

CONVERSACIONES ENTRE LA NORMA INTERNACIONAL Y LA NORMA INTERNA: LA APLICACIÓN POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES

Xavier Gonzàlez de Rivera i Serra
Magistrado Juzgado Social núm. 3 de Barcelona

Artículo recibido el 4 de febrero de 2015

Artículo aceptado el 10 de abril de 2015

Resumen: Según el sistema monista, vigente en España, las normas internacionales de trabajo, una vez son publicadas oficialmente, pasan a constituir derecho interno y por ello son aplicables al mismo nivel que las normas emanadas del propio Estado. El debate radica, por una parte, en la jerarquía normativa en la que se inserta, y por otra, en la aplicación por parte de los tribunales de dichas normas. La función jurisdiccional implica el respeto de estas normas, basado en su conocimiento, y su aplicación teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial de las instancias internacionales que se encargan de su control y vigilancia.

Summary: According to the monist system in force in Spain, the international labour standards, once officially published, become internal law and for that reason applicable at the same level as the rules emanated from the State. The debate is situated on one side, in the normative hierarchy in which it is placed, and on the other, in the application by the tribunals of such rules. The jurisdictional function implies; the respect of these rules, based on their knowledge, and their application taking into account the jurisprudential doctrine of the international bodies which are in charge of their control and oversight.

Palabras clave:

sistema monista; Normas Internacionales de Trabajo (NIT); jerarquía normativa; derecho interno; primacía y supremacía; sistemas de control; Aplicación de las normas internacionales; función jurisdiccional

Key words:

monist system; International Labour Standards (ILS); normative hierarchy; internal law; primacy and supremacy; supervisory system; application of international standards; jurisdictional function

Sumario

1.- Consideraciones generales.

2.- Definiciones previas

2.1.- Sistema monista y dualista

2.2.- Sistema de fuentes. Primacía y supremacía. Constitución, Leyes y Tratados.

3.- Normas Internacionales de Trabajo

3.1.- Sistemas de control.

3.1.1.- Naciones Unidas

3.1.2.- Organización Internacional del Trabajo

3.1.3.- Consejo de Europa

3.1.4.- Unión Europea

3.1.5.- TEDH y TJUE

3.2.- Diálogo entre las normas.

3.3.- ATCI (o TTIP)

4.- Aplicación de las NIT por los tribunales españoles

5.- Función judicial i/o jurisdiccional. Qué debe hacer el juez (¿?)

1.- Consideraciones generales

El título de la intervención que me ha sido asignada, más allá del recurso literario al antropomorfismo, sugiere que las normas hablan entre sí, que pueden tener conexión, pero lo cierto es que alguien debe poner los medios para que se comuniquen, y ese alguien debe, primero, conocer en toda su relevancia la existencia de normas internacionales, y segundo, tender las vías de comunicación entre ambas. Ese alguien no es otro que el juez.

De todas formas la influencia de las normas internacionales de trabajo (NIT) en la formación del cuerpo de leyes laborales ha sido por lo general positiva y decisiva, hasta el punto que si no hubiera existido una actividad normativa meritoria de las instancias supranacionales especializadas en el Derecho del Trabajo, no habría sido posible la consolidación de determinados derechos, mediante la incorporación en los códigos internos de los Estados de dichas NIT, así como la labor de vigilancia del cumplimiento de las mismas.

Y es ahora, cuando estamos viviendo un retroceso sin parangón de la esencia misma del Derecho del Trabajo, es cuando entiendo se hace más necesaria la revitalización de esa comunicación y diálogo entre la norma internacional y la interna, pues aquella, en tanto que menos volátil que ésta, es más resistente a los embates orquestados desde las posiciones más neoliberales.

Desde nuestra posición de jueces de lo social estamos, o deberíamos estar, en condiciones de aportar al debate científico criterios hermenéuticos que hagan casar unas y otras –las normas internacionales y las internas-, aún a riesgo de cometer errores en las respuestas que pudiéramos dar a los conflictos planteados en sede judicial, pero que no por ello debemos renunciar a explorar y aportar soluciones nuevas a problemas clásicos, pero siempre dentro del máximo respeto a nuestra función jurisdiccional. Es por ello que el subtítulo aclara el objeto de mi intervención: “La función jurisdiccional y la aplicación de las normas internacionales del trabajo”.

Cuando debemos dar una respuesta a situaciones fácticas en clave de derecho interno caben dos posibilidades: interpretarlas realizando una simple operación aritmética, es decir, lo que en términos de positivismo formalista, significaría desdeñar la valoración axiológica de la ley, o aplicar las normas jurídicas teniendo en cuenta los valores jurídicos compartidos por las instituciones que garantizan el fomento de la justicia social y los derechos humanos y laborales internacionalmente reconocidos, y con los que tienen como finalidad “salvaguardar y promover los ideales y principios que son su

patrimonio común y favorecer su progreso económico y social, en particular mediante la defensa y el desarrollo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

Precisamente, si nuestra comprensión se muestra abierta, enriqueciéndola y corrigiéndola, es cuando estamos en condiciones de entablar un diálogo con y entre las normas, y con ello no estamos haciendo otra cosa que ejercer verdaderamente la función que caracteriza a los tribunales laborales.

No es objeto de esta intervención tratar sobre la aplicabilidad del derecho de la UE, como tampoco lo es el análisis de la recepción del derecho comunitario por los tribunales españoles. Es tarea que desborda la encomienda realizada y además sobre ello la doctrina ya se ha pronunciado ampliamente y de forma más autorizada que la que yo puedo ofrecer. Lo que se intentará es ofrecer elementos de reflexión y, cómo no, de discusión, sobre el nuevo paradigma que planteo, esto es, la recuperación del derecho laboral internacional en las controversias domésticas, y como consecuencia de lo anterior, de cómo y qué hacer cuando las normas internacionales se enfrentan a las normas internas. Tampoco pretendo realizar un repaso de las decisiones de los tribunales españoles en los que se ha aplicado –o simplemente ha servido como elemento de inspiración- las normas de derecho internacional de trabajo, ya que existen diversos estudios muy exhaustivos que versan sobre la materia.

2.- **Definiciones**

Cuando nos disponemos a tratar de las Normas Internacionales de Trabajo (NIT) conviene tener claros determinados conceptos que usualmente se manejan, sin que se pretenda con ello más que hacer un breve repaso de los mismos, que por otra parte son de todos conocidos, pero no por ello menos necesario recordarlos.

2.1.- **Sistema monista y dualista**

El sistema de incorporación de las normas internacionales en el derecho interno español, al igual que en el resto de países de nuestro entorno más próximo, rige el sistema monista, según el cual las normas de derecho internacional, una vez ratificados los instrumentos internacionales, y las de derecho interno forman un único sistema jurídico, y en consecuencia se incorporan automáticamente al ordenamiento jurídico interno sin necesidad de ningún acto legislativo posterior, de modo que serán aplicables de manera directa y de obligado cumplimiento cuando sean el principal fundamento jurídico para resolver un litigio, y además deberán ser tenidas en cuenta

cuando constituyan un elemento inspirador de la decisión del juez. En cualquier caso, hemos de constatar que la incorporación al derecho interno de los instrumentos internacionales del trabajo ha suscitado numerosos debates jurídicos sobre la eficacia y la efectividad de las normas de la OIT.

Por el contrario, en el sistema dualista el derecho internacional y el interno constituyen dos regímenes separados y situados en un plano jurídico distinto, y por tanto es necesaria una ley posterior, o acto legislativo, que reafirme su contenido, o que en definitiva, los incorpore al ordenamiento interno.

No obstante, desde la perspectiva del sistema monista, aún cuando consideremos que no existe división entre el derecho internacional y el derecho interno, en tanto que constituyen una misma unidad jurídica, aparece luego la discusión sobre el grado de autoejecución (*self executing*) de esas normas internacionales, así como el rango que ostentan dentro de la jerarquía normativa interna, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su contenido, en torno a lo cual la teoría es una y la práctica puede ser otra muy distinta, como veremos más adelante.

2.2.- Sistema de fuentes. Primacía y supremacía. Constitución, Leyes y Tratados

Precisamente cuando se determina el alcance de la incorporación de las NIT en el derecho interno, es cuando se plantea la cuestión relativa a su integración en el sistema de fuentes, es decir, la prelación, prevalencia, primacía o supremacía de esas normas, lo cual determinará la forma en que los tribunales ordinarios las apliquen al resolver los conflictos, ya que en no pocas ocasiones existe, real o ficticiamente, una confrontación entre la norma estrictamente interna y la internacional.

Como cuestión previa, recordemos que la Constitución española recoge determinadas disposiciones en torno a las facultades para poder celebrar o ratificar tratados internacionales; así el artículo 93 prevé que para celebrar tratados internacionales que atribuyan competencias derivadas de la Constitución, será necesario que se autorice por ley orgánica; el artículo 94 requiere que para obligarse el Estado mediante de Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna Ley o exijan medidas legislativas para su ejecución, será necesaria la autorización de las Cortes Generales; el artículo 95 establece que la celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional, previendo un procedimiento de control de constitucionalidad, a requerimiento del Gobierno o cualquiera de las Cámaras,

del Tribunal Constitucional; y finalmente, el artículo 96, en las materias en las que no exista contradicción con las disposiciones constitucionales o que no sean de aspectos sensibles, se establece que formarán parte del ordenamiento interno, y sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

Ha supuesto un claro avance en la clarificación de los criterios de asunción por el ordenamiento jurídico interno de los tratados internacionales ratificados por España, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que entró en vigor el 18 de diciembre pasado. Esta norma establece claramente (art. 23.3) que los tratados internacionales formarán parte del ordenamiento jurídico interno una vez publicados en el BOE, al tiempo que establece disposiciones en torno a la eficacia (art. 28), observancia (art. 29), ejecución (art. 30), prevalencia de los tratados (art. 31) y reglas de interpretación (art. 35). Y finalmente deja a salvo las peculiaridades que en materia de acuerdos internacionales se derivan como consecuencia de la obligación de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (disposición adicional segunda).

No cabe duda que la Constitución, al constituir el vértice de nuestro sistema legal, se erige en la norma rango superior frente a cualquier otra norma, y así se proclama en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando establece que la *“Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.”*

Ello implica que también lo sea en relación a los tratados internacionales, pero no obstante, esta afirmación es matizable en función de las normas con las cuales el ordenamiento jurídico internacional se integra en el interno, tanto respecto de la categoría de las materias reguladas, como del ordenamiento de procedencia, ya que diversos autores admiten que las disposiciones de un tratado internacional de derechos humanos, al reconocer a favor de las personas, como terceros beneficiarios, derechos fundamentales y no regular las relaciones entre estados, pueden ser exigidas en forma directa e inmediata ante los tribunales internos, independientemente de si existen o no disposiciones explícitas en este sentido en la legislación nacional, y por tanto su violación, dada la jerarquía constitucional de estos tratados, supone también una violación de la Constitución misma. En consecuencia, los

derechos humanos laborales recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, y que reconocen universalmente como titular a la persona, vendrían revestidos de esta protección superior que les confiere su categoría. No obstante, la modulación y concreción de esos derechos es lo que tratarán de regular los tratados y convenios internacionales, y desde esta perspectiva es cuando hemos de ver los efectos de la inserción de los mismos en los ordenamientos jurídicos internos.

En el ámbito del derecho comunitario, y desde la incorporación del Estado español a la Unión Europea es claro que las normas emanadas de las instancias comunitarias constituyen directamente derecho interno, sin necesidad de actos de ratificación, cuando se cumplen determinados requisitos. En este sentido, es fundamental hacer referencia a la doctrina Simmenthal del TJCE, con el precedente de la sentencia Van Gend & Loos, en la cual se nos da el camino a seguir sobre la forma de resolver los debates y tensiones entre la norma interna y la comunitaria. Muchos años antes el propio TJCE señaló que el Derecho Comunitario tiene primacía sobre el Derecho de los Estados Miembros en términos globales y absolutos, y concretamente en el asunto Flaminio Costa se nos decía: *“a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la Comunidad Económica Europea creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros ... que vincula a sus órganos jurisdiccionales”,* concretando además que *“al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original, una norma interna, cualquiera que ésta sea, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad”*.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional español al emitir el dictamen sobre Tratado Constitutivo de la Unión Europea (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, con referencias a la Declaración 1/1992, de 1 de julio de 1992), dijo lo siguiente:

“Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, 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 éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. 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, 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 éstos. 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. 1-6 del Tratado.”

Así pues, la primacía equivaldría a la preferente aplicación de un Derecho antes que otro, lo que implicará un efecto excluyente de uno respecto del otro, mientras que la supremacía implicaría sumisión y subordinación de un Derecho sobre otro. Esta conclusión es predicable tomando como único referente la Constitución, pero también debe tener este carácter la norma internacional respecto a la interna.

Cuestión aparte es la referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 que se hace en el Tratado de Lisboa, toda vez que el artículo 6 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (TUE) asumió el carácter normativo, con el mismo valor jurídico que los Tratados, de dicha Carta, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007.

El nivel de reconocimiento de determinados derechos en la Carta es significativo, pero, lamentablemente, son inconcretos y genéricos, especialmente los sociales y específicamente los laborales, y además, cuando se establece el ámbito de aplicación de la Carta (artículo 51), se señala que sus disposiciones están dirigidas a los órganos e instituciones de la UE, así como a los estados miembros, teniendo en cuenta el respeto del principio de subsidiariedad. Cuestión distinta es que los derechos en ella enumerados deban ser respetados por los estados, e incluso impone a los

estados que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de los mismos. La Carta no es así un elenco de derechos fundamentales oponible frente a normas internas de cada Estado, sino más bien un catálogo de derechos limitados al ámbito de la propia UE.

No ha ocurrido lo mismo con la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, ya que fue adoptada en forma de declaración de jefes de estado y de gobierno, por lo que propiamente no es un tratado, y por tanto no es un instrumento jurídico vinculante, a diferencia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o incluso que la Carta Social Europea. Es por ello que la Carta, caso de ser invocado alguno de los derechos reconocidos (libre circulación de personas, el empleo y la retribución, la mejora de las condiciones de vida y trabajo, aspectos de política social, la libertad de asociación y negociación colectiva, la formación profesional, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la información, consulta y participación de los trabajadores, la protección de la salud y de la seguridad en el medio de trabajo, la protección de los niños y de los adolescentes, el tratamiento de personas de edad avanzada y de personas con discapacidad), solo puede ser utilizada como criterio hermenéutico, y solo como eso.

Con todo, nos queda aún otro nivel, y éste es el que verdaderamente plantea todos los problemas que justificarían esta ponencia, es el de la efectiva incorporación de las normas internacionales de trabajo, provenientes fuera del ámbito de la UE.

Hago referencia expresa al término “efectiva incorporación”, ya que desde un punto de vista estrictamente formal, no cabe ninguna duda que estas normas ostentan un carácter vinculante, y se integran en el ordenamiento jurídico interno, en principio, en el plano infraconstitucional, es decir por debajo de la norma que ostenta la supremacía. A pesar de ello, es notorio que existe una gran resistencia por la doctrina de los tribunales a aplicarlas como normas de derecho interno, si bien esta postura deberá cambiar en el futuro, puesto que la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, ha venido a establecer de forma clara que las normas jurídicas de los tratados, y su consiguiente integración en el ordenamiento jurídico interno, tienen prevalencia sobre cualquier otra norma interna (artículo 31).

La cuestión que no atinaban a resolver quienes discutían sobre la aplicabilidad de las normas internacionales de trabajo era el nivel que

ocupaban en la jerarquía normativa interna, es decir, si se incorporaban efectivamente con el mismo rango que una ley orgánica u ordinaria. La respuesta estaba en el propio artículo 96.1 de la Constitución cuando dice que “*sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*”, es decir, los tratados tienen una capacidad de resistencia pasiva que les hace ser inderogables por disposiciones normativas internas posteriores, y por consiguiente los sitúa en un plano de superioridad.

Aún así, el problema no está resuelto, puesto que periódicamente se viene planteando la misma discusión: ¿la norma internacional es prevalente sobre la interna cuando regula la misma institución? La respuesta, a mi entender, ha de ser afirmativa y sobre ello no deberíamos albergar ninguna duda.

No obstante, debido a que las NIT están concebidas para una realidad social y jurídica mucho más genérica que la doméstica, el lenguaje empleado y la generalidad de determinadas declaraciones, hacen que a menudo se las considere complementarias, subsidiarias, o como máximo inspiradoras del ordenamiento interno, y por ello no “enteramente” aplicables en las situaciones internas sobre las que se proyectan, a diferencia de las normas internas que son más concretas, y usan un lenguaje y unos conceptos más ajustados a la realidad, más cognoscibles para el intérprete, y por ello la protección dispensada por los tratados internacionales en materia laboral es vista como ajena a nuestra realidad.

A este problema, a mi entender de orden formal, debemos darle soluciones usando los recursos jurídicos que tenemos a nuestro alcance, entre los que se encuentra la doctrina emanada de los organismos encargados del control de las Normas Internacionales de Trabajo, ya que ajustan el lenguaje y la terminología de las mismas a la realidad de cada país.

3.- **Normas Internacionales de Trabajo**

3.1.- **Sistemas de control**

No es posible hacer ahora una exposición de todos los mecanismos de control que existen en las organizaciones internacionales especializadas o que tienen alguna relación con el Derecho del Trabajo o los derechos laborales, pero sí que me parece conveniente hacer una breve exposición de cada uno de ellos.

3.1.1.- El Comité de **Naciones Unidas (ONU)** para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés), creado en virtud de la resolución 1985/17 de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), es el órgano encargado del control del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Este Comité desempeña las funciones de supervisión del mismo y elabora los Comentarios Generales que se entienden como auténticas fuentes de interpretación del Pacto, por lo que asume una función cuasi jurisdiccional. Precisamente, con fecha muy reciente este Comité ha desarrollado una actividad de control respecto de España al preguntarle sobre determinadas cuestiones referidas a qué manera se garantiza el acceso al aborto y la información a las mujeres sobre los métodos de contracepción y para evitar embarazos no deseados, así como para promover la educación sobre salud sexual y reproductiva de los adolescentes, sobre la reforma del Código Penal, acerca del anteproyecto de ley de seguridad ciudadana y su afectación al derecho de reunión pacífica y a la libertad de expresión, y asimismo, entre otras cuestiones, sobre el derecho de los extranjeros y específicamente en las medidas de la llamada “devolución en caliente”

El 10 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Resolución N° A/RES/63/117). Su ratificación por el Estado español se produjo el 23 de septiembre de 2010, pero efectivamente no entró en vigor hasta mayo de 2013, después de la ratificación hecha por Uruguay. Este protocolo introduce en el ordenamiento jurídico interno, además de constituir una fuente de interpretación de dichos derechos en virtud del tenor del artículo 10.2 CE, una herramienta procesal para la protección de los derechos contenidos en dicho Pacto, ya que se establece que las quejas o denuncias (“comunicaciones” es el término empleado por el Protocolo) pueden ser presentadas por personas o grupos de personas perfectamente identificadas, es decir, no se admiten denuncias anónimas, que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, siendo competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el examen de esas denuncias, si bien deben antes haber agotado todos los medios nacionales

Y finalmente, la Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de la ONU y se rige por un estatuto que es parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas. Su misión es doble: la solución conforme al Derecho

Internacional de controversias que le sean sometidas por los Estados, pero solamente entre ellos, y la emisión de dictámenes sobre cuestiones jurídicas que le sometan los órganos u organismos de las Naciones Unidas que tengan autorización para hacerlo.

3.1.2.- La **Organización Internacional del Trabajo**, inserta actualmente en el sistema de Naciones Unidas como una agencia, pero con un origen y finalidades específicas y más remotas, ha desarrollado diversos mecanismos para supervisar la aplicación de las normas internacionales por los Estados Miembros.

Por una parte, se prevé el mecanismo de presentación regular de memorias sobre los convenios ratificados (art. 22 de la Constitución de la OIT), y por otra, la posibilidad de presentación de quejas ante el Consejo de Administración y ante el Comité de Libertad Sindical, estando reservado este último para las relativas a las violaciones de la libertad sindical que formulen las organizaciones de empresarios y trabajadores frente a los Estados miembros.

El sistema de memorias se fundamenta en las memorias detalladas y en las periódicas que deben ser elevadas por los Estados, dependiendo del Convenio en cuestión o de las circunstancias particulares del Estado, estableciéndose con carácter general la obligación de presentar memorias periódicas ante la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas para poner en ejecución los convenios a los que el Estado miembro se hubiera adherido, debiéndose presentar cada tres años para los convenios llamados fundamentales y de gobernanza, y cada cinco años para los demás. Los organismos de control de las memorias son la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia. La CEACR se ocupa en primer lugar de analizar el grado de adecuación entre la legislación y la práctica de los Estados y los Convenios y obligaciones asumidos por estos dentro de la OIT examinando las memorias anuales, y el resto de las informaciones y memorias sobre convenios y recomendaciones, así como su aplicación, que se elevan los miembros de la OIT. Por otra parte también realiza un Estudio General sobre el estado de la legislación y la práctica respecto de un tema en concreto, cubierto por una norma o conjunto de normas de la OIT. Y finalmente adopta observaciones, sobre cuestiones fundamentales, o solicitudes directas, o también sobre cuestiones técnicas o de menor importancia, tras el examen de las memorias elaboradas respecto de la aplicación de los convenios por los Estados miembros.

Destaco la importancia de los informes de la CEACR y de la Comisión de Aplicación de Normas, ya que estos organismos, junto con el Comité de Libertad Sindical, son los órganos que interpretan las normas de la organización sentando doctrina que puede ser utilizada en cualquier instancia, a pesar de que la interpretación autorizada de los convenios y las recomendaciones quedará siempre reservada a la Corte Internacional de Justicia. No obstante, la Oficina Internacional de Trabajo ha remarcado que tanto los informes de la CEACR como los de la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia, y del CLS contienen interpretaciones de las normas emanadas de la OIT que son reconocidas por tribunales internacionales y nacionales por su contenido fruto de la experiencia y de la imparcialidad, aunque sólo adquirirán valor jurídico vinculante en el caso de que estos tribunales las incluyan en sus pronunciamientos.

Tomando como ejemplo de esta actividad de control que ha venido ejerciendo la OIT, me referiré puntualmente a la protección internacional del derecho a la huelga: Este derecho no tiene un reconocimiento formal en ningún convenio o recomendación de este organismo; ahora bien, por la vía indirecta se relaciona el mismo con el derecho a la libertad sindical, habiendo sido mencionado en distintos documentos normativos -Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios núm. 92, de 1951, o la Resolución relativa a los derechos de los sindicatos y su relación con las libertades civiles de 1970-. Así, los órganos de control de la OIT, Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical, luego de precisar que dicho derecho fundamental es un "corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el convenio núm. 87", aclara que no es un derecho absoluto, por lo que, además de que en circunstancias excepcionales se pueda prohibir su ejercicio, también puede ser reglamentada por medio de disposiciones que impongan modalidades o restricciones al mismo.

Por la especificidad de una de las materias sobre las que se pronunció esta organización, destaco el informe emitido por un comité designado por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en respuesta a la queja remitida el 25 de agosto de 2005 por la Confederación General del Trabajo-Fuerza Obrera (CGT-FO), por incumplimiento del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), y del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), todos ellos ratificados por Francia. Pues

bien, dicho comité se pronunció el 6 de noviembre de 2007, y respecto al llamado contrato “para nuevas contrataciones”, que establecía la posibilidad de las empresas que tuvieran un máximo de 20 trabajadores de despedir sin aducir justa causa los primeros dos años de la contratación. El Comité concluyó que aún por motivo o razones de la búsqueda del pleno empleo, no había fundamentos suficientes para considerar que el período de consolidación del empleo fuera un tiempo de servicios exigido de duración razonable, en el sentido del apartado b) del párrafo 2 del artículo 2, y que la norma francesa analizada se apartaba considerablemente de lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio núm. 158.

Más próximo es el caso español. El informe del Comité de la OIT del año 2012 hace mención expresa a la Memoria Socioeconómica y Laboral de España de los años 2012 y 2013, publicada por el Consejo Económico y Social del Estado, donde se dice que las reformas laborales de 2012 consiguieron incrementar 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.

Finalmente, aún más cercano en el tiempo lo constituye la aprobación por el Consejo de Administración de la OIT, en su 321ª reunión, celebrada en Ginebra el 13 de junio de 2014, del informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Gobierno de España del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo (núm. 158) presentada CC.OO. y la UGT, respecto a la reforma laboral de 2012, y hace reflexiones tan interesantes como las siguientes (el subrayado es mío):

220. El Comité observa que cualquiera que sea la tesis más cercana a la realidad, la protección que ofrecen los instrumentos internacionales cobró mucha más importancia. Los convenios de la OIT permiten que se eviten aquellas iniciativas cada vez más frecuentes tendientes a reducir la protección de los trabajadores. En efecto, los convenios internacionales del trabajo son normas mínimas, aceptadas a nivel internacional, que protegen los derechos fundamentales de los trabajadores. El Comité observa que, si bien las funciones básicas de las normas internacionales del trabajo siguen siendo las mismas, sus disposiciones deben ser aplicadas a la luz de distintos contextos históricos y ciclos económicos.

...

245. El Comité observa que el artículo 2, párrafo 2, del Convenio núm. 158 permite la exclusión de la totalidad o de alguna de sus disposiciones a ciertas categorías de trabajadores, pero considera que

una utilización generalizada de dichas exclusiones sería contraria a la finalidad que persigue el Convenio, es decir, lograr un equilibrio entre los intereses del empleador y los del trabajador, promoviendo al diálogo social como una manera de lograr dicho equilibrio. Además, el Comité considera que no está comprobado el vínculo directo entre la facilitación de los despidos y la creación de empleos.

246. El Comité observa que, según las organizaciones querellantes, el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores fue establecido sin diálogo social. El Comité estima que no dispone de fundamentos suficientes para considerar si la extensión de un año de la exclusión del campo de aplicación del Convenio pueda ser considerada como razonable, más aún cuando dicha extensión no ha sido el resultado de la concertación social y que la exclusión se ha introducido de manera general en dicha modalidad contractual.

...

263. El Comité toma nota que en el apartado V del Preámbulo del Real decreto-ley núm. 3/2012 y de la subsiguiente ley núm. 3/2012 se expresó que «ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas». El Comité observa que la nueva redacción del artículo 51, párrafo 1, del Estatuto de los Trabajadores y la práctica de los tribunales continúa permitiendo que los jueces examinen no sólo la concurrencia de las causas sino también las circunstancias relacionadas con los despidos y que verifiquen si los despidos se debieron realmente a las causas alegadas por el empleador.

264. En efecto, el Comité ha tomado conocimiento de las sentencias judiciales de 2012 y 2013, transmitidas por las dos confederaciones y por el Gobierno, en las que los jueces han aplicado el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, en su tenor reformado, valorando las causas económicas, organizativas y productivas alegadas por la empresa y las circunstancias relacionadas con el caso verificando si la terminación se debió realmente a dichas razones. El Comité observa que esta situación confirma que existe un verdadero examen judicial de los despidos económicos.

3.1.3.- El siguiente nivel es el del **Consejo de Europa**. Este organismo creado el 5 de mayo de 1949 y actualmente está integrado por 47 Estados miembros. Dos de las normas básicas sobre las que se articula el funcionamiento del Consejo de Europa son el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Carta Social Europea (CSE).

De acuerdo con sus estatutos, el órgano del Consejo de Europa encargado del control de cumplimiento del CEDH es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), mientras que el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), inicialmente denominado Comité de expertos independientes, es la máxima instancia interpretativa de la CSE.

El CEDH fue aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (BOE 10 de octubre), incorporándose así a nuestro ordenamiento interno, con la eficacia, recuerdo e insisto, que le atribuyen los artículos 10 y 96 CE.

El segundo instrumento sobre el que se articula el Consejo de Europa es la Carta Social Europea, adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961 y que fue objeto de diversas modificaciones mediante tres protocolos adicionales, lo que dio origen a una versión revisada de la Carta incorporando todos esos protocolos y adicionando algunos derechos nuevos. Esta versión revisada se aprobó el 3 de mayo de 1996. España firmó la versión inicial de la Carta y la ratificó el 6 de mayo de 1980 (BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980), y los dos primeros protocolos modificativos de 5 de mayo de 1988 y de 21 de octubre de 1991, ratificados el 24 de enero de 2000 (BOE núm. 99, de 25 de abril de 2000).

El CEDS realiza sus funciones de control tanto a través del sistema de informes, como mediante el mecanismo cuasi judicial de reclamaciones colectivas que fue instaurado por medio del protocolo de 1995, del cual España no participa, como se ha dicho. No obstante, ambos sistemas han dado lugar a una jurisprudencia nada desdeñable en el campo de la inclusión social, si bien cuando nos referimos a ella debemos matizar su naturaleza y efectos, puesto que el Comité no se trata de una jurisdicción en toda su plenitud, aún cuando opere con criterios estrictamente jurídicos. Sus decisiones no son por tanto directamente ejecutivas, pero su contenido jurídico, su análisis de la legislación y su rigor científico, les da un alcance y un significado que debiera tener repercusiones legislativas concretas, pero que la mayoría de las veces no se ha materializado. No obstante el Estado es responsable de los compromisos contraídos en el marco de la Carta Social Europea, lo cual significa que debe estar en condiciones de asegurar, bien sea mediante la ley bien a través de la jurisprudencia, que las soluciones adoptadas no comporten violaciones de la Carta .

El hecho que no constituya jurisprudencia propiamente dicha no le resta valor a sus conclusiones, las cuales, como se deduce de lo dicho, son ignoradas

sistemáticamente por el legislador, pero que, desde el punto de vista de los tribunales deben tener el valor que le proporciona una interpretación auténtica de la Carta.

Reflejo de esta labor realizada por el Comité Europeo de Derechos Sociales y que no ha estado en absoluto recogida en nuestra legislación interna, son las Conclusiones sobre España publicadas en Diciembre de 2010, ha determinado, entre otros, varios supuestos de vulneración:

- - En caso de enfermedad o accidente ocurrido durante todo o parte de las vacaciones la legislación española no ofrece la garantía de que los trabajadores afectados puedan disfrutar de esos días en otro momento.
- - El salario mínimo interprofesional es muy inferior al umbral del 60 % del salario medio.
- - Los trabajadores no tienen ninguna garantía legal de obtener un incremento de remuneración o un descanso compensatorio por las horas extraordinarias.
- - Los trabajadores con contratos de duración inferior a un año no reciben un preaviso en caso de ruptura del mismo, y aquéllos que tienen contratos de duración superior a un año solo cuentan con 15 días de preaviso.

Y ya las últimas Conclusiones XX-3 (2014) que se han dado a conocer en enero de 2015 referidas a España, señalan, entre otras cuestiones, que la situación en nuestro país, en relación al período de prueba establecido en el contrato de apoyo a emprendedores no es conforme al artículo 4.4 de la Carta 1961, ya que el plazo de notificación previa que se aplica a los contratos de trabajo indefinidos no es razonable. Pero, además, en las conclusiones se señalan otros aspectos de la legislación española que no se ajustan a la Carta, tales como la duración máxima de la jornada de trabajo, que puede llegar a superar las 60 horas de trabajo en el marco de las fórmulas flexibles de ordenación del tiempo de trabajo y para determinadas categorías de trabajadores, el importe del salario mínimo interprofesional, que no asegura un nivel de vida decente, debiendo este fijarse en una cantidad superior al 50 % del salario medio del país (art. 4.1 de la CSE), o las modificaciones en la negociación colectiva ha provocado que se haya vulnerado este derecho (artículo 6.2 de la CSE).

En cualquier caso, el CEDS deja constancia en las Conclusiones lo que ya había declarado en otras ocasiones: que las medidas tendentes a consolidar la finanzas públicas para asegurar la viabilidad financiera de los regímenes de

pensiones o para el crecimiento del empleo, si bien pueden ser legítimas en tiempos de crisis económica, no pueden traducirse en un descenso de la protección de los derechos reconocidos en la Carta. Se insiste además en que el sistema de valores, principios y derechos fundamentales de la Carta no admite la atribución a priori de un valor preponderante de las libertades económicas respecto de los derechos laborales fundamentales.

3.1.4.- En el ámbito aún europeo, pero circunscrito al marco de la **Unión Europea**, no podemos pasar por alto la función de control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando interpreta el derecho originario y el derivado.

No será objeto de esta intervención analizar ambos tipos de normas, como tampoco lo será el examen de la eficacia de las normas comunitarias – reglamentos, directivas, decisiones, ...- en los conflictos entre particulares – efecto horizontal- o entre los particulares y el Estado –efecto vertical- o, según el tipo de acto en cuestión, el efecto directo completo –efecto directo horizontal y efecto directo vertical- o el efecto directo parcial –solo efecto directo vertical, y ni siquiera podemos abordar los diferentes principios que rigen en la aplicación de las directivas europeas en los conflictos ante los tribunales –principios de equivalencia y de efectividad, efecto ex tunc de las sentencias del TJUE-.

Ello no es óbice para destacar que la influencia de las normas de la Unión Europea puede identificarse en muchas de nuestras principales leyes laborales. Así, una parte del Estatuto de los Trabajadores es deudor del derecho de la Unión Europea en algunas materias (contratación, duración y ordenación del tiempo de trabajo, despido colectivo, garantía salarial, derechos de los representantes de los trabajadores, etc.), y otras muchas responden a la elaboración jurídica realizado en el ámbito europeo, como son las que se refieren a la igualdad y no discriminación por razones de sexo, a la prevención de riesgos laborales, o al desplazamiento transnacional de trabajadores.

En lo que nos afecta directamente, la labor de control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación del derecho comunitario fundamentalmente se articula a través de las cuestiones prejudiciales que plantean los juzgados y tribunales. No voy a abordar aquí los mecanismos, los requisitos o las condiciones por las que se pueden plantear las cuestiones prejudiciales, pero si hacer unos breves apuntes sobre determinados aspectos que merecen ser destacados:

En primer lugar, destacar que no es un recurso contra un acto europeo o interno, es una cuestión entre jueces que permite a un órgano jurisdiccional consultar al Tribunal sobre la interpretación o validez, y en definitiva la aplicación, del derecho comunitario. En segundo lugar, se formula siempre en un litigio que conozca el juez o tribunal que lo plantee, con la precisión que, si bien puede ser solicitado por alguna de las partes, la decisión es exclusiva del órgano judicial. En tercer lugar, el órgano que ha provocado la cuestión prejudicial sigue conservando competencia plena respecto del litigio principal, es decir, mientras se sustancia la cuestión prejudicial no pierde su competencia, de modo que el órgano que plantea la cuestión podrá tomar decisiones en materia de medidas cautelares. Y finalmente, la decisión del TJUE tiene fuerza de cosa juzgada, tanto para el órgano que ha remitido la cuestión, como para los demás tribunales.

De todas formas, salvo supuestos que no cuestionan la esencia del modelo de construcción europeo, basado en relaciones mercantiles y económicas, si que se ha constatado una deriva hacia posicionamientos que han dado un valor preeminente a la integración de los mercados sobre los derechos sociales especialmente tras las Sentencias Laval, Viking y Ruffert. El reflejo del modelo sobre el que se asienta la construcción de la Unión Europea lo podemos encontrar en numerosas disposiciones, pero, sin duda, precisamente en derecho originario o primario, es significativo que el Tratado de la Unión Europea (versión consolidada), en su artículo 151, señale que *“La Unión y los Estados miembros, ... tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”*, y a continuación realice una declaración dirigida a los estados instándoles a emprender acciones para promoverla, pero deja claro que éstas deben ceder ante *“la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión”* y el *“funcionamiento del mercado interior”*.

Visto así el cuerpo doctrinal del TJUE, se puede decir que ha habido una “infiltración” del derecho de la competencia en el derecho social, y que viene a poner de relieve como la aproximación a las restricciones a la competencia que pueden derivar de la aplicación de normas sociales realizada desde el TJUE, entran en contradicción con la protección y promoción de los derechos sociales fundamentales que se encuentran en la base de las Constituciones de los Estados miembros. Los peligros potenciales de la jurisprudencia Viking, Laval y Ruffert se han materializado con el paso del tiempo, de modo que los conceptos jurídicos sobre los que se basa el TJUE posteriormente son

asimilados por los operadores jurídicos estatales y por los gobiernos en su labor normativa. No obstante, y evidentemente, no es posible atribuir la responsabilidad del conjunto de la situación al TJUE. Por un lado, porque son los Estados miembros los que participan en la redacción de la normativa comunitaria que ha dado pie a tal interpretación por el Tribunal; por otro, porque son igualmente los Estados miembros, y los tribunales nacionales, los que deciden cómo poner en práctica tal normativa y jurisprudencia supranacional.

3.1.5.- Conviene hacer una mención específica a la relación entre el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** y el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** en las materias en las cuales se puede mezclar el derecho comunitario y el tratamiento de los derechos humanos que el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pues bien, en la sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphoros Airways*, dice que el Convenio no prohíbe a las Partes contratantes transferir poderes soberanos a una organización internacional, aunque esa transferencia de soberanía en general no exonera a los Estados de su responsabilidad respecto del Convenio en los ámbitos transferidos, lo cual implica que el TEDH tiene competencia sobre los Estados cuando aplican el Derecho Comunitario, aún cuando el Derecho Comunitario goza de una presunción de compatibilidad ante el TEDH, que admite ser revisada en función de las circunstancias del caso, eso es, si se producen desviaciones o disfunciones respecto del CEDH.

El Tratado de Lisboa prevé la adhesión de la Unión Europea al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cual permitiría, en última instancia, someter los actos jurídicos a este tribunal, cuya jurisprudencia es más proteccionista. Ahora bien, esta adhesión no va a ser posible dado que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha emitido un dictamen el día 18 de diciembre de 2014, solicitado por la Comisión Europea sobre el Proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, y concluye que dicho acuerdo no es compatible con las disposiciones del Derecho de la Unión.

3.2.- **Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (ATCI)**

El Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (ATCI), o como más usualmente es conocido en inglés con el nombre de Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), si bien se han usado otros nombres para denominarlo –Trans-Atlantic Free Trade Agreement (TAFTA)-, es un tratado de libre comercio que se negocia oficialmente desde junio de 2013 entre

Estados Unidos y la Unión Europea, cuyo objetivo declarado es crear el mercado transnacional más grande del mundo, con más de 800 millones de consumidores. No es una idea surgida de la nada, sino que sus orígenes los podemos encontrar en el año 1990, cuando en noviembre de ese año se realizó la denominada “Declaración Transatlántica” que instauró cumbres Unión Europea/Estados Unidos para promover el libre comercio, y a partir de ahí se han ido sucediendo otras cumbres, proyectos, declaraciones, reuniones ministeriales, etc., que han ido perfilando lo que formalmente se anunció el 13 de febrero de 2013 por el presidente estadounidense Barack Obama, el presidente de la Comisión Europea, José Manuel Durao Barroso y el presidente del Consejo Europeo, Herman Van Rompuy en orden a lanzar acciones orientadas a iniciar negociaciones para un Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (ATCI).

El Pleno del Congreso de los Diputados celebrado el pasado 7 de mayo rechazó una moción sobre el proyecto del Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión, con los votos a favor del PP, PSOE, CiU y UPyD, que conminaba al Gobierno a rechazarlo y que en todo caso se promovería un referéndum para su ratificación.

Tampoco es este ámbito el adecuado para valorar este proyecto de tratado, que tendrá afectación en nuestras vidas como ciudadanos y consumidores, pues regulará, entre otros, aspectos relacionados con los estándares técnicos de productos en el mercado, ausencia de sanciones contra los abusos en aras al “desarrollo sostenible”, privatización de servicios públicos o pérdida de confidencialidad de los datos personales, pero sí que es pertinente hacer una breve referencia al mismo, desde la perspectiva de la materia objeto de mi exposición, esto es, lo que atañe a la relación entre la norma internacional y la nacional.

En concreto, uno de los aspectos que se está tratando en las negociaciones secretas que se están llevando a cabo es la de la creación de un mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado (Investor State Dispute Settlement, ISDS, por sus siglas en inglés), mediante el cual las empresas pueden emprender acciones legales contra un gobiernos locales, regionales y estatales cuando consideren que una norma emitida por cualquiera de ellos puede restringir o limitar sus ganancias presentes o futuras, o sus intereses comerciales han sido perjudicados. Éste es un tribunal privado, formado por tres abogados designados por firmas internacionales de reconocido prestigio, y cuya decisión no será susceptible de ser impugnada ante ninguna otra instancia jurisdiccional.

Cabría hacer un análisis profundo sobre los problemas que generarán respecto de los derechos laborales básicos, y que fundamentalmente vendrían dados por las desigualdades normativas en materia laboral entre los EEUU y la UE, fruto de culturas jurídicas absolutamente distintas, lo cual provoca el denominado *dumping* social, es decir, el enriquecimiento empresarial a costa del abaratamiento de la mano de obra y la consiguiente desprotección de los derechos de los trabajadores bajo el falso alegato de ser más competitivos en el mercado exterior, pero lo cierto es que el establecimiento de un tribunal de estas características y con esa composición, viene a ser un torpedo bajo la línea de flotación del concepto clásico de jurisdicción, entendida ésta como función estatal y como órgano que ejerce un poder reservado al Estado.

Efectivamente, los términos en los que se concibe el ISDS, no tan solo puede tener efectos en la actividad de instituciones (o poderes) del Estado, como el legislativo y ejecutivo, desde el momento que se le puede obligar a compensar a las compañías en el momento de ver restringidas sus ganancias o perjudicados sus intereses comerciales, provocando que las legislaciones nacionales se deben ajustar a este nuevo paradigma, sino que, además, y lo planteo como hipótesis, las decisiones de un tribunal, en tanto que es también poder (judicial) del Estado, podría dar lugar a una demanda de este tipo, lo cual supone la vulneración del principio básico de independencia, en tanto que no puede estar condicionada la respuesta de los tribunales de justicia a las ganancias o intereses comerciales derivados de las fórmulas de compensación a las compañías inversoras que se pueda prever en el tratado.

3.3.- Diálogo entre las normas

Una primera afirmación: La contradicción del Derecho interno con el Derecho internacional no es un problema de constitucionalidad, el juez ordinario tiene plena competencia para resolver dicha contradicción en favor de éste, por mucho que dicha contradicción venga de la mano de una norma con rango de ley.

Por tanto, no puede ser contraria a la Constitución la aplicación directa de ninguna Norma Internacional de Trabajo dado que en un sistema monista como el español, cuando se ratifica un tratado se incorpora al derecho interno, y para su no aplicación es necesario, bien renunciar a la ratificación, bien modificar el texto constitucional.

El problema radica, como ya lo he venido anunciando en varios apartados anteriores, en las reticencias que tienen los tribunales españoles en la

aplicación directa de las NIT cuando se enfrentan a normas vigentes en el ordenamiento jurídico español. Pero, aún más, la reticencia –o ceguera- la tiene el propio legislador que con evidente renuencia considera las normas internacionales, pero sobretodo los compromisos adquiridos en las mismas, como algo extraño a su actividad legislativa, y en cualquier caso, esta actitud se ha hecho en los últimos años más notoria, al haber una sumisión explícita a los compromisos adquiridos con las instancias económicas europeas (troica).

Sobre la necesidad de adecuar nuestro ordenamiento a las normas internacionales era premonitorio el ensayo realizado por Miguel Rodríguez-Piñero sobre la Carta Social Europea cuando decía:

“La incorporación de España al Consejo de Europa y su posterior y reciente firma de la Carta Social Europea, que abre el camino de su próxima ratificación, trae de nuevo a la actualidad ese importante pacto-convenio de derechos sociales que ya no va a ser un instrumento extraño que sirva como punto de referencia o como modelo, sino que pronto nuestro ordenamiento se va a ver forzado a acomodar su normativa a los principios y criterios que inspiran la Carta. Por otro lado, se cumplen ya los diez años de entrada en vigor de la Carta y a través de los sucesivos controles de aplicación a que han sido sometidos los diversos Estados que la han ratificado puede observarse un cuerpo bastante elaborado de «doctrina» sobre el sentido y alcance de los compromisos resultantes de la misma, y una interpretación de los puntos más conflictivos de su articulado.”

No es aventurado afirmar que en el momento actual se enfrenta la Europa social y de los ciudadanos con la Europa de los negocios y de los mercaderes, y las medidas adoptadas por los Estados, impuestos por la troica en el marco de los “planes de rescate”, no tienen en cuenta en absoluto ni los tratados de la UE, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, ni tampoco los convenios internacionales de la OIT, ni mucho menos la Carta Social Europea. Es más, estas medidas pueden escapar al control del TJUE puesto que se toman en el marco del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), acuerdo europeo que se encuentra extramuros del derecho de la UE, lo que implica que el poder de la Comisión y el BCE excede el derecho europeo.

Es por ello que debo hacer una última afirmación en este apartado, y es que cuando se promulgan normas internas, exigidas o no por circunstancias excepcionales –en este caso, la crisis económica-, es preciso hacer un

examen sobre si afectan a derechos reconocidos por las NIT y a continuación valorar la interpretación que debería realizarse para que la situación resultante sea conforme a las NIT. Si se vulnera la regulación de las NIT, entiendo que la solución es la aplicación por los tribunales de la norma prevalente. Otra solución nos llevaría a la situación absurda, por ilegal, de negar eficacia a una norma internacional, pues no tendría sentido reconocer derechos si tales derechos previstos en normas de derecho internacional están desprovistos de sustancia y son inexigibles, a pesar de ser vigentes en el ordenamiento jurídico español.

4.- Aplicación de las normas internacionales por los tribunales españoles

No voy a insistir más en constatar un hecho evidente, cual es que por lo general los pronunciamientos de los tribunales españoles, en todos los grados de la jurisdicción, tienden a eludir la aplicación plena de las normas internacionales como fuente del derecho, y cuando lo hacen solamente es para significar que los textos internacionales configuran el sentido y alcance de los derechos fundamentales, pero sin atreverse a realizar una aplicación directa plena. Hacen, eso sí, un ejercicio de relacionar la norma interna con la internacional, de tal forma que ésta es complementaria lo ya establecido en aquella, lo que en realidad esconde el convencimiento que ley interna ya comprende el texto internacional.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones respecto de derechos fundamentales laborales y ha recurrido a las normas internacionales como criterio hermenéutico, pero no para afirmar la existencia o reconocimiento del derecho en sí mismo. La STC 28/1991 señala que la contradicción entre tratado internacional y ley posterior no implica modificación, derogación o suspensión de aquél, basándose precisamente en el artículo 96.1 CE, y en el mismo sentido se pronuncia la STC 41/2002, de 25 de febrero.

Respecto de los convenios de la OIT, las sentencias 78/1982, 83/1982 y 191/1996, dicen que *"los Convenios de la O.I.T., y en especial el art. 1 del núm. 98 y del 135, establecen el principio de que los representantes de los trabajadores deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos por razón de sus actividades, incluido el despido, siempre que actúen conforme a las leyes, contratos colectivos y otros acuerdos comunes en vigor"*. La sentencia 84/1989, de 10 de mayo, examina el derecho a la libertad sindical y alude a los convenios de la OIT de la siguiente forma:

“5. Aduce, asimismo, el recurrente que la sentencia del TCT vulnera lo dispuesto en el art. 5 del Convenio núm. 135 de la OIT, argumentación que es compartida por el Ministerio Fiscal y rechazada por la parte demandada, quien niega que dicho texto internacional puede fundamentar la pretensión de amparo. Ciertamente este Tribunal ha reafirmado en reiteradas ocasiones la validez de los textos internacionales ratificados por España para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 C.E.; señalando, concretamente de los Convenios de la OIT, su carácter de «textos invocables» al respecto (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, y 23/1983, de 25 de marzo). Cuestión distinta es, no obstante, que un precepto de dicho Convenio pueda fundamentar, por sí solo, la demanda de amparo, al margen y haciendo abstracción de la contemplación constitucional del derecho fundamental (art. 28.1 C.E.), porque una cosa es que la norma de dicho Convenio internacional haya de presidir la interpretación del art. 28.1 C.E. y otra muy distinta es erigir dicha norma internacional en norma fundamental que pudiera sustanciar exclusivamente una pretensión de amparo, afirmación esta última que conllevaría la vulneración del art. 53.2 de la C.E., pues fuera de nuestra Constitución no ha de admitirse la existencia de norma fundamental alguna.”

O las sentencias 210/1994 y 28/2005, que resuelven recursos de amparo en los que se invocaba el derecho a la libertad sindical, y acuden, tan solo y estos términos, los *“tratados internacionales suscritos por España en la materia (por todos, Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, art. 8 o art. 5, parte II, Carta social europea)”*.

Es paradigmática la sentencia 61/2013, de 14 de marzo de 2013, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en relación con la discriminación por razón de sexo derivada de la determinación de los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social computando exclusivamente las horas trabajadas, en perjuicio de las trabajadoras a tiempo parcial, que establece la D.A. 7ª LGSS (el subrayado y la negrita son mías):

“Nuestra jurisprudencia «ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las ‘competencias derivadas de la Constitución’, cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento ... en el art. 93 CE» (por todas, Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4; o STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5). Ahora bien, también hemos

declarado que el Derecho de la Unión Europea «no integra en sí mismo el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español, ni siquiera en el caso de que la supuesta contradicción sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, atendiendo a lo dispuesto en el art. 10.2 CE ... pues en tal supuesto la medida de la constitucionalidad de la ley enjuiciada seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con los tratados o acuerdos internacionales de que se trate ... incluidos, en su caso, los Tratados de la Unión Europea y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea» (STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 2; o SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4). En relación con este último aspecto, y según ha señalado asimismo este Tribunal (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 3; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12), tanto los tratados y acuerdos internacionales, como el Derecho comunitario derivado pueden constituir «valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce», valor que se atribuye con fundamento en el art. 10.2 CE, a cuyo tenor, y según hemos destacado en otros pronunciamientos, «las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales» (STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5; o STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9). Dentro, pues, de estos parámetros, es indudable la relevancia que adquiere el criterio seguido en la ya referida STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno, relativa, como se ha dicho, a los mismos elementos normativos que son objeto de consideración en la cuestión de inconstitucionalidad que ahora nos ocupa.”

Otros pronunciamientos del TC en los que se acude a la Carta Social Europea son 11/1981 (dº de huelga), 23/1983 y 210/1994 (dº de sindicación), 5/1982 (dº a la negociación colectiva), 146/1986 (dº a la seguridad social), 145/1991 (discriminaciones por razón de sexo) y 259/2007 (recurso de inconstitucionalidad interpuesto respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la cual se analizan los derechos fundamentales de

los extranjeros de reunión y manifestación, de asociación, de sindicación, de huelga y de tutela judicial cautelar).

Y la más reciente sentencia 119/2014 que avala la constitucionalidad la reforma laboral de 2012, pero que, respecto de las normas internacionales en relación con el período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores, corrobora que la normativa de la OIT autoriza la existencia de un período de prueba:

“Por su valor interpretativo ex art. 10.2 CE, resulta de interés destacar que tal peculiaridad prevista en nuestro ordenamiento para el desistimiento durante el período de prueba se encuentra en sintonía con lo dispuesto en el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la terminación de la relación de trabajo, ratificado por España («BOE» núm. 155, de 29 junio de 1985); en su art. 2.2 se autoriza a los Estados a excluir las garantías establecidas en dicho Convenio respecto a «los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido», con el requisito de que «en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable»”

Pero parece que no le dio tiempo a leer completo los informes y conclusiones de la OIT, ya que menciona al emitido sobre el contrato indefinido “para nuevas contrataciones” francés, de 6 de noviembre de 2007, aprobado por el Consejo de Administración, en la 300ª reunión, noviembre de 2007, en el cual se señala que en aquel caso es excesivo el plazo fijado para cesar al trabajador sin aviso previo, y en cambio en el caso del contrato de apoyo a emprendedores dice:

“El examen del carácter razonable de la medida ha sido objeto de consideración en un informe de la OIT, emitido en relación con la reclamación presentada respecto, entre otros, al ahora cuestionado art. 4.3 de la Ley 3/2012 (Informe aprobado por el Consejo de Administración, en la 321.ª reunión, junio de 2014). Sin embargo, tras repasar la doctrina de la OIT en la materia, el comité encargado de la elaboración de este informe «estima que no dispone de fundamentos suficientes para considerar si la extensión de un año de la exclusión del campo de aplicación del Convenio pueda ser considerada como razonable, más aún cuando dicha extensión no ha sido el resultado de la concertación social y que la exclusión se ha introducido de manera general en dicha modalidad contractual» (apartado 246). Este Tribunal, por el contrario, en ejercicio de la competencia que le es propia, sí

puede y debe emitir un pronunciamiento específico y fundamentado sobre la razonabilidad y proporcionalidad del impugnado art. 4.3 de la Ley 3/2012, a efectos de enjuiciar su constitucionalidad, conforme al canon de valoración antes indicado.”

En el mismo sentido que el TC, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha sido renuente en la aplicación directa de los convenios y tratados internacionales, aunque en su labor doctrinal nos aporta valiosos criterios hermenéuticos y por tanto debe ser tenida muy en cuenta .

Aún así, el legislador ha reconocido formalmente la contribución de los tribunales españoles en la era postconstitucional a la normalización de la aplicación de las normas internacionales como fuentes de derecho interno, cuando en el preámbulo de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, hace referencia al papel de primer orden de los jueces ordinarios a propósito de la aplicación de los tratados en defecto de regulación concreta sobre cómo se debe hacer, y más teniendo en cuenta que la única norma vigente hasta el momento de la entrada en vigor de esta Ley era el Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales, y en cierto sentido así ha sido.

Dicho esto, es posible enunciar distintas razones que explicarían la escasa, por no decir residual, recepción por parte de los tribunales españoles de las NIT:

1.- Falta de preparación o formación sobre los organismos internacionales especializados en Derecho del Trabajo, la producción de sus normas y el control de su aplicación.

2.- Como consecuencia quizás de lo anterior, existe un desconocimiento, diría que muy profundo, por los operadores jurídicos, y no solo de los jueces, sino de los profesionales intervinientes, de las Normas Internacionales de Trabajo.

3.- Inadecuada interpretación, hasta ahora, del contenido del artículo 96 de la Constitución española, en el sentido de desconocer el encaje del derecho laboral internacional en el ordenamiento interno. Con la Ley 25/2014 este panorama quizá pueda variar.

4.- Las NIT son consideradas como derecho “subsidiario” o de segunda clase. En este sentido no se entendería si no observáramos una obstinación o persistencia en calificar la jurisdicción interna como auténtica soberanía,

mientras que la internacional vendría impuesta por compromisos ajenos a la propia jurisdicción.

5.- Y finalmente, la terminología y lenguaje de los convenios internacionales puede suponer un obstáculo a la plena integración como norma vinculante y aplicable a las relaciones entre privados –efecto horizontal- de las NIT, ya que utilizan expresiones tales como “deberán” o “se comprometen”, lo cual parece que vaya más dirigido a los Estados firmantes que a los ciudadanos que en ellos habitan. Ello es consecuencia, además, de una concepción desfasada de la naturaleza de los derechos sociales, en tanto que se entienden más que como derechos, como enunciados programáticos que obligan, en el mejor de los casos, al legislador, pero no al destinatario final del derecho subjetivo.

Es preciso implementar en la formación de los operadores jurídicos el contenido del derecho internacional laboral para que esas normas sean más conocidas, o simplemente conocidas en cuanto a su alcance, lo cual en el ámbito doméstico supone una adecuada difusión de la doctrina y jurisprudencia de los órganos de control, al ser éstos quienes dan una dimensión concreta y efectiva a los derechos enunciados en los tratados.

En este sentido la Recomendación 1458 (2000) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, ya estimó necesaria y recomienda al Comité de Ministros la creación de una “autoridad judicial general” para lograr una interpretación uniforme de los textos jurídicos adoptados, uno de cuyas competencias sería la de emitir decisiones prejudiciales previa solicitud de un tribunal nacional, algo así como las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE.

5.- Función judicial y/o jurisdiccional. Qué debe hacer el juez (¿?)

Como colofón a lo expuesto, procede hacer una breve reflexión en torno al contenido de nuestra función jurisdiccional y responder a la pregunta que se formula en el enunciado -o explicar la afirmación-: Qué debe hacer el juez (¿?).

La función jurisdiccional es el poder/deber del estado político moderno, emanado de su soberanía, para dirimir, mediante organismos adecuados e instituidos por él mismo, los conflictos de intereses que se suscitan entre los particulares y entre éstos y el estado, con la finalidad de proteger el orden jurídico, siendo éste al fin el único medio que tiene el estado para ejercitar el control de legalidad y de legitimidad para la legislación y de la administración. De todas formas, no podemos ignorar que actualmente el concepto de

jurisdicción ha mutado hacia formas no atribuibles a la soberanía estatal, como son los tribunales supranacionales o cortes internacionales, pero siempre sobre la base de la cesión de parte de la soberanía, acotada en ámbitos y materias determinadas, en virtud de tratados que se rigen, en cuanto a su aprobación y entrada en vigor, por las normas constitucionales, y en algunas ocasiones derivadas del sometimiento voluntario a arbitrajes privados. Ahora bien, cualquier apropiación por otros entes de facultades inherentes al Estado, aún cuando sea por la vía de cesión de soberanía establecida en un tratado, si afecta a instituciones básicas y estructuras de estado, como es la jurisdicción, supone un quebranto, a mi entender inadmisibles, al principio básico de juez imparcial e independiente.

Cuando el juez aplica el derecho no tan solo hace un acto de subsunción del caso en una norma general, pues ésta no contiene todos los elementos para determinar las consecuencias de cada caso concreto, sino que el proceso es el siguiente: analiza el caso, establece los hechos, los integra en la norma y, finalmente, la aplica racionalmente, es decir, motiva su decisión. Este proceso siempre está dotado de una cierta subjetividad en mayor o menor medida, ya que el proceso racional integra diferentes elementos que incluso el propio ordenamiento le pone en sus manos; conceptos como sana crítica, valoración en conciencia, realidad social, ..., son expresiones usualmente empleadas para explicar el mecanismo de elaboración de una decisión.

En el ámbito del iuslaboralismo en estos momentos creo que hay instaladas dos posiciones, en función de la forma de aplicar el derecho, de hacer jurisprudencia en definitiva. Una impregnada del positivismo al cual me refería al principio, y que fundamentalmente descansa en la idea que el ordenamiento jurídico que conocemos es completo y a partir de su análisis se da solución a todos los conflictos que la realidad social nos plantea, aceptando incluso la existencia de lagunas que se integran con una aplicación analógica. Y otra posición es la que contempla el ordenamiento jurídico no como un todo, no como un sujeto homogéneo y compacto, o como una suerte de sujeto antropomórfico dotado de conciencia que permite resolver los conflictos con los elementos –o normas- disponibles en nuestro ordenamiento, sino que se impone buscar entre las distintas fuentes y con las referencias doctrinales, jurisprudenciales o cuasijurisdiccionales encargadas de su control, y así ofrecer una solución acorde con los valores fundamentales del Derecho del Trabajo, lo cual, en el momento actual, significa que repose en la puesta en valor de los derechos fundamentales de los trabajadores.

No sorprenderá a nadie pues que yo me ubique en esta segunda posición, y ello me predispone ante un hecho inevitable que debo aceptar, y es que las

relaciones productivas se han globalizado, o, usando una expresión con menos connotaciones provenientes de la Economía, se han internacionalizado. Pero precisamente esta internacionalización hace que sean más relevantes los instrumentos elaborados por los organismos laborales internacionales especializados, así como las decisiones que tomen sus órganos de vigilancia y control.

Si nos atenemos al contenido estricto del artículo 117.1 de la Constitución Española establece que la justicia emana del pueblo y que los jueces son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley, y lo relacionamos con el deber inexcusable de los jueces de resolver ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 CC), junto con la posibilidad que los jueces y tribunales no apliquen los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa (art. 6 LOPJ), parece que poco margen de apreciación queda. Pero el mismo Tribunal Constitucional ha aportado soluciones frente al dilema de decidir sobre la posible contradicción entre un tratado internacional y una ley posterior, y lo ha reducido a un problema de selección de norma aplicable, y por tanto aceptando la posibilidad de inaplicación de una norma interna cuando contraviene lo dispuesto en un tratado.

De ahí que si el juez laboralista alberga dudas sobre la no aplicabilidad de una norma legal que vulnera lo dispuesto en un convenio internacional o directiva europea -“efecto de exclusión”-, y entiende que debe aplicar la norma en cuestión -“efecto de sustitución”-, aparte de plantearse, en el caso de normativa comunitaria, la conveniencia de formular cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo cierto es que debe “excluir” esa norma y ser “sustituida” por la norma que entiende aplicable, vigente igualmente, perteneciente al derecho internacional o al comunitario.

Esta afirmación, en el ámbito del Derecho comunitario, es predicable de todas las normas, en tanto que integran, con rango de prioridad, el ordenamiento jurídico aplicable en España -y a todos los estados miembros de la UE-, de modo que ante un conflicto entre los dos ordenamientos, debe aplicarse de modo preferente la norma comunitaria sobre la estatal, desplazando en su aplicación a ésta. Aún así, este principio de primacía en la práctica está condicionado por determinadas decisiones de los órganos jurisdiccionales internos cuando resuelven los conflictos concretos que se generan entre las normas comunitarias y las normas estatales, y de hecho hemos asistido a la reiterada aplicación de normas internas, aparentemente ajustadas a las comunitarias, desoyendo incluso pronunciamientos previos del TJUE, aplicables, eso sí, a ordenamientos de otros estados miembros, pero con el

mismo contenido material. Recordemos el caso de los “indefinidos no fijos en la administración”, concepto que ha dado lugar a numerosos pronunciamientos del TJUE, el último de los cuales ha sido un Auto -sin duda por cansancio no ha dictado sentencia-, que ha contestado a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada sobre esta materia.

Para finalizar, en respuesta a la pregunta del título, es necesario que por los jueces se asuma la función jurisdiccional propia que, desde el punto de vista constitucional, se les ha encomendado, pero sobre todo, partiendo de los compromisos internacionales del Estado, aplicar las NIT considerando que es tan ley interna como cualquier otra, pero también acudiendo a la doctrina (cuasi) jurisprudencial de los organismos de control de las organizaciones que deben velar por el cumplimiento, yendo incluso más allá de la simple incorporación al derecho interno, esto es, realizando un proceso de “apropiación” de las normas internacionales de trabajo, y ello a pesar que aceptemos una realidad incuestionable, cual es que nuestro ordenamiento durante mucho tiempo se ajustaba y superaba a los mínimos establecidos en las normas supranacionales.

En esta labor de integración se enmarcan las sentencias dictadas por distintos Juzgados de lo Social, que después de la sentencia del TC 119/2014, de 16 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, insisten todos ellos en la aplicabilidad de las normas internacionales por encima de las leyes internas y además dan un valor prevalente a la interpretación que hacen los organismos especializados de los tratados que aplican en sus resoluciones.

El derecho internacional del trabajo, a través de la multiplicidad de sus usos, se convierte así en una de las bases para la efectiva protección de las desigualdades en la esfera del trabajo.