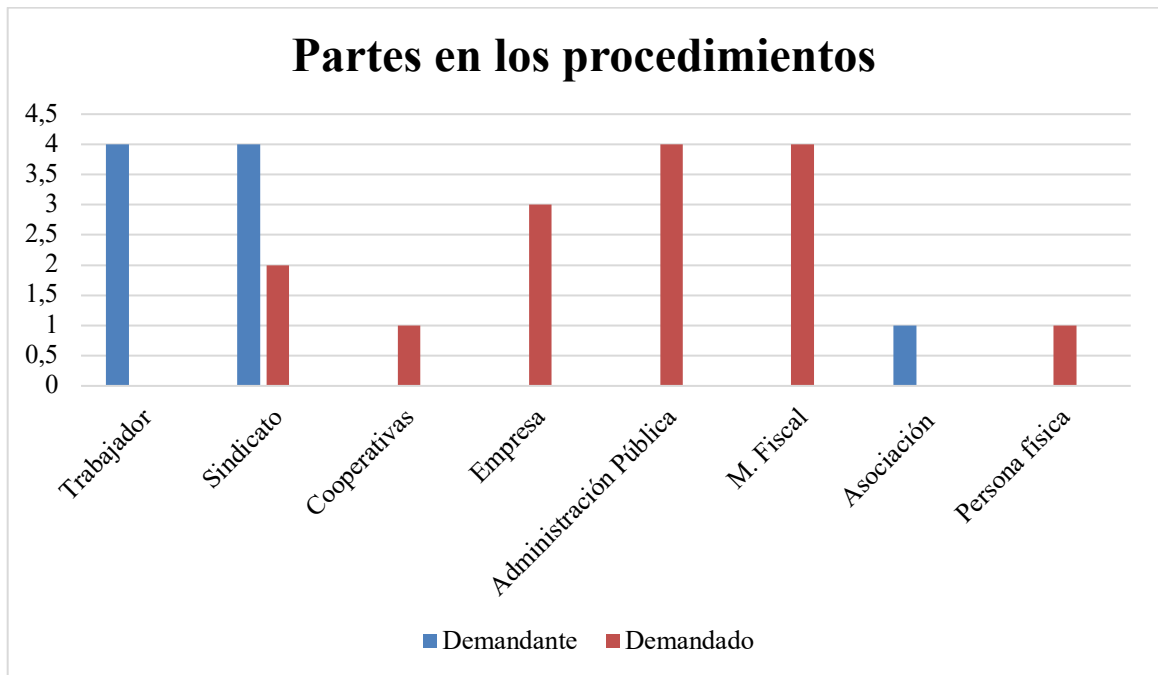


En estos procedimientos se produjeron tres estimaciones y cinco desestimaciones respecto a las pretensiones de las partes.

En cuanto a la distribución por periodos, todas las sentencias pertenecen al periodo 2010-2019.

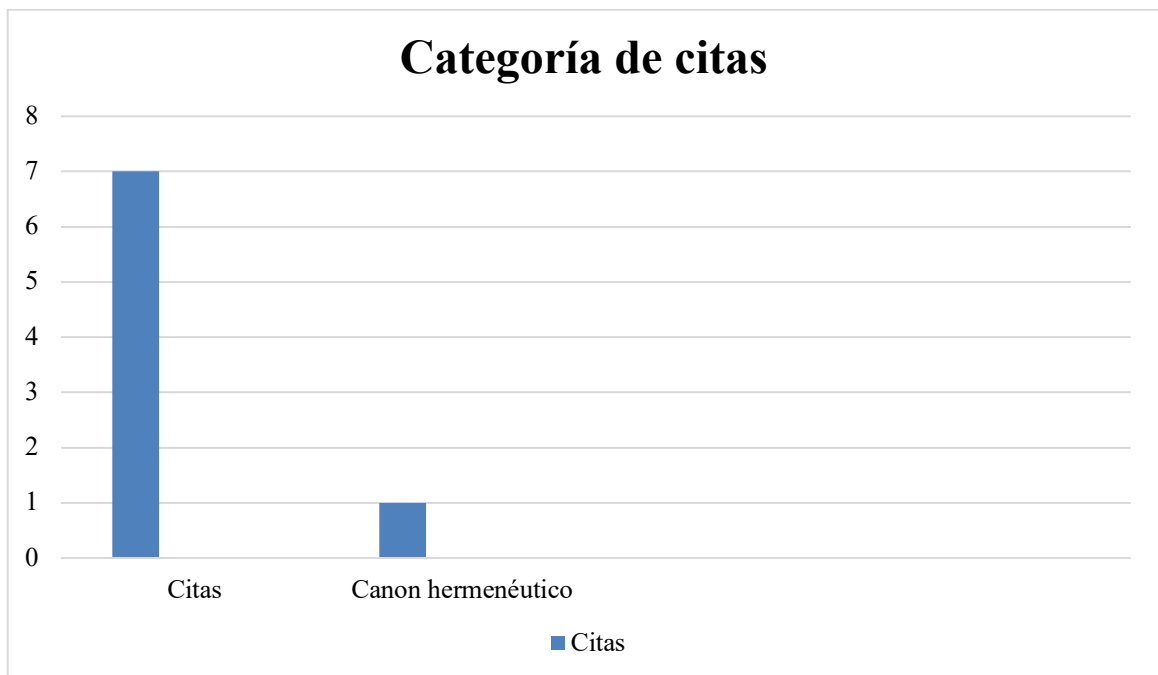
La siguiente cuestión es distribuir las partes en los procedimientos en su papel de demandantes y de demandados.

Tabla 44. Partes en los procedimientos CEDH



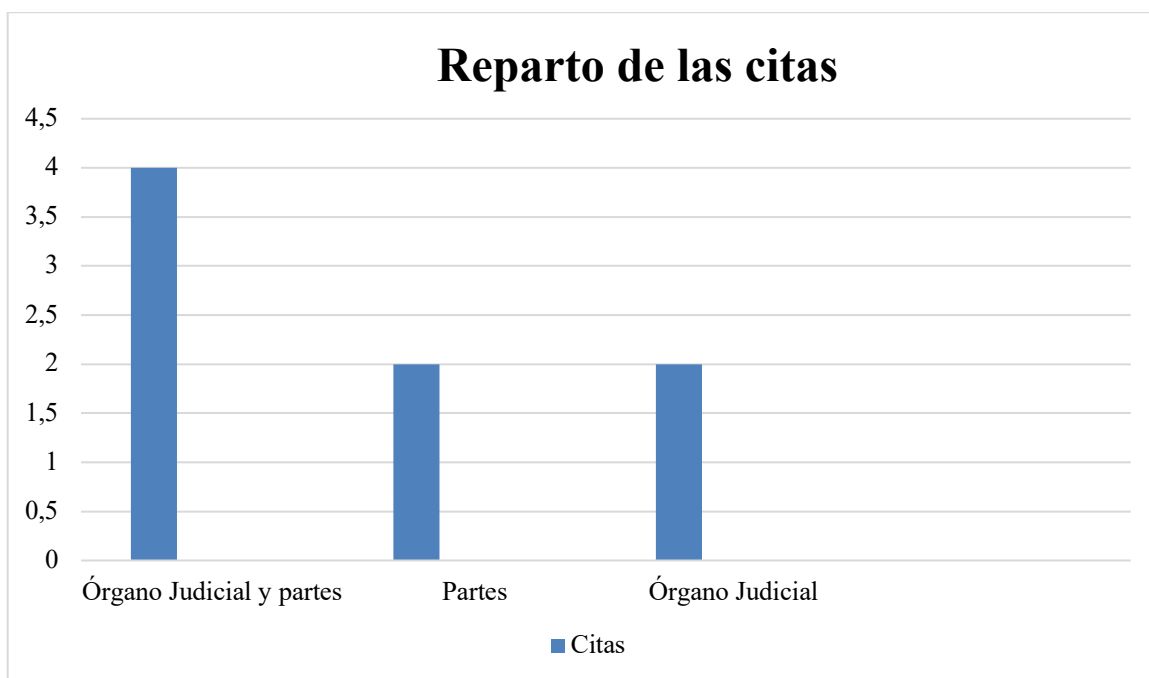
Lo siguiente lleva a comprobar cómo se usan las citas encontradas en las mencionadas sentencias.

Tabla 45. Categorías de citas CEDH



Procede ahora el análisis de los datos basándose en la distribución de las referidas citas.

Tabla 46. Reparto de las citas CEDH



De los datos obtenidos se efectúan una serie de conclusiones:

La primera es que el órgano jurisdiccional donde más se debate en torno al artículo 11 del CEDH es el Tribunal Supremo, siendo todos ellos procedimientos en casación, un total de cinco. Las otras tres sentencias se reparten de forma equitativa entre el Juzgado de lo Social, el Tribunal Superior de Justicia y la Audiencia Nacional.

La segunda conclusión es que el debate sobre el artículo 11 del CEDH se suele producir de forma mayoritaria en fase de recurso, habiendo recaído cinco sentencias en dicha fase y las otras tres en instancia.

La tercera conclusión es que la tutela y los procedimientos de impugnación de resolución administrativa en materia de estatutos son los procedimientos más reiterados. En ambos casos, se conecta el contenido de la libertad sindical recogido con el CEDH desde su vertiente colectiva y asociativa.

La cuarta conclusión es que va aumentando el debate en torno al CEDH. Se concentra en el siglo XXI, y más en concreto en el periodo 2010-2019, siendo todas las sentencias de dicho periodo.

La quinta conclusión es que predomina la intervención en procedimientos colectivos, ya que hay una amplia presencia de los sindicatos como demandantes y, cuando actúan los trabajadores, es en solicitud de inscripción de una determinada asociación o sindicato.

La sexta y última conclusión es, de nuevo, la nula utilización de la cita del artículo 11 del CEDH respecto al ejercicio del control de convencionalidad. En cuanto al uso del

canon hermenéutico del artículo 10.2 de nuestra Constitución, en una sentencia sirvió el contenido del artículo 11 CEDH junto al resto de normativa internacional para cambiar el criterio de la instancia y estimar el recurso del sindicato actor. El resto de citas y, por lo tanto, las mayoritarias, son referenciales o mero apoyo de los argumentos del órgano judicial competente.

b) *Sentencias destacadas*

En primer lugar, se cita la sentencia de la Audiencia Nacional número 40/2015 de 11 de marzo.⁵⁰³ Se asiste a un asunto sobre la denegación por resolución administrativa de los estatutos de la constitución de un sindicato de la Guardia Civil. La demanda se fundaba en el artículo 11 CEDH y la jurisprudencia del TEDH. La Sala considera que no se infringe tal precepto señalando que España, al ratificar el CEDH, presentó una reserva en concordancia con la Constitución española y la restricción de sindicación para las Fuerzas Armadas y cuerpos militarizados en relación con la limitación que emana del artículo 28.1 de nuestra Carta Magna. En cuanto a la jurisprudencia del TEDH alegada por la parte, entre otras el caso *Matelly contra Francia*⁵⁰⁴ y *Adefdromil contra Francia*⁵⁰⁵, la Sala razona que se trata de criterios casuísticos no extrapolables, puesto que en el país galo se partía en una regulación negativa al ejercicio del derecho de asociación de los gendarmes, en nada extrapolable a España, donde la Guardia Civil tiene reconocido por ley el derecho general de asociación. Por todo ello, en este punto no se entiende como derecho interno tal aspecto del CEDH. En consecuencia con lo anterior, la Sala desestima la demanda.

El anterior asunto fue recurrido en casación ante el Tribunal Supremo resuelto en Sentencia número 549/2016 de 22 junio.⁵⁰⁶ La parte vino a reproducir los argumentos en la instancia basados en cuestionar y dejar sin efectos la reserva realizada por nuestro Estado y el Tribunal razona que, precisamente por la reserva que hizo España, el artículo 11 no es de aplicación y tampoco la jurisprudencia del TEDH para la Guardia Civil como cuerpo militarizado, por lo que se desestima el recurso, ratificando la sentencia de instancia.

⁵⁰³ Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 40/2015, de 11 marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2015\1280].

⁵⁰⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta). Caso *Matelly contra Francia*. Sentencia de 2 de octubre de 2014. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2014\247414].

⁵⁰⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta). Caso *Adefdromil contra Francia*. Sentencia de 2 de octubre de 2014. Recuperado de <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-146700>

⁵⁰⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 549/2016, de 22 junio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2016\3768].

La siguiente sentencia de interés es la dictada por el Tribunal Supremo con número 347/2019 de 8 mayo.⁵⁰⁷ En la instancia se desestimó la demanda del sindicato actor en la que se denunciaba la vulneración de su derecho a la libertad sindical suya y de sus afiliados como trabajadores de una cooperativa. La Audiencia Nacional que conoció el asunto en la instancia⁵⁰⁸ entendió que no existe un reconocimiento normativo del derecho a la libertad sindical de los trabajadores cooperativos. En el recurso de casación, tras citar el sindicato el artículo 11 del CEDH, el Tribunal Supremo entiende que el derecho a la libertad sindical incluido en los textos internacionales, entre los que se encuentra el CEDH, no excluye a los socios trabajadores de una cooperativa. En consecuencia, el TS aplica el canon hermenéutico del artículo 10.2 de la Constitución española y estima el recurso del sindicato, casando y anulando la sentencia de instancia.

Por último, es menester citar la sentencia del Tribunal Supremo número 269/2018, de 13 marzo, expuesta con anterioridad en el estudio del Convenio 87 de la OIT. Este asunto versa sobre la demanda puesta por un sindicato autonómico contra la patronal y sindicatos de ámbito estatal por el convenio colectivo sectorial de la restauración, que venía a cuestionar la prevalencia del convenio colectivo de sector sobre el convenio colectivo provincial en el que tiene implantación dicho sindicato actor. El sindicato recurrente solicitaba el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE por vulneración del artículo 11 CEDH en relación con el artículo 28 de la CDFUE. La Sala se decanta porque no se vulnera el artículo 11 CEDH, puesto que a los sindicatos autonómicos se les garantiza el derecho a negociar en el ámbito estatal, existiendo un ámbito de apreciación de los Estados y remarcando que también en sede del TEDH se mantiene que los derechos fundamentales pueden ser limitados cuando concurre una justificación para ello. En consecuencia, desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de instancia.

4.7. La jurisprudencia sobre la Carta Social Europea

En este apartado se analiza la jurisprudencia interna sobre la Carta Social Europea. El análisis se va a ceñir a los derechos estudiados en esta tesis respecto a la libertad sindical y en cuanto a las garantías por extinción del contrato de trabajo en el aspecto del preaviso por terminación del contrato, con la misma metodología a lo visto en los Convenios 87,

⁵⁰⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 347/2019, de 8 mayo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2019\2389].

⁵⁰⁸ Esta sentencia ha sido estudiada en la jurisprudencia del orden social sobre el Convenio 87 de la OIT. Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 166/2017, de 17 noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2018\111].

98 y 158 de la OIT, así como el resto de textos internacionales ya estudiados. Como conclusión preliminar, se puede avanzar que la jurisprudencia es menos voluminosa que la que existe sobre el Convenio 158 OIT, aunque con mayor profundidad que el resto de los textos. Se usa el artículo 4 de la CSE con reciente frecuencia en los litigios sobre el contrato de apoyo de emprendedores. Como se verá, la utilización del artículo 5 de la Carta, que recoge el derecho a la libertad sindical, es muy residual. En general, se puede advertir que es un texto que cada vez es más conocido y que su uso por los operadores jurídicos va al alza.

En este caso se aborda brevemente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puesto que las sentencias 119/2014 y 8/2015 se han tratado con anterioridad. Igualmente, el resto de fallos que, aunque de forma indirecta puedan tener alguna influencia, han sido ya tratados en el análisis de la jurisprudencia sobre los Convenios de la OIT.

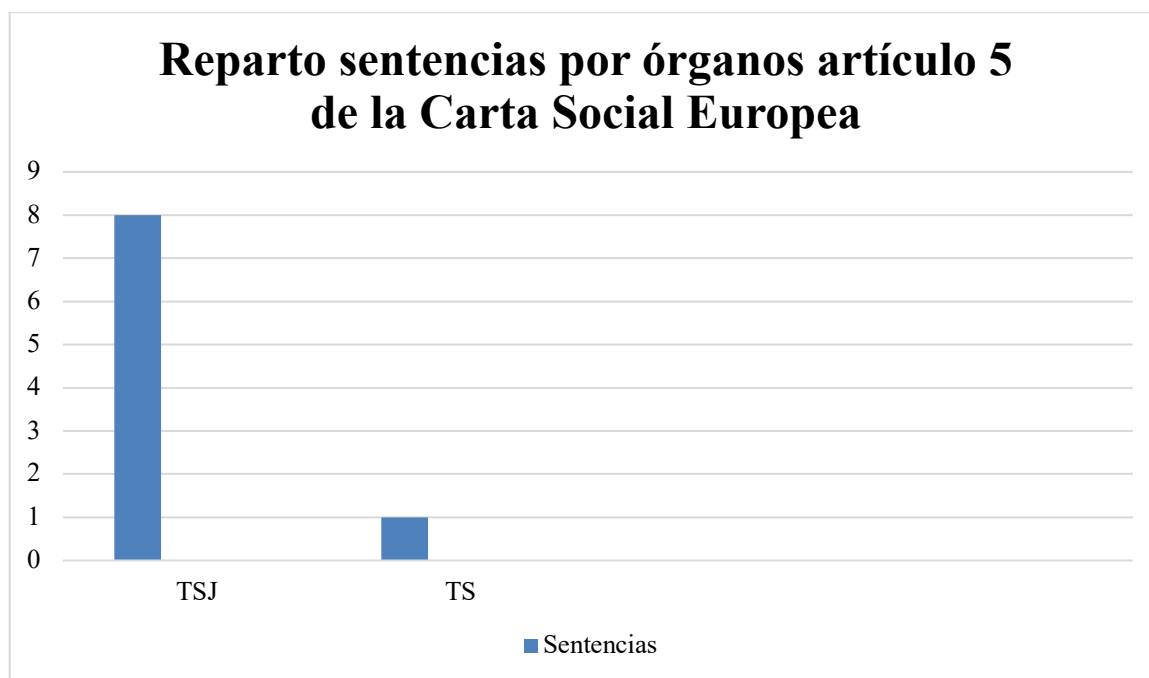
4.7.1. La jurisprudencia en el orden social sobre el artículo 5 de la Carta Social Europea

Pocas sentencias citan el derecho sindical recogido en el artículo 5 de la Carta Social Europea, que incluye el derecho a la libertad sindical. En total existen únicamente nueve sentencias en el repositorio de Thomson Reuters Aranzadi. Se entiende que esto se produce por dos motivos fundamentales. El primero es porque no tiene un contenido tan concreto y directamente aplicable como el estudiado en el artículo 4.4 de la CSE. En segundo lugar, porque dicho contenido se encuentra reconocido en otros textos nacionales, partiendo de la propia Constitución española y de la propia jurisprudencia, siendo textos más invocados en este aspecto que la Carta Social Europea.

a) Balance general

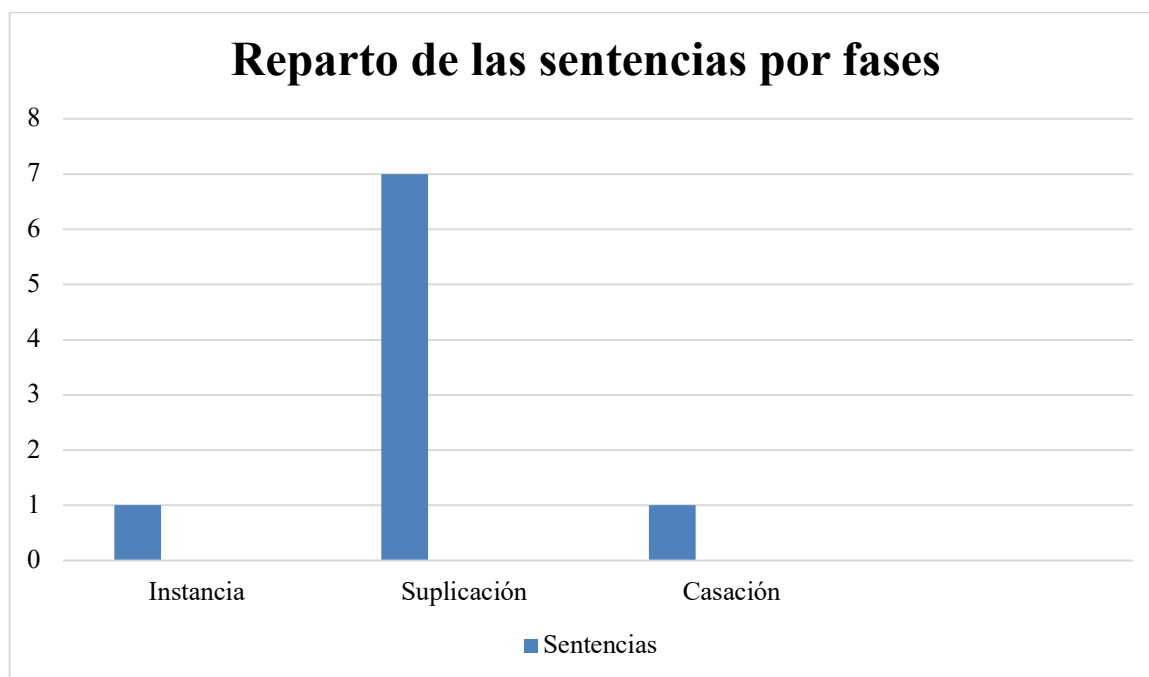
Como se ha dicho, las sentencias que citan este artículo son muy escasas. Así, ocho se han producido ante el Tribunal Superior de Justicia y una ante el Tribunal Supremo.

Tabla 47. Reparto de sentencias por órganos, artículo 5 de la CSE



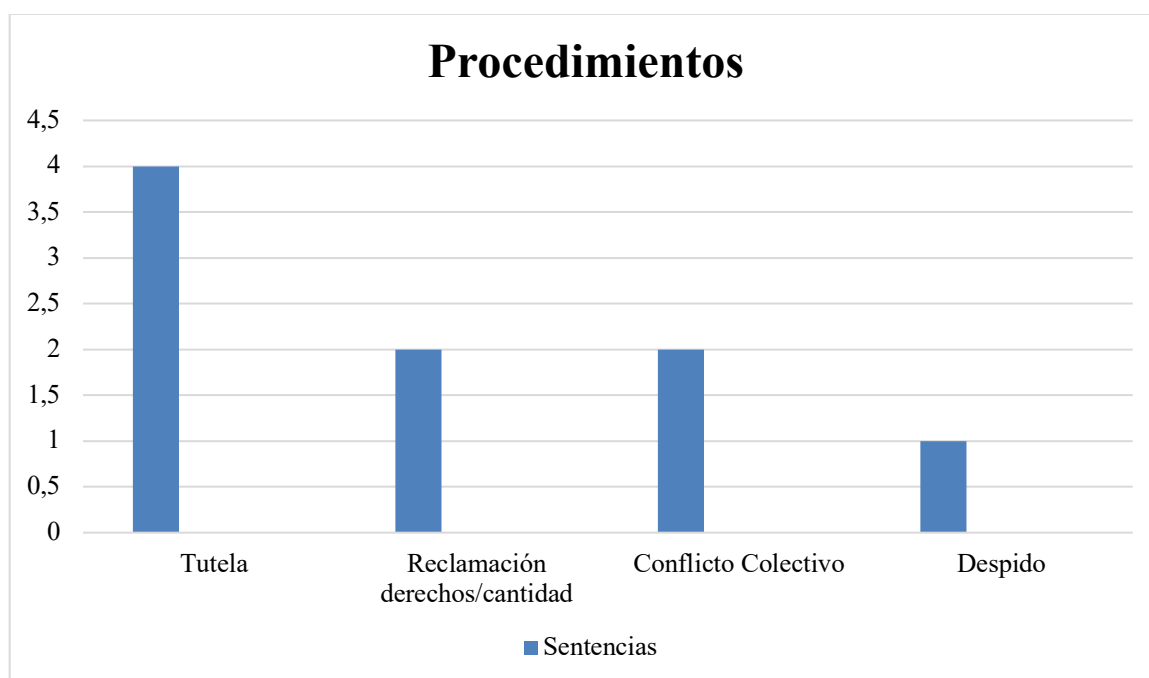
De las referidas sentencias, siete se produjeron en fase de suplicación, una en casación y otra en la instancia.

Tabla 48. Reparto de las sentencias por fases, artículo 5 CSE



En cuanto a los procedimientos en que recaen dichas sentencias, cuatro lo son en procedimiento de tutela para los derechos fundamentales, dos en reclamación de derechos, dos en conflicto colectivo y una de despido.

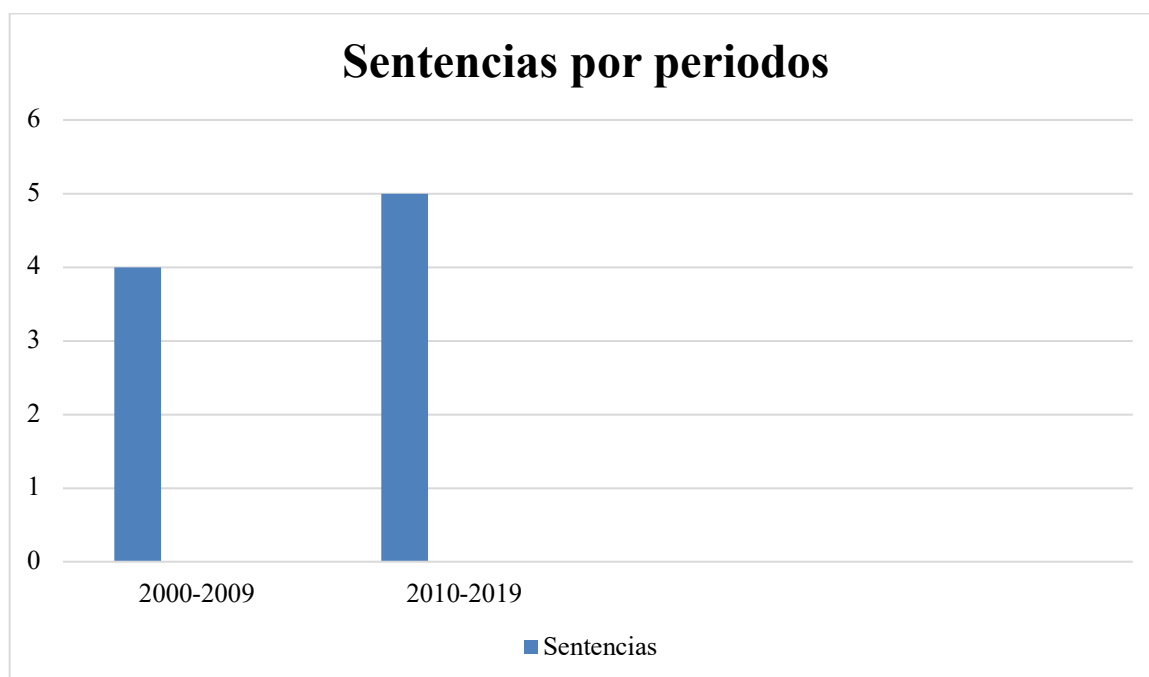
Tabla 49. Procedimientos artículo 5 CSE



De estas resoluciones se produjeron tres estimaciones, cinco desestimaciones y una sentencia que dicta excepción procesal de oficio.

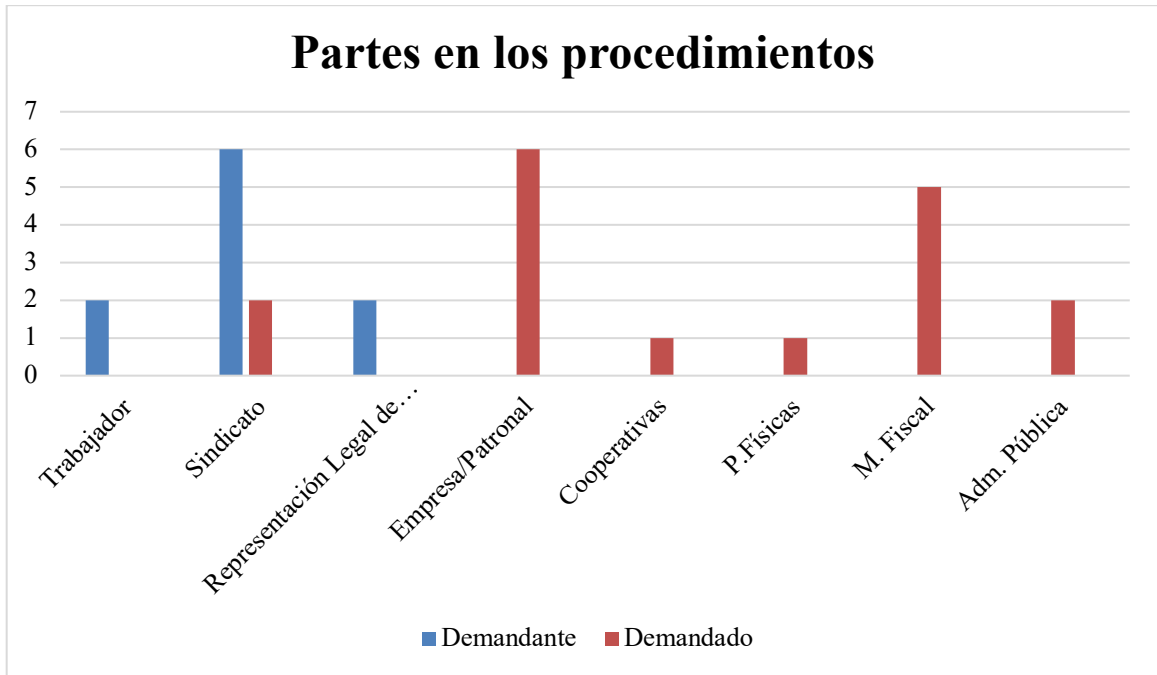
En cuanto al espacio temporal en que recaen las sentencias, cinco son del periodo 2010-2019 y cuatro en el periodo 2000-2009.

Tabla 50. Sentencias por periodos, artículo 5 CSE



Ahora se acude a las partes en los procedimientos siguiendo los criterios clasificatorios mantenidos anteriormente.

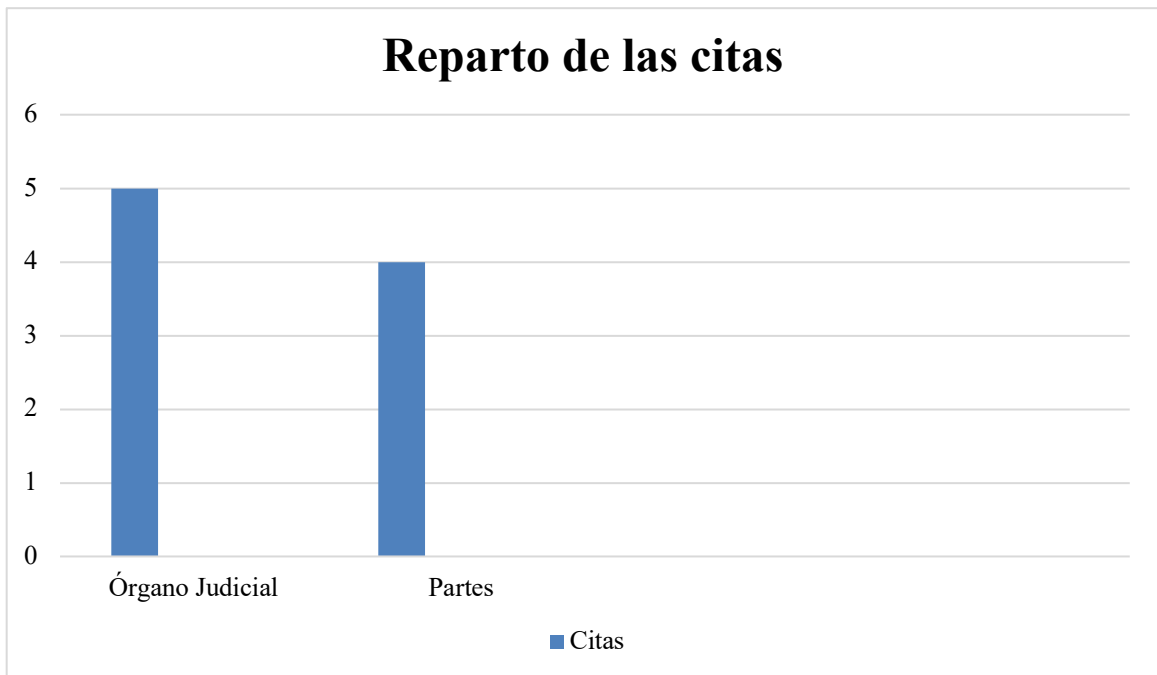
Tabla 51. Partes en los procedimientos, artículo 5 CSE



Por lo que respecta a las citas, todas se usan de manera referencial o en apoyo del razonamiento, pero ninguna de ellas para ejercer el control de convencionalidad como canon hermenéutico.

El uso de las citas se encuentra muy repartido. Se encuentran cuatro sentencias en que es la parte la que cita y cinco en que es el órgano judicial el que cita el artículo 5 de la CSE.

Tabla 52. Reparto de las citas, artículo 5 CSE



De los datos extractados anteriormente se materializan una serie de conclusiones:

La primera es que, manteniendo la línea del artículo 4 de la CSE, el órgano judicial donde más se debate en torno al artículo 5 de la CSE es el Tribunal Superior de Justicia.

La segunda conclusión es que el debate se centra en fase de recurso fundamentalmente en suplicación.

La tercera es que el uso del artículo por procedimientos se encuentra bastante repartido, aunque predomina el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, lo que concuerda perfectamente con el derecho sindical que recoge el meritado artículo.

La cuarta conclusión es que el uso de este artículo es reciente, repartiéndose equitativamente entre los dos primeros periodos del siglo XXI.

La quinta es que las partes intervinientes se encuentran muy repartidas, pero predominan los sujetos colectivos puesto que, entre sindicatos y representantes legales de los trabajadores, suman ocho intervenciones como demandantes.

La sexta y última conclusión es el uso marginal de este artículo en nuestra jurisprudencia, no utilizándose en ningún caso como control de convencionalidad.

b) *Análisis de las sentencias*

Como hemos planteado, asistimos a meras citas referenciales sobre este artículo. Así, encontramos la de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 1 de febrero de 2000⁵⁰⁹ dictada en suplicación, que acude al mismo para delimitar el contenido de la libertad sindical. En términos similares, la sentencia del TSJ de País Vasco de 21 noviembre de 2006⁵¹⁰. Desde una óptica de la libertad sindical en conexión con el derecho a la negociación colectiva, se encuentra la sentencia 2085/2017 de 26 de octubre del TSJ del País Vasco⁵¹¹. En un procedimiento donde la Sala del TSJ de la Comunidad Valenciana⁵¹² estima de oficio la excepción procesal de falta de legitimación activa sin entrar al fondo del asunto, se acude con cita en la jurisprudencia constitucional al artículo 5 CSE desde la función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores.

Como se ha visto, la jurisprudencia en este apartado utiliza el artículo 5 de la CSE de forma referencial sin dotarle de un uso más concreto a la norma, bien sea en aplicación del canon hermenéutico o del propio control de convencionalidad.

⁵⁰⁹ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección Quinta). Sentencia 69/2000, de 1 febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2000\1533].

⁵¹⁰ Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 2754/2006, de 21 noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2007\857].

⁵¹¹ Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 2085/2017, de 26 de octubre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2018\69].

⁵¹² Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 2900/2005, de 20 septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2005\3210].

4.7.2. La jurisprudencia en el orden social sobre el artículo 4.4 de la Carta Social Europea

a) Balance general

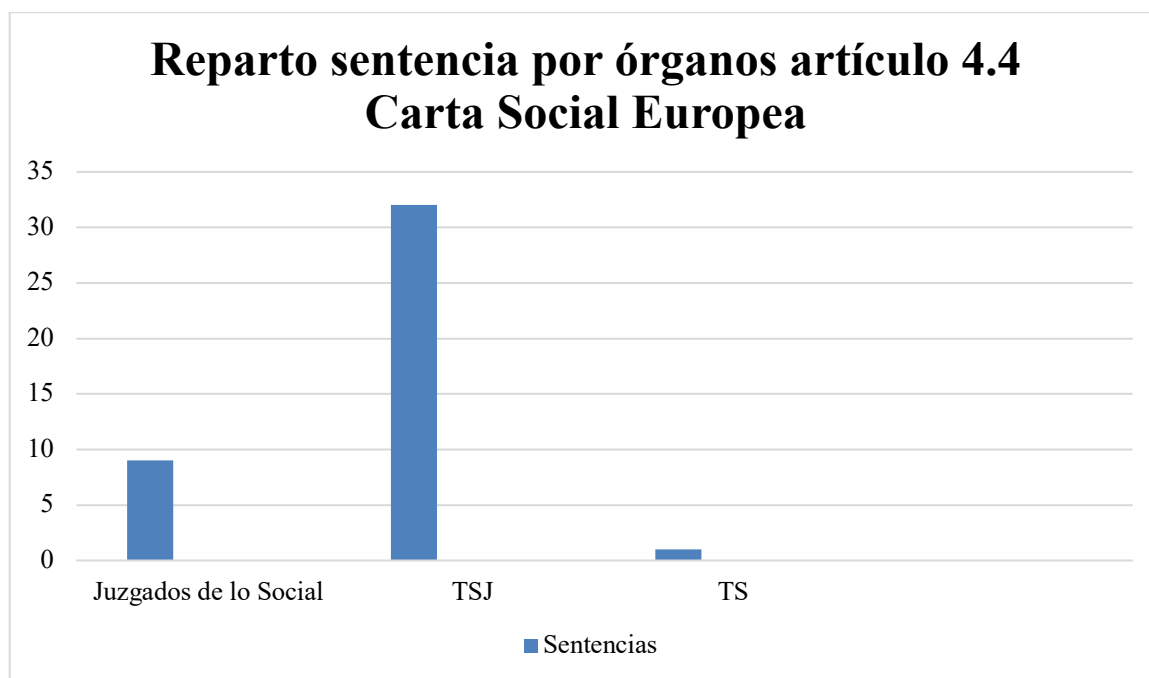
Como se ha expuesto con anterioridad, el número de sentencias es más reducido en comparación con las que citan el Convenio 158 de la OIT. Así, en la base de datos de Thomson Reuters Aranzadi se encuentran cuarenta y dos sentencias. Igualmente, se incorporan cuatro sentencias de relevancia que no constan en dicho repositorio.

La mayoría de las sentencias se ubican con el debate en torno al contrato de apoyo de emprendedores aprobado mediante el Real Decreto-ley 3/2012 y la Ley 3/2012, de 6 de julio, sobre medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Se observa un estancamiento en el uso de dicho artículo debido a las sentencias del Tribunal Constitucional 119/2014 y 8/2015 que han declarado la constitucionalidad de dicho contrato, y las sentencias de los distintos TSJ que han venido revocando las de instancia y avalando lo dicho por el Alto Tribunal. A lo anterior se añade que dicha figura ha sido expresamente derogada desde el 1 de enero de 2019.⁵¹³

Las referidas sentencias se determinan en treinta y dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia, nueve de los Juzgados de lo Social y una del Tribunal Supremo.

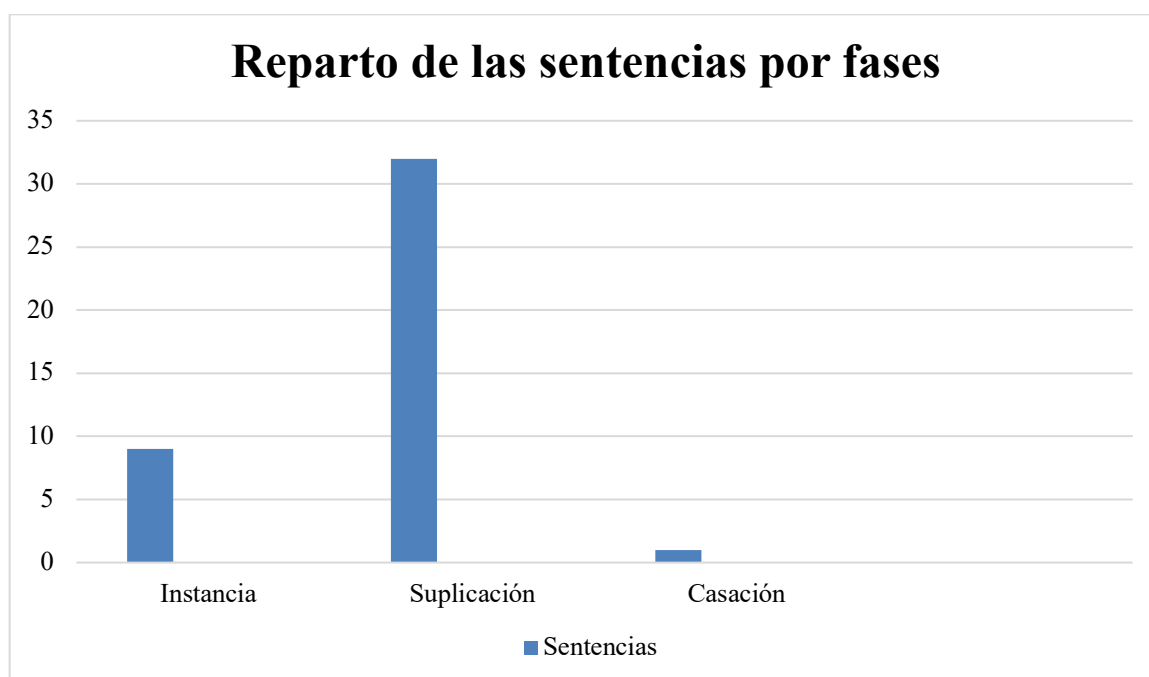
⁵¹³ Se deroga el CAE por la Disposición derogatoria única en concordancia con la Disposición transitoria sexta del Real Decreto-ley 28/2018 aprobado por el Gobierno en solitario de Pedro Sánchez, aunque la propia norma ya preveía su inaplicación al descender la tasa de desempleo por debajo del 15%. Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre de 2018, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo. *Boletín Oficial del Estado*, número 314, de 29 de diciembre, pp. 129875-129939.

Tabla 53. Reparto sentencias por órganos, artículo 4.4 CSE



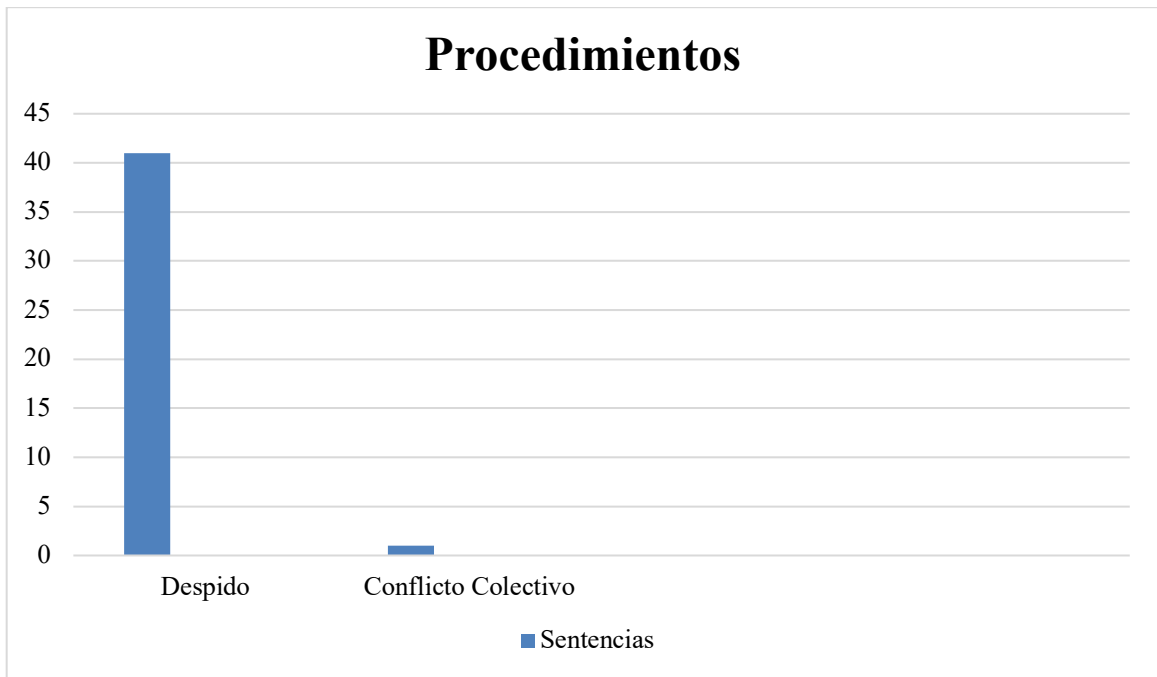
Del total de sentencias, treinta y dos son de suplicación, nueve son de instancia y una en casación.

Tabla 54. Reparto de las sentencias por fases, artículo 4.4 CSE



Se acude ahora a los procedimientos en que recaen dichas sentencias. Domina claramente el despido, recayendo cuarenta y una sentencias por este procedimiento y una por conflicto colectivo.

Tabla 55. Procedimientos artículo 4.4 CSE

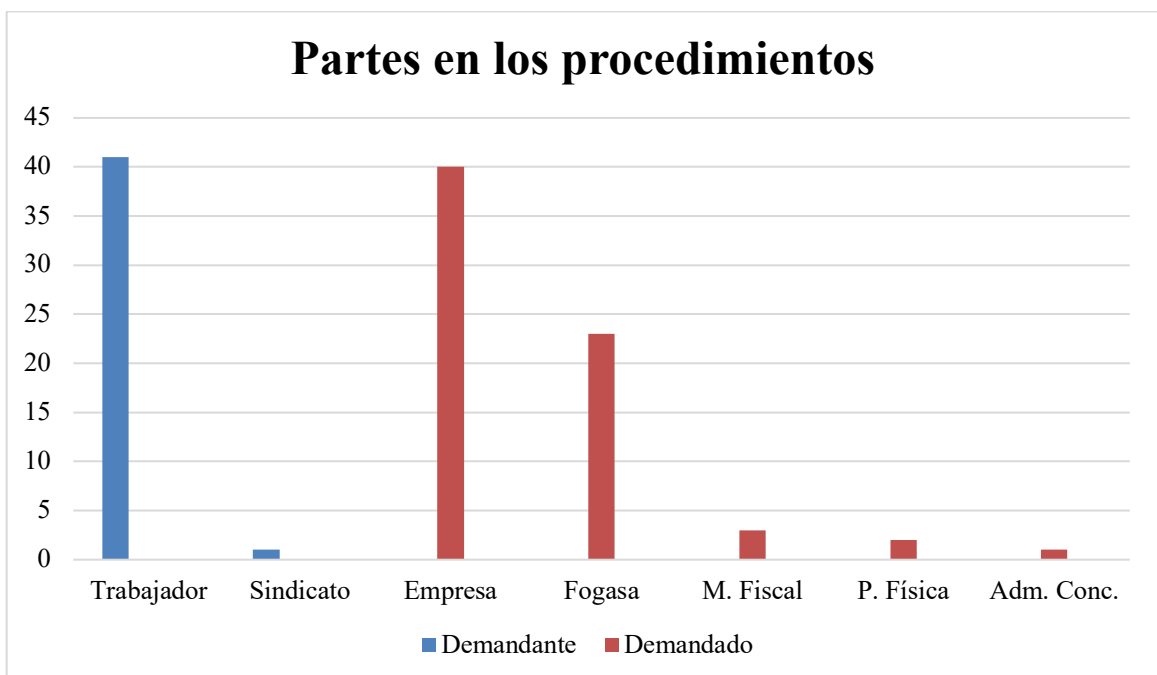


De todas las resoluciones se produjeron veintinueve desestimaciones y trece estimaciones, ya sean de la demanda o del recurso pertinente.

En cuanto al espacio temporal, las cuarenta y dos sentencias se producen en el periodo 2010-2019.

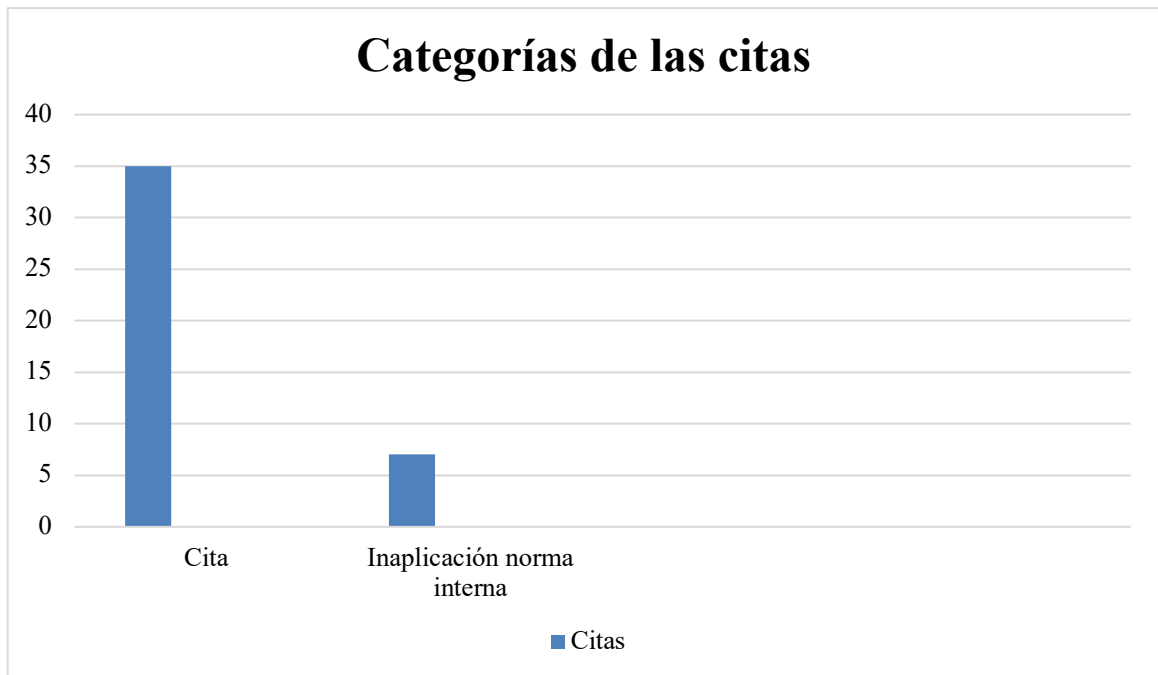
A continuación, se estudian las partes en los procedimientos distinguiendo si actúan como demandantes o como demandados. Se mantiene el mismo concepto de empresa y de Administración Pública ya planteado en apartados anteriores.

Tabla 56. Partes en los procedimientos, artículo 4.4 CSE



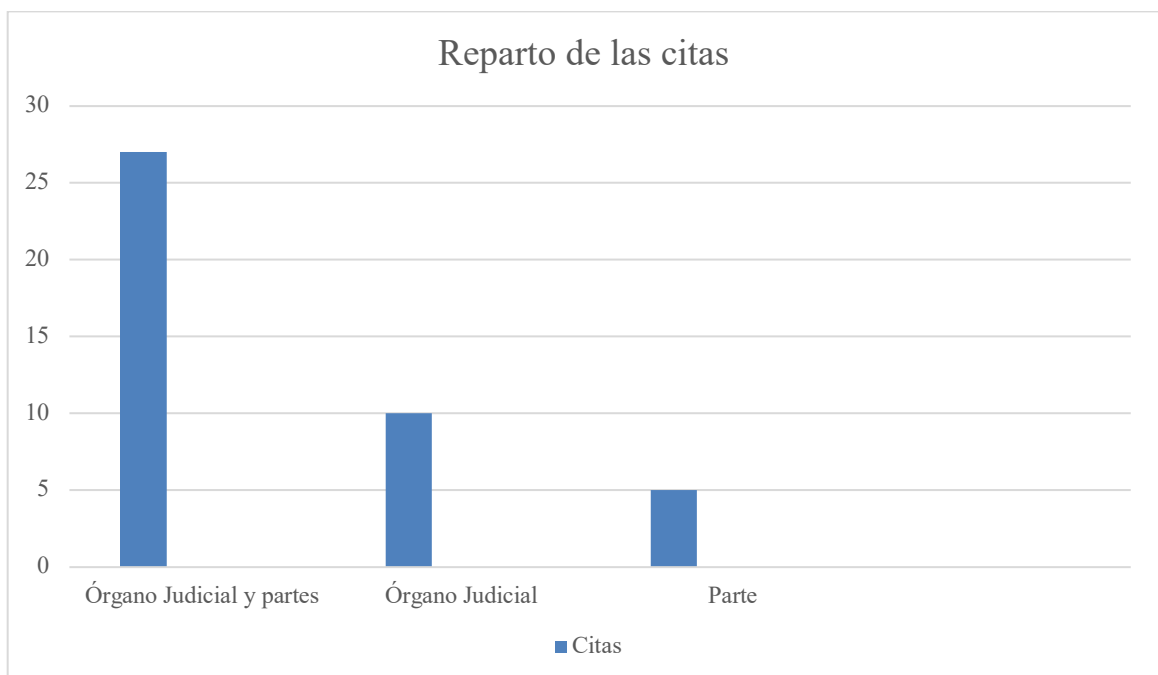
En el siguiente gráfico se expone cómo se usa el artículo 4 en nuestra jurisprudencia en la constante de la precisión metodológica realizada en otros apartados, basada en que es difícil dirimir exactamente cómo se emplea, puesto que en ocasiones hay cierta ambigüedad en la cita de la norma internacional.

Tabla 57. Categoría de citas, artículo 4.4 CSE



El siguiente paso es ilustrar cómo se reparten esas citas, distinguiendo si existe un uso común entre el tribunal y las partes o, por el contrario, solo son las partes o el tribunal de forma unilateral quienes invocan o razonan conforme a la norma internacional.

Tabla 58. Reparto de las citas, artículo 4.4 CSE



De todos estos datos, se realizan las siguientes conclusiones:

La primera es que el Tribunal Superior de Justicia es el órgano donde más se debate sobre el artículo 4 de la Carta Social Europea, seguido con un número importante de sentencias del Juzgado de lo Social. El Tribunal Supremo ha tenido una actuación casi inédita y tampoco hay constancia de que haya unificado doctrina respecto de los contratos de apoyo a los emprendedores en relación con el artículo 4.4 de la Carta Social Europea en un sentido amplio.

La segunda conclusión es que la mayoría de las sentencias han recaído en fase de recurso fundamentalmente en suplicación.

La tercera conclusión es que el procedimiento más empleado es el de despido, en consonancia con el derecho recogido en la Carta Social Europea relacionado con las garantías de extinción en el contrato de trabajo.

La cuarta conclusión es que este artículo se ha empezado a citar en nuestra jurisprudencia con la inclusión del contrato de apoyo de emprendedores, siendo todas las resoluciones del periodo 2014-2019.

La quinta conclusión es la predominancia de trabajadores, empresa y minoritariamente otra categoría de empleadores, en consonancia con el derecho y el tipo de procedimiento empleado, discutiéndose en el fondo sobre si la extinción del contrato de apoyo a emprendedores es un despido o no.

La sexta y última es que tenemos un número nada desdeñable de sentencias que ejercen el control de convencionalidad, un total de siete. El problema es que gran parte de ellas han sido revocadas por las sentencias de suplicación que conocieron los asuntos en la segunda instancia.

b) *Sentencias destacadas*

Como se ha indicado en la introducción de este apartado, se debe incidir en que la mayoría de la jurisprudencia del orden social proviene de la litigiosidad que deriva del contrato de apoyo a los emprendedores. En este sentido, las sentencias que componen la base de jurisprudencia estudiada, Thomson Reuters Aranzadi, lo son en suplicación respecto de sentencias que versan sobre la validez de las extinciones de este tipo de contratos, discutiéndose si se debe inaplicar la norma interna, esto es, el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, y sus consecuencias: la improcedencia del despido o el abono de la indemnización por ausencia de preaviso. En concordancia con el esquema de análisis pautado, se empieza por el orden de menor a mayor en la estructura jurisdiccional.

En sintonía con lo anterior, se inicia por el estudio de las sentencias de los Juzgados de lo Social, que en su mayoría viene a suponer una suerte de jurisprudencia de “resistencia”. Así, se analiza la sentencia del Juzgado de lo Social 26 de Barcelona de 12 marzo 2018⁵¹⁴ dictada en procedimiento sobre despido. El juez, don Carlos Escribano Vindel, acude a la resolución del CEDS sobre Grecia ya estudiada y al voto particular de Fernando Valdés Dal-Ré en la sentencia del TC 119/2014. Recuerda el magistrado de instancia que, amparándose en dicho argumento, otras sentencias de primera instancia en Barcelona han aplicado de forma directa la CSE inaplicando la normativa interna. El juzgador conoce lo dicho por el TSJ Cataluña en sentencia 4090/2015, pero matiza que no es doctrina jurisprudencial y no se siente vinculado a ella. El magistrado comparte el voto particular de esta sentencia postulando que el artículo 4.4 de la CSE es preciso y que la Carta es un instrumento internacional que reconoce derechos que han de ser aplicados a los trabajadores. Postula que en otros supuestos más imprecisos se ha denegado la eficacia de la CSE, pero en este caso respecto al plazo de preaviso es una precisión muy concreta. Defiende que, aunque España no haya firmado la CSE revisada para las reclamaciones colectivas, no quiere decir que su contenido no deba ser respetado y aplicado judicialmente. Acude también a los artículos 23, 29 y 30 de la Ley 25/2014⁵¹⁵ para fundamentar la aplicación del texto internacional, y termina ejerciendo el control de convencionalidad inaplicando el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, estimando la demanda del trabajador y declarando improcedente la extinción del contrato de apoyo a emprendedores realizada por la empresa.

Fuera de la base de datos de jurisprudencia estudiada, resalta la sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Tarragona, número 179/2014 de 2 de abril de 2014.⁵¹⁶ En la misma se viene a relacionar la distinta normativa internacional y europea con especial mención a la Carta Social Europea y al Convenio 158 de la OIT. La sentencia aplica de forma clara el control de convencionalidad basándose en la valoración del Comité Europeo de Derechos Sociales al entender que el periodo de prueba de un año sin derecho a preaviso e indemnización establecido en el artículo 4.3 del RDL 3/2012 conculca el artículo 4.4 de la Carta Social Europea, por lo que no procede la aplicación del precepto legal interno

⁵¹⁴ Juzgado de lo Social 26 de Barcelona. Sentencia de 12 de marzo de 2018. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2018\154342].

⁵¹⁵ Pese a que el juzgador erróneamente se refiere a la Ley 24/2014, que es la que crea el Consejo General de Colegios de Terapeutas Ocupacionales, se está refiriendo a la Ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

⁵¹⁶ Recuperado de <https://wilfredosanguineti.wordpress.com/2014/05/25/la-aplicacion-directa-de-la-carta-social-europea/>

por el principio de jerarquía normativa garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución española debiendo prevalecer la norma internacional.

Además, el magistrado don Diego Zafra Mato refuerza esta conclusión invocando el artículo 10.2 de la CE, que incorpora por esta vía el derecho al empleo y, por tanto, al preaviso estipulado. Se cita lo dicho por la *Court de Cassation* de Francia en sentencia de 1 de julio de 2008, que entiende que es un caso similar en el que se declaró contrario al Convenio 158 OIT el contrato de trabajo en el que se preveía la extinción sin causa de dos años. Incorpora a su vez el argumento de que también sería contrario dicho precepto interno al derecho comunitario por el artículo 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que establece el derecho de todo trabajador a la protección en caso de despido injustificado. Se concluye el conflicto jurídico suscitado entre el derecho interno y la normativa internacional, gozando esta última de prevalencia conforme al artículo 9.3 de la CE en relación con el artículo 96 CE, por lo que no se puede aplicar el artículo 4.3 del RDL 3/2012, declarándose el despido como improcedente.

En línea con la sentencia anterior, se rescata la sentencia número 144/2014 de 29 de abril, del Juzgado de lo Social 1 de Mataró.⁵¹⁷ El fallo se apoya en el voto particular del auto por cuestión de inconstitucionalidad del TSJ de País Vasco de 21 de enero de 2014,⁵¹⁸ formulado por don Florentino Eguaras Mendiridon. El fundamento de dicho voto se basa en que se debería haber aplicado la normativa comunitaria directamente inaplicando la norma interna, puesto que dentro del derecho de la UE siempre tienen aplicación los Convenios de la OIT como el 158 y la propia Carta Social Europea, incluso en aras al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el TEDH y el TJCE, privándose en este caso al trabajador de dicho derecho puesto que el empresario podrá desistir del contrato, dejando sin contenido la acción del trabajador. Se significa que, aplicando todo esto, el periodo de prueba resulta excesivo y sin causa, habiéndose utilizado por la empresa con abuso de derecho y sin causalidad alguna, siendo la consecuencia jurídica la calificación del despido como improcedente.

La siguiente cita que mantiene el criterio que se está exponiendo es la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Barcelona, sentencia número 412/2013, de 19 de noviembre

⁵¹⁷ Recuperado de <https://wilfredosanguineti.wordpress.com/2014/05/25/la-aplicacion-directa-de-la-carta-social-europea/>

⁵¹⁸ Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social, Sección Primera). Auto de 21 de enero de 2014. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2014\524].

de 2013.⁵¹⁹ De nuevo se trata de un procedimiento de despido por la extinción del contrato de apoyo a los emprendedores. La magistrada doña María Luisa Sanz Anchuela parte de la consideración de que la Carta Social Europea es una norma internacional que compone junto al resto de normativa interna el derecho interno en virtud de los artículos 10.2 y 96 de la CE, teniendo el mismo valor vinculante que los tratados de la Unión Europea, por lo que en aplicación del principio de jerarquía normativa se sitúa por encima de la ley nacional. Es por ello que entiende también que las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales. Basándose en lo anterior, repasa lo dicho por el Comité considerando que el derecho a la notificación razonable debe aplicarse a todas las categorías de trabajadores, y que, aunque el Comité no haya definido el contenido de preaviso razonable, sí se pronuncia porque debe ir en función de la antigüedad, y que el objetivo del mismo es que el trabajador disponga de cierto tiempo para buscar otro trabajo mientras percibe su salario, siendo la falta grave la única justificación para un despido inmediato sin preaviso.

Como se relata, la sentencia se ampara en lo dicho por el propio Comité Europeo de Derechos Sociales, considerando la no conformidad del artículo 4.3 de la Ley 3/2012 con dicho texto y recordando que, lo que no cabe en una situación de crisis económica, es desproteger a los trabajadores de sus derechos. Se cita toda una serie de jurisprudencia como la que emana de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana para mantener que las decisiones del Comité constituyen jurisprudencia que ha de ser aplicada por los órganos jurisdiccionales nacionales. Asimismo, argumenta, avalando la posibilidad de que un órgano jurisdiccional inaplique una norma interna cuando contraviene lo dicho por un tratado o la interpretación del órgano que lo supervisa, las sentencias del Tribunal Constitucional 292/2000 de 30 de noviembre⁵²⁰, o 136/2011 de 13 de septiembre⁵²¹. Por todo lo expuesto, la magistrada declara como improcedente el despido operado por la empresa.

En este grupo de sentencias pioneras que han aplicado el control de convencionalidad está la sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Toledo 667/2014 de 27 de noviembre de 2014.⁵²² En dicha resolución se discute de nuevo sobre la calificación de la extinción

⁵¹⁹ Juzgado de lo Social 2 de Barcelona. Sentencia 412/2013, de 19 de noviembre de 2013. [consultado en Cendoj, 08019440022013100001, ECLI: ES: JSO: 2013: 63].

⁵²⁰ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2000\292].

⁵²¹ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 136/2011, de 13 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2011\136].

⁵²² Recuperado de <https://www.laboral-social.com/files-laboral/NSJ050731.pdf>

durante el periodo de prueba de un contrato de emprendedores. La juzgadora doña Pilar Elena Sevilleja Luengo argumenta una serie de cuestiones importantes. La primera es que sitúa la Carta Social Europea en el mismo rango vinculante que los tratados de la Unión Europea por el principio de jerarquía normativa. La segunda es recoger las conclusiones del CEDS, en este caso las XIX-2 (2009), recordando que las repercusiones económicas de la crisis sobre los derechos sociales no pueden tener como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos en la Carta. La tercera es que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 no puede ser aplicado por contravenir el artículo 4.4 de la CSE. Por último, recuerda toda la jurisprudencia interna que ha considerado a las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales como jurisprudencia y, en consecuencia, declara el despido como improcedente.

En esta senda de sentencias que han apostado por la prevalencia de la norma internacional, destaca la del Juzgado de lo Social de Talavera de la Reina, sentencia número 152/2018 de 29 junio⁵²³ sobre materia de despido. La jueza doña Cristina Peño Muñoz mantiene que la Carta Social Europea forma parte de nuestro ordenamiento interno y tiene el mismo valor que los tratados de la UE. Señala que, conforme ha interpretado el CEDS, el artículo 4.3 de la Ley 3/12 se opone al artículo 4.4 de la CSE y, por tanto, se ha de inaplicar la norma interna apostando por el control de convencionalidad y estimando la demanda por despido improcedente. Sin embargo, esta sentencia fue revocada por la de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha número 1617/2018 de 5 diciembre.⁵²⁴ Esta reitera la doctrina de la Sala de lo Social del TSJ Catalunya, amparándose en la sentencia del TC 119/2014 y planteando que no es de aplicación directa el artículo 4.4 de la CSE y que sí es de aplicación el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 tras superar el filtro constitucional para, en definitiva, estimar el recurso de la empresa y convalidar la extinción contractual efectuada.

Es de obligada referencia la sentencia de 9 de noviembre de 2015 del Juzgado de lo Social 33 de Barcelona⁵²⁵ en materia de despido. En la misma, el magistrado hace un recorrido del artículo 4.4 de la CSE en cuanto a la cuestión prejudicial del Juzgado de lo

⁵²³ Juzgado de lo Social 3 de Toledo, con sede en Talavera de la Reina. Sentencia 152/2018, de 29 junio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2018\293717].

⁵²⁴ Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 1617/2018, de 5 diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2019\428].

⁵²⁵ Juzgado de lo Social 33 de Barcelona. Sentencia de 9 de noviembre de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2016\67].

Social 23 de Madrid a la que luego se aludirá⁵²⁶, al voto particular de la sentencia del TSJ de Cataluña 4090/2015 de 22 de junio que más adelante se analiza y, en consecuencia, ejerciendo el control en la adecuación de la extinción en función de lo dicho por el propio TC en su sentencia 119/2014. En tal sentido, viene a concluir que debe existir una mínima justificación en la decisión extintiva. Así, entiende que, en aplicación del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, la extinción hasta los seis meses debe ir relacionada con la aptitud y la capacitación profesional y de los seis meses al año debe existir una causa objetiva por la empresa. El juzgador aboga por que la extinción es fraudulenta ya que el contrato había superado los seis meses y la empresa no alegó razones de sostenibilidad o viabilidad del puesto de trabajo, lo que queda descartado puesto que se ofreció el mismo puesto de trabajo. En segundo lugar, argumenta que la empresa no ha invocado ninguna causa para la extinción cuando solo quedaban doce días para el cumplimiento del periodo de un año. La consecuencia jurídica de esta actuación para el magistrado es la improcedencia del despido practicado por la empresa.

En sentido contrario se cita la sentencia número 62/2018 de 2 febrero del Juzgado de lo Social de Badajoz⁵²⁷ en materia de despido. En esta resolución, el juez acude al artículo 4.4 de la CSE, amparándose en lo dicho por el TSJ Extremadura en sentencia de 11 de diciembre de 2017,⁵²⁸ indicando que la CSE no es de aplicación por motivos anteriormente dichos sobre la constitucionalidad de la norma interna, el carácter *non self executing* de la Carta Social Europea; menos aún las conclusiones que formula el Comité Europeo de Derechos Sociales y que, en todo caso, al amparo de lo dicho por el CEDS, serían nulas las extinciones del periodo de prueba superiores a un año, pero las inferiores serían respecto al tiempo de preaviso únicamente. Por todo lo expuesto, desestima la demanda del trabajador.

Procede ahora el estudio de la jurisprudencia emitida en suplicación en torno al CAE. Existe una línea dominante en la revocación de las sentencias que han ejercido el control de convencionalidad en la instancia. Sin embargo, como vamos a tener oportunidad de comprobar, se abre otra posición de ejercicio del control de convencionalidad, aunque no

⁵²⁶ Juzgado de lo Social 23 de Madrid. Auto de 4 de marzo de 2014. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2014\1830].

⁵²⁷ Juzgado de lo Social 1 de Badajoz. Sentencia 62/2018, de 2 febrero. [versión electrónica, Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2018\88928].

⁵²⁸ Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 798/2017, de 11 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2018\192].

apostando por la existencia del despido, sino por el incumplimiento del preaviso de conformidad con las conclusiones del CEDS.

En primer lugar, se destaca la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 4090/2015 de 22 de junio. Esta es una resolución muy importante puesto que es utilizada por la referida Sala en posteriores sentencias para resolver casos análogos y ha sido citada por otros órganos judiciales. En este caso, invocaba la parte en su recurso de suplicación el artículo 4.4 de la Carta Social Europea, entendiendo que la extinción del contrato de trabajo por no superación del periodo de prueba del contrato de apoyo de emprendedores es un despido, infringiéndose la citada norma internacional. Esta sentencia tiene un voto particular que luego se verá. La argumentación de la mayoría de los magistrados se basa, en primer lugar, en manifestar que el Tribunal Constitucional en su sentencia 8/2015 no se siente concernido por la Carta Social Europea. Consideran que la CSE no es aplicable al litigio y por ello no contraviene el artículo 4.3 de la Ley 3/2012. Los argumentos se despliegan en dos motivos. El primero sostiene que la técnica jurídica de la normativa internacional es programática, pues contiene compromisos y obligaciones internacionales para los Estados, no siendo reglas de derecho para los particulares. El segundo argumento radica en que el contenido de la carta es *non self executing*, por lo que se requiere la adopción de medidas nacionales para su aplicación en el derecho interno y que sea aplicable para los particulares. En el razonamiento, el Tribunal degrada aún más el papel del Comité Europeo de Derechos Sociales considerando que las resoluciones de dicho órgano no son vinculantes.

No obstante, y a efectos retóricos, la sentencia determina que dicho Comité no cuestiona la extinción de este contrato como despido, sino que lo que viene a cuestionar es la falta de preaviso y la ausencia de indemnización por esta extinción. Por ello mantienen que, si aun por aplicación del artículo 96 de la Constitución española fuera aplicable la Carta Social Europea en este punto, la consecuencia no sería la nulidad del periodo de prueba y la consiguiente improcedencia de la extinción, sino la obligación de indemnizar por el incumplimiento del plazo de preaviso, lo que no ha sido pedido por el recurrente y tampoco la ley establece una indemnización tasada.

Para culminar la argumentación, la mayoría de los magistrados cierran la cuestión planteando que, si bien las conclusiones del CEDS pueden servir para motivar una decisión judicial, se descarta su aplicación directa por el principio de seguridad jurídica, ligándolo a que el Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad del contrato

de apoyo a los emprendedores. Por todo ello, dictan la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora.

Antes de entrar en el voto particular, conviene hacer una precisión. Como se está observando y más adelante se seguirá produciendo, existe un debate jurídico sobre si la consecuencia de la aplicación del artículo 4.4 de la CSE es la improcedencia de la extinción o la indemnización equivalente al abono del preaviso. Lo importante para este estudio es que se ejerza el control de convencionalidad, aunque haya discrepancia en los efectos jurídicos. En tal sentido, dicho debate no está cerrado, a pesar de que parece que se impone la vía de la indemnización equivalente al preaviso.

Volviendo a la sentencia, esta contiene, como se ha avanzado, un voto particular muy solvente en cuanto al conocimiento de la normativa internacional de don Carlos Hugo Preciado Domènech, al que se adhieren los magistrados don Miguel Ángel Falguera Baró, don Félix V. Azón Vilas, don Amador García Ros, doña Matilde Aragón Gassiot, doña María Macarena Martínez Miranda, don Felipe Soler Ferrer y doña Ascensión Solé Puig. El análisis discrepante comienza afirmando que la Carta Social Europea es derecho objetivo que forma parte de nuestro ordenamiento interno. Así, invocan el artículo 29 de la Ley 25/2014 que obliga a los Estados a cumplir con las obligaciones adquiridas, siendo extensible al poder judicial, y resaltan que dicho texto internacional es parámetro interpretativo conforme al artículo 10.2 de la Constitución, citando la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991⁵²⁹. Igualmente, acuden al artículo 31 de la Ley 25/2014 y a la propia Convención de Viena para mantener la jerarquía normativa de la Carta, apoyándose en el dictamen de la Corte Internacional de Justicia de 26 de abril de 1988.⁵³⁰

Siguiendo con el repaso a la estructura judicial, recogen que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de junio de 2000⁵³¹ abogó también por el rango supralegal de los tratados en el asunto de los profesores de religión, donde se mostraba la contradicción del acuerdo entre el Estado y la Santa Sede con la normativa interna sobre estabilidad en el empleo. Siguiendo con el razonamiento de los magistrados discrepantes y apoyando su tesis de eficacia directa y de *self executing* de estos tratados, citan a

⁵²⁹ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 145/1991, de 1 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1991\145].

⁵³⁰ Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre la aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a arbitraje con arreglo a la sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de las Naciones Unidas, de 26 de abril de 1988. Naciones Unidas, Cuadragésimo Segundo período de sesiones, Asamblea General. Recuperado de <https://www.dipublico.org/cij/doc>

⁵³¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 5 de junio de 2000. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2000\4650].

tratadistas como Jansen Pevtschin G., que han venido a interpretar que el anexo de la Carta se dirige a evitar interpretaciones distintas en los Estados, por lo que la competencia de dicho control es de los órganos que crea el tratado.

Siguiendo con el voto particular, se citan numerosas resoluciones judiciales españolas para apoyar su razonamiento y coinciden todas ellas en que la Carta, en cuanto al artículo 4.4, sí es directamente aplicable. Esta conclusión la obtienen porque la Carta tiene una parte programática y otra vinculante, encontrándose el artículo 4.4 en esta última parte. El voto particular expone que, por razones de respeto, protección y cumplimiento de la norma internacional, esta se incorpora al ordenamiento por el artículo 96 de la CE e impone a los jueces inaplicar la ley contraria a la Carta Social Europea por así establecerlo el artículo 31 de la Ley 25/14.

Como se observa, los magistrados abogan de forma nítida por la aplicación del control de convencionalidad. En ejercicio de este mecanismo jurídico, defienden los magistrados que la norma interna no respeta el contenido del artículo 4.4 de la Carta Social Europea en cuanto al establecimiento de un plazo de preaviso, lo que es una norma directamente invocable por el trabajador, citándose las sentencias del TC 292/2000 de 30 de noviembre, o la 136/2011 de 13 de septiembre. Cabe aclarar aquí que estas sentencias no tratan expresamente sobre la CSE, sino sobre otros tratados internacionales y desde el uso del canon hermenéutico del artículo 10.2 CE.

Respecto al argumento de la mayoría basado en que inaplicar el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 atentaría contra la seguridad jurídica, este se refuta en el sentido de que no es compatible con el principio de jerarquía normativa al aplicar la ley interna en contra de lo dispuesto en un tratado, que precisamente es lo que hace peligrar la seguridad jurídica, ensalzando dicho principio el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 27/81 de 20 de julio⁵³² como forma de promover en el orden jurídico la justicia e igualdad, en libertad.

En cuanto al informe del CEDS, en sus conclusiones XX-3 (2014) que se pronuncian sobre la reforma laboral aprobada por la Ley 3/2012, los magistrados postulan que es jurisprudencia que debe ser aplicada por los órganos nacionales apoyándose, entre otras, en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de marzo de 2011,⁵³³ así como la sentencia de la Sala Tercera del

⁵³² Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 27/1981, de 20 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1981\27].

⁵³³ Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda). Sentencia 179/2011, de 8 de marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2011\191434].

Tribunal Supremo de 25 mayo 2012⁵³⁴ que confirma la de 8 de marzo de 2011, citada del TSJ de la Comunidad Valenciana. Estos fundamentos vienen a avalar que es posible que un órgano jurisdiccional resuelva de forma contraria a lo regulado en una norma interna de rango legal cuando su contenido es contrario a lo que regula un tratado internacional o a la interpretación que realiza el órgano que lo supervisa.

Continúa el voto particular acudiendo, a su vez, al voto particular de las sentencias 119/14 y 8/2015 del Tribunal Constitucional en la cuestión del contrato de apoyo a emprendedores, efectuando una primera precisión, y es que en nada afectan estas resoluciones a si el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 es contrario a la CSE y, por lo tanto, debe ser inaplicable o no. En concordancia con lo anterior, citan al propio TC que, en su sentencia 180/1993, de 31 de mayo,⁵³⁵ ha dejado a la jurisdicción ordinaria el control de convencionalidad al determinar que estamos ante un problema de selección de la norma aplicable al caso concreto.

Analizando todo lo dicho por el Tribunal Constitucional, constatan que en sus razonamientos no abarcan la concesión del plazo razonable ni sobre la adecuación de la ley a la Carta Social Europea, ni tampoco acude a dicho texto como parámetro interpretativo. Este voto particular también cita la sentencia del TJUE de 5 febrero 2015, caso Grima Janet Nisttahuz Poclava contra José María Ariza Toledano⁵³⁶ que, según los magistrados, no afecta para nada a la relación entre la Ley 3/2012 y la CSE, ante las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social 23 de Madrid. En ese asunto se le preguntaba al tribunal de Luxemburgo sobre la conformidad del periodo de prueba establecido en el CAE con el derecho comunitario, concluyendo el TJUE que dicho contrato no es de duración determinada comprendido en el ámbito de la Directiva 1999/70 y, por tanto, no puede pronunciarse sobre la vulneración del artículo 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea puesto que, al tratarse de la Ley 3/2012, el órgano judicial español no aplica derecho comunitario.

Por todas estas argumentaciones jurídicas, los magistrados discrepantes concluyen que la consecuencia jurídica de inaplicar el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 sería la inaplicación del periodo de prueba de un año, la sujeción al régimen común del artículo 14 ET y las

⁵³⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima). Sentencia de 25 de mayo de 2012. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2012\7032].

⁵³⁵ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 180/1993, de 31 de mayo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1993\180].

⁵³⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Grima Janet Nisttahuz Poclava contra José María Ariza Toledano. Sentencia de 5 de febrero de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TJCE 2015\3].

normas convencionales, así como contemplar la posible indemnización correspondiente al preaviso razonable, cuestión no solicitada por la parte, en concordancia con la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en supuestos de incumplimiento del plazo de preaviso legalmente previsto.

Sin embargo, la doctrina negadora del uso del control de convencionalidad que pivota sobre la referida sentencia del TSJ de Cataluña, ha sido reiterada por diversas sentencias de suplicación de la misma Sala, las sentencias números 1949/2019 de 11 de abril⁵³⁷, 1528/2019 de 22 marzo⁵³⁸, 6770/2018 de 20 diciembre, 3969/2017 de 19 junio⁵³⁹, 1388/2016 de 1 marzo, 908/2016 de 10 febrero⁵⁴⁰, 6246/2015 de 21 octubre⁵⁴¹, 5982/2015 de 14 octubre⁵⁴², 5394/2015 de 22 septiembre⁵⁴³, 5241/2015 de 16 septiembre⁵⁴⁴, 5246/2015⁵⁴⁵ y la sentencia número 5218/2015 de 15 septiembre, considerando todas ellas no aplicable el artículo 4.4 de la Carta Social Europea a los efectos de ejercer el control de convencionalidad e inaplicar la disposición 4.3 de la Ley 3/2012 sobre el contrato de apoyo a los emprendedores.

De conformidad con la posición mayoritaria en los TSJ, la sentencia 4090/2015 del TSJ de Cataluña, dictada en Pleno, ha influido o es coincidente con el sentir de otras salas. Así, el TSJ de Aragón, en sentencia de suplicación en procedimiento por despido, número 64/2019 de 6 febrero⁵⁴⁶, recoge que el CEDS señaló la disconformidad de España únicamente con el preaviso, pero en ningún caso que el periodo de prueba de un año contravenga la CSE. Igualmente, argumenta que, en la cuestión prejudicial al TJUE, este se declaró incompetente, desestimando el recurso del trabajador.

⁵³⁷ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 1949/2019, de 11 de abril. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2019\197898].

⁵³⁸ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 1528/2019, de 22 de marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2019\171725].

⁵³⁹ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 3969/2017, de 19 de junio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2017\267789].

⁵⁴⁰ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 908/2016, de 10 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\79037].

⁵⁴¹ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 6246/2015, de 21 de octubre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2015\300467].

⁵⁴² Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 5982/2015, de 14 de octubre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2015\282050].

⁵⁴³ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 5394/2015, de 22 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2015\253027].

⁵⁴⁴ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 5241/2015, de 16 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2015\253828].

⁵⁴⁵ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 5246/2015, de 16 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2015\2519].

⁵⁴⁶ Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 64/2019, de 6 febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2019\115192].

Ahondado en la línea de la negación del ejercicio del control de convencionalidad, se encuentra la sentencia dictada en suplicación por despido de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias número 2088/2018 de 11 septiembre⁵⁴⁷. La Sala acude al artículo 4.4 de la CSE advirtiendo que no es analizada por la STC 140/2015⁵⁴⁸. Los magistrados son concedores de las conclusiones del CEDS XX-3 (2014) y manifiestan que se pronunció en el sentido de que la falta de preaviso y la ausencia de indemnización es contraria al artículo 4.4 CSE. En su argumentación, acude a la sentencia del TSJ Cataluña de 16 de septiembre de 2015 para indicar que la CSE de 1996 revisada no es de aplicación en España por su falta de ratificación. Asimismo, la sentencia cita a Rodríguez-Piñero para precisar que la CSE contiene obligaciones para los Estados y no para los particulares, resaltando la imposibilidad del *self executing*. La Sala concluye que, si la Carta con carácter general no es directamente aplicable, con mayor abundamiento no lo son las conclusiones del Comité que tienen un carácter más de recomendación. Por todos estos razonamientos, desestima el recurso del trabajador.

Con los mismos postulados procede el análisis de la sentencia del TSJ de Islas Canarias, sede en Santa Cruz de Tenerife número 305/2015 de 22 abril⁵⁴⁹, dictada en recurso de suplicación en materia de despido. En esta sentencia la Sala se pronuncia en el sentido de que España no ha ratificado la Carta Social Europea revisada, que sí que prevé un procedimiento de reclamaciones colectivas que sería vinculante. En relación con lo anterior, niega que el informe del comité de expertos sea vinculante para los Estados. Además, entiende que lo que el Comité cuestiona es el plazo de preaviso en lo que atañe al artículo 4.4 de la CSE, no respecto de la extinción. Basándose en el anterior razonamiento, se desestima el recurso de la trabajadora.

Manteniendo la línea de negar el control de convencionalidad, se pronuncia la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de País Vasco, número 2184/2015 de 17

⁵⁴⁷ Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 2088/2018, de 11 septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2018\297459].

⁵⁴⁸ Esta sentencia resuelve la cuestión de inconstitucionalidad remitida por el TSJ del País Vasco cuestionando la regulación del artículo 4.3 de la Ley 3/2012, reiterándose en los criterios de sus sentencias anteriores 119/2014 y 8/2015 ya expuestas en el presente trabajo. La magistrada Asua Barrita y el magistrado Valdés Dal-Ré reproducen las razones contenidas en el voto particular de la sentencia 119/2014. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia de 22 de junio de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2015\140].

⁵⁴⁹ Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 305/2015, de 22 abril. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2015\2155].

noviembre⁵⁵⁰ dictada en suplicación, en materia de despido. En este procedimiento cita la parte el artículo 4.4 de la CSE y la Sala rechaza la infracción según la cuestión de inconstitucionalidad que en su día se planteó ante el Tribunal Constitucional, desestimando el recurso del trabajador.

De nuevo en las tesis de negación de la aplicación del Derecho Internacional del Trabajo, se manifiesta la sentencia de 25 de marzo de 2015 de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, sede en Valladolid,⁵⁵¹ dictada en suplicación en materia de despido. La Sala expone que la Carta Social Europea ofrece un menú de derechos en el que los Estados optan por su ratificación, calificando el contenido de la Carta como principios o aspiraciones de política pública que los Estados tratarán de cumplir. En cuanto al CEDS, los magistrados son del criterio de que no tiene contenido jurisdiccional, faltándole competencias ejecutivas para cumplir lo decidido. Reseñan que las conclusiones no son vinculantes para España por no haber firmado la Carta revisada de 1996 y que, en todo caso, la naturaleza del incumplimiento del artículo 4.4 de la CSE sería el derecho de naturaleza indemnizatoria a recibir una cantidad económica equivalente al salario dejado de percibir. Por todos estos motivos, desestima el recurso del trabajador.

De igual forma se ubica la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, en sentencia número 2275/2015 de 10 noviembre,⁵⁵² dictada en fase de suplicación en la que se invoca por la parte la lesión del artículo 4.4 de la CSE.

La Sala realiza un recorrido de toda la normativa internacional para, a continuación, atribuir al TC el conocimiento de los tratados y acuerdos internacionales y que, en caso de que el órgano garante de los derechos fundamentales determine que la norma es contraria a la Constitución, debe ser expulsada del ordenamiento jurídico. No obstante, si se declara su constitucionalidad, queda plenamente incorporada al ordenamiento jurídico y debe ser aplicada inexcusablemente por los jueces y tribunales en los litigios que deban resolver. Se razona que realizar lo contrario, es decir, dejar de aplicar una norma declarada constitucional si se estima que es contraria a los tratados internacionales firmados por España, supone una quiebra del sistema de garantías establecido en nuestro

⁵⁵⁰ Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 2184/2015, de 17 noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\60157].

⁵⁵¹ Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 25 de marzo de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2015\108576].

⁵⁵² Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 2275/2015, de 10 noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\75442].

ordenamiento jurídico e implicaría introducir grandes dosis de inseguridad jurídica. Apela al sometimiento de los jueces y tribunales a la ley como garantía de la independencia judicial que exige el artículo 117 CE y actúa como garantía para los ciudadanos, asegurando el principio de igualdad de todos ante la ley y evitando la arbitrariedad en la aplicación del derecho.

Por último, se ampara la Sala en la declaración de constitucionalidad de la norma por las STC 119/2014 y la 8/2015 y lo dicho por el TJUE en sentencia de 5 de febrero de 2015, que ha señalado que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 no es contrario a la Directiva 1999/70, incidiendo en que el Derecho de la Unión no impone ninguna obligación concreta respecto a los periodos de prueba de los contratos de trabajo. Por todo esto, la Sala convalida la extinción realizada por la empresa en el periodo de prueba, desestimando el recurso de la trabajadora.

La anterior sentencia se trata de una resolución paradigmática sobre el desconocimiento del derecho internacional, puesto que, al apelar a la seguridad jurídica, se obvia que las obligaciones internacionales suscritas por España se incorporan como derecho interno con carácter suprallegal y, en todo caso, quien tiene una conducta no diligente es el propio Estado en cuanto a la promulgación de la legislación nacional conforme a las obligaciones internacionales. Lo que no parece jurídicamente plausible es que dicha actuación contraria al derecho internacional por el Estado, se le traslade de forma perjudicial a los ciudadanos que sufren la afectación de sus legítimos derechos.

Sorprende en este sentido la sentencia número 688/2014 de 10 septiembre de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia⁵⁵³. En este procedimiento por despido cita la parte el artículo 4.4 de la CSE y la Sala resalta la plena autonomía del legislador en la aplicación de la CSE, y añade que tampoco se indica cuál debe ser el plazo de preaviso, sino que se habla de un plazo razonable. En consecuencia, desestima el recurso del trabajador. Llama la atención en esta resolución el hecho de que se apele a la plena autonomía del legislador, cuando existe un tratado internacional como la Carta Social Europea que, en su artículo 4.4, establece claramente la existencia de un plazo de preaviso razonable y la interpretación de su órgano de control que en el momento de poner la sentencia se había pronunciado en el caso de Grecia.

En sentido contrario, hay una doctrina jurisprudencial minoritaria en pro del control de convencionalidad. Destaca por su valor la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de

⁵⁵³ Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 688/2014, de 10 septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2015\3028].

Islas Canarias, Las Palmas, sentencia número 73/2017 de 31 enero⁵⁵⁴, dictada en suplicación en materia de despido. La Sala entiende que la CSE es de aplicación conforme al artículo 96 CE y comparte el voto particular de la STSJ de Cataluña 22 de junio de 2015. Resumiendo los argumentos, se manifiesta que la Carta Social Europea es derecho objetivo y parámetro interpretativo también conforme al artículo 10.2. CE y cita la sentencia del TC 145/1991. Se razona que en el rango normativo prevalecen sobre cualquier norma del ordenamiento interno salvo la CE, por aplicación del artículo 31 LTI, siendo por todo ello derecho interno y *self executing*, mantenido que las conclusiones del CEDS son jurisprudencia aplicada por los órganos nacionales. Por todo ello se aplica el control de convencionalidad respecto del incumplimiento del plazo de preaviso.

En la misma tónica, se acude ahora a la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Canarias, con sede de Las Palmas número 30/2016 de 28 enero⁵⁵⁵, dictada en fase de suplicación, en materia de despido, donde la parte cita la Carta Social Europea de forma genérica. El Tribunal hace un repaso de lo dicho por el TC y por el voto particular del TSJ de Cataluña en su sentencia de 22 de marzo de 2015.

Tras el estudio de dichos pronunciamientos, la Sala aboga por que es de plena aplicación directa la Carta, y en concreto su artículo 4, y obviamente los informes del Comité Europeo de Derechos Sociales, en la medida en que interpretan y delimitan el sentido de las reglas y preceptos que se contienen en la Carta, y que son, en definitiva, la interpretación auténtica del Tratado. Por un lado, el Tribunal constata que la norma española sujeta al control de convencionalidad no es conforme con el artículo 4.4 de la CSE que exige un plazo razonable de preaviso. Por otro lado, sostiene que la CSE es derecho interno español por imperativo del artículo 96 CE, siendo una obligación clara y precisa fijar el plazo de preaviso y, por lo tanto, concurre un claro incumplimiento por el legislador interno de dicha obligación. Una vez comprobado el desajuste de nuestra legislación con la norma internacional, el TSJ procede a determinar las consecuencias jurídicas de dicha contradicción, abogando porque procede el abono de la indemnización por ausencia de preaviso.

Para llegar a dicho convencimiento, invoca una serie de argumentaciones: la primera, el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, que establece una obligación de

⁵⁵⁴ Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, con sede en Las Palmas (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 73/2017, de 31 enero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2017\1165].

⁵⁵⁵ Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, con sede en Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia 30/2016, de 28 de enero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2016\1709].

preavisar con quince días para la finalización de los contratos temporales con una duración superior a un año y el abono de quince días de indemnización en caso de su incumplimiento. En segundo lugar, el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, que impone el otorgamiento de quince días de preaviso por parte del empresario, cuyo incumplimiento no determina la improcedencia del despido. En tercer lugar, la doctrina del Tribunal Supremo para los trabajadores indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas que, cuando son cesados por amortización de la plaza por cobertura de vacante, se les reconoce el derecho a ser indemnizados con un preaviso de quince días de salario, citando a tal efecto la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2015⁵⁵⁶, recurso número 2592/2014.

Por último, con posterioridad a las sentencias recogidas en el presente estudio, se debe referenciar la sentencia del Juzgado de lo Social 34 de Madrid de 21 de febrero de 2020⁵⁵⁷. La misma versa sobre un despido disciplinario en el que las imputaciones que recoge la carta de despido son valoradas como inciertas y con poca consistencia por el juzgador. El magistrado, tras hacer una valoración de la legislación interna, acude a la norma internacional partiendo del carácter suprallegal de los tratados. Aunque el debate no gira en torno al preaviso, se aborda aquí, puesto que trata sobre la nulidad de un despido basándose en la Carta Social Europea revisada.

La sentencia acude a la regulación sobre el C158, norma a la que considera huérfana de intérprete “auténtico”. A continuación, invoca el artículo 24 de la CSE revisada que, aunque no se aplica en España por su no ratificación, considera que sí lo es por su grado de coincidencia en el contenido con el Convenio 158 de la OIT. Digamos que en su argumentación el Convenio 158 de la OIT opera en forma de pasarela para incorporar el contenido de la Carta Social Europea revisada no ratificada por España.

El siguiente paso en el razonamiento es acudir a una serie de decisiones del CEDS sobre asuntos relacionados con el mencionado artículo en cuanto a reclamaciones contra países que sí han ratificado el texto, como Finlandia e Italia, entendiendo que es aplicable a nuestro país por la ratificación del C158. Estas resoluciones del Comité giran en torno al concepto de reparación adecuada en caso de despido. Por lo tanto, el magistrado parte de la tesis consistente en que las decisiones del CEDS son jurisprudencia. Tras un repaso

⁵⁵⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 6 de octubre de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2015\4782].

⁵⁵⁷ Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/1alQWnOhS9lPVg5YHrYnaYAw08QtHnUCG/view>

a la cuestión de inconstitucionalidad que elevó al TC con ocasión de la reforma laboral de la Ley 3/2012 y que fue inadmitida, dicta la nulidad del despido por ser asimismo nula la legislación interna sobre despido improcedente para los despidos sin causa, injustos, ilegítimos, ilegales, abusivos que no entran en la categoría de despidos procedentes o nulos, por ser contraria dicha regulación a los artículos 4, 9 y 10 del Convenio 158 de la OIT.

Conviene efectuar unas reflexiones críticas a la referida sentencia aun poniendo en valor el esfuerzo del juzgador por aplicar el estándar recogido en el DIT. En primer lugar, se advierte del peligro de un cierto activismo judicial basado en un voluntarismo con el riesgo de revocación en suplicación por el TSJ de Madrid, en caso de que la sentencia sea recurrida.

En segundo lugar, por una cuestión elemental, y es que el libre consentimiento y la buena fe presiden el derecho de los tratados por la propia Convención de Viena y, por lo tanto, no se puede obligar a España a un tratado por un texto que no ha ratificado aún: la Carta Social Europea revisada, aunque sí que cabría como canon hermenéutico por el criterio material y abierto, que opera en el artículo 10.2 CE tal y como se ha justificado en el estudio del sistema constitucional de la recepción de los tratados.

En tercer lugar, no cabe extender la aplicación de este tratado por la firma de otro, el Convenio 158 de la OIT, de otra organización, con otro ámbito de actuación y de otra naturaleza: tripartita.

En cuarto lugar, cabe discrepar en que el Convenio 158 de la OIT no tenga intérprete auténtico, puesto que la CEACR es la encargada de examinar la aplicación de los convenios y recomendaciones. Este Comité, como ya se ha expuesto en este trabajo, tuvo la oportunidad de calibrar la conformidad de la reforma laboral aprobada mediante la Ley 3/2012 con el Convenio 158 de la OIT y, más allá de cuestionar el periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores, avaló otras cuestiones polémicas de la reforma como la eliminación de los salarios de tramitación. Tampoco la CEACR ha cuestionado rotundamente el modelo de causalidad en el despido insertado en nuestro ordenamiento jurídico.

Quizás en un supuesto como el estudiado, en que se entiende que puede existir un despido disciplinario sin causa, se puede llegar a esta conclusión efectivamente en aplicación del C158 en conexión con el artículo 6.4 del Código Civil que dicta la nulidad de los actos cometidos en fraude de ley, pero no por unas resoluciones del Comité de

Expertos de Derechos Sociales sobre un texto internacional que no ha sido ratificado por España.

c) *Consideraciones sobre la jurisprudencia en relación con el artículo 4.4 de la Carta Social Europea*

Mucho se ha escrito en relación con el contrato de apoyo de emprendedores en cuanto a la conformidad o no de nuestro Estado con dicho precepto del tratado supranacional europeo. En este sentido, el balance no puede ser satisfactorio y se puede identificar una serie de problemas que afectan al cumplimiento efectivo de la Carta en nuestro país.

Como ya hemos tenido oportunidad de afirmar, la Carta Social Europea es el tratado más importante y eficaz para la defensa de los derechos sociales (Salcedo, 2018). Paradójicamente, como argumenta también Salcedo (2014, b), existe una confusión en cuanto a la CSE respecto a la naturaleza jurídica de su órgano de control o la eficacia de sus decisiones o conclusiones. Añade a este déficit actuaciones o declaraciones de responsables gubernamentales que no se dirigen a adecuar la normativa o la práctica nacional declarada contraria a un tratado internacional. En este sentido, Salcedo (2018) alude a que las sentencias del TSJ de Aragón de 21 de marzo de 2018⁵⁵⁸ y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de diciembre de 2015⁵⁵⁹ confunden la Carta Social Europea con la Unión Europea.

Se atisba un cierto temor en la jurisprudencia a la hora de poner sentencias que no sigan la interpretación del Tribunal Constitucional respecto del contrato de apoyo a los emprendedores (Salcedo, 2014, c). En tal sentido, la autora apunta que los conflictos entre normas internas e internacionales deben ser analizados no como una amenaza sino como un enriquecimiento mutuo o sinergia. Por ello se deberían superar estos temores y resolver según el principio *iura novit curia* que obliga a los jueces y tribunales a aplicar directamente la normativa del ordenamiento, incluidos los tratados internacionales y la interpretación de sus órganos de control.

Guamán (2015, b) añade a lo anterior que la doctrina de los órganos de control como la que emana del CEDS debe ser atendida como canon interpretativo de los derechos constitucionales reconocidos, no solo porque así lo ha dicho el Tribunal Constitucional

⁵⁵⁸ Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 21 de marzo de 2016. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2018\1545].

⁵⁵⁹ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 2471/2015, de 16 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2016/442].

en su sentencia 61/2013⁵⁶⁰ respecto al papel de los tratados en nuestro ordenamiento, sino por congruencia con las obligaciones internacionales contraídas al ratificar un tratado.

Respecto a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, Guamán (2015, b) expone que el alto tribunal considera que no es pertinente traer al caso los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT y de la Carta Social Europea. Esta posición tiene una dimensión que afecta al canon hermenéutico constitucional:

El Tribunal ha quebrado lo impuesto por el art.10.2 CE que le obliga a la interpretación de los derechos constitucionales a la luz de los Tratados Internacionales incluyendo la doctrina aplicable de sus órganos de control, ya sea la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) o el Comité de libertad sindical (CLS) de la OIT, ya sea el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) encargado del control de la aplicación de la Carta Social Europea (Guamán 2015, b, pp. 151-152).

Siguiendo con la valoración crítica, y situando el problema creado por el Tribunal Constitucional, se indica que la sentencia de 16 de julio de 2014 supone un absoluto desprecio a los derechos sociales básicos, admitiendo su supresión o reducción por motivos económicos (Salcedo, 2014, c). Apuntando a una explicación de la deriva del Tribunal Constitucional, se denuncia su excesiva politización (Guamán, 2015, b).

Para Jimena (2019), el ejercicio del control de convencionalidad no entró en colisión con el canon europeo, puesto que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo rehusó acometer la problemática y se declaró incompetente para enjuiciar el contrato de apoyo a emprendedores, por la sentencia de 5 de febrero de 2015 asunto Nisttahuz Poclava contra España, ya analizado anteriormente en el presente estudio. Con respecto a este asunto, sigue siendo preocupante que el criterio del Tribunal Constitucional en su sentencia 119/2014 radique en el establecimiento de un canon constitucional divergente con respecto al estándar europeo más favorable.

A mayor abundamiento se observa la quiebra del principio de buena fe, ya que el Tribunal Constitucional, al interpretar un tratado internacional en sentido contrario a lo pronunciando por sus órganos de control, ignora lo dicho por estos sobre la interpretación de una norma del tratado (Guamán, 2015, b).

Pese a todo lo anterior, en el momento en el que nos encontramos se aboga por la Carta Social Europea como herramienta contra la crisis. Según Salcedo (2018):

⁵⁶⁰ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 61/2013, de 14 de marzo de 2013. *Boletín Oficial del Estado*, número 86, de 10 de abril, pp. 85-103.

La paz, la democracia y el Estado Social deben ser recuperados y salir reforzados de la crisis y para ello la CSE es el instrumento fundamental para su consecución y, con ella, las interpretaciones del CEDS que, en suma, se dirigen a garantizar y hacer efectivas las condiciones básicas e inherentes a la dignidad humana. No está de más recordar en este sentido que la CSE, así como las constataciones y denuncias del CEDS a los Estados respecto de su compromiso de asegurar un nivel de vida decente a los ciudadanos, ha sido el instrumento principal que ha propiciado la aprobación el 23 de enero de 2018 de la Resolución 2197 (2018) de la Asamblea Parlamentaria dirigida a la *instauración de una renta básica* en los países miembros del Consejo de Europa (Salcedo, 2018, p. 74).

d) *La jurisprudencia constitucional sobre la Carta Social Europea en relación con el artículo 4.4 de la Carta Social Europea*

En el voto particular de la sentencia del TC 119/2014 se alude a la Carta Social Europea en cuanto al modelo causal del despido que se impone también desde la esfera supranacional y en referencia al plazo de preaviso para la extinción del contrato de trabajo. Asimismo, se acude al fallo del CEDS ante la denuncia interpuesta por los sindicatos griegos, declarando la no conformidad con el artículo 4.4 de la CSE respecto del periodo de prueba de un año que introduce la reforma laboral griega.

En cuanto a la sentencia del TC 8/2015, se sucede el mismo esquema que la anterior sentencia. Así, de nuevo, en el voto particular formulado por el magistrado Valdés Dal-Ré se acude a las conclusiones del CEDS en 2014 sobre España recordando lo dicho en las mismas, en el sentido de que las medidas de austeridad empleadas no se pueden traducir en un retroceso de los derechos reconocidos en la Carta. En otro apartado del voto particular discrepante con el sentir mayoritario de la sentencia se recoge que la inaplicación unilateral del convenio colectivo que contempla la reforma laboral es contraria a la Carta Social Europea, puesto en relación con la modificación operada en el artículo 41 ET.

4.8. Últimas consideraciones en torno al control de convencionalidad y la jurisprudencia interna

Como se ha podido comprobar, las perspectivas para el control de convencionalidad en nuestro país no se presentan nada esperanzadoras. Sin embargo, el surgimiento de tres sentencias, una del Tribunal Supremo, otra del Tribunal Constitucional y otra del TSJ de Cataluña, hacen cambiar el panorama.

4.8.1. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018

En primer lugar, hay que referirse a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018⁵⁶¹. El asunto versa sobre una reclamación patrimonial que interpone una mujer contra el Estado por no haber dado cumplimiento al Dictamen del Comité de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas (CEDAW)⁵⁶² que condenaba a España por el incumplimiento de las obligaciones de los artículos 2 a), b), c), d), f), 5 a) y 16 párrafo 1 d) de la Convención.

En este caso, la hija de la recurrente fue asesinada por su expareja, en el contexto de un régimen de visitas sin vigilancia y que se podría haber evitado con vigilancia, imputándole a la Administración de Justicia un funcionamiento anormal de la misma.

Puestas las cuestiones fácticas fundamentales del caso, el Tribunal Supremo verifica, en primer lugar, que no existe un procedimiento que posibilite la eficacia ejecutiva de las recomendaciones contenidas en el referido dictamen sobre las circunstancias del caso. El Tribunal acude a la propia Convención citando el artículo 24 y el artículo 7.4 para ponderar que los Estados están obligados a tomar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de los derechos contenidos en la Convención y deben tener consideración de las opiniones y recomendaciones del Comité. Desde el plano constitucional el Tribunal Supremo considera que el dictamen proviene de un órgano que crea la normativa internacional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno por el artículo 96 de la Constitución española y que, por el artículo 10.2 de la propia CE, las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

En relación con lo anterior, el Tribunal Supremo constata que se asiste a una denuncia de vulneración de derechos fundamentales apoyada en una declaración de un organismo internacional ante el que España ha comparecido y goza de garantías y, en consecuencia, por aplicación del artículo 9.3 de la Constitución española se garantiza el principio de legalidad y jerarquía normativa, de manera que las obligaciones internacionales relativas

⁵⁶¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta). Sentencia 1263/2018, de 17 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2018\3555].

⁵⁶² Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. *Boletín Oficial del Estado*, número 69, de 21 de marzo de 1984, pp. 7715-7720.

a la ejecución de las decisiones de los órganos internacionales de control cuya competencia ha sido aceptada por España forman parte de nuestro ordenamiento jurídico una vez recepcionado conforme al artículo 96 de la CE, y gozan de jerarquía supralegal aunque infraconstitucional.

Desde otro plano, se indica que el contenido del dictamen forma el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el ordenamiento jurídico español, resultado de los tratados y acuerdo internacionales que amparan al Comité que, además de ser derecho interno propio con la jerarquía reconocida constitucionalmente, son instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales conforme al artículo 10. 2 de la CE.

Por último, recoge que lo que acredita el Comité es que no se han tomado las medidas internas concretas para asegurar el cumplimiento de la Convención en el territorio español. La inacción tiene consecuencias puesto que, no habiéndose acreditado medidas reparadoras del derecho a no sufrir discriminación, supone la violación de un principio jurídico universal reconocido por diversos textos internacionales como la propia Convención, el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Con todo lo anterior, el Tribunal Supremo entiende que la vulneración tiene encaje con el artículo 14 de la CE que consagra el principio de igualdad y de no discriminación, así como el artículo 24 que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, y el artículo 15 que consagra el derecho a la dignidad humana e integridad moral de la persona.

El Tribunal Supremo concluye con total rotundidad que el derecho internacional y las obligaciones internacionales contraídas por España son derecho interno que debe respetar y aplicar efectivamente, de manera que los derechos y libertades recogidos en la Constitución y los tratados internacionales celebrados por nuestro país son reales y concretos. Por todo lo anterior, se estima parcialmente el recurso contencioso administrativo formulado y se le asigna a la recurrente una indemnización de 600.000 euros.

4.8.2. La sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018 de 20 de diciembre de 2018⁵⁶³

A continuación, se analiza la importante sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018. Se trata de un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Socialista contra la ley Orgánica 1/2014 de 13 de marzo⁵⁶⁴, que reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto a la jurisdicción universal.

Los recurrentes plantean en su recurso que la restricción de la jurisdicción universal supone la vulneración de los principios de interdicción de la arbitrariedad y de la seguridad jurídica consagrados en el artículo 9.3 de la CE, lesiona el artículo 24 de acceso a la jurisdicción y, en relación con esto, que el acceso se garantice en condiciones de igualdad conforme al artículo 14 de la CE.

En el mismo sentido, se denuncia la vulneración del artículo 10.2 de la CE por afectar al contenido de la jurisdicción universal, así como el artículo 96 de la CE, puesto que modifica sin seguir los procedimientos previstos en los tratados internacionales firmados por España que prevén la persecución universal de determinados delitos.

El Tribunal Constitucional entiende, en primer lugar, que no existe un modelo constitucional de jurisdicción universal, por lo que, tras repasar el contenido y sus sucesivas reformas, pasa a refutar si la reforma lesiona algún derecho fundamental. Analizando los diversos tratados internacionales, a la luz del artículo 10.2 de la CE, el TC sostiene que en aquellos no hay un modelo único de jurisdicción universal, concluyendo que no puede afirmarse que el artículo 24.1 de la CE, en su vertiente al acceso a la jurisdicción, interpretado a la luz de los tratados de derechos humanos firmados por España en la lectura que de ellos hacen sus órganos de control, enuncie un principio de jurisdicción universal absoluto como el que definía el artículo 23.4 de la LOPJ en su versión originaria, que impida que pueda ser alterada por el legislador.

La otra cuestión a juicio del Tribunal Constitucional es la formalización del control de convencionalidad de la norma interna, exigiendo un pronunciamiento preliminar sobre la viabilidad de dicho control por aplicación del artículo 96.1 CE. El Tribunal viene a hacer un repaso del origen del control de convencionalidad que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano* y otros contra

⁵⁶³ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 140/2018, de 20 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2018\140].

⁵⁶⁴ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. *Boletín Oficial del Estado*, número 63, de 14 de marzo de 2014, pp. 23026-23031.

Chile, señalando que nuestro texto no incorpora regulación expresa y tampoco existe previsión respecto al TC. Al parecer del Tribunal Constitucional, el artículo 96 CE no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas, aunque establece una regla de desplazamiento del tratado a la norma interna anterior sin que suponga su derogación y, por otro lado, la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, sin que esto suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación.

Como se ha planteado a lo largo de esta tesis, no estamos ante un juicio de validez de la norma interna sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto que deberá ser libremente valorada por el juez ordinario. Estamos, por lo tanto, ante una cuestión de legalidad ordinaria ajena al Tribunal Constitucional.

No obstante, el Tribunal Constitucional deja abierta la puerta a revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el amparo del artículo 24.1 CE. Por todo ello, el TC entiende que el análisis de compatibilidad entre los tratados y la Ley orgánica 1/2014 se dirimirá en términos de legalidad ordinaria y de selección del derecho aplicable, desestimando el recurso en este punto, al igual que el resto de los motivos del recurso.

La sentencia tiene un voto particular de don Antonio Narváez Rodríguez concurrente en el que básicamente se considera que no se precisa que los tratados en referencia a la jurisdicción universal se integren en el canon hermenéutico del artículo 10.2 CE.

De la sentencia analizada se extraen una serie de consideraciones:

La primera es que el Tribunal Constitucional acomete por vez primera de forma explícita el control de constitucionalidad ejercido por el mismo y el control de convencionalidad susceptible de ser ejercido por los órganos jurisdiccionales ordinarios. En segundo lugar, la importancia de que se mencione junto a los parámetros jurídicos vinculantes a las normas programáticas o de *soft law* de carácter internacional, lo que tiene un importante impacto en el terreno de los derechos sociolaborales. En tercer lugar, pese al contenido desestimatorio del fallo, se trata de un hito para el afianzamiento del sistema constitucional de fuentes, al consagrar de forma explícita el control difuso de convencionalidad. Se viene a perfilar la relación entre canon de constitucionalidad y estándar internacional como convergentes y complementarios, siendo el juez ordinario el que debe distinguir entre aplicación y validez de la norma como potestad jurisdiccional. En cuarto lugar, el control de convencionalidad opera en la inaplicación de las normas nacionales en conflicto con el Derecho de la Unión Europea, sobre la base de los

principios de primacía y efecto directo de este último. En quinto lugar, se refuta uno de los argumentos principales de los opositores del control de convencionalidad, que es el riesgo de quiebra del principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución española, reservándose el TC el conocimiento en cuanto a una errónea utilización del estándar internacional en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva. En sexto lugar, hay que resaltar la utilización excepcional del control de convencionalidad en supuestos aislados en los que la norma y jurisprudencia internacional ofrezcan claridad y certeza en relación con el supuesto controvertido. Por último, la internacionalización de nuestro ordenamiento se va consolidando por la Ley 25/2014 y, en tal sentido, el papel de los órganos de control de los tratados internacionales (Jimena, 2019).

Sobre la prevalencia o preeminencia de la normativa internacional, tal y como ha apuntado la profesora Salcedo (2019), no debe ser observada con desconfianza y sospecha, que es lo que sucede con normalidad, ya que la normativa constitucional y supranacional tiene arbitrada su articulación pacífica, incontestable y necesaria en coherencia con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

En relación con lo anterior, las propias normas son categóricas al caracterizarse como niveles de protección mínimos que pueden ser diferentes pero complementarios, debiendo interpretarse los posibles conflictos como un enriquecimiento mutuo y compatible, solventándolos con la aplicación de la interpretación más favorable.

4.8.3. La sentencia número 274/2020⁵⁶⁵ de 17 de enero de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Llega ahora esta trascendental sentencia surgida con el cierre de este estudio. Se trata de un asunto donde se discute el despido por absentismo comprendido en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, que días después sería derogado por el Gobierno vía decreto como primera materia laboral aprobada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social.⁵⁶⁶

⁵⁶⁵ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia 274/2020 de 17 de enero. Recuperado de <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/STSJ%20CATALU%C3%91A.pdf>

⁵⁶⁶ Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. *Boletín Oficial del Estado*, número 43, de 18 de febrero, pp. 15591-15597.

La sentencia de instancia consideró justificado el despido por bajas médicas justificadas de carácter corto e intermitente. El Tribunal comienza preguntándose si la norma que da amparo al despido, esto es, si el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores es conforme con la normativa internacional. En la referida sentencia, los magistrados entienden que los derechos que se ven cuestionados son el de no ser despedido sin justa causa, el derecho a la prevención de los riesgos laborales y la prohibición de discriminación por cuestión de género.

Con carácter previo, la Sala recuerda que el artículo 6 de la LOPJ les impone el control de las normas reglamentarias o cualquier otra disposición contraria a la Constitución por el principio de jerarquía normativa.

En tal sentido, se viene a exponer que el control de constitucionalidad del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores ya se ejerció con la sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019 de 16 de octubre.

El Tribunal afirma que debe ejercer el juicio de aplicabilidad, en su versión de control de convencionalidad, que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria. En cuanto al despido por enfermedad, el Tribunal acude a la norma internacional como es el Convenio 158 de la OIT, en su artículo 6 y los criterios que emanan de la CEACR. Dicho artículo establece que la ausencia temporal del puesto de trabajo por enfermedad no supondrá motivo de despido.

Acudiendo al derecho a la prevención de riesgos laborales, se indica que el Convenio 155 de la OIT es de aplicación, y en él se consagra la protección a los trabajadores, entre otras disposiciones, en su artículo 13.

La siguiente norma supranacional a la que acude el TSJ es la Carta Social Europea. Señala que el artículo 24 de la Carta revisada, firmada por España, pero no ratificada, establece el derecho de las personas trabajadoras a no ser despedidas sin justa causa. Así mismo, se resalta lo dicho en esta materia por el órgano de control, esto es, el CEDS.

Igualmente, se constata que la Carta Social Europea consagra el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo en el artículo 3 de la versión ratificada por España.

En el apartado de la prevención de riesgos laborales, el Tribunal constata que el nivel de protección de la norma internacional es superior al estándar constitucional, puesto que en nuestro panorama interno la protección se brinda a los supuestos más graves e inminentes para la vida, mientras que en el marco internacional se protege ante todo tipo de riesgo.

Después, el Tribunal acude al marco del CEDH recordando la visión de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos y repasando la jurisprudencia al efecto del TEDH en materia de discriminación. En contraste, observa que, en la jurisprudencia interna, TC y TS, se recoge que, cuando el factor enfermedad sea tomado como elemento de segregación por la mera existencia de la enfermedad o la estimación de la persona que lo padece, sin que esta circunstancia tenga conexión con la aptitud del trabajador, no se vulneraría el artículo 14 de la CE.

Por último, cabe acercarse a la afectación de la cuestión en el marco de la perspectiva de género. El control de convencionalidad de la norma debe ejercerse desde la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, CEDAW.

El Tribunal entiende que, en cuanto a la protección por despido sin justa causa, el contenido convencional del Convenio 158 de la OIT ofrece un estándar más alto de protección que el que deriva en nuestro ordenamiento del artículo 35.1 CE. En tal sentido, el nivel convencional establece una protección suplementaria que consiste en la prohibición de despedir por causa de ausencia temporal del trabajo por enfermedad. El Tribunal razona que, pese a que el artículo 6.2 del Convenio posibilita que los Estados establezcan limitaciones a la aplicación del artículo 6.1 en cuanto a la prohibición del despido por enfermedad, esto no nos puede llevar a una interpretación o aplicación que deje sin efecto dicha prohibición.

Asimismo, el Tribunal considera que la CSE no establece las limitaciones del C158 de la OIT. En cuanto a la problemática que genera que España no haya firmado la Carta Social Europea revisada, el Tribunal entiende que “constituye un innegable criterio hermenéutico para perfilar el contenido y el alcance del derecho a no ser despedido por ausencias temporales del trabajo por motivos de enfermedad” (STSJ Cataluña 274/2020, Fundamento Jurídico Segundo, apartado 2.4.5.). Acompañando el razonamiento, se manifiesta que el primer criterio de interpretación de los tratados y convenios es la buena fe, debiendo atenderse a los términos del tratado, contexto, objeto y fin.

Retomando el enfoque de prevención de riesgos laborales, en tal sentido, el Tribunal parte de la convicción de que el despido por ausencias intermitentes derivadas de enfermedad común o accidente no laboral supone un riesgo para la salud de la persona trabajadora. Tomado como base lo anterior, concluye en este aspecto que el despido por absentismo derivado de ausencias cortas por enfermedad supone una vulneración de lo

dispuesto en los tratados y convenios suscritos por España en materia de prevención de riesgos laborales.

Por último, el TSJ de Cataluña acomete el enfoque de género de este tipo de despidos. Parte de la consideración de que el control de convencionalidad desde la perspectiva de género viene por el propio artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, pese a que por error se cita la 3/2017. En dicho precepto se dice que la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres es un principio informador del ordenamiento jurídico integrándose en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, postulando el tribunal que es un criterio hermenéutico transversal que afecta también a la norma internacional. El Tribunal parte de la cuestión fáctica consistente en que este tipo de bajas afecta más al sexo femenino. Concluye el tribunal que, por el control de convencionalidad, la regulación interna es contraria al artículo 11 del CEDAW al constatarse que estamos ante una discriminación indirecta por razón de género.

La consecuencia de todo lo antedicho es la inaplicación de la norma interna y, por lo tanto, la improcedencia del despido.

Una vez visto el contenido de la sentencia, es menester realizar una valoración de esta. Se trata de la sentencia que con mayor coherencia ha aplicado el control de convencionalidad. Ello es así puesto que opta por la metodología de ir desgranando derecho por derecho, chequeando la oportuna norma internacional con la norma interna para comprobar su conformidad con la norma internacional. La sentencia opta por un enfoque metodológico muy avanzado puesto que no se queda en el plano único de la extinción y la cuestión, por lo tanto, del despido, sino que añade a la óptica de este el aspecto de la prevención de riesgos laborales y la cuestión de género, dos aspectos centrales y presentes a diario en el mundo de las relaciones laborales.

Capítulo V. Conclusiones

A continuación, sin más preámbulo, se presentan las conclusiones que se derivan del estudio:

1ª. El Derecho Internacional del Trabajo se ha ido conformando en dinámica evolución con el mundo del trabajo, con las reivindicaciones de la clase trabajadora y con las distintas integraciones que se han ido produciendo a lo largo de la historia entre los países.

Desde la caída del Muro de Berlín se asiste a un cuestionamiento del Derecho del Trabajo. Esto es así por la dificultad de adaptación a las nuevas realidades socioeconómicas y los continuos cambios provocados por la constante revolución digital,

por un lado, y por el capitalismo financiero internacional dominante, por otro. Asimismo, otro factor de esta crisis del Derecho del Trabajo radica en el incumplimiento o, dicho de otra forma, la incapacidad para respetar sus convenios y textos internacionales que posibilitarían la existencia de unas condiciones laborales y de vida dignas para los trabajadores. En concordancia con lo anterior, se asistiría a una cierta impotencia puesto que gran parte de los problemas derivan de la ineficacia de la norma internacional y no por la falta de propuestas regulativas.

Sin embargo, se ha constatado que gran parte de los principios de la OIT y de los criterios de sus órganos de control, así como de otros tratados internacionales entre los que destaca el papel del Comité Europeo de Derechos Sociales, se encuentran plenamente vigentes. Cuando se indica que sin unas condiciones de vida digna se hace muy difícil la paz o que las reformas estructurales en el marco de una situación de crisis no amparan un descenso cualitativo de las condiciones laborales de los trabajadores, se está hablando de los problemas actuales de nuestra sociedad y de la crisis de civilización que asisten a esta fase del capitalismo. Hacer realidad estos principios y criterios es condición necesaria para una salida de progreso en términos humanitarios a dicha crisis de civilización. En tal sentido, los órganos de control han mostrado una ágil capacidad para adaptar e interpretar las normas a la realidad que vivimos, con lo que se acredita que, en este aspecto, no existe laguna interpretativa.

2ª. Se han asentado los fundamentos que prueban que los derechos sociales se sitúan en el mismo plano que los derechos civiles y políticos desde los textos internacionales sobre derechos humanos que los recogen. Se trata de distintos derechos que, respecto a su justiciabilidad y exigibilidad, comparten una óptica común en los problemas y obstáculos para hacerlos efectivos, rompiendo con la visión que subordina o considera a los DESC como menos exigibles que los derechos civiles y políticos.

Ensalzando la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales se puede reafirmar que son precondition para el ejercicio de los derechos civiles y políticos. Esto se apoya en dos argumentos. El primero radica en que difícilmente se pueden ejercer los derechos civiles y políticos si no existen unas condiciones de vida digna. El segundo es que ya se encontraban en textos internacionales, tanto de la OIT como bilaterales entre Estados, regulaciones sobre condiciones de trabajo y de vida, cuando aún no se recogían en textos internacionales los derechos civiles y políticos.

3ª. Se ha detectado que la principal distorsión para los derechos sociales procede del ordenamiento nacional. En concreto, en el ámbito del estudio, en nuestra Constitución

española, pues una buena parte de los derechos sociales tienen un carácter programático y no se encuentran en el capítulo de los derechos fundamentales.

Esta situación derivada de nuestra Carta Magna es la que lleva a una cierta visión común o extendida, basada en que gran parte de los derechos sociales tienen un contenido contingente, al albur del gobierno y/o la administración de turno, pero no exigible por los ciudadanos.

La presencia de esta anomalía merece ser corregida en pro de la armonización de nuestro ordenamiento nacional con el marco internacional del que forma parte, siendo menester implementar la oportuna reforma constitucional.

4ª. Del estudio realizado se constata que los textos internacionales asignan una importancia fundamental al derecho a la libertad sindical. Es más, se trata de un derecho que posibilita el ejercicio para el resto de los derechos que se integran en el marco del Derecho del Trabajo. Además, por su naturaleza mixta con una fuerte relación con los derechos civiles y políticos, es un derecho plenamente exigible. Se trata, por lo tanto, de un pilar esencial de los Derechos Humanos del Trabajo, como viene a justificar que la OIT dedique dos de sus convenios más importantes o que se encuentre en las principales normas y textos internacionales. Asimismo, se ha comprobado que le asisten una serie de contenidos específicos asentados por los órganos de control que han de ser respetados por los Estados, empresas y demás intervinientes para la realización efectiva del derecho.

5ª. Se ha probado el importante papel de los órganos de control insertos en las distintas normas internacionales. Pese a que la mayoría de ellos tienen un carácter cuasi jurisdiccional, gozan de una importante autoridad moral. En este sentido, destaca el papel de los órganos de control tanto de la OIT, como la CEACR o el CLS por su especialización. En el mismo sentido, es de resaltar la labor del Comité Europeo de Derechos Sociales compuesto por expertos.

Del análisis plasmado en el presente estudio se ha adverado que estos órganos son la voz de los tratados y el intérprete de estas normas, puesto que así se dispone en dichas normas internacionales. Sus resoluciones suponen jurisprudencia en sentido material, por lo que debe ser tenida en cuenta por el intérprete judicial, ya sea como canon hermenéutico en relación con los derechos fundamentales y libertades reconocidas en la Constitución, ya sea como incorporación al ordenamiento interno por aplicación del artículo 96 de la Constitución española.

En relación con lo anterior, cabe destacar el papel del Comité de Libertad Sindical de la OIT en la consecución de la libertad en España. A lo largo de sus informes, siempre

moderados y ponderados, se fue evidenciando la situación de excepcionalidad en nuestro país por la vulneración sistemática de derechos humanos. Esta ardua tarea consiguió que el propio régimen de Franco aceptara los trabajos del grupo de expertos de la OIT, que actuaron en nuestro país plasmando en su detallado informe la situación sociolaboral existente y, de alguna forma, supuso un importante hito para la futura transición que se iba a gestar desde el ámbito laboral.

6ª Se ha asentado el marco teórico del control de convencionalidad que emana del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En tal sentido, ya desde la sentencia Almonacid Arellano y otros contra Chile, se plasma que el control de convencionalidad ha de ser ejercido por los tribunales internos cuando la norma interna contradiga lo establecido en el tratado.

Se han justificado los fundamentos jurídicos para entender que el control de convencionalidad se encuentra vigente y con soporte normativo suficiente en nuestro país. En primer lugar, porque así lo dispone el artículo 96 de la Constitución española en relación con lo dispuesto en la Ley de Tratados y Acuerdos Internacionales 25/2014. En referencia a dicha interpretación jurídica, solo la Constitución española está por encima de la normativa internacional. En segundo lugar, porque los propios tratados internacionales imponen el respeto y aplicación de sus disposiciones a los Estados y, por tanto, si España es firmante de dichos textos, debe cumplir con su contenido.

Quedan por lo tanto superados los debates entre monismo y dualismo puesto que, en nuestro ordenamiento, una vez que un tratado o norma internacional es ratificado y publicado en nuestro *Boletín Oficial del Estado*, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello nos movemos en el marco de la selección de la ley aplicable, entre norma internacional o nacional, y no en la perspectiva de la constitucionalidad de la norma, que es otro control que opera en nuestro ordenamiento. Tampoco es una cuestión de validez de la norma sino del desplazamiento de la misma por la internacional. Dicho lo anterior sin perjuicio de lo que a continuación se dirá.

Las recientes sentencias comentadas al final de este trabajo, fundamentalmente la del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018, la del Tribunal Constitucional 140/2018 y la del TSJ Cataluña 274/2020, vigorizan el control de convencionalidad. La primera porque establece que lo dicho por un órgano de control ha de ser cumplido por el Estado y, por tanto, desmonta aquella argumentación basada en que lo resuelto por este tipo de órganos no es vinculante. La segunda, en el marco del debate sobre la restricción de la jurisdicción

universal deja claro que el control de convencionalidad debe seguir siendo ejercido por el juez o tribunal predeterminado por la ley. La tercera, porque va analizando norma a norma el nivel de protección del que se goza en el ámbito nacional y en el internacional, aplicando el estándar más alto de fuente internacional cuando así procede.

Por todo ello, el ejercicio del control de convencionalidad, lejos de tener un sesgo académico sin implicación en el sistema constitucional y legal, se trata de un mecanismo judicial de pura aplicación del principio de legalidad y de seguridad jurídica. Al control de convencionalidad se le suman las resoluciones e informes de los órganos de control por aplicación del artículo 35.2 de la Ley 25/2014, que establece que en la interpretación de los tratados se atenderá a todas las normas de la organización internacional pertinente.

7ª. No se trata de una aplicación extensiva del control de convencionalidad, sino que, por su naturaleza, debe tener un papel residual o subsidiario. Antes de acudir al mismo, se debe tener en cuenta tanto el margen de apreciación nacional como el principio de subsidiariedad, que lleva a sostener que solo en los casos donde la norma nacional es manifiestamente contraria a la internacional operará el control de convencionalidad. En concordancia con lo anterior, es importante rescatar la interpretación conforme. Cuando la norma nacional pueda ser controvertida, el juzgador deberá escoger la interpretación más armónica con el texto internacional.

8ª. La normativa internacional en materia de derechos humanos juega un importante papel desde la óptica del canon hermenéutico sobre la interpretación de los derechos fundamentales conforme al artículo 10.2 de la Constitución española.

Esto es importante, además del control de convencionalidad, el intérprete judicial debe acudir necesariamente a dichos textos y a lo dicho por los órganos de control. Por ello, difícilmente pueden caber interpretaciones que amparan un descenso drástico en las condiciones de vida de los trabajadores o la no aplicación de las condiciones pactadas entre sindicatos y Administración Pública por el Real Decreto-ley 20/2012, por poner un ejemplo, sin lesionar el derecho a la libertad sindical recogido e interpretado a la luz del artículo 28 de la Constitución española.

9ª. La investigación realizada permite constatar la falta de diálogo entre nuestros órganos internos en relación con los órganos internacionales.

Del estudio pormenorizado de la jurisprudencia efectuado se observa que, aunque existen citas de lo dicho por los órganos internacionales, no existe un diálogo consolidado entre los distintos ámbitos. En tal sentido, no se puede confundir la mera cita o referencia

con el diálogo que requiere un estadio superior en la fundamentación de la resolución judicial.

No se está planteando lo imposible, pues en el marco nacional se ha ejercido el control de convencionalidad por la *Cour de Cassation* francesa, que entendió que un periodo de prueba amplio y sin justificación vulnera la norma internacional. A mayor abundamiento, el fallo del Comité Europeo de Derechos Sociales, asunto 65/2011, es contundente en cuanto a las medidas tomadas por el Gobierno griego con un contenido muy similar a la reforma laboral emprendida por el Gobierno español en 2012.

En tal sentido, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sigue siendo un referente, puesto que con fluidez acude y considera lo dicho por los órganos nacionales, e incluso acude al marco europeo para acabar de definir sus razonamientos.

En el marco de dicha perspectiva, el control de convencionalidad debe abrirse inevitablemente, ya que nos movemos en un marco de protección multinivel con ámbitos vinculantes para nuestro país de diferentes ámbitos, como es la Declaración Universal y los Pactos Internacionales de Naciones Unidas, los Convenios y Recomendaciones de la OIT, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea del Consejo de Europa, la Carta Fundamental de Derechos de la Unión Europea, así como nuestra normativa laboral interna. Todo esto, puesto en relación con la complejidad que introduce los espacios que ocupan el Derecho Transnacional del Trabajo y la *Lex Mercatoria*, nos debe llevar a que solo con el diálogo se pueden obtener resultados de tutela y evitar contradicciones flagrantes en dicho marco de protección multinivel de derechos.

10ª. La investigación ha servido para constatar la hipótesis de la no conformidad de nuestro ordenamiento jurídico en aspectos importantes del Derecho Internacional del Trabajo y, por lo tanto, la insuficiencia en su recepción. Evidentemente, hay muchos aspectos de ambos mundos que son coincidentes y cuya relación es pacífica.

Sin embargo, en cuanto a los elementos esenciales de las últimas reformas que impactan en la estabilidad del empleo a través de la contratación, el despido o en la propia libertad sindical o negociación colectiva, la relación está lejos de ser armónica.

Como muestran las sentencias internas estudiadas, el control de convencionalidad es el mecanismo para respetar la norma internacional inaplicando la norma interna. Sin embargo, la mayoría de la jurisprudencia se ha situado en diversas argumentaciones jurídicas forzadas para esquivar la cuestión. Así, han sido recurrentes los siguientes argumentos sobre el DIT: su carácter programático u orientador, la no ejecutividad directa de sus contenidos, el control de constitucionalidad ejercido sobre la norma interna

cuestionada, el carácter no jurisprudencial de las resoluciones de los órganos de control y la no ratificación de la CSE revisada por España.

La insuficiencia no solo se muestra por la jurisprudencia mayoritaria que niega el ejercicio del control de convencionalidad en un punto concreto y mínimo de la reforma laboral, como es el contrato de apoyo a emprendedores, sobre el que se concentra el debate del control de convencionalidad. Es igualmente ilustrativo el mutismo sobre aspectos fundamentales de las últimas reformas donde los órganos de control internacionales sí se han pronunciado específicamente sobre España. Se trata de las objeciones del CLS en relación con la congelación de retribuciones del sector público sin negociación colectiva estudiada en el caso 2918 y la regulación interna sobre la negociación colectiva en dicho sector vista en el caso 2947. O el olvidado derecho a la defensa, previo al despido disciplinario, donde la CEACR ya manifestó en el informe de 1994 que nuestro país se encontraba en incumplimiento del referido artículo 7 del C158 OIT.

Igualmente, otras cuestiones donde se han degradado los derechos de trabajadores y sindicatos en el régimen de descuelgue con imposición de arbitraje en caso de no avenencia, o el régimen de limitación de la ultractividad de los convenios colectivos, por poner otros dos ejemplos, confrontan claramente con criterios asentados y firmes de la CEACR.

En definitiva, son resoluciones sobre la norma internacional por sus intérpretes que afectan directamente a España y, por lo tanto, no cabe evadir el ejercicio de su control como así ha sido, puesto que en materia de libertad sindical y de negociación colectiva el control de convencionalidad ha brillado por su ausencia.

La solución no solo deriva en las posibles modificaciones legislativas internas referidas al contenido material laboral, puesto que el problema seguirá latente. La reciente derogación del contrato de apoyo a emprendedores, que tan controvertida ha sido, no asegura en absoluto que el legislador no pueda reintroducir en el futuro una figura contractual con similar contenido.

Cierto es que la Constitución española no establece un sistema expreso de aplicación del control de convencionalidad, pero consta la explicación en el trabajo consistente en que hay fundamentos constitucionales y legislativos claros para su aplicación. Por lo tanto, la falta de reforma constitucional no parece factible ahora mismo y tampoco estrictamente necesaria. La clave es cambiar el criterio jurisprudencial en la línea de las

últimas resoluciones judiciales puestas y potenciar el Derecho Internacional del Trabajo por los distintos operadores jurídicos.

El camino lo marcan las tres recientes sentencias que hemos estudiado al final de este estudio. No obstante, no parece que por sí solas vayan a generar un vuelco a favor del control de convencionalidad. En este sentido, se antoja crucial que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo pueda convertir en jurisprudencia la aplicación del control de convencionalidad, lo que ayudaría sin duda a implantarlo en las instancias inferiores.

11ª. En el plano interno se sigue teniendo un problema de formación o cultura jurídica que es necesario atajar. Esto se muestra en todos los operadores jurídicos. Por parte de los jueces, por poner un ejemplo, se han ilustrado resoluciones donde se viene a confundir la tutela de derechos que emana del espacio del Consejo de Europa con la Unión Europea. Por el lado de los abogados y graduados sociales, se observa una falta de hábito en utilizar la norma internacional en el planteamiento de la defensa de sus patrocinados.

Por lo tanto, se puede reseñar que el panorama interno adolece de falta de formación que incide negativamente en el diálogo no solo con el ámbito internacional, sino dentro de nuestro país entre los distintos operadores jurídicos. Por todo esto, una formación jurídica internacionalista se antoja urgente, puesto que la pedagogía no puede generar resultados inmediatos para cambiar la cultura jurídica cimentada en décadas. Se hace pertinente formar a nuevos juristas con una mentalidad desde la óptica internacionalista en pro de la protección integral de los derechos humanos.

12ª. El análisis de la jurisprudencia interna arroja otra consideración importante. El dato cronológico es muy ilustrativo al mostrar que el uso de la norma internacional se concentra en los últimos años. Esto viene a constatar que la norma internacional no se usaba al estar la legislación nacional en un estándar superior, lo que provocaba que la norma internacional careciera de utilización práctica por los distintos operadores jurídicos. Este factor se suma o refuerza la tendencia en el desconocimiento de la norma internacional y conecta con la falta de formación en este campo y que ya ha sido apuntada.

13ª. Respecto a los derechos y garantías por terminación de la relación de trabajo que derivan tanto del Convenio 158 de la OIT como del artículo 4.4 de la Carta Social Europea y lo dicho por sus órganos de control, se está ante una regulación concreta y detallada que igualmente es exigible ante la jurisdicción.

Sin embargo, se ha constatado también en este aspecto cómo nuestra jurisprudencia y legislación son renuentes a adaptarse al marco internacional. En tal sentido, existe un elemento claro como es la cuestión de la ausencia de preaviso en la extinción del periodo

de prueba del contrato de apoyo a emprendedores que confronta con el artículo 4.4 de la Carta Social Europea y con el Comité Europeo de Derechos Sociales, que limitan y cuestionan el establecimiento de periodos de prueba injustificadamente amplios y sin preaviso en la extinción; o el artículo 4 del Convenio 158 OIT sobre la necesidad de la causa para la extinción del contrato de trabajo. En cuanto a la legislación, parece claro que nuestra normativa no se adapta al Convenio 158 de la OIT en cuanto a su artículo 7, que establece el derecho de defensa previo al despido del trabajador por motivos relacionados con su conducta o rendimiento. Esta última cuestión ha sido reiterada históricamente por la CEACR y, sin embargo, el legislador español ha hecho caso omiso de tal requerimiento.

14ª. El Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo supone una excepción al panorama desierto en el desconocimiento. Se caracteriza el uso de esta norma como una resistencia pasiva ante la reforma laboral de 2012. Esta norma ha sido usada en distintas fases. La primera, en los años 80, discute sobre el derecho a la defensa de los trabajadores como trámite previo por el despido, habiendo sido saldado por el Tribunal Supremo postulando que la exigencia de la carta de despido por escrito, el acto de conciliación ante el SMAC y la posterior fase judicial son conformes a dicho convenio internacional a falta de desarrollo legislativo interno. La segunda reviste mayor importancia en relación con el presente trabajo: el uso del Convenio 158 de la OIT como dique a la oleada de despidos colectivos e individuales, ante la pretensión de aligerar el control de las causas sobre todo con las reformas de 2012. Aunque no se ha utilizado como control de convencionalidad, sí ha reforzado el control judicial y la razonabilidad de las causas, que exterioriza la utilidad interpretativa de la norma internacional.

15ª. Se adviera que el control de convencionalidad viene a operar como dique de contención contra derivas neoliberales basadas en el retroceso y la regresión de los derechos sociales consolidados en la osmosis entre el derecho internacional y el derecho interno. En tal sentido, si finalmente se culmina el proceso de ratificación en el *Boletín Oficial del Estado*, la Carta Social Europea revisada será un paso más en aras del control y fiscalización de la acción de los Estados en el marco de los derechos humanos de índole laboral.

Se asiste al uso de una herramienta jurídica muy potente que impide que los derechos sociales sean sometidos a la coyuntura económica o del programa de gobierno del partido político de turno. La ratificación del protocolo sería un paso más a la hora de blindar los

derechos en el marco internacional, como exigibles y justiciables, y que han de ser respetados por todos los estamentos del Estado.

16ª. El control de convencionalidad cobra una mayor importancia por la regresividad que se observa en el Tribunal Constitucional y que se confirma desde una perspectiva más amplia en su tratamiento del Derecho del Trabajo en distintas expresiones. Centrándonos en la valoración que hace de la norma internacional, ha rehusado acudir al mecanismo del artículo 10.2 para utilizar las resoluciones de los órganos de control e interpretar la reciente reforma laboral conforme al marco internacional. Esto ha generado una degradación de la tutela de los derechos sociales desde el órgano garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, reservándose dicho papel al juez ordinario.

La involución del TC es palpable. Se parte de una jurisprudencia en los años 80 que incorpora al contenido de los derechos fundamentales con la norma internacional y con lo dicho por sus órganos de control, a una jurisprudencia que omite y devalúa el ámbito del Derecho Internacional del Trabajo. Quizás sería conveniente hacer memoria en este aspecto y recordar que la formación del Derecho del Trabajo democrático en España estuvo inspirada en los Convenios de la OIT.

Pese a todo ello, la sentencia 118/2019 que confirma la constitucionalidad del despido por absentismo no niega el control de convencionalidad, situando al juez ordinario en el ejercicio de dicha responsabilidad.

17ª. El control de convencionalidad se ha ido abriendo paso progresivamente desde los trabajos científicos y rigurosos de los profesores de la academia referidos a lo largo de este trabajo y de los jueces que han tenido la determinación de inaplicar la norma interna. Este acervo ha mostrado que, lejos de ser un mecanismo lejano que proviene del mundo jurídico latinoamericano sin virtud práctica en nuestro ordenamiento, ha tenido acomodo en nuestro ordenamiento jurídico. Sin todos estos antecedentes no estaríamos en la posición de poder asentar de forma definitiva el control de convencionalidad en nuestro ordenamiento.

18ª. Queda por resolver el marco de la Unión Europea y su ordenamiento jurídico. La interpretación de la primacía del Derecho de la Unión Europea por el TJUE introduce una distorsión importante en el marco de protección multinivel de los derechos. En tal sentido, el criterio de no aplicación del estándar más elevado de derecho cuando se pueda ver afectado el derecho comunitario, o la jurisprudencia “Viking”, “Laval” y “Ruffert” que, *de facto*, deja en suspenso y penaliza el derecho a la libertad sindical y la negociación colectiva cuando está en juego el funcionamiento del libre mercado como pilar europeo,

viene a negar lo establecido en el ámbito internacional y los criterios apuntados por los respectivos órganos de control.

En definitiva, la Unión Europea que se encuentra en sus horas más bajas tras la salida del Reino Unido, debe resolver dicha contradicción y garantizar los derechos sociales en su espacio, si quiere dar salida a su crisis de credibilidad.

19ª. En todo caso, la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre nuestro ordenamiento interno no le sitúa en posición de prevalencia sobre el Derecho Internacional de Trabajo que emana de las distintas fuentes estudiadas en este trabajo. Por ello, en caso de colisión entre ambas, el intérprete debe apostar por el principio más favorable o en aplicación del estándar más elevado del derecho en consonancia con el marco de protección multinivel. Esta salida conecta con la esencia tuitiva del Derecho del Trabajo.

20ª. Se ha desvelado la necesidad de acometer una serie de reformas en distintos planos para la mejor tutela del DIT. En el plano interno se distinguen dos reformas necesarias. Primero, la ya mencionada ratificación de la Carta Social Europea revisada que incorpora el sistema de reclamaciones colectivas que posibilita que las organizaciones sindicales y civiles puedan acudir al Comité Europeo de Derechos Sociales en defensa de los trabajadores y la sociedad civil. En segundo plano, la firma del Protocolo 16 permitiría que fluyera el ejercicio del control de convencionalidad concentrado desde el TEDH al comprender la posibilidad de que los órganos judiciales internos acudan a dicho órgano al uso de cómo actúan ante las cuestiones prejudiciales que plantean ante el TJUE.

En el marco de la Unión serían importantes otras dos medidas. La primera, la firma y adhesión a la Carta Social Europea, lo que implicaría una mayor convergencia y respeto de los derechos sociales en el ámbito de la Unión. En la misma sintonía, la firma del CEDH de la UE, aun teniendo presente el dictamen del TJUE que rechazó esta posibilidad, sería otro paso importante para garantizar la aplicación armónica de los derechos sociales y no reeditar distorsiones y contradicciones entre distintos planos supranacionales como las ya vividas en los casos “Viking” y “Laval”.

Bibliografía

Abramovich, V. (1997). *Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la comisión interamericana de derechos humanos*. San José de Costa Rica.

Recuperado de https://docs.escr-net.org/usr_doc/02.pdf

Abramovich, V. y Courtis, C. (eds.) (1997). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. En *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editorial del Puerto.

Abramovich, V. y Courtis, C. (2014). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

Abril, E., (2015). Reivindicación de los derechos sociales. Una crítica a los presupuestos liberales. En Ribotta, S. y Rossetti, A. (eds.). *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria* (pp. 137-154). Madrid: Dykinson.

Acosta Estévez, J. B. (1997). *El sistema jurídico de la OIT y el derecho español*. Barcelona: Cedecs.

Adnane Rkioua, A. (2011). El artículo 10.2 CE: un cauce para integrar el contenido de los derechos sociales. *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 1, pp. 126-140.

Alfonso Mellado, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 1, pp. 1-88.

Alija Fernández, R. A. (2010). La aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT: el control de la aplicación de las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados en el marco institucional de la OIT. En Bonet Pérez, J. y Olasti Rayo, A. (dirs.). *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo* (pp. 197-2010). Barcelona: Huygens.

Ansuategui Roig, F. J. (2010). Argumentos para una teoría de los derechos sociales. En Ribotta, S. y Rossetti, A. (eds.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia* (pp. 41-62). Madrid: Dykinson.

Anzilotti, D. (1935). *Curso de Derecho Internacional*. Madrid: Reus.

Aparicio Tovar, J. (2005). *Introducción al Derecho Social de la Unión Europea*. Albacete: Bomarzo.

Aragón Reyes, M. (1979). El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978. *Revista de estudios políticos*, 7, pp. 171-196.

Argüelles Blanco, A. R. (2019). Recepción en España y dificultades de aplicación de los convenios fundamentales de la OIT: en particular, sobre los convenios número 87 y número 98. *Doc. Labor*, I(116), pp. 17-26.

Arias Domínguez, Á. (2002). *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo*. Murcia: Laborum.

Arias Marín, J. A. (2015). *Filosofía y política de los derechos humanos. Contribución a una teoría crítica de los derechos humanos* (Tesis doctoral). Ciudad de México: UNED.

Baylos Grau, A. (1999). Globalización y Derecho del Trabajo: Realidad y Proyecto. *Cuadernos de relaciones laborales*, 15, pp. 19-49.

Baylos Grau, A. (2008). Mercado de Trabajo y Derecho del Trabajo: el caso español (1977-2007). *Papeles de la FIM*, 2ª época, primer semestre, pp. 205-219.

Baylos Grau, A. y Pérez Rey, J. (2009). *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Trotta.

Baylos Grau, A. (2012, a). *¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso*. Madrid: Los libros de la catarata.

Baylos Grau, A. (coord.), (2012, b). El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario en la Ley 3/2012. En *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012* (pp. 11-25). Albacete: Bomarzo.

Baylos, Grau, A. (2018). Derecho de huelga y medidas de conflicto. En Casas Baamonde, M. E. y Gil Alburquerque, R. (dirs.), García-Perrote Escartín, I., Gómez García-Bernal, A. y Sempere Navarro, A. (coords.). *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia* (pp. 1157-1179). Madrid: Francis Lefebvre.

Baylos Grau, A. (2019). Crisis y reconfiguración de la autonomía colectiva en el futuro del trabajo. Cuarto Panel: Interlocución. En *El Futuro del Trabajo: Cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 309-338). Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.

Bazán, V. (2011). El control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 18, pp. 63-104.

Bazán, V. (2012). El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. En Bazán, V. y Nash, C. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El control*

de convencionalidad (pp. 17-55). Bogotá (Colombia): Centro de Derechos Humanos-Konrad Adenauer-Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

Beaudonnet, X. (2009). *Derecho internacional del trabajo y derecho interno*. Turín: Centro Internacional de formación de la OIT.

Bobbio, N. (2000). El fundamento de los derechos humanos. En Soriano Díaz, R., Alarcón Cabrera, C. y Mora Molina, J. (dirs.). *Diccionario crítico de los derechos humanos* (pp. 9-16). Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía.

Bodas Martín, R. (2018). La aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En Casas Baamonde, M. E. y Gil Albuquerque, R. (dirs.), García-Perrote Escartín, I., Gómez García-Bernal, A. y Sempere Navarro, A. (coords.). *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia* (pp. 157-185). Madrid: Francis Lefebvre.

Bonet Pérez, J. (2007). *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal*. Barcelona: Atelier.

Bonet Pérez, J. (2010). Las relaciones laborales como objeto de reglamentación jurídica internacional: origen y evolución. En Bonet Pérez, J. y Olesti Rayo, A. (dirs.). *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo* (pp. 27-40). Barcelona: Huygens.

Bonet Pérez, J. (2013). El sistema de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la interpretación de los convenios de la OIT: aproximación jurídica a una crisis internacional. *Revista electrónica de estudios internacionales*, 26. Recuperado de <http://www.reei.org/index.php/revista/num26/articulos/sistema-control-organizacion-internacional-trabajo-oit-interpretacion-convenios-oit-aproximacion-juridica-una-crisis-institucional>

Britos, N. (2010). “Garantías no institucionales” y exigencia de derechos sociales. En Ribotta, S. y Rossetti, A. (eds.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia* (pp. 187-210). Madrid: Dykinson.

Bronstein, A. (2010). *Derecho Internacional y comparado del trabajo*. Pozuelo de Alarcón (Madrid): Plaza y Valdés.

Burgogue-Larsen, L. (2012) La transfiguración del trato de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 2, pp. 62-78.

Cabeza Pereiro, J. (2015). La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Social*, 69, pp. 79-102.

Calderón Gamboa, J. (2018). Consolidando los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: la justiciabilidad directa en la sentencia Lagos del Campo y la relatoría DESCRA. En Proner, C., Olásolo Alonso, H., Villán Durán, C., Ribocom, G. y Back, C. (coords.). *70º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión* (pp. 343-354). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Canessa Montejo, M. F. (2006). *Los Derechos Humanos Laborales en el Derecho Internacional* (Tesis doctoral). Getafe: Universidad Carlos III.

Canessa Montejo, M. F. (2012). El redimensionamiento del derecho internacional del trabajo. *Revista Derecho PUCP*, 68, pp. 285-300.

Canessa Montejo, M. F. (2017). La protección interamericana de la libertad sindical y de la estabilidad laboral: el caso Lagos del Campo vs. Perú. *Revista chilena del derecho del trabajo y de la seguridad social*, 8(16), pp. 143-149.

Canosa Usera, R. (2015). *El control de convencionalidad*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Cardona Rubert, M. B. (2015). La situación del Estado español en relación al cumplimiento de la Carta Social Europea. *Revista de Derecho Social*, 69, pp. 103-114.

Carrillo Santaneri, N. y Espósito, C. (2011). Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios. *Revista Española de Derecho Internacional*, LXIII, pp. 51-85.

Carrizosa Prieto, E. (2015). Los modelos de tutela del derecho de libertad sindical en el ámbito internacional. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3(3), pp. 90-119.

Castilla Juárez, K. A. (2013). ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XIII, pp. 51-97.

Cebreiros Álvarez, E. (2019). Estructura orgánica y funcionamiento de la Organización Internacional del Trabajo en su etapa inicial (1919-1939). En Chamocho Cantudo, M. A., Ramos Vázquez, I. y Espuny Tomás, M. J. (coords.). *La Organización Internacional del Trabajo. Cien años de protección jurídica internacional de la clase obrera (1919-2019)* (pp. 75-114). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Charis Gómez, R. (2004). La Organización Internacional del Trabajo, su actividad normativa y sus convenios fundamentales. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 54(241), pp. 33-54.

Cuenca Gómez, P. (2012). La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española. *Revista de Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 12, pp. 1-24.

De Figueiredo Caldas, R. (2017). Estructura y funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos: sus herramientas para un efectivo diálogo judicial. En Saiz Arnaiz, A. (dir.), Solanes Mullor, J. y Roa Roa, J. E. (coords.). *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos* (pp. 45-62). Valencia: Tirant Lo Blanch.

De Lucas, J. (2000). Multiculturalismo y derechos humanos. En Soriano Díaz, R., Alarcón Cabrera, C. y Mora Molina, J. (dirs.). *Diccionario crítico de los derechos humanos* (pp. 57-69). Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía.

Del Rey Guarner, S. (2018). La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y derechos sociales. En Casas Baamonde, M. E. y Gil Albuquerque, R. (dirs.), García-Perrote Escartín, I., Gómez García-Bernal, A. y Sempere Navarro, A. (coords.). *Derecho Social de la Unión Europea aplicación por el Tribunal de Justicia* (pp. 557-578).

Díez-Hochleitner Rodríguez, J. (2015). Artículo 31. Prevalencia de los tratados. En Andrés Sáenz de Santa María P., Díez-Hochleitner Rodríguez, J. y Martín y Pérez de Nanclares, J. (dirs.). *Comentarios a la ley de tratados y otros acuerdos internacionales* (pp. 575-587). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Dueñas Herrero, L. J. (2017). Derechos laborales fundamentales en Europa: referentes y garantes. *Revista de información laboral*, 6, pp. 35-63.

Ermida Uriarte, O. (2012). Crítica de la libertad sindical. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, 68, pp. 33-61.

Escobar Roca, G. (2012). Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución. *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 2(2), pp. 47-61.

Etchichury, H. J. (2015). Los derechos sociales en una democracia deliberativa. En Ribotta, S. y Rossetti, A. (eds.). *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria* (pp. 87-118). Madrid: Dykinson.

Falguera Baró, M. A. (2016). La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral. *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 6(1), pp. 33-71.

Fernández de Casadevante Romaní, C. F. y Jiménez García, F. (2006). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución española. *Biblioteca de Jurisprudencia, Civitas*, pp. 1-11.

Fernández Pons, X. (2010). El régimen jurídico internacional del trabajo y el ordenamiento jurídico español. En Bonet Pérez, J. y Olesti Rayo, A. (dirs.). *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo* (pp. 103-119). Barcelona: Huygens.

Fernández Prol, F. (2015). Derecho de huelga en contextos de descentralización empresarial: jurisprudencia interna y perspectivas en los marcos internacional y europeo. *Revista de Derecho Social*, 69, pp. 181-194.

Ferrajoli, L. (2016). *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Madrid: Trotta.

Ferrer Mc-Gregor, E. (2017). Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos. En Saiz Arnaiz, A. (dir.), Solanes Mullor, J. y Roa Roa, J. E. (coords.). *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos* (pp. 184-260). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Fita Ortega, F. (2018). La fragmentación e internacionalización de la actividad empresarial y la representación de los trabajadores. En Nahas, T. (coord.) y Fita Ortega, F. (coord.). *OIT 100 años: una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XXI* (pp. 139-156). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Fita Ortega, F. y Goerlich Peset, J. M. (2017). Sindicalismo y acción sindical en el siglo XXI: Crisis económica y transformación del modelo productivo. *Arxius*, 36-37, pp. 37-48.

Fondevila Marón, M. (2017). Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos. *Estudios de Deusto*, 65(1), enero-junio, pp. 347-360.

Fotinopoulo Basurko, O. (2015). Panorámica general de la directiva 2014/67/UE de ejecución de la directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. *Revista de Derecho Social*, 70, pp. 123-148.

Fukuyama, F. (1992). *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona: Planeta.

Gándara Carballido, M. (2019). *Los derechos humanos en el siglo XXI: una mirada desde el pensamiento crítico*. Buenos Aires: Clacso.

García-Muñoz Alhambra, M. A. (2015). Acuerdos marco globales multilaterales: una nueva expresión colectiva del derecho transnacional del trabajo. *Revista de Derecho Social*, 70, pp. 199-216.

García Murcia, J. (2019). La legislación laboral internacional: mandato y función de la organización internacional del trabajo. *Documentación Laboral. Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, I(116), pp. 9-16.

García-Perrote Escartín, I. (2016). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social europea y reforma laboral española. *Trabajo y Derecho*, 15, pp. 18-44.

García Ramírez, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. México. V(28), julio-diciembre, pp. 123-159.

Gernigon, B., Odero, A. y Guido, H. (1998). Principios de la OIT sobre el derecho de huelga. *Revista Internacional del Trabajo*, 117(4), pp. 1-64.

Gil y Gil, J. L. (dir.) (2014). La protección contra el despido injustificado a la luz del Convenio núm. 158 de la OIT. En *Reformas laborales frente a la crisis a la luz de los estándares de la OIT: un análisis crítico desde las perspectivas internacional, nacional y comparada* (pp. 161-230). Lisboa: Juruá.

Gil y Gil, J. L. (dir. y coord.) (2017). Justicia social y acción normativa de la OIT. En *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante* (pp. 105-164). Madrid: Cinca.

Goerlich Peset, J. M. (dir.) y Guamán Hernández, A. (coord.) (2011). *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*. Madrid: Consejo Económico y Social.

Goerlich Peset, J. M. (2016). ¿Repensar el derecho del trabajo? Cambios tecnológicos y empleo. *Gaceta Sindical: Reflexión y debate*, 27, pp. 173-190.

Goerlich, Peset, J. M. (2018). Derecho de negociación colectiva y libre competencia. En Casas Baamonde, M. E. y Gil Alburquerque, R. (dirs.), García-Perrote Escartín, I., Gómez García-Bernal, A. y Sempere Navarro, A. (coords.), *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia* (pp. 1141-1156).

Gómez Enterría, A. (1986). Reflexiones sobre el Convenio 158 de la OIT. *Documentación Laboral*, 20, pp. 69-72.

Gómez Fernández, I. (2017). Vínculos y relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión Europea en el marco del ordenamiento español. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7, pp. 207-236.

Gómez Sánchez, Y. (2018). *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*. Madrid: Sanz y Torres.

González de Rivera i Serra, X. (2015). Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales. *XXVI Jornadas catalanas de derecho del trabajo: los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional*.

Recuperado de <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/>

Guamán Hernández, A. y Noguera Fernández, A. (2014). *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad. La UE contra el constitucionalismo social*. Albacete: Bomarzo.

Guamán Hernández, A. (2014). Las críticas del Comité de Libertad Sindical de la OIT a la reforma laboral de 2012: una nueva muestra de la importancia del derecho laboral internacional. *Revista de Derecho Social*, 66, pp. 201-2016.

Guamán Hernández, A. (2015, a). *TTIP. El asalto de las multinacionales a la democracia*. Tres Cantos (Madrid): Akal.

Guamán Hernández, A. (2015, b). Los desencuentros entre el Tribunal Constitucional y las normas internacionales a propósito de la ley 3/2012 (sobre el derecho al trabajo y las SSTC 119/2014 y 8/2015). *Revista de Derecho Social*, 70, pp. 149-172.

Guamán Hernández, A. (2016, a). Cláusulas laborales en los acuerdos de libre comercio de nueva generación: una especial referencia al contenido laboral del TPP, CETA y TTIP. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 398, pp. 83-112.

Guamán Hernández, A. (2016, b). La propuesta de reforma de la directiva 96/71 de desplazamiento de trabajadores en el marco del plan de trabajo de la Comisión Europea para el 2016. *Revista de Derecho Social*, 73, pp. 113-126.

Guamán Hernández, A. y Moreno González, G. (2017). *El fin de la impunidad*. Ulzama, Navarra: Icaria.

Guamán Hernández, A. (2018, a). Derechos humanos y empresas transnacionales: la necesidad de un instrumento internacional jurídicamente vinculante. *Revista de Derecho Social*, 81, pp. 197-218.

Guamán Hernández, A. (2018, b). ISDS o ICS. Mecanismos bajo sospecha. En *Guía práctica para entender los tratados de comercio e inversión* (pp. 50-57). Madrid: Fundación Europa de los Ciudadanos.

Guamán Hernández, A. (2019). Empresas transnacionales y derechos humanos: opciones jurídicas frente a la captura corporativa del Estado. En Benente, M. y Navas Alvear, M. (comp.). *Derecho, conflicto social y emancipación, entre la depresión y la esperanza* (pp. 19-40). Buenos Aires: Clacso.

Grupo de Trabajo del Espacio DESC sobre el Protocolo Facultativo del PIDESC (2010). En Sandoval Terán, A. y De la Torre, C. (coords.). *Los derechos económicos sociales y culturales: exigibles y justiciables*. Espacio Desc. Recuperado de https://hchr.org.mx/images/doc_pub/PIDESClibro.pdf

Hernández Zubizarreta, J. (2009). *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: la historia de una asimetría normativa (De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales)*. Bilbao: Hegoa.

Herrera Flores, J. (2005). *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata.

Hitters, J. C. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, 7(2), pp. 109-128.

Iglesias Buigues J. L. (1974). Algunas reflexiones en torno a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. *Anuario de Derecho Internacional*, I, pp. 381-401.

Iglesias Velasco, A. J. (2013). Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: especial referencia a España. *Anuario español de Derecho Internacional*, 29, pp. 165-216.

Jeammaud, A. (1984). En torno al problema de la efectividad del derecho. En *Crítica jurídica*, pp. 5-16.

Jimena Quesada, L. (2013). *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Jimena Quesada, L. (2014, a). Introducción: sostenibilidad y efectividad de los derechos sociales, incluso y sobre todo en tiempos de crisis. En Alfonso Mellado, C. L., Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, C. *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica* (pp. 13-48). Albacete: Bomarzo.

Jimena Quesada, L. (2014, b). Defensa y garantía de los derechos sociales por el Consejo de Europa: atención especial al Comité Europeo de Derechos Sociales. En Alfonso Mellado, C. L., Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, C. *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica* (pp. 49-96). Albacete: Bomarzo.

Jimena Quesada, L. (2019). La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos sociolaborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre). *Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, 53, pp. 435-461.

Kelsen, H. (1971). *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Lapiedra Alcamí, R. (2017). Problemas que plantea la determinación de la ley aplicable al contrato individual de trabajo. En López Terrada, E. (dir.), *La internacionalización de las relaciones laborales* (pp. 99-132). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Larrioux Rodríguez, J. (2017). Control de convencionalidad y constitucionalidad entre el nivel interamericano y el nacional. En Saiz Arnaiz, A. (dir.), Solanes Mullor, J. y Roa Roa, J. E. (coords.). *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos* (pp. 63-70). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Lema Añon, C. (2010). La disputada universalidad de los derechos sociales. Entre asistencialismo y desmercantilización. En Ribotta, S. y Rossetti, A. (eds.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia* (pp.77-100). Madrid: Dykinson.

López Bohle, S. y Ugarte Gómez, S. (2011). Análisis y evaluación crítica del rol desempeñado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en desarrollar y asegurar principios y derechos fundamentales en el trabajo. *Horizontes empresariales*, 10(1), pp. 65-78.

Recuperado de <http://revistas.ubiobio.cl/index.php/HHEE/article/view/2029/1893>.

López López, J. (2011). La construcción de derechos sociales: judicialización y aplicación de los convenios de la OIT. En López López, J., Caruso, B., Freedland M. y Stone, K. (coords.). *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada* (pp. 13-26). Albacete: Bomarzo.

López López, J. (2012). Elementos de definición del modelo de relaciones laborales por las normas de OIT y comunitarias: la desestabilización por la reforma laboral (2012).

En Baylos Grau, A. (coord.). *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012* (pp. 51-70). Albacete: Bomarzo.

Llobera Vila, M. (2017). *Derecho sindical y gobernanza europea. Reformas estructurales en la zona euro: la respuesta del Derecho laboral internacional*. Albacete: Bomarzo.

Lloredo Alix, L. (2015). La crisis y el desmantelamiento del Estado de Derecho: de derechos a privilegios. En Ribotta, S. y Rossetti, A. (eds.). *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria* (pp. 155-172). Madrid: Dykinson.

Lyon-Caen, G. (1991). *Droit Social international et européen*. 7ª ed. Paris: Dalloz.

Machicado, J. (2010). *Formación del Derecho Internacional del Trabajo*. Sucre, Bolivia: Universidad San Francisco Xavier.

Marín Aís, J. R. (2018). Desarrollo sostenible e interdependencia de los Derechos Humanos. En Proner, C., Olasolo, H., Villán Duran, C., Ribocom, G. y Back, C. (coords.). *70º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión* (pp. 375-384). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Martínez Moreno, C. (2016). El marco internacional para la tutela de los derechos laborales. *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 6(1), pp. 94-119.

Martínez Moreno, C. (2019). La autonomía colectiva y sus medios de expresión. Cuarto Panel. En *El Futuro del Trabajo: Cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 275-308). Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.

Martínez Yáñez, N. M. (2015). Crisis de deuda, rescates y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de los trabajadores. *Revista de Derecho Social*, 69, pp. 223-244.

Marshall, T. H. & Bottomore, T. (1998). *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza.

Marx, K. (1864) Manifiesto Inaugural de la Asociación Internacional de los Trabajadores. Recuperado de <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1860s/1864fait.htm>

Mella Méndez, L. (2018). El Convenio 158 OIT y la regulación del despido en España: valoración de algunos puntos críticos. En Nahas, T. y Fita Ortega, F. (coords.). *OIT 100 años: una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XXI* (pp. 91-112). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Monereo Pérez, J. L. (2018). La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en el orden internacional. *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 8(1), pp. 1-44.

Montt Balmaseda, M. (1998). *Principios de Derecho Internacional del Trabajo*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Moreno Vida, M. N. (2019). La gobernanza de las relaciones de trabajo. María Nieves Moreno Vida. Interlocución. En *El Futuro del Trabajo: Cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 233-272). Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.

Moro, B. (2018). La OMC de Marrakech a Buenos Aires. Historia del intento de las transnacionales por imponer la agenda neoliberal. *Guía práctica para entender los tratados de comercio e inversión* (pp. 22-31). Madrid: FEC.

Nash Rojas, C. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, XIX, pp. 489-509.

Noguera Fernández, A. (2008) La eficacia de los derechos sociales: la compleja articulación entre justiciabilidad, legitimidad y competencia. *Revista de Derecho Social*, 44, pp. 97-119.

Noguera Fernández, A. (2011). Derechos económicos, sociales y culturales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano: indivisibilidad de las obligaciones y justicia equitativa. *Revista General de Derecho Comparado*, 9, pp. 1-33.

Nuevo López, P. (2015). Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea. *Revista catalana de dret públic*, 50, pp. 141-160.

Ochoa Ruiz, N. y Gutiérrez Castillo, V. L. (2012). Protección internacional de la dignidad humana. En Ochoa Ruiz, N., Gutiérrez Castillo, V. L., Sánchez, V. M. y Saura, J. *Sistema universal de protección de los derechos humanos*. Barcelona: Eureka Media.

Ojeda Avilés, A. (2013). *Derecho Transnacional del Trabajo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Pérez, M. (2015). Análisis de la libertad sindical en España bajo el prisma de la OIT: las recomendaciones del comité de libertad sindical a escena. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 117, pp. 17-38.

Ojeda Avilés, A. (2019). Del mundialismo a la globalización. Un balance de los convenios OIT y su proyección futura. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 434, pp. 21-55.

Ollero Tassara, A. (2016). La protección de los derechos humanos en España y Europa. En Flores Saldaña, A. (coord.). *Control de convencionalidad y decisiones judiciales* (pp.263-278). México: Tirant Lo Blanch.

Orlandini, G. (2015). Los derechos fundamentales de los trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Derecho Social*, 69, pp. 57-78.

Palomo Vélez, R. (2018). La libertad sindical en el marco de la globalización económica. Desafíos y reestructuración. En Nahas, T. y Fita Ortega, F. (coords.). *OIT 100 años: una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XXI* (pp. 157-170). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Peces-Barba Martínez, G. (2010). Apuntes políticos y jurídicos sobre los derechos sociales. En Ribotta, S. y Rossetti, A. (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia* (pp. 21-40). Madrid: Dykinson.

Pedrol, X. (2009). Derechos sociales y Unión Europea. Historia de un desencuentro. En *Defender y repensar los derechos sociales en tiempos de crisis* (pp. 33-49). Recuperado de Observatorio Desc en

http://observatoridesc.org/sites/default/files/Defender_repensar_derechos_sociales_lib_DESC_AAVV_sp_1.pdf

Pelayo Moller, C. P. (2013). El surgimiento y desarrollo de la doctrina de “Control de Convencionalidad” y sus implicaciones en el Estado Constitucional (pp. 1-10). Recuperado de

http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_doctrina_de_Control_de_Convencionalidad_y_sus_implicaciones.shtml

Pérez Alberdi, M. R. (2011). La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 1, pp. 93-105.

Pérez de los Cobos Orihuel, F. (2014). La interpretación de la Constitución. *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 169, pp. 21-54.

Pérez de los Cobos Orihuel, F. (2016). El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Español: una relación fructífera.

Ponencia presentada en la *Conferencia internacional: Los retos y perspectivas de la justicia constitucional contemporánea* (pp. 1-7). San Petersburgo, Rusia.

Pérez Luño, A. E. (2000). La Universalidad de los Derechos Humanos. En Soriano Díaz, R., Alarcón Cabrera, C. y Mora Molina, J. (coords.). *Diccionario crítico de los derechos humanos* (pp. 27-40). Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía.

Pérez Rey, J. (2016). Derecho a la estabilidad en el empleo y contratación temporal: una relación tormentosa. *Revista de Derecho Social*, 74, pp. 229-241.

Pinto, M. (2012). Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales. *Revista IIDH*, 56, pp. 157-187.

Pisarello, G. (2009). Los derechos sociales y sus “enemigos”: elementos para una reconstrucción garantista. En *Defender y repensar los derechos sociales en tiempos de crisis* (pp. 13-22). Recuperado de Observatorio Desc en http://observatoridesc.org/sites/default/files/Defender_repensar_derechos_sociales_lib_DESC_AAVV_sp_1.pdf

Pisarello G. (2011). Los derechos sociales en tiempos de crisis: resistencia y reconstrucción. *Observatori Desc*, mayo, pp. 1-16. Recuperado de https://nanopdf.com/download/los-derechos-sociales-en-tiempos-de-crisis_pdf

Pitt, C. (2011). Razonabilidad o reticencia española ante la ratificación Carta Social Europea revisada de 1996. *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 1, pp. 184-195.

Preciado Domènech, C. H. (2016). *Interpretación de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Preciado Domènech, C. H. (2018). *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Pumar Beltrán, N. (2011). La incidencia del Convenio número 158 OIT sobre la protección del despido en el derecho español. En López López, J., Caruso, B., Freedland M. y Stone, K. *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada* (pp. 133-164). Albacete: Bomarzo.

Quesada Alcalá, C. (2018). El derecho al desarrollo y la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. En Proner, C., Olasolo Alonso, H., Villán Durán, C., Ribocom, G. y Back, C. (coords.). *70º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión* (pp. 137-144). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Quinche Ramírez, M. F. (2009). El control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. *Revista centro de Estudios Políticos*, pp. 1-24.

Ramm, T. (1994). Epílogo: el nuevo orden del derecho del trabajo, 1918-1945. En Bob Hepple. *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945* (pp. 337-360). Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Ramos Vázquez, I. (2017). Derecho Internacional Obrero. Origen y concepto. *Iuslabor*, 3, pp. 336-372.

Ramos Vázquez, I. (2019). Elaboración doctrinal del Derecho Internacional Obrero. En Chamocho Cantudo, M. A. (coord.), Ramos Vázquez, I. y Espuny Tomás, M. J. (coords.). *La Organización Internacional del Trabajo. Cien años de protección jurídica internacional de la clase obrera (1919-2019)* (pp. 15-42). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Raynaud, B. (1907). *Derecho Internacional Obrero*. Madrid: Imprenta de la revista de legislación.

Reig Fabado, I. (2017). La competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo en el Reglamento *Bruselas I Bis*. En López Terrada, E. (dir.). *La internacionalización de las relaciones laborales* (pp. 15-52). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Remiro Brotons, A., Riquelme Cortado, R., Díez-Hochleitner, J., Orihuela Calatayud, E. y Pérez-Prat Durbán, L. (2010). *Derecho internacional. Curso General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Rey Pérez, J. L. (2015). Una reflexión sobre las formas de garantizar los derechos sociales en el siglo XXI. En Ribotta, S. y Rossetti, A. (eds.). *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria* (pp. 243-274). Madrid: Dykinson.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2017). Prólogo. En Gil y Gil, J. (dir.). *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante* (pp. 9-26). Madrid: Cinca.

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (1962). Antecedentes, génesis y significado de la Carta Social Europea. *Revista de Política Social*, 53, pp. 133-195.

Romagnoli, U. (2009). La libertad según la carta de Niza y en el Derecho del Trabajo. *Revista de Derecho Social*, 45, pp. 11-23.

Romagnoli, U. (2016). Momentos de la historia de la cultura jurídica del trabajo. *Revista de Derecho Social*, 73, pp. 13-24.

Rosillo Martínez, A. (2019). Teoría crítica de derechos humanos desde América Latina. En Benente, M. y Navas Alvear, M. (coords.). *Derecho, conflicto social y emancipación, entre la depresión y la esperanza* (pp. 115-136). Buenos Aires: Clacso.

Rossetti, A. (2010). Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales. En Ribotta, S. y Rossetti, A. (eds.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia* (pp. 101-126). Madrid: Dykinson.

Ruiz Miguel, C. (2015). Derechos fundamentales constitucionales y derechos humanos internacionales: su articulación normativa en España. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 26, pp. 33-64.

Ruiz Morales, M. (2017). El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos. La recepción en el caso argentino y español. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 21, pp. 129-160.

Sagüés, N. P. (2013). El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. En Ferrer Mac Gregor, E. y Herrera García, A. (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales* (pp. 993-1030). México: Tirant Lo Blanch.

Saiz Arnaiz, A. (2008). Artículo 10.2. CE. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos. En Casas Baamonde, M. E. (dir.) y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dir.), *Comentarios a la Constitución española* (pp. 230-254). Las Rozas (Madrid): Fundación Wolters Kluwer.

Saiz Arnaiz, A. (2017). La interacción entre los Tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo. En Saiz Arnaiz, A. (dir.), Solanes Mullor, J. y Roa Roa, J. E. (coords.). *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos* (pp. 29-44). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Salcedo Beltrán, M. C. (2014, a). Reformas adoptadas frente a la crisis económica y Carta Social Europea. En Alfonso Mellado, C. L., Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, C. *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica* (pp. 97- 238). Albacete: Bomarzo.

Salcedo Beltrán, M. C. (2014, b). Incumplimientos de la Carta Social Europea por España: conclusiones XX-2 (2013). *Revista de Derecho Social*, 66, pp. 217-243.

Salcedo Beltrán, M. C. (2014, c). De nuevo sobre el periodo de prueba tras la doctrina del Tribunal Constitucional: el necesario respeto a las normas internacionales (a propósito de la SJS n.º 3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014). *Revista de Derecho Social*, 68, pp. 143-160.

Salcedo Beltrán, M. C. (2018). Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de Carta Social Europea (Constitución Social de Europa). *Revista de Derecho Social*, 83, pp. 45-74.

Salcedo Beltrán, M. C. (2019). Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 434, pp. 153-188.

Sanguineti Raymond, W. (2015). Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las empresas multinacionales: una realidad poliédrica aún en construcción. *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 5(2), pp. 180-201.

Sanguineti Raymond, W. (2019). Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un derecho del trabajo sin fronteras. En *El Futuro del Trabajo: Cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 23-80). Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.

Servais, J. M. (2015). *Droit international du travail*. Paris: Larcier.

Servais, J. M. (2017). España y las normas de la OIT o cómo renovar una bella historia. En Gil y Gil, J. (dir.). *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante* (pp. 27-58). Madrid: Cinca.

Servais, J. M. (2018). Derecho Internacional del Trabajo y resolución de conflictos transnacionales. *Temas Laborales*, 144, pp. 13-26.

Todolí Signes, A. (2017). La competencia judicial y la prueba de derecho extranjero en caso de movilidad internacional de trabajadores. Especial mención a la nueva ley de cooperación jurídica internacional. En López Terrada, E. (dir.). *La internacionalización de las relaciones laborales* (pp. 53-98). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Torres del Moral, A. (2015). *Estado de Derecho y democracia de partidos*. Madrid: Universitas.

Torres Zúñiga, N. (2017). Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de derechos humanos: subsidiariedad, deferencia e impacto en la teoría del cambio constitucional. En Saiz Arnaiz, A. (dir.), Solanes Mullor, J. y Roa Roa, J. E. (coords.). *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos* (pp. 90-126). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Trentin, B. (2013). *La ciudad del trabajo. Izquierda y crisis del fordismo*. Albacete: Bomarzo.

Valdés Dal-Ré, F. (2018, a). Curso Derechos Fundamentales en materia laboral, presentado en el *Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Madrid.

Valdés, Dal-Ré, F. (2018, b). Constitucionalismo laboral europeo. En Casas Baamonde, M. E. y Gil Alburquerque, R. (dirs.), García-Perrote Escartín, I., Gómez García-Bernal, A. y Sempere Navarro, A. (coords.). *Derecho Social de la Unión Europea* (pp. 21-50). Madrid: Francis Lefebvre.

Valticos, N. (1977). *Derecho Internacional del Trabajo*. Madrid: Tecnos.

Vallés Muñío, D. (2019). La sección española de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores. En Chamocho Cantudo, M. A., Ramos Vázquez, I. y Espuny Tomás, M. J. (coords.). *La Organización Internacional del Trabajo. Cien años de protección jurídica internacional de la clase obrera (1919-2019)* (pp. 155-198). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Vega, Ruiz, M. L. (2019). Trabajo, la relación de trabajo y derecho del trabajo: ¿crisis o renacimiento? En *El Futuro del Trabajo: Cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 81-99). Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.

Ventura Robles, M. E. (2004). Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH*, 40, pp. 87-131.

Von Bogdandy, A. (2011). Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* (pp. 283-306). Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3019/11.pdf>

Zamora Cabot, F.J. (1978). *Acercamiento al derecho laboral internacional* (Tesis doctoral). Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Zapater Duque, E. (2019). La contribución de la Organización Internacional del Trabajo al establecimiento de un derecho Internacional “uniforme” del trabajo: algunas reflexiones. En Chamocho Cantudo, M. A., Ramos Vázquez, I. y Espuny Tomás, M. J. (coords.). *La Organización Internacional del Trabajo. Cien años de protección jurídica internacional de la clase obrera (1919-2019)* (pp.15-42). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Índice Jurisprudencial

Juzgados de lo Social

Juzgado de lo Social 4 de Sevilla. Sentencia número 252/2001, de 31 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2001\3314].

Juzgado de lo Social 33 de Barcelona. Sentencia número 518/2011, de 27 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2011\351723].

Juzgado de lo Social 33 de Barcelona. Sentencia número 339/2013, de 19 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2014\960].

Juzgado de lo Social 2 de Barcelona. Sentencia número 412/2013, de 19 de noviembre de 2013. [consultado en Cendoj, 08019440022013100001, ECLI: ES:JSO:2013:63].

Juzgado de lo Social 6 de Bilbao. Sentencia número 9/2014, de 10 de enero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2014\334].

Juzgado de lo Social número 23 de Madrid. Auto de 4 de marzo de 2014. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2014\1830].

Juzgado de lo Social 1 de Tarragona. Sentencia número 179/2014, de 2 de abril de 2014. Recuperado de <https://wilfredosanguineti.wordpress.com/2014/05/25/la-aplicacion-directa-de-la-carta-social-europea/>

Juzgado de lo Social 1 de Mataró. Sentencia número 144/2014, de 29 de abril. Recuperado de <https://wilfredosanguineti.wordpress.com/2014/05/25/la-aplicacion-directa-de-la-carta-social-europea/>

Juzgado de lo Social 33 de Barcelona. Sentencia número 386/2014, de 10 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2014\2113].

Juzgado de lo Social 3 de Barcelona. Sentencia número 352/2014, de 5 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2014\3092].

Juzgado de lo Social 1 de Toledo. Sentencia número 667/2014, de 27 de noviembre de 2014. Recuperado de <https://www.laboral-social.com/files-laboral/NSJ050731.pdf>

Juzgado de lo Social 2 de Arrecife. Sentencia número de 8 de enero de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2015\755].

Juzgado de lo Social 33 de Barcelona. Sentencia número de 9 de noviembre de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2016\67].

Juzgado de lo Social 33 de Barcelona. Sentencia número 472/2016, de 23 de diciembre de 2016. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2016\1794].

Juzgado de lo Social 2 de Elche. Sentencia número 341/2017, de 16 de octubre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2019\291634].

Juzgado de lo Social 1 de Badajoz. Sentencia número 62/2018, de 2 febrero. [versión electrónica, Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2018\88928].

Juzgado de lo Social 26 de Barcelona. Sentencia de 12 de marzo de 2018. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2018\154342].

Juzgado de lo Social 3 de Toledo, con sede en Talavera de la Reina. Sentencia número 152/2018, de 29 junio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2018\293717].

Juzgado de lo Social 4 de Valladolid. Sentencia número 303/2018, de 13 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2018\307951].

Juzgado de lo Social 34 de Madrid. Sentencia de 21 de febrero de 2020. Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/1alQWnOhS9IPVg5YHrYnaYAw08QtHnUCG/view>

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia

Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Social). Sentencia número 416/1999, de 21 de octubre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 1999\3307].

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección Quinta). Sentencia número 69/2000, de 1 febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2000\1533].

Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Social). Sentencia número 1746/2001, de 3 de diciembre de 2001. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2002\496].

Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Social, Sección Única). Sentencia número 1077/2003, de 17 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2003\250910].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 646/2005, de 27 de enero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2005\472].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 963/2005, de 9 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2005\118679].

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 2900/2005, de 20 septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2005\3210].

Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 2754/2006, de 21 noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2007\857].

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 354/2007, de 15 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2008\1572].

Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 1321/2009, de 24 de abril. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2009\257375].

Tribunal Superior de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 56/2011, de 17 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2011\1720].

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (Sección Primera de la Sala de lo Social). Sentencia número 332/2012, de 17 de abril. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2012\944].

Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 210/2012, de 31 de mayo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2012\371747].

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 3087/3012, de 18 de diciembre. [versión electrónica, Thomson Reuters Aranzadi, AS 2014\1210].

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 475/2013, de 13 de febrero [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2013\151288].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 25/2014, de 7 de enero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2014\521].

Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social, Sección Primera). Auto de 21 de enero de 2014. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2014\524].

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección Sexta). Sentencia número 127/2014, de 24 de febrero [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2014\83330].

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Burgos (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 348/2014, de 3 de junio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2014\165314].

Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 688/2014, de 10 septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2015\3028].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 7937/2014, de 2 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2015\344].

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección Quinta). Sentencia número 89/2015, de 9 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2015\625].

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 25 de marzo de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2015\108576].

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 305/2015, de 22 abril. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2015\2155].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 4090/2015, de 22 de junio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2015\1823].

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 4391/2015, de 31 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2015\1906].

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 1607/2015, de 15 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2015\266144].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 5241/2015, de 16 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2015\253828].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 5246/2015, de 16 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2015\2519].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 5394/2015, de 22 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2015\253027].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 5982/2015, de 14 de octubre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2015\282050].

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección Quinta). Sentencia número 726/2015, de 19 de octubre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2016\4].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 6246/2015, de 21 de octubre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2015\300467].

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 2275/2015, de 10 noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\75442].

Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 2184/2015, de 17 noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\60157].

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 2865/2015, de 19 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\11325].

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 2471/2015, de 16 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2016\442].

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, sede en Las Palmas (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 30/2016, de 28 de enero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2016\1709].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 908/2016, de 10 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\79037].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 1388/2016, de 1 de marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\93901].

Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social, Sección Primera), sentencia número 154/2016, de 4 de marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2016\1503].

Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 21 de marzo de 2016. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2018\1545].

Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia de 30 de marzo de 2016, número 252/2016. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\156153].

Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia de 18 de abril de 2016, número 342/2016. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\207534].

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 1295/2016, de 11 de mayo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\171434].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 3126/2016, de 18 de mayo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\155694].

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos (Sala de lo Social). Sentencia 309/2016, de 20 de mayo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2016\129310].

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 6587/2016, de 25 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2017\4133].

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 2455/2016, de 13 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2017\66804].

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 2077/2016, de 19 de diciembre de 2016. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2017\8402].

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, con sede en Las Palmas (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 73/2017, de 31 enero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2017\1165].

Tribunal Superior de Justicia en Andalucía, con sede en Sevilla (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 1606/2017, de 31 de mayo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2017\179130].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 3969/2017, de 19 de junio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2017\267789].

Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia 2085/2017, de 26 de octubre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2018\69].

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 798/2017, de 11 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2018\192].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 7797/2017, de 29 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2018\50612].

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social). Sentencia número 1539/2018, de 22 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2019\736].

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 1617/2018, de 5 diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2019\428].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 6770/2018, de 20 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2019\870].

Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 64/2019, de 6 febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2019\115192].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 1528/2019, de 22 de marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2019\171725].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 1949/2019, de 11 de abril. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2019\197898].

Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 2088/2018, de 11 septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2018\297459].

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia número 274/2020, de 17 de enero. Recuperado de <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/STSJ%20CATALU%C3%91A.pdf>

Sala de lo Social de la Audiencia Nacional

Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 79/2006, de 16 de octubre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2006\3397].

Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 112/2012, de 15 de octubre de 2012. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2013\2].

Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 142/2012, de 21 de noviembre de 2012. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2012\2409].

Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia número 40/2015, de 11 marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2015\1280].

Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia número 166/2017, de 17 noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2018\111].

Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 122/2018, de 16 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2018\2063].

Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia número 174/2018, de 19 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, AS 2019\157].

Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia número 26/2019, de 22 de febrero de 2019. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2019\80993].

Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 5 de octubre de 1979. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 1979\3471].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 4 de noviembre de 1987. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 1987\7810].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 20 de marzo de 1989. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 1989\1886].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 15 de febrero de 1990. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 1990\1906].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 7 de diciembre de 1990. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi RJ 1990\9760].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 13 de julio de 1994. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 1994\7049].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 17 de mayo de 2000. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2000\5160].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 5 de junio de 2000. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2000\4650].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 10 de junio de 2003. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2005\4881].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 26 de enero de 2005. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2005\3158].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 15 de julio de 2005. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2005\9236].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 9 de diciembre de 2005. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2006\1280].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 8 de octubre de 2009. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2009\5665].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, sección 1ª). Sentencia de 8 de febrero de 2010. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2010\3404].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 21 de abril de 2010 [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2010\4675].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 25 de junio de 2014. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2014\4385].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Pleno). Sentencia de 25 de junio de 2014. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, en pleno (Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2014\3982].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 17 de julio de 2014. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2014\5743].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 25 de febrero de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2015\1905].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 17 de marzo de 2015. [versión electrónica. Thomson Aranzadi Reuters, RJ 2015\1009].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 2 de julio de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2015\3902].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 7 de julio de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2015\4731].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 6 de octubre de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2015\4782].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 11 de noviembre de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2015\6197].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia de 1 diciembre de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2016\3837].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia número 549/2016, de 22 junio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2016\3768].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 616/2016, de 6 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2016\6542].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia número 269/2018, de 13 marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2018\2156].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección Primera). Sentencia número 943/2018, de 5 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2018\5554].

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia número 347/2019, de 8 mayo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2019\2389].

Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia de 8 de abril de 1981. *Boletín Oficial del Estado*, número 99, de 25 de abril de 1981, pp. 1-13.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia número 27/1981, de 20 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1981\27].

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 38/1981, de 23 de noviembre [versión electrónica, Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1981\38].

Tribunal Constitucional. Sentencia número 57/1982 de 27 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1982\57].

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 78/1982, de 20 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1982\78].

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 83/1982, de 22 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1982\83].

Tribunal Constitucional (Sección Primera). Sentencia número 23/1983 de 25 de marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1983\23].

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 99/1983, de 16 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1983\99].

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 45/1984, de 27 de marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1984\45].

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia número 20/1985, de 14 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1985\20].

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia número 26/1985, de 22 de febrero. [versión electrónica, Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1985\26].

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia número 98/1985, de 29 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1985\98].

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 72/1986, de 2 de junio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1986\72].

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia de 22 de marzo de 1988. *Boletín Oficial del Estado*, número 89, de 13 de abril de 1988, pp. 2-22.

Tribunal Constitucional. Sentencia 36/1991 de 14 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1991\36].

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 145/1991 de 1 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1991\145].

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 64/1991, de 22 de marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1991\64].

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia número 28/1991, de 14 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1991\28].

Tribunal Constitucional (Pleno). Declaración 1/1992 de 1 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1992\132 bis].

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 180/1993, de 31 de mayo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1993\180].

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 134/1994, de 9 de mayo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1994\134].

Tribunal Constitucional. Sentencia número 94/1995 de 19 de junio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1995\94].

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 130/1995, de 11 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1995/130].

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 191/1996, de 26 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1996\191].

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 121/1997, de 1 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 1997\121].

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia número 292/2000, de 30 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2000\292].

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia número 45/2001, de 15 de febrero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2001\45].

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 214/2001, de 29 de octubre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2001\214].

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 5/2003, de 20 de enero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2003\5].

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 44/2004 de 23 de marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2004\44].

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 58/2004, de 19 de abril. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2004\58].

Tribunal Constitucional (Pleno). Declaración 1/2004 de 13 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi: RTC 2004\256].

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 234/2005, de 26 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2005\234].

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 292/2005 de 10 de noviembre de 2005. *Boletín Oficial del Estado*, número 297, de 13 de diciembre de 2005, pp. 95-104.

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 30/2006 de 30 de enero de 2006. *Boletín Oficial del Estado*, número 51, de 1 de marzo de 2006, pp. 64-69.

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia número 194/2006, de 19 de junio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2006/194].

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 324/2006, de 20 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2006\324].

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia número 236/2007 de 7 de noviembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2007\236].

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia número 265/2007 de 20 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2007\265].

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia número 62/2008, de 26 de mayo de 2008. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2008\62].

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia número 78/2010, de 20 de octubre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2010\78].

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia número 136/2011, de 13 de septiembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2011\136].

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia número 61/2013, de 14 de marzo de 2013. *Boletín Oficial del Estado*, número 86, de 10 de abril de 2013, pp. 85-103.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia número 119/2014, de 16 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2014\119].

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia número 8/2015, de 22 de enero. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2015\8].

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2015\140].

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 140/2018, de 20 de diciembre. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RTC 2018\140].

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia número 118/2019, de 16 de octubre de 2019. *Boletín Oficial del Estado*, número 279, de 20 de noviembre de 2019, pp. 128116-128147.

Corte Internacional de Justicia

Corte Permanente Internacional de Justicia. Opinión Consultiva n.º 1, de 31 de julio de 1922. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/en/pcij-series-b>

Corte Permanente Internacional de Justicia. Opinión Consultiva n.º 13, de 23 de julio de 1926. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/en/pcij-series-b>

Corte Permanente Internacional de Justicia. Opinión Consultiva n.º 18, de 26 de agosto de 1930. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/en/pcij-series-b>

Corte Permanente Internacional de Justicia. Dictamen Consultivo, Series A/B, de 15 de noviembre de 1932. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/en/pcij-series-ab>

Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre la aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a arbitraje con arreglo a la sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de las Naciones Unidas, de 26 de abril de 1988. Naciones Unidas, Cuadragésimo Segundo período de sesiones, Asamblea General. Recuperado de <https://www.dipublico.org/cij/doc>

Corte Internacional de Justicia. Opinión consultiva de 23 de octubre de 1956. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/es>

Corte Internacional de Justicia. Fallo de 5 de febrero de 1970. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/es>

Corte Internacional de Justicia. Fallo de 4 de diciembre de 1998. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/es>

Corte Internacional de Justicia. Providencia de 2 de junio de 1999. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/es>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Sindicato Nacional de la Policía Belga contra Bélgica. Sentencia de 27 de octubre de 1975. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 1975\2].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras contra Suecia. Sentencia de 6 de febrero de 1976. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 1976\2].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Schmidt y Dahlström contra Suecia. Sentencia de 6 de febrero de 1976. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 1976\1].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Airey contra Irlanda. Sentencia de 9 de octubre de 1979. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 1979\3].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Young, James y Webster contra Reino Unido. Sentencia de 13 de agosto de 1981. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 1981\3].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Johnston y otros contra Irlanda. Sentencia de 18 de diciembre de 1986. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 1986\16].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Camacho Nucete y otros contra España. Decisión de 30 de noviembre de 1995. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2011\284806].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Gustafsson contra Suecia. Sentencia de 25 de abril de 1996. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 1996\4].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Josefa Sánchez Ferriz y Rosa Ana Montaña Sánchez contra España. Decisión de 14 de noviembre de 2000. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2006\242819].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Sánchez Navajas contra España. Decisión de 21 de junio de 2001. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2004\123265].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Wilson, The National Union of Journalists y otros contra Reino Unido. Sentencia de 2 de julio de 2002. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 2002\41].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Sorensen y Rasmussen contra Dinamarca. Sentencia de 11 de enero de 2006. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 2006\3].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Karaçay contra Turquía. Sentencia de 27 de marzo de 2007. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2007\87367].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Demir y Baykara contra Turquía. Sentencia de 12 de noviembre de 2008. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2008\350504].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Enerji Yapi-Yol Sen contra Turquía. Sentencia de 21 de abril de 2009. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 2009\40].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta). Caso Matelly contra Francia. Sentencia de 2 de octubre de 2014. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2014\247414].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta). Caso Adefdromil contra Francia. Sentencia de 2 de octubre de 2014. Recuperado de <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-146700>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.NE.) contra España. Sentencia de 21 de abril de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TEDH 2015\24].

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). Caso Finnish Seamen's Union y otros contra OÜ Viking Line Eesti y otros. Sentencia de 11 de diciembre de 2007. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TJCE 2007\357].

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). Caso Laval un Partneri Ltd contra Svenka Byggnadsarbetareförbundet y otros. Sentencia de 18 de diciembre de 2007. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TJCE 2007\390].

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda). Caso Dirk Ruffert contra Land Niedersachsen. Sentencia de 3 de abril de 2008. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TJCE 2008\60].

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Stefano Melloni contra Ministerio Fiscal. Sentencia de 26 de febrero de 2013. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TJCE 2013\54].

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno). Dictamen 2/2013 de 18 de diciembre de 2014. Recuperado de

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=ES>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Grima Janet Nisttahuz Poclava contra José María Ariza Toledano. Sentencia de 5 de febrero de 2015. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TJCE 2015\3].

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera). Caso Carlos Enrique Ruiz Conejero contra Ferroser Servicios Auxiliares, S.A. y Ministerio Fiscal. Sentencia de 18 de enero de 2018. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, TJCE 2018\3].

Sistema Interamericano de Derecho Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Castellano y otros contra Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Mazzeo, Julio Lilo y otros S/Rec. Constitucionalidad. Sentencia de 13 de julio de 2007. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos->

[aires-mazzeo-julio-lilo-otros-rec-casacion-inconstitucionalidad-riveros-fa07000045-2007-07-13/123456789-540-0007-0ots-eupmocsollaf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acevedo Buendía y otros (“cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Sentencia de 1 de julio de 2009. Recuperado de [www.corteidh.or.cr > docs > casos > articulos > seriec_198_esp](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Recuperado de [www.corteidh.or.cr > docs > casos > articulos > seriec_209_esp](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp)

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-4848-La-Corte-ratifico-la-nulidad-de-los-indultos-de-Videla-y-Massera.html>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lagos del Campo vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Recuperado de [www.corteidh.or.cr > docs > casos > articulos > seriec_340_esp](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp)

Resoluciones internas ajenas a la jurisdicción social

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia número 901/2004, de 8 de julio de 2004. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2004\4291].

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda). Sentencia número 179/2011, de 8 de marzo. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, JUR 2011\191434].

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima). Sentencia de 25 de mayo de 2012. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2012\7032].

Tribunal Supremo (Sala Segunda). Sentencia 592/2014, de 24 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2014\3690].

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta). Sentencia número 1263/2018, de 17 de julio. [versión electrónica. Thomson Reuters Aranzadi, RJ 2018\3555].

**LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL
DEL TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS
TRIBUNALES ESPAÑOLES**

**UN ESTUDIO A PARTIR DE LA LIBERTAD SINDICAL Y
LAS GARANTÍAS EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE
TRABAJO**

MIGUEL ÁNGEL GARRIDO PALACIOS

2020