

**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 LABORAL¹**

MIQUEL ÀNGEL FALGUERA BARÓ

Magistrado especialista
Sala de lo Social TSJ Cataluña

RESUMEN

En el presente artículo se analiza el impacto que los convenios de la OIT han tenido en los tribunales españoles, es especial en la doctrina del Tribunal Supremo. Se constata la escasa aplicación práctica de dichas normas internacionales, es especial respecto a los convenios 132 y 158, con una serie de reflexiones finales respecto a la reforma de las leyes laborales del 2012.

PALABRAS CLAVE: OIT, Tribunal Supremo de España, vacaciones, despido

¹ .- Reelaboración de distintos trabajos efectuados por el autor como alumno del Curso Virtual Normas Internacionales de Trabajo para Jueces Iberoamericanos (2012), organizado por el Consejo General del Poder Judicial, la Escuela Nacional de la Magistratura de la República Bolivariana de Venezuela y la Escuela Judicial Licenciado Édgar Cervantes Villalta de la República de Costa Rica

ABSTRACT

This article analyzes the impact that the ILO's conventions have had on the Spanish Courts, especially on the Supreme Court doctrine. It reflects the little usage of these international norms, especially on the Conventions 132 and 158, with final thoughts on the 2012's labor laws reforms.

KEYWORDS: ILO, Spanish Supreme court, holidays, dismissal

SUMARIO:

1. *Introducción: la regresión del internacionalismo del Derecho del Trabajo*
2. *La recepción de las normas de la OIT en el Derecho español y la doctrina del Tribunal Supremo*
 - a) *Los criterios generales de aplicación de los Convenios de la OIT en la doctrina del TS español*
 - b) *Trabajadores extranjeros, Convenios de la OIT y TS*
 - c) *Los “Convenios malditos”: el 132 y el 158*
3. *El panorama tras la reforma laboral del 2012 y la posible resituación del Convenio 158 OIT en su interpretación*

1. **Introducción: la regresión del internacionalismo del Derecho del Trabajo**

No deja de ser contradictoria –y creo, que también altamente significativa- la relación sostenida entre el ámbito nacional y el internacional en la disciplina iuslaboralista. En efecto, cabrá reseñar que si algo caracterizó en sus albores el derecho social fue su tendencia hacia la internacionalidad, como se demuestra por el hecho de la temprana instauración de la OIT (1919) y su antecedente la Asociación Internacional de Legislación del Trabajo (1901)². Tal vez la explicación de esa querencia primigenia de establecer normas más o menos homogéneas en los distintos ordenamientos a través de

² .- Véase SAUNIER, P-Y; “*The ILO as organizer : shaping the transnational housing scene in the 1920s*”; OIT: http://www.ilo.org/public/english/century/information_resources/download/saunier.pdf; CANESSA MONTEJO, M. F.; “*Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral*”; Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 72; http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/72/est05.pdf; MONTOYA MELGAR, A.; “*La aplicación del Derecho del Trabajo y el sistema de principios, valores y derechos fundamentales*”; Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración número 88; http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/anyo2010/Revista_Trabajo_88.pdf

distintos Tratados Internacionales obedezca a la lógica de concurrencia de intereses comunes entre trabajadores (por la dinámica internacionalista del movimiento obrero a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX) y empresarios y gobiernos (por el intento de evitar prácticas que afectasen a la libre competencia, ante el impacto que sobre el precio del producto pudiera tener la existencia de condiciones laborales menos favorables en determinados países³)

Sin embargo, esa ánima internacionalista del Derecho del Trabajo quedó posteriormente congelada. Es más, al menos en España – como intentaré analizar a lo largo de estas páginas- las normas internacionales de trabajo –y, especialmente, las de la OIT- aparecen como una especie de referentes áulicos, con escasa y muy poco relevante aplicación práctica, de tal forma que más que aplicarse directamente, los convenios devienen algo así como meros principios inspiradores, sin traslación efectiva y concreta, cuando no son expresamente incumplidos.

Por tanto, bien podría decirse que –reitero: en España, pero me atrevería a afirmar que una tendencia más o menos homogénea al menos en toda Europa- nuestra disciplina, nacida con clara inspiración internacionalista, se ha acabado “nacionalizando”, limitando su marco de aplicación a las concretas fronteras estatales. Ciertamente, podría llegarse a la conclusión que en la medida en que los distintos ordenamientos llegan a un estándar “maduro” de reconocimiento de garantías y tutelas para los trabajadores, las normas internacionales devienen ineficaces, en la medida en que las obligaciones que contemplan –normalmente de mínimos- ya se recogen (incluso en forma más amplia) por la Ley nacional, lo que obviamente no ocurre en aquellas otras legislaciones en fase de evolución. Ahora bien, aunque esta consideración no deja de ser cierta, podremos comprobar cómo en determinadas materias la aplicación de la Ley nacional en España ha hecho caso omiso a concretos contenidos de los Tratados Internacionales y, especialmente, de los de la OIT. Y es ésa una tendencia que no deja de ser preocupante, en la medida en que las legislaciones garantistas europeas –especialmente, en su parte meridional- están en los actuales momentos, por mor de la crisis económica -pero ya anteriormente por causa de las políticas neoliberales- en clara regresión, de tal forma que los mínimos de las normas internacionales han sido traspasados a la baja.

Sin embargo, no está de más recordar que esa inclinación iuslaboralista no deja de ser contradictoria con el carácter vinculante de los Tratados Internacionales que, en puridad, son de plena aplicación –una vez suscritos, en los modelos monistas, una vez transpuestos, en los dualistas- en el ordenamiento interno, como fuente privilegiada del Derecho⁴.

³ .- GRAVEL, E. y DELPECH, Q.; “Normas del trabajo y complementariedad de los ordenamientos nacionales con el derecho internacional”; Revista Internacional del Trabajo, vol. 127 (2008), núm. 4. Véase, también, THOMAS, F.; “La aplicación de las normas del Derecho Internacional del Trabajo en el derecho interno”; Revista Latinoamericana de Derecho Social, Núm. 14, enero-junio 2012: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoSocial/14/art/art6.pdf>

⁴ .- Obviamente, en esta materia cabrá recordar los múltiples estudios y conferencias del maestro ÓSCAR HERMIDA –cuya temprana muerte aún lloramos todos los iuslaboralistas-. Valga como ejemplo la contenida en su escrito “Deslocalització, globalització i Dret del Treball”, en GENERALITAT DE CATALUNYA, “Les deslocalitzacions productives”; o “Primera lectura del pacto mundial para el empleo de la OIT (2009)”; Relaciones Laborales núm. 20/2009 . En sentido similar, vid. SÁNCHEZ DE

En todo caso resulta obvio que esta primera conclusión debe ser matizada: la “nacionalización” del Derecho del Trabajo es un fenómeno postulable de sus vertientes contractual y colectiva, no así de su inevitable pareja de hecho, el Derecho de la Seguridad Social, submateria en la que –a través de múltiples acuerdos internacionales y tratados entre los distintos países- la superación de los marcos nacionales es una realidad efectiva⁵. Aunque la Seguridad Social es, por definición, nacional, la migración determina el forzoso reconocimiento de derechos en la carrera profesional de cada trabajador.

Y ello induce a una reflexión adicional: vivimos unos momentos en los que, por causa del fenómeno de la denominada globalización, el ámbito jurídico en general tiende a la supranacionalidad. Ese fenómeno es claro –Derecho Internacional público y privado al margen- en materia de Derecho penal –en especial, en cuanto al “*ius cogens*”-, pero también en otras disciplinas jurídicas, como las reguladoras de la competencia, las societaria, bancaria, medioambiental, o, incluso, civil. O, como se acaba de indicar, en Derecho de la Seguridad Social.

No deja de ser sintomático, en este sentido, que al margen de los distintos comités de control específicos, la propia OIT u otra instancia internacional no contemple auténticos tribunales especializados y el uso de medidas sancionatorias para los distintos estados o particulares que incumplan los tratados⁶, lo que no ocurre en materias de libre comercio, libre empresa, prácticas bancarias (o en el Derecho penal en los casos de delitos de lesa humanidad), cuya problemática sí cuenta con las correspondientes medidas de fuerza internacionales, de mayor o menor intensidad y organismos de aplicación, de naturaleza más o menos jurisdiccional.

Por tanto, mientras bien podría afirmarse que el Derecho en general ha nacido “nacional” y tiende a la internacionalización, la concreta disciplina social, que desde sus principios tuvo vocación internacionalista, ha quedado encerrada en sus fronteras nacionales.

Desde mi punto de vista esa evolución inversa –tanto desde la perspectiva histórica, como comparada- del Derecho del Trabajo obedece a una realidad: las cláusulas implícitas del pacto social welfariano de postguerras (que, en el caso español, se concreta en el pacto constitucional actual, por la singularidad que significó la ominosa

BUSTAMANTE, T.: “Globalización económica y derechos sociales. Supremacía del derecho progresivo y garantista”; Equipo Federal de Trabajo: <http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/globalizacion.htm>

⁵ - Vid. BLASCO LAHOZ, J. F e. a.; “Curso de Seguridad Social”; Valencia 2009; ISBN 978-84-9876- 458-1; lección 2; GARCÍA DE CÓRTAZAR Y NEBREDÁ, C.; “Seguridad Social internacional: tratados bilaterales y multilaterales. Reglamentos comunitarios”; en DESDENTADO BONETE, A. (coord.); “Seguridad Social”; CGPJ, Madrid, Manuales de Formación Continuada, 20/2002, ISBN 9788589230798; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”; Revista General del Derecho de Trabajo y la Seguridad Social núm. 26, etc.

⁶ - CANESA MONTEJO, M. F.; “Los derechos humanos laborales en el Derecho Internacionales”; Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración número 87: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/anyo2010/Revista_Trabajo_87.pdf. En la misma publicación –y el mismo hipervínculo- véanse también las reflexiones de NOGUERA FERNÁNDEZ, A.; “La jerarquía constitucional de los Tratados internacionales de Derechos humanos y la justiciabilidad de los derechos sociales. Nexos e interrelaciones en la últimas Constituciones latinoamericanas”. También, THOMAS, F., op. cit.

dictadura franquista). Me explico: el Estado del Bienestar no fue ninguna concesión graciable de las clases opulentas, como ahora algunos intentan explicar en su actual fase de desmantelamiento. Al contrario, dicho modelo surgió del miedo de los poderosos a la revolución social –y al sistema socialista imperante en media Europa- y del hastío de las clases trabajadoras a una situación en la que habían sacrificado dos generaciones en sendas guerras mundiales seguidas (aunque es un tópico no puedo evitar recordar aquí que Churchill pierde las elecciones a manos del laborista Attlee pocas semanas después de haber ganado la IIa Guerra Mundial). De esa situación nace el pacto welfariano que no es, en definitiva, más que un acuerdo de redistribución de rentas en sentido igualitario a cambio de la renuncia por los trabajadores –partidos de izquierda y sindicatos- de cualquier aspiración revolucionaria. Es obvio que en dicho concierto conllevó indudables mejoras en las condiciones de vida de los asalariados (entre otras, la Seguridad Social y la constitucionalización del Derecho del Trabajo). Pero también lo es que la clase obrera renunció a cambio a algunas de sus viejas reivindicaciones: el avance hacia la igualdad material, el modelo de poder en la empresa, el control societario de la producción, etc. Y entre esas renunciaciones, se incluye el internacionalismo. De esa manera, el Derecho del Trabajo pasó a tener un marco estrictamente nacional: en tanto que la porción de tarta de la riqueza tenía su origen en cada país, el conflicto entre los agentes sociales se limitó también a las concretas fronteras nacionales.

Ciertamente, con posterioridad han aparecido otros fenómenos transnacionales. Claramente, en el Viejo Continente, la Unión Europea –así como similares acuerdos en otras áreas geográficas, especialmente en Iberoamérica⁷-. Ahora bien, cabrá reseñar que en puridad –al menos, por lo que hace a la UE- la regulación de dichos ámbitos supranacionales no se basa tanto en la determinación de una serie de mínimos de “*ius cogens*” imperativos que los Estados firmantes deben cumplir –como ocurre con los Tratados-, sino en la fijación de un espacio común –básicamente, de naturaleza económica- en el que los diferentes países ceden su soberanía decisoria al ámbito supranacional. Por tanto, se trata en definitiva de ampliación de fronteras –ya no se trata de un solo país, sino de varios-, pero de fronteras al fin y al cabo, en tanto que terceros estados no pueden someterse voluntariamente a las normas emanadas de la Unión Europea⁸.

En consecuencia el pacto welfariano comportó la antedicha “nacionalización” del Derecho del Trabajo y, por tanto, la limitación de esa disciplina a las fronteras del Estado.

Sin embargo, la *pax augusta* del Estado del Bienestar se verá notablemente alterada con la instauración de las políticas neoliberales. Esa opción política e ideológica –que se intenta “vender” como un pensamiento aparentemente neutro de naturaleza económica- no es más que la denuncia por las clases opulentas del pacto social del que surgió el Estado del Bienestar. Ya no existe peligro revolucionario –al menos en Europa- y las clases populares han perdido la memoria de sus anteriores sacrificios, imbuyéndose en

⁷ .- IZQUIERDO COLLADO, J. D. y TORRES KUMBRIÁN, R. D.; “*Cohesión euroamericana. Supranacionalidad de los derechos sociales*”; Revista Justicia Social núm. 48/2011

⁸ .- Vid. CASAS BAHAMANDE, M. E.; “*El sistema normativo de la Organización Internacional del Trabajo y la Unión Europea*”; Relaciones Laborales núm. 8/1996

lo que podríamos calificar como una opción de vida propietarista (en definitiva, el denominado “capitalismo popular”). En ese marco los poderosos reclaman la reversión del anterior pacto de rentas y, por tanto, la devolución de la porción del pastel que en su día tuvieron que soltar. Se trata, pues, de la aplicación del principio “*rebus sic stantibus*” en relación al contrato social suscrito hace casi setenta años –en España, apenas tres decenios-. Ante ello la respuesta de la representación social de los asalariados y las clases menos favorecidas no ha dejado de ser hasta la fecha la invocación del principio “*pacta sunt servanda*”. En ese contexto se explican buena parte de las políticas sociales a las que venimos asistiendo en el último cuarto de siglo: privatizaciones, reversión de derechos sociales, incremento de las competencias decisorias de los empleadores, empobrecimiento del papel de la negociación colectiva, el sindicato y los sistemas de representación de los trabajadores, desvirtuación del derecho de huelga, normas reguladoras del Derecho del Trabajo regresivas, reducción de tutelas en el modelo de Seguridad Social –cuando no, reclamaciones sobre su privatización-, etc. No está de más recordar como múltiples estudios internacionales ponen en evidencia que desde hace ya varios años –y mucho antes de la actual crisis- se está produciendo un fenómeno de reversión de rentas, es decir, que los ricos son más ricos y los pobres más pobres, tanto a escala internacional como nacional. De ahí las famosas palabras de Warren Buffett (una de las primeras fortunas mundiales, en la reclamación de que se incremente la presión fiscal sobre las rentas más altas): “*Claro que hay lucha de clases. Pero es mi clase, la de los ricos, la que ha empezado esta lucha. Y vamos ganando*”. El empobrecimiento de amplias capas sociales en el marco de la cultura del “capitalismo popular” ha sido determinante en la actual crisis económica, en tanto que ha abocado a buena parte de los trabajadores y personas dependientes al crédito ficticio, basado en la mera especulación, generando una formidable pirámide de Ponzi. Y todo ello, mientras el Derecho y sus valores iban capidismuyendo, ante un discurso social nítidamente economicista, pero de naturaleza ideologicista⁹.

Pero el fenómeno del neoliberalismo no surgió solo. Probablemente, el cambio económico, social y político que éste ha comportado no sería explicable sin otra transformación coetánea: el cambio en el modelo de producción. Se ha convertido en un tópico, así, afirmar que hemos pasado del fordismo a la flexibilidad, lo que es cierto en términos generales –más no, universal- en la vieja Europa. De esta forma, la empresa centralizada pasa a disgregarse en múltiples realidades sociales interconectadas –la empresa-red-, el modelo de producción continuado se sustituye por el *just-in-time*, el sistema de organización del trabajo parcelado y jerarquizado se descentraliza, traspasando al trabajador múltiples actividades en forma autónoma y el contenido de la prestación laboral pasa de ser estático –carrera profesional iniciada como aprendiz y finalizada como especialista, generalmente siempre con el mismo turno y las mismas funciones- a ser dinámico –polivalencia, movilidad funcional, modificaciones

⁹.- Vid LOPEZ BURNIOL, J. J.; “*El valor permanente del Derecho*”; Diario La Ley, Nº 7309, Sección Tribuna, 23 Dic. 2009; y XIOL RIOS, J.A. “*El Derecho como alternativa*”, en la misma publicación anterior.

constantes en la prestación laboral-. En paralelo, el impacto del cambio tecnológico por la implementación de las nuevas tecnologías modifica sustancialmente los antiguos trabajos básicamente manuales, afecta a los saberes lineales en el trabajo y exige continua formación y adaptación laboral.

En esa tesitura, ha cobrado una especial relevancia el fenómeno denominado “globalización”¹⁰ en relación con la famosa “liberalización del comercio”, el cual desde el punto de vista productivo (sin relación, por tanto, con la globalización financiera, pese a los efectos que esta última comporta para el empleo¹¹) conlleva la posibilidad de compartimentación del proceso productivo, mediante su disgregación territorial y/o el traslado de unidades productivas de países con fuertes derechos sindicales y sociales a otros con menos garantías –y retribuciones- de los trabajadores (deslocalización). Sin duda que ese fenómeno ha sido analizado en muchas ocasiones desde un punto de vista proteccionista por determinadas instancias de los denominados países opulentos, especialmente por los trabajadores que corren el riesgo de perder su empleo¹². Ahora bien, más allá de dichas visiones nacionales, el hecho cierto es que la libertad de establecimiento –en relación al derecho de libre empresa- de escala planetaria que la deslocalización conlleva no ha tenido una contraprestación en el ámbito del Derecho del Trabajo, lo que ha ocasionado una notoria sensación de desconcierto entre los iuslaboralistas¹³. Es decir, no existe ningún control social o judicial sobre esas

¹⁰ - ALBURQUERQUE, R. y BUEN LOZANO, N. (coord.); “*El Derecho del Trabajo ante el nuevo milenio*”; Porrúa, México, 2000 (ISBN 970-07-2238-4/ 9789700722382); STORRIE, D y WARD, T., “*ERM REPORT 2007 Restructuring and employment in the EU: The impact of globalisation*”; EUROFOUND: <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2007/68/en/1/ef0768en.pdf>; RODRIGUEZ- PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; “*Los cambios en el mundo del trabajo y su respuesta jurídica*”; Relaciones Laborales 9/2007

¹¹ - BOLLÉ, P.; “*Desigualdad y globalización financiera, en un informe que llega justo a tiempo*”; Revista Internacional del Trabajo; Volumen 127, núm. 4, diciembre 2008: http://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/s7_bolle.pdf

¹² - KURCZYN VILLALOBOS, P. e. a.; “*Derecho laboral globalizado*”; UNAM, México, 2007 (ISBN 978-970-32-4398-3), de libre acceso en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2425>; MATEO TOMÉ, J. P.; “*Competitividad, deslocalizaciones y salarios: reflexiones contra el discurso oficial y por otra estrategia sindical*”; Rebelión: <http://www.rebelion.org/noticias/2004/8/3601.pdf>; LASSANDARI, A.; “*La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*”; WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 25/2005: http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/lassandari_n25-2005int.pdf; GODIO, J.; “*Frente al 18º Congreso Mundial de la CIOSL en Mizuyaki (Japón), noviembre de 2004. Comentarios al Documento "Globalizar la solidaridad: Establecimiento de un movimiento sindical mundial para el futuro*”; Revista Pistas nº 13: <http://www.rebanadasderealidad.com.ar/godio-20.htm>; GUAMÁN HERNÁNDEZ, J.; “*Globalización del comercio, regulación de la competencia y Derecho del trabajo: notas a partir de las experiencias norteamericana y comunitaria*”; Comunicación presentada en el XVIII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (ya no es accesible on-line y no consta publicada); COMPA, L.; “*Liberalización del comercio y derecho del trabajo*”; AUDTSS: <http://www.audtss.com.uy/varios/Theme1-Espagnol.pdf>; GUNTER, G. y VAN DER HOEVEN, R.; “*La cara social de la globalización, según la bibliografía especializada*”; Revista Internacional del Trabajo, vol. 123 (2004), núm. 1-2; CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS, “*La acción sindical internacional en la era de la globalización*”; Revista de Derecho Social número 26; SASTRE IBARRECHE, M.; “*Algunas claves para un sindicalismo también mundializado*”; Revista de Derecho Social número 21

¹³ - CARUSO, B.; “*Las consecuencias de la globalización: ¿desintegración o transformación del Derecho del Trabajo?*”; <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2534/1/AD-11-9.pdf>; CARINCI, M. T.; “*Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*”; WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 44/2006:

http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20111026-102401_carinci_mt_n44-2006itpdf.pdf;

decisiones empresariales –más allá, obviamente, de los aspectos afectantes al contrato de trabajo de las personas implicadas en el país originario-, de tal manera que nada impide esas políticas de deslocalización hacia realidades en las que las relaciones laborales no pueden ser calificadas como de trabajo, sino de “*paratrabajo*” (países en los que no existen derechos sindicales, prácticas de trabajo infantil o forzoso, maquilas, desigualdad de género, etc.) en los que no se respetan los “derechos humanos laborales”¹⁴, lo que constituye un auténtico *dumping social*¹⁵. Ninguna norma internacional sanciona desde la perspectiva iuslaboralista esas prácticas, ni existe tribunal o instancias asimilada transnacional –a diferencia, reitero, de la existencia de tratados y organismos en aspectos como la libre competencia-, sin que tampoco el juez nacional tenga instrumentos de control sobre las mismas.

Por otra parte debe recordarse que el fenómeno de la globalización también integra las masivas migraciones hacia los países opulentos de una cantidad ingente de trabajadores de otras naciones, respecto a la regulación internacional en cuanto al “*ius migrandi*”¹⁶.

2. La recepción de las normas de la OIT en el Derecho español y la doctrina del Tribunal Supremo

En España los Tratados Internacionales tienen una eficacia directa, de tal forma que una vez ratificados y publicados (en relación al artículo 5.1 CC) pasan a conformar el ordenamiento interno, conforme al artículo 96.1 CE, sin que se precisa una Ley de transposición (por tanto, nos hallamos ante un sistema monista). Y en el modelo de

SANGUINETI RAYMOND, W. ; “Deslocalización empresarial y derecho del trabajo: en busca de respuestas”; Temas Laborales núm. 84/2006: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_815_3.pdf; MONTOYA MELGAR, A.; “Sobre globalización, “flexiguridad” y estabilidad en el empleo”; Aranzadi Social 8/2008; WITKER, J.; “Derecho económico y derecho del trabajo: las sinergias de la globalización”; Revista Latinoamericana de Derecho Social, El derecho del trabajo y su relación con otras disciplinas, Número 7 Julio-Diciembre Año 2008:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/7/art/art12.pdf>; GARCÍA MIGUÉLEZ, M. P.; “Las relaciones laborales en el nuevo escenario de deslocalización y descentralización productiva y de prestación de servicios”; Comunicación presentada en el X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social:

http://www.aedtss.com/images/stories/documentos/congresoeuropeocomunicaciones/1/125garcia_miguel_ez.pdf;

SASTRE IBARRECHE, M.; “Deslocalización de empresas (reflexiones desde la perspectiva iuslaboral)”; Revista de Derecho Social número 32; PURCALLA BONILLA, M. A.; “Globalización económica, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y retos sindicales: notas para el debate”; Aranzadi Social núm. 1/2002, LÓPEZ ANIORTE, M. C.; “Nuevo contexto económico mundial y resquebrajamiento de los pilares tradicionales del derecho del trabajo”; Aranzadi Social número 19/2001, etc.

¹⁴.- CANESA MONTEJO, M. F.; op. cit.

¹⁵.- Vid. SEMPERE NAVARRO, A. V.; “Sobre la OIT y su acción normativa”; Aranzadi Social 5/2002

¹⁶.- Véase SACRISTÁN ROMERO, F.; “Convenios bilaterales internacionales en materia laboral”; Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 701, 2006; GIL Y GIL J.; “Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo”; Relaciones Laborales núm. 15/2009; RAMOS QUINTANA,

M. I.; “Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?”; Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 63:

http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/63/Est01.pdf

jerarquía normativa, los Tratados se sitúan por encima de las Leyes¹⁷. De esta forma, conforme al citado art. 96.1 CE las disposiciones contenidas en los mismos “*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*”. A lo que cabe añadir que conforme al artículo 10.2 CE “*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 Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*” (lo que ha dado lugar a una abundante doctrina del Tribunal Constitucional español de aplicación de los Convenios de la OIT en el núcleo duro de los derechos fundamentales, especialmente por lo que hace al derecho a la libertad sindical en sentido amplio).

Por tanto, en el estado español la primacía de los tratados como fuente privilegiada de Derecho es clara, como también lo es su directa aplicación cuando no exista regulación interna o, incluso, su primacía sobre la Ley cuando existe contradicción entre ésta y aquéllos.

En este marco debe desvelarse un hecho que a menudo suele olvidarse: España es uno de los países que más convenios de la OIT ha suscrito¹⁸ (en total, 111¹⁹). Sin duda que buena parte de nuestro ordenamiento positivo contiene ya la trasposición de los mínimos derivados de las normas internacionales, como la práctica empírica pone de manifiesto, especialmente en materia de derechos colectivos. Sin embargo, la efectividad de las normas internacionales no se determina sólo por el contenido de la ley nacional o por el número de convenios suscritos: el papel de los jueces y tribunales en la aplicación de esos tratados deviene, a la postre, fundamental, en tanto que de dicha hermenéutica judicial se depara el cumplimiento por los estados de los compromisos internacionalmente adquiridos²⁰. La aplicación del “*ius cogens*” se determina esencialmente por la práctica judicial.

Pues bien, a partir de dicha consideración nuestras reflexiones deben forzosamente pasar por la aplicación de los Convenios de la OIT por parte del Tribunal Supremo español (TS), en tanto que la tensión adaptativa de los mismos se acredita con la cita y aplicación que de ellos haga el máximo órgano judicial del Estado español²¹. Y es obvio

¹⁷.- Conforme al artículo 95.1 de la Constitución Española “*La celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional*”

¹⁸.- Dicha afirmación puede comprobarse en la base de datos NATLEX: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.byCountry?p_lang=es

¹⁹.- <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?España>

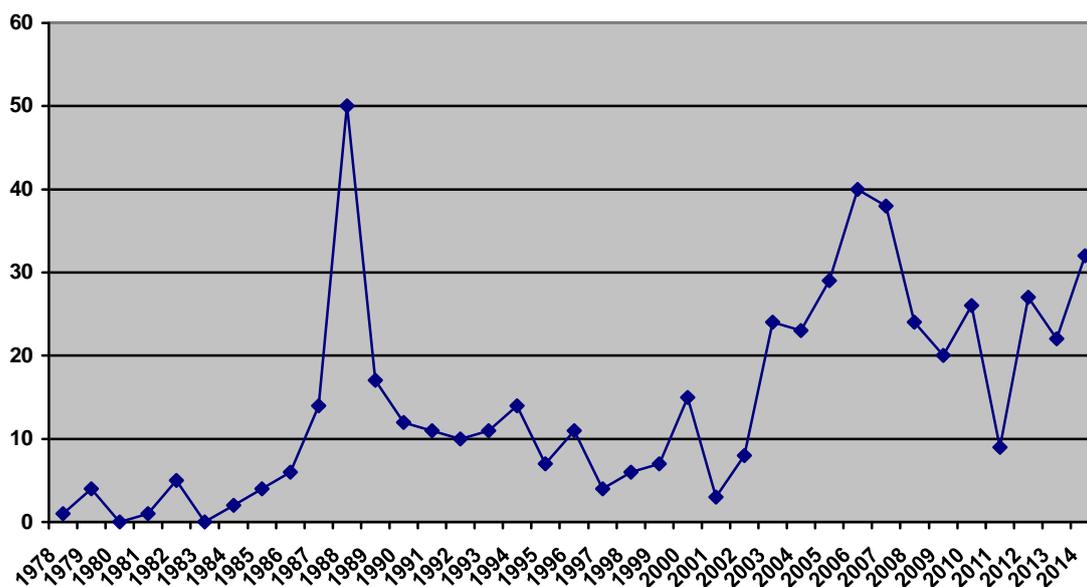
²⁰.- GRAVEL, E. y DELPECH, Q., op. cit. NÁZAR SEVILLA, N.; “*Cómo deben aplicar los Tribunales Laborales las Normas contenidas en los Tratados Internacionales*”; Revista Latinoamericana de Derecho Social, Número 11, Julio-Diciembre Año 2010: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/11/art/art5.pdf>

²¹.- Téngase en cuenta que en España el modelo judicial es dual: la aplicación e interpretación de la Ley es competencia exclusiva y excluyente de los órganos judiciales, situándose el Tribunal Supremo en su vértice máximo y, en el ámbito social, la Sala de lo Social de dicho organismo, a través del recurso de casación y del llamado recurso de casación para la unificación de la doctrina –ambos con efectos esencialmente de “*ius litigatoris*”-. Sin embargo, los órganos judiciales aunque lógicamente deben interpretar las normas de conformidad con la Constitución, quedan limitados en materia de derechos fundamentales y otras libertades públicas a la doctrina del Tribunal Constitucional –que no es un órgano judicial-. En esa tesitura, cabrá reseñar que en especialmente en materia de derecho sindical –libertad

que con esta reflexión mi propósito es acreditar las afirmaciones anteriores en relación a la “nacionalización” del Derecho del Trabajo y la minusvaloración de los tratados internacionales en mi disciplina.

Con todo –y al margen, de contenidos- cabrá indicar que desde el año 1978 (aprobación de la vigente Constitución española) hasta el año 2011 la cita de los Convenios de la OIT ha ido incrementándose en líneas generales, como puede comprobarse en el siguiente cuadro:

CITAS DE CONVENIOS OIT EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TS ESPAÑOL (1978-2011)



FUENTE: Elaboración propia a partir de la base de datos de ARANZADI SOCIAL

Puede, por tanto observarse que –al margen de determinadas rupturas puntuales²²- existe una tendencia en los últimos años, aunque no continuada, de mayor imbricación de dichas normas internacionales en los pronunciamientos del TS. Ahora bien, este aspecto cuantitativo no puede hacernos olvidar la vertiente cualitativa, que analizaremos en las páginas siguientes y cuyos resultados no son, al menos desde mi punto de vista, exultantes.

a) Los criterios generales de aplicación de los Convenios de la OIT en la doctrina del TS español

sindical, huelga, negociación colectiva y conflictos colectivos- son muy abundantes los pronunciamientos del TC en los que se hace expresa referencia a los Convenios de la OIT, tal y como previamente se ha indicado.

²².- Especialmente en 1988 por el debate que se generó en relación al campo de aplicación del Convenio 158 OIT en nuestro sistema de despido, en los términos que posteriormente serán analizados.

La cita a los Convenios de la OIT, como puede desprenderse de las reflexiones anteriores, es abundante en la doctrina del TS español. Sin embargo, en la inmensa mayoría de casos dicha cita puede ser caracterizada como incidental, en el sentido que la referencia a los mismos no tiene otro objeto que el reforzamiento episódico de la argumentación de la sentencia. Cabe observar, en este sentido, que de los prácticamente quinientos pronunciamientos²³ analizados en este trabajo, en una parte muy significativa de los mismos la cita de los Convenios de la OIT es meramente accesorio, de tal forma que a menudo la invocación de los mismos que hace la parte recurrente queda sin respuesta, limitándose el TS a aplicar la normativa nacional²⁴.

Dicha tendencia generalista y meramente accidental es observable en el terreno del **derecho laboral individual o contractual**. Así, en cuanto a la posible validación del despido de una trabajadora embarazada cuando concorra causa que justifique el acto extintivo, en relación al art. 8.1 del Convenio 183²⁵. O en cuanto a la impugnación de un laudo que, entre otros aspectos, fijaba el régimen de responsabilidades de repatriación de las gentes del mar, respecto al Convenio 23²⁶. Por lo que hace al Convenio 14 –y, en su caso, los Convenios 111 y 117- la doctrina casacional ha tomado como referencia genérica la igualdad de oportunidades a fin y efecto de analizar los supuestos de condiciones contractuales duales²⁷ y, más específicamente, el trato diferenciado entre trabajadores fijos y temporales²⁸. Y también se ha acudido al

²³ .- En las Sentencias del Tribunal Supremo que se citarán a continuación se ha identificado el pronunciamiento, bien por la referencia Aranzadi, bien por el número de recurso, en función de la fuente de la que se ha obtenido.

²⁴ .- Por citar algunos ejemplos, véanse las etc.

²⁵ .- STS UD 28.04.2010 - RJ 2010\3608-: “*El artículo 55-5 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por la Ley 3/2007 dispone que será nulo el despido de la trabajadora embarazada durante el periodo de gestación salvo que, cual dice en su último párrafo, "se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados". Esta disposición, acorde con lo dispuesto en el artículo 8-1 del Convenio 183 de la O.I.T., de 30 de mayo de 2000 , y en el artículo 10 de la directiva 92/85, de 19 de octubre de la Comunidad Europea, valida la procedencia de la extinción contractual por motivos ajenos al embarazo, como es el vencimiento del plazo marcado para la extinción del contrato*”

²⁶ .- STS 26.12.2007 RJ 2008\2772-

²⁷ .- SSTS 30.10.1985 - RJ 1985\5250-, 21.01.1988 - RJ 1988\32-, 12.09.1989 - RJ 1989\6436-, 23.01.1991 - RJ 1991\174-, 19.04.1991 - RJ 1991\6238-, 04.07.1991 - RJ 1991\5869-, 29.09.1993 - RJ 1993\7085-, 28.02.1994 - RJ 1994\2539-, 28.03.1994 - RJ 1994\2646-, 24.06.1996 - RJ 1996\5304-, 19.03.2001 - RJ 2001\3388-, 23.09.2003 - RJ 2003\8378-, 19.10.2003 - RJ 2003\9039-, 09.03.2005 - RJ 2005\3500-, 28.04.2005 - RJ 2005\5727-, 07.07.2005 - RJ 2005\7327-, 25.09.2006 - RJ 2006\7475-, 14.12.2006 (2) - RJ 2006\9278 y RJ 2006\9281-, 18.01.2007 - RJ 2007\1914-, 03.11.2008 - RJ 2008\7405-, etc.

²⁸ .- SSTS 14.11.1984 - RJ 1984\6317-, 20.01.1987 - RJ 1987\80-, 22.05.1991 - RJ 1991\6826-, 14.10.1993 - RJ 1993\8051-, 15.07.1995 - RJ 1995\6261-, 22.01.1996 - RJ 1996\118-, 10.11.1998 - 1998\9544-, 06.07.2000 - RJ 2000\6294-, 03.10.2000 - RJ 2000\8659-, 07.10.2002 - RJ 2002\10912-, 02.06.2003 -RJ 2004\255-, 30.09.2003 -RJ 2003\8699-, 13.11.2003 - RJ 2004\1773-, 31.03.2004 -RJ 2004\2966-, 17.05.2004 - RJ 2004\5158-, 28.05.2004 - RJ 2004\5030-, 27.09.2004 - RJ 2004\6329-, 07.04.2005 - RJ 2005\4523-, 27.09.2006 - RJ 2006\6536-, 15.02.2007 - RJ 2007\4135-, 14.03.2007 - RJ 2007\4136-, 22.03.2007 - RJ 2007\6098-, 29.03.2007 - RJ 2007\4139-, 04.04.2007 - RJ 2007\4185-, 17.04.2007 (2) - RJ 2007\4140 y RJ 2007\4190-, 07.06.2007 - RJ 2007\6107-, 27.05.2008 - RJ 2008\6610-, etc. Cabe observar, en todo caso, que en esta materia se produjo en su momento un cambio en la doctrina de unificación, en tanto que ésta venía entendiendo tradicionalmente que no existía una infracción del derecho a la igualdad y no discriminación por la condición de temporalidad, significativamente en materia de plus de antigüedad, por la propia naturaleza de dicho concepto. Respecto

Convenio 175 por lo que hace al régimen contractual específico del asalariado contratado a tiempo parcial²⁹ o al Convenio número 1 en cuanto a la duración de la jornada y las obligaciones contractuales al respecto³⁰. Asimismo se ha acudido al Convenio 150 en el análisis de la retribución de las horas extraordinarias en el caso de personal al servicio de una Administración pública³¹. O respecto a la formación continua impuesta fuera del horario de trabajo y sus efectos, con cita del Convenio 140³². Por último, hallaremos genéricas referencias al Convenio 95, en la determinación jurisprudencial de qué debe entenderse por salario³³ o en el régimen del reconocimiento médico de la gente del mar, en relación al Convenio 113³⁴.

Son más numerosos los pronunciamientos del TS que abordan la aplicación de los Convenios de la OIT en materia de **derecho colectivo del trabajo**. De esta forma se ha venido aplicando el Convenio 135 en aspectos vinculados con los representantes de los trabajadores, como por ejemplo el derecho a tener un local para el ejercicio de sus actividades³⁵, la indemnidad retributiva en el ejercicio de sus funciones³⁶, las limitaciones empresariales para el control del uso del derecho legal al crédito horario³⁷, el cómputo a efectos de horas sindicales del período dedicado a la negociación de un convenio³⁸, los gastos ocasionados por las reuniones del organismo de representación³⁹, las garantías y tutelas por el ejercicio del cargo⁴⁰, los derechos de comunicación con los trabajadores, es especial en cuanto al uso del correo electrónico⁴¹, el derecho de reunión en la empresa⁴² o la imputación de conductas de antisindicalidad⁴³. También en cuanto al régimen de garantías legales de los representantes legales⁴⁴ o los candidatos en procesos electorales⁴⁵ frente a despidos por aplicación de la Recomendación 143 OIT respecto al Convenio 135 (o, al 98)

a dicho criterio ya no vigente, véanse, entre otras, las SSTS UD 17.05.2000 - RJ 2000\5513-, 09.07.2001 - RJ 2001\7010-, etc., citándose en ellas también los Convenios OIT.

²⁹ .- SSTS UD 18.03.2002 - RJ 2002\5211, con cita errónea del Convenio 107-, 05.05.2006 - RJ 2006\7990-, etc.

³⁰ .- STS 09.06.1987 - RJ 1987\4312-

³¹ .- SSTS 23.01.1991 - RJ 1991\174-, 19.04.1991 - RJ 1991\6238-, 04.07.1991 - RJ 1991\5869-, etc.

³² .- STS 26.06.2003 - RJ 2003\6390-

³³ .- STS 05.05.2003 - RJ 2003\3638-

³⁴ .- STS 09.06.1987 - RJ 1987\4315-

³⁵ .- SSTS 02.06.1997 - RJ 1997\4617-, 03.02.1998 - RJ 1998\1431-, 15.02.2012 - RJ 2012\3894-, etc.

³⁶ .- SSTS 10.11.2005 - RJ 2005\9475-, 25.02.2008 - RJ 2008\1636-, 18.05.2010 - RJ 2010\2524-, etc.

³⁷ .- SSTS 29.09.1989 - RJ 1989\6553-, 02.11.1989 - RJ 1989\7987-, 10.01.1990 - RJ 1990\890-, 8.06.1990 - RJ 1990\5532-, etc.

³⁸ .- STS 23.12.2005 - RJ 2006\1792-

³⁹ .- STS 22.06.1992 - RJ 1992\4607-

⁴⁰ .- SSTS 09.10.1982 - RJ 1982\6137-, 01.12.1982 - RJ 1982\7423-, 14.04.1987 - RJ 1987\2762-, 20.06.2000 - RJ 2000\7172-, 28.04.2009 - RJ 2009\4546-, etc.

⁴¹ .- STS 22.06.2011 - RJ 2011\5948-

⁴² .- STS 22.11.2010 - RJ 2011\1198-

⁴³ .- STS 14.04.2011 - RJ 2011\3955-

⁴⁴ .- STS 01.02.1980 - RJ 1988\537-, 18.12.1982 - RJ 1982\7844-, 29.07.1989 - RJ 1988\6269-, 05.02.1990 - RJ 1990\817-, 15.02.1990 - RJ 1990\1906-, 19.03.1990 - RJ 1990\2172-, 13.09.1990 - RJ 1990\7004-, etc.

⁴⁵ .- SSTS UD 07.05.1990 - RJ 1990\3970-, 05.11.1990 - RJ 1990\8547-, 15.03.1993 - RJ 1993\1860-, 28.12.2010 - RJ 2011\249-

En materia de libertad sindical en sentido estricto, se ha considerado que el derecho de conflicto colectivo se integraba en el marco del derecho de la libertad sindical, negociación colectiva y huelga –Convenios 87 y 98, en relación a una consolidada doctrina constitucional-⁴⁶. O se ha buscado soporte a la previsión de audiencia a los delegados sindicales en el caso de sanción a un trabajador afiliado que contempla el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical en el contenido del Convenio 87⁴⁷. O se ha citado el Convenio 98 en aquellos supuestos en los que se alega la existencia de un trato diferenciado entre los distintos sindicatos⁴⁸, También se ha hecho mención a la Constitución de la OIT, el Convenio 98 y los informes del Comité de Libertad Sindical en cuanto al régimen jurídico de los sindicatos más representativos⁴⁹. En otros casos, hallaremos referencias a los Convenios 87 y 98 en las reflexiones que contienen los pronunciamientos sobre la evolución histórica en España del derecho a la libertad sindical⁵⁰; como asimismo, se ha acudido a los mismos –especialmente, al 98- para determinar el régimen de aplicación de la amnistía laboral en la etapa postfranquista⁵¹. O la inaplicación del Convenio 87 en relación a determinados supuestos del régimen interno de los sindicatos⁵².

En materia de negociación colectiva se ha recurrido a la Recomendación 163 en cuanto a las competencias de autocomposición de las comisiones paritarias de los convenios colectivos⁵³; y asimismo se ha hecho referencia al Convenio 98 en cuanto al procedimiento de negociación de convenios colectivos⁵⁴. Esporádicamente ha recurrido a los Convenios 87 y 98 en materia de huelga⁵⁵.

Esa lógica generalista también se ha seguido en aspectos relativos a la **salud laboral**. Es el caso de las sentencias que abordan el mantenimiento de la antigua normativa en materia de comedores de empresa, por aplicación del Convenio 155⁵⁶. O –también en cuanto a este último Convenio- respecto al incumplimiento empresarial en materia de prevención de riesgos laborales y su posible responsabilidad en cuanto a recargos⁵⁷, o

⁴⁶ - SSTS 10.06.1998 - RJ 1998\4105-, 12.12.2007 - RJ 2008\3018-, etc.

⁴⁷ - STS UD 12.07.2006 - RJ 2006\6309-

⁴⁸ - SSTS 22.10.1993 - RJ 1993\7856-, 09.02.1996 - RJ 1996\1007-, 10.06.2003 - RJ 2005\4881-, 15.07.2005 - RJ 2005\9236-, 21.04.2010 - RJ 2010\4675-, etc. Desde una perspectiva meramente procesal, véase la STS 15.12.1999 - RJ 2000\1425-

⁴⁹ - SSTS 06.07.1982 - RJ 1982\4546-, 09.12.2005 - RJ 2006\1280-, 04.07.2006 - RJ 2006\8763-, 21.07.2009 - RJ 2009\6121-, etc.

⁵⁰ - SSTS 06.03.1988 - RJ 1986\1479-, UD 28.01.1999 - RJ 1999\1112-, etc.

⁵¹ - SSTS 21.12.1978 - RJ 1979\149-, 20.03.1979 - RJ 1979\1456-, 22.08.1979 - RJ 1979\3348-, 05.10.1979 - RJ 1979\3471-, 28.12.1979 - RJ 1979\4591-, etc.

⁵² - SSTS 09.02.2010 - RJ 2010\3404-, 13.07.2011 - RJ 2011\6400-, etc.

⁵³ - STS 28.10.1997 - RJ 1997\7682-: “La desjudicialización de la solución de los conflictos jurídicos y el rechazo al sistema de exclusividad judicial, que debe reservarse como última alternativa, explica que las comisiones creadas en el seno de los convenios obedezcan más que a una instancia previa y necesaria a la vía judicial, a una instancia dirigida a evitar los conflictos judiciales. Se está produciendo una notable y manifiesta coincidencia que atribuye a la negociación colectiva, además de su valor como medio para solucionar los conflictos (Recomendación 163 de la OIT), un instrumento de trazado o silueta de los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales.”

⁵⁴ - SSTS 19.09.2005 - RJ 2005\8351-, 06.05.2009 - RJ 2009\4965-, etc.

⁵⁵ - SSTS 14.09.1982 - RJ 1982\5006-, 15.04.2005 - RJ 2005\4513-, etc.

⁵⁶ - STS 26.12.2011 - RJ 2012\250-

⁵⁷ - SSTS UD 30.05.2003 - RJ 2003\7694-, 10.12.2007 - RJ 2008\200-, 12.07.2007 - RJ 2007\8226-, 26.05.2009 - RJ 2009\3256-, 22.07.2010 - RJ 2010\7281-, etc.

sobre este mismo tema respecto a la responsabilidad conjunta de dos o más empresas concurrentes⁵⁸. O, por lo que hace al Convenio 148 –artículo 3- los límites de ruido aplicables, respecto al derecho a la percepción del plus de penosidad aunque se utilicen medidas protectoras⁵⁹. En otros casos –en la misma línea accesorio- los Tratados se sitúan en la enumeración general de las normas aplicables en relación al fondo del asunto, pero sin devenir en ningún caso esenciales. Así, por ejemplo, respecto a la regulación de los trabajos con amianto y la correspondiente responsabilidad empresarial, en relación al Convenio 162⁶⁰.

Asimismo, la remisión formal –mera cita- es también observable en materia de **Seguridad Social**. Así, en cuanto al Convenio 157, por lo que hace a la determinación de los miembros de la familia para el acceso a las prestaciones en las que se exige dicho requisito⁶¹. También en materia de Seguridad Social, cabe reseñar el debate aparecido en la doctrina de casación en relación a los efectos que sobre la prestación de desempleo tenía la previa situación de la persona afiliada de reducción de jornada por cuidado de hijo o familiar –en cuanto, a la base reguladora aplicable-, en la que incidentalmente se aludía el Convenio 156 de la OIT⁶². O, se ha citado el Convenio 102 en relación a la suficiencia de las prestaciones cubiertas en régimen de colaboración voluntaria por las empresas⁶³ o al derecho de revisión judicial de las prestaciones en general⁶⁴. En otros casos, se acude también al Convenio 102 en el repaso histórico de la evolución de determinadas las prestaciones por muerte y supervivencia⁶⁵ o accidente de trabajo⁶⁶.

⁵⁸ - SSTS 18.04.1992 - RJ 1992\4849-, 11.05.2005 - RJ 2005\6026-, etc.

⁵⁹ - SSTS UD 06.10.1995 - RJ 1995\7198-, 06.11.1995 - RJ 1995\8249-, 19.01.1996 - RJ 1996\4125-, 12.12.1996 - RJ 1996\1012-, etc.

⁶⁰ - SSTS UD 18.05.2011 - RJ 2011\4985-, 16.01.2012 - RJ 2012\2024-, 14.02.2012 - JUR 2012\111008-, etc.

⁶¹ - SSTS UD 03.05.2000 - RJ 2000\6619-, 21.01.2003 - RJ 2003\1989-, 09.02.2005 - RJ 2005\2598-, etc. Un supuesto especial –y en parte distante de la doctrina citada, posterior- es la STS UD 01.04.1998 - RJ 1998\2689-

⁶² - Sucintamente narrada, dicha polémica tuvo su origen en el cómputo de las bases de cotización del período de referencia de 180 días regulado en la normativa de Seguridad Social española, de tal forma que si la persona afiliada –en su inmensa mayoría, trabajadoras- estaban en situación de reducción de jornada, ello comportaba que la posterior prestación de desempleo se fijara en cuantía inferior a si hubieran seguido realizando una jornada completa. La doctrina inicial del TS se decantó por la ficción jurídica de equipara dichas situaciones de reducción a la realización de jornada completa, como es de ver en la STS UD 06.04.2004 - RJ 2004\ 5909-. Sin embargo, posteriormente dicha interpretación fue modificada por las SSTS UD 02.11.2004 (3) - RJ 2004\7782, RJ 2005\1984 y RJ 2005\1053-, 04.11.2004

- RJ 2005\1055-, 06.04.2004 - RJ 2004\5909- y 21.02.2005 - RJ 2005\2796-, que se limitaron a la aplicación de un principio de mera legalidad, tesis sustancialmente compartida por el ATC 200/2007, de 27 de marzo. En materia de otras prestaciones de la Seguridad Social, en relación a la mentada situación de reducción de jornada, véase la STS UD 02.04.2012 -RJ 2005\855-. Posteriormente, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres vino a reconocer “ex lege” aquella primigenia doctrina. Véase, al respecto: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.; “Reducción de jornada por cuidado de hijos y protección por desempleo y maternidad (O de cómo hacer más difícil aún si cabe la conciliación de la vida laboral y familiar)”; Temas Laborales núm. 80: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_772_3.pdf; GALA DURAN, C.; “Cálculo de la prestación por desempleo y reducción de jornada por cuidado de familiares: paso hacia atrás en el fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar (M^a Teresa v. Inem). Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2004”; IusLabor núm. 2/2005: <http://www.upf.edu/iuslabor/022005/art14.htm>;

⁶³ - SSTS 14.07.1999 - RJ 1999\6803-, 14.06.2000 - RJ 2000\5115-, etc.

⁶⁴ - STS 03.02.1987 - RJ 1987\775-

⁶⁵ - SSTS UD 23.07.2009 - RJ 1999\7752-, 24.01.2000 - RJ 2000\1062-, etc.

Asimismo, en algunos pronunciamientos la doctrina casacional viene considerando que el Convenio 102 ha sido sustituido en parte, en el ámbito español, por el Convenio Europeo de Seguridad Social o se priman los tratados internacionales en la materia⁶⁷. Y hallaremos también citas de los Convenios 24, 25, 44, 56 y 102 en procesos vinculados con reclamaciones por asistencia sanitaria⁶⁸.

Pero más allá de dichas referencias generales, cabrá indicar que cuando la invocación de los Convenios de la OIT por las partes resulta más trascendente en la “*ratio decidendi*” la lógica casacional española es claramente renuente, en general, a su aplicación directa, llegándose a menudo a la conclusión implícita o explícita del sometimiento de la norma internacional respecto la nacional. De esta forma –y a la margen de los supuestos que podríamos calificar como “patológicos” que se analizarán en el apartado c) siguiente- se ha soslayado con frecuencia el contenido del pacto internacional. En todos los casos la finta de la regulación del Tratado se basa en la consideración de que –por la generalidad obvia de su contenido- su plena efectividad precisa de Ley nacional, siendo ésta la aplicable. La lógica de dicha tendencia no se sustenta tanto en una dinámica dualista – que no es aplicable en España, como ya se ha dicho- sino en la técnica de la interpretación de normas abiertas, de tal forma que se viene considerando que la remisión a la legislación nacional que hacen los Convenios internacionales deporta que la regulación nacional –siempre que no se sobrepasen contenidos básicos- no se considere contraria a los mismos (“*self executing*”). Es el caso, por ejemplo, de la aplicación del principio de no discriminación (Convenio 111 y, en parte, Convenio 117) en cuanto a un trato salarial diferenciado entre dos colectivos de trabajadores, siempre que se considere que existe una causa justificativa para ello⁶⁹. O el régimen de descanso semanal –Convenio 14- y su disponibilidad a través de la negociación colectiva contemplada en el artículo 37.1 de la Ley Estatuto de los Trabajadores⁷⁰. También fue ése, como se verá más adelante, el criterio sostenido por el TS inicialmente en cuanto a la transposición en nuestro ordenamiento interno del Convenio 158 OIT:

Pero es más, hallaremos pronunciamientos en los que esa adaptación nacional se delega incluso en los convenios colectivos, afirmándose que la regulación contenida en los mismos tiene primacía sobre la norma internacional, que opera sólo como norma subsidiaria para el caso que no exista previsión en la norma nacional colectiva. Es éste

⁶⁶.- STS UD UD 13.07.2000 - RJ 2000\8195-: “*Como es sabido, en el año 1900 se establece la responsabilidad del empresario por los accidentes ocurridos en la industria, es decir, «por toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo por cuenta ajena» (Ley de 30 enero 1900, art. 1). En los momentos iniciales era potestativo para el empresario trasladar, o no, el riesgo a una Compañía de seguros, mediante la celebración de la correspondiente póliza. Más tarde, al instaurarse la II República en 1931, y por consecuencia de compromisos internacionalmente contraídos (Convenio OIT de 1921), se generaliza la obligación empresarial de asegurar los accidentes de trabajo, y se impone al patrono el aseguramiento de los ocurridos en la industria y la agricultura (D. de 12 junio 1931)” En el mismo sentido, STS 18.12.2000 - RJ 2001\823-*

⁶⁷.- Entre otras, SSTS UD 16.02.2005 - RJ 2005\3492-, 12.04.2006 - RJ 2006\4871-, 26.09.2006 - RJ 2006\8726-, 08.11.2006 - RJ 2006\7818-, 05.02.2007 - RJ 2007\1902-, etc.

⁶⁸.- SSTS 23.02.1993 (2) - RJ 1993\1270 y RJ 1993\1271-

⁶⁹.- STS UD 23.07.1999 - RJ 1999\6466-, respecto a determinados complementos aplicables a los trabajadores fijos y no a los discontinuos.

⁷⁰.- Entre otras, STS 06.10.2006 -RJ 2006\6574-, etc.

el caso, como veremos en el mentado apartado c) de la retribución aplicable al período de vacaciones, en aplicación del Convenio 132 (revisado)

Por el contrario, son muy escasos los pronunciamientos del TS que optan por la técnica inversa, es decir, por la aplicación directa de los Convenios de la OIT, a fin de cubrir los vacíos de la legislación española o primando aquéllos sobre ésta. Es este el caso, en primer lugar, del régimen de responsabilidades de los organismos de protección de créditos salariales en los supuestos de insolvencia del empleador (Convenio 173), papel que en España cubre el Fondo de Garantía Salarial. Aunque es cierto que hallaremos declaraciones jurisprudenciales que vinculan la ordenación española con ese mandato internacional en forma genérica⁷¹, es especialmente significativa la doctrina de casación que ha venido a interpretar que dicho organismo respondía también de las indemnizaciones de origen legal –no convencional- por fin de contratos temporales –en tanto que el marco legal se limita a reconocer la obligación de pago en el caso de despidos-, con anterioridad al cambio experimentado por el artículo 33.2 de la Ley Estatuto de los Trabajadores por el R Decreto-Ley 5/2006 y la posterior Ley 43/2006. Dicha duda hermenéutica fue cubierta en su momento por el TS acudiendo precisamente y en forma directa al mentado Convenio 173, dando una respuesta negativa a la existencia de esa obligación de pago por derivar, en el caso analizado, de un convenio colectivo y no de una ley, al entender que la norma española debía ser glosada a la luz de la internacional y realizando una auténtica interpretación armónica –de hecho, la única existente- entre la legislación estatal y los Convenios de la OIT⁷².

También incide en dicha aplicación directa la doctrina casacional relativa al cálculo de la retribución en el período de vacaciones, respecto al Convenio 132 (revisado) cuando la convención colectiva no regula este aspecto o permite interpretaciones contrapuestas, en los términos que más adelante se analizarán.

En otros supuestos la doctrina casacional se aparta de las normas internacionales, aunque desde un punto de vista más garantista. Por tanto, se trata de sentencias en las que, aunque el TS difiere de la normativa de la OIT, va más allá en la tutela de los derechos de las personas asalariadas, generalmente por entender que la ley nacional también sobrepasa este ámbito. Así, por ejemplo, la declaración de nulidad del despido de la trabajadora embarazada, aún cuando el empleador desconozca el estado de la misma, por aplicación de la regulación contenida en el artículo 55.5 b) de la Ley Estatuto de los Trabajadores⁷³, sin que sea, por tanto, exigible el conocimiento por el empresario a través de la correspondiente comunicación al que se refiere el artículo 4.1

⁷¹ .- SSTS UD 22.04.2002 - RJ 2002\7797-, 22.10.2002 - RJ 2003\1904-, 14.10.2005 - RJ 2005\8024-, 29.11.2006 - RJ 2007\373-, etc.

⁷² .- Así, la STS UD 31.10.2001 –rec. 102/2001-. Dicha hermenéutica fue posteriormente aplicada también por las SSTS UD 25.12.2001 - RJ 2002\2205-, 11.03.2002 - RJ 2002\4682-, etc.

⁷³ .- Por ejemplo, aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional a la que luego se hará referencia, la STS UD 17.10.2008 –rec. 1957/2007- Véase el comentario a dicho pronunciamiento en MARÍN CORREA, J. M.; “*Embarazo de la trabajadora y despido*”; Actualidad Laboral núm. 3/2009. Véanse también las SSTS UD 16.01.2009 –rec. 1758/2008-, 17.03.2009 –rec. 2251/2008-, etc. También BORRAJO DACRUZ, E.; “*El caso del despido de la trabajadora embarazada*”; Actualidad Laboral núm. 17/2009.

de la Recomendación 95 de la OIT⁷⁴. Criterio más amplio desde el punto de vista garantista que el reconocido en la anterior doctrina casacional⁷⁵, en la que se venía precisamente a citar dicha Recomendación como óbice para esa interpretación más extensa, que sin embargo fue enmendado por la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido antes expuesto⁷⁶.

También hallaremos pronunciamientos en los que el TS considera que la regulación española es más garantista que la contemplada en la de la OIT, optando por la aplicación de aquélla, como en materia de marco regulador de la negociación colectiva, en relación al Convenio 98⁷⁷. En el mismo sentido, cabe citar aquí los pronunciamientos del TS que valoran que la legislación española reconoce una mayor duración del período de descanso por maternidad que contempla el Convenio 103⁷⁸. O el régimen de igualdad de trato de los trabajadores extranjeros, en relación al Convenio 97⁷⁹.

b) Trabajadores extranjeros, Convenios de la OIT y TS

Mención aparte merece las sentencias recaídas en casación en materia de extranjería. De entrada, cabe observar que, en general, la doctrina judicial española ha venido efectuando una plena equiparación entre los derechos laborales de los nacionales españoles y los de los asalariados extranjeros que han cumplido con los trámites administrativos en cuanto a permisos de residencia y/o trabajo, en cumplimiento del

⁷⁴ .- “Siempre que sea posible, el período antes y después del parto durante el cual sea ilegal para el empleador despedir a una mujer en virtud del artículo 6 del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, debería comenzar a contarse a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de un certificado médico, del embarazo de esa mujer, y debería ser prolongado por lo menos hasta un mes después de la terminación del período de descanso de maternidad previsto en el artículo 3 de dicho Convenio”

⁷⁵ .- STS UD 19.07.2006 - RJ 2006\6653-, 24.07.2007 –rec. 2520/2006-, 29.02.2008 –rec. 657/2007-, 12.03.2008 –rec. 1695/2007-, etc. Vid. RODRIGUEZ COPÉ, M. T.: “Trabajadoras embarazadas y despidos nulos: presunción «iuris et de iure» del móvil discriminatorio ¿en todo caso?»; Temas Laborales núm. 96: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_976_3.pdf

⁷⁶ .- STC 92/2008, de 21 de julio. En el mismo sentido, la STC 124/2009, de 18 de mayo. Véase CAVAS MARTÍNEZ, F.; “El tribunal constitucional “blinda” el contrato de las trabajadoras embarazadas”; Aranzadi Social núm. 11/2008, DESDENTADO BONETE, A.; “El despido de la embarazada y los límites de la justicia constitucional”; Diario La Ley, Nº 7039, Sección Columna, 22 Oct. 2008, CAIRÓS BARRETO, D. M.; “La confirmación constitucional de la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada”; Relaciones Laborales núm. 22/2008, OBSERVATORIO JURÍDICO SOCIOLABORAL MUJER Y TRABAJO núm: 1; “Despido de la trabajadoras embarazada: No es necesario que la empresa conozca el embarazo para que el despido pueda ser declarado nulo. Alcance de la doctrina del Tribunal Constitucional, Sentencia 92/2008 y STS 17-08-08”; Fundación 1º de Mayo, Marzo 2009, http://www.1mayo.ccoo.es/nova/NBdd_DesDocumento?cod_primaria=1185&cod_documento=1808&descargar=0; AGUSTÍ MARAGALL, J.; “A vueltas con la nulidad objetiva del despido en situación de embarazo: una respetuosa discrepancia respecto de la STC 92/2008”; Jurisdicción Social núm. 82: http://www.juecesdemocracia.es/pdf/REVISTA/jpd_num_82.pdf, ELORZA GUERRERO, F.; “La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas”; Temas Laborales núm.98 : http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1064_3.pdf, BORRAJO DACRUZ, E.; “Embarazo y despido”; Actualidad Laboral núm. 17/2009, etc.

⁷⁷ .- STS 98.10.2009 - RJ 2009\5665-; “Por su parte los artículos 87 y 88 ET regulan la legitimación para negociar los convenios colectivos y la constitución de la comisión negociadora. Desarrollo normativo del derecho fundamental que supera con mucho el contenido del Convenio 98 de la OIT”

⁷⁸ .- SSTS 11.05.1998 - RJ 1998\4325-, 05.05.2003 - RJ 2003\4418-, etc.

⁷⁹ .- STS 08.06.1987 - RJ 1987\4139-

Convenio 19 de la OIT⁸⁰. Ahora bien, la aplicación de dicho Convenio, conforme a algún pronunciamiento, queda al albur que el país de procedencia del trabajador extranjero también lo haya suscrito⁸¹, como ha hecho España, lo que desde mi punto de vista no es demasiado lógico, en tanto que no se trata, en puridad, de un Tratado bilateral en el que rija el principio de reciprocidad, aún tratándose en el supuesto analizado de una materia de Seguridad Social, aspecto en el que la legislación española exige dicho principio.

Sin embargo, la problemática práctica ha surgido en los supuestos de los trabajadores extranjeros en situación de ilegalidad, es decir, aquellos casos en los que la residencia y prestación laboral se efectúa sin el cumplimiento de la normativa española (y/o comunitaria)⁸², en relación a los aspectos contractuales y de Seguridad Social. En los

⁸⁰ .- Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; “Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo”; Temas Laborales número 59: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_470_3.pdf

⁸¹ .- STS UD 09.06.2003 -RJ 2003\3936-: “No es óbice a lo más arriba expuesto la dificultad de encuadrar el supuesto en la normativa internacional. El Convenio 19 de la OIT, subordina la obligación de dispensar el mismo trato a los extranjeros que a los súbditos nacionales, el que país del trabajador lo haya ratificado. Y si bien España lo ratificó (Gaceta del 26 de mayo de 1928) Ecuador no se halla entre los 119 países que lo han hecho. Pero en nuestra legislación, extendiendo el principio que lo inspira en esta materia de accidente de trabajo, estableció en el art. 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 que «la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional”

⁸² .- Véase, entre otras muchas reflexiones RAMOS QUINTANA, M. I.; “El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica”; en AA VV “Derechos y Libertades de los Extranjeros en España” (XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social; Gobierno de Cantabria, 2003, ISBN SA-542-2003 SA-542-2003; SALINAS MOLINA, F.; “El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica”; en “Derecho Internacional Privado. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social”; CGPJ, Madrid, 2001, ISBN: 84-892-3057-9; APARICIO WILHELMI, M. y PISARELLO G.; “La política migratoria europea y los derechos de las personas de terceros países. Entre la inclusión subordinada y la exclusión selectiva”; Boletín Mexicano de Derecho Comparado; Número conmemorativo del Sexagésimo Aniversario: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/123.5/cnt/cnt4.pdf>; RODRÍGUEZ CARDO, I. A.; “Extranjeros en situación irregular: derechos laborales y de Seguridad Social tras las últimas decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional”; Actualidad Laboral núm. 5/2009; CRUZ VILLALÓN, J.; “La política comunitaria de inmigración”; Relaciones Laborales núm. 15/2009; NOGUEIRA GUASTAVINO, M.; “La doctrina del Tribunal Constitucional español sobre los derechos sociales de los extranjeros no comunitarios”; Relaciones Laborales núm. 15/2009, MONEREO PÉREZ, J. L.; y TRIGUERO MÁRTINEZ, L. A.; “El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre”; Aranzadi Social núm. 19/2010, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; “La nueva legislación de extranjería e inmigración”; Relaciones Laborales núm. 9/2010, ORELLANA CANO, A. M.; “Régimen jurídico de los permisos de trabajo de extranjeros”; Actualidad Laboral número 1/2002, GÓMEZ ABELLERÍA, F. J.; “Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: Los efectos de su carencia”; Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 63: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/63/Est04.pdf. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.; “El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo: Régimen general y contingente”; Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 63 http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/63/Est05.pdf; TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.; “Los derechos de los trabajadores extranjeros: Puntos críticos”; Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 63: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/63/Est07.pdf; LOUSADA AROCHENA, J. F. y CABEZA PEREIRO, J.; “Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares”; Aranzadi Social núm. 7/8/2004, ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F.; “Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de

criterios hermenéuticos tradicionales, el TS había venido considerando que en tanto que el permiso de trabajo o residencia era un elemento “*ad solemnitatem*” para que existiera una relación laboral, la prestación de servicios sin ese requisito comportaba que el contrato de trabajo –y sus efectos en materia de previsión social- devinieran nulos y, por tanto, no existiera, en su caso, despido o responsabilidad empresarial por falta de afiliación o alta en la Seguridad Social, lo que no empecía una acción de resarcimiento por concurrencia de un posible enriquecimiento injusto, negando la aplicación del contenido del artículo 6 del Convenio 97, en tanto que éste exige que la persona migrante se halle en el país de acogida en forma legal⁸³. Sin embargo, tras los diversos cambios experimentados por la regulación legal de la extranjería, dicha doctrina se modificó⁸⁴, produciéndose una auténtica asimilación práctica con la situación de los trabajadores extranjeros “legalizados”, aunque esa tendencia no se ha llevado hasta las últimas consecuencias. Así, por ejemplo, se ha excluido de la plena equiparación los supuestos en los que ha existido una suplantación de personalidad por el asalariado⁸⁵ o respecto a las prestaciones de desempleo⁸⁶. En ese marco, cabrá recordar que el Estado español no ha suscrito el Convenio 143 OIT⁸⁷, en especial en relación a la Recomendación 111 –aunque sí ha suscrito el Convenio 97-, como tampoco lo ha hecho

políticas”; Temas Laborales núm. 104:
http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1171_3.pdf, etc.

⁸³ .- Entre otras, SSTS 15.02.1983 - RJ 1983\653-, 23.02.1983 - RJ 1983\849-, 02.03.1984 - RJ 1984\1507-, etc. Se afirma así en el último de dichos pronunciamientos: “*la actora, siendo extranjera, entró al servicio de la empresa demandada sin formalizar dicha relación de forma escrita, con ello asumió la responsabilidad dimanada de tal decisión, sin perjuicio de la que también podría alcanzar a la empresa -en el caso de autos precisamente traducida en la sanción impuesta por la Inspección de Trabajo-, pero sin que la interesada pudiera ignorar que tal situación no podía legitimarse y dar vida a una verdadera relación laboral sino mediante el inexcusable cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 4 y 7 del D. de 27 julio 1968, vigente a la sazón, conforme a los cuales la validez de un contrato de la naturaleza del que aquí se cuestiona viene condicionada por el previo visado por la Delegación Provincial de Trabajo del documento escrito firmado entre las partes y la expedición del correspondiente permiso de trabajo, exigencias formales que al no haber sido cumplidas, en el caso de autos, determina la nulidad radical del contrato afectado de tales irregularidades*”

⁸⁴ .- Véase, entre otras muchas, las SSTS UD 07.11.2002, 09.06.2003 -RJ 2003\3936-, 29.09.2003, 07.10.2003 -RJ 2003\6497-, 21.06.2011, etc.

⁸⁵ .- SSTS UD 21.01.2010 - RJ 2010\1264-, 09.03.2010 –rec. 4198/2998-, 07.10.2011 –rec. 3528/2010-, etc. Respecto a este último pronunciamiento Cf. GARCÍA PAREDES, M. L.; “*Accidente de trabajo: suplantación de la personalidad del trabajador extranjero irregular*”; Actualidad Laboral núm. 13/2010; DESDENTADO BONETE, A.; “*El accidente de trabajo del extranjero con «papeles falsos»*”; Diario La Ley, Nº 7416, Sección Columna, 3 Jun. 2010

⁸⁶ .- SSTS UD 18.03.2008 –rec. 800/2007-, 12.11.2008 –rec. 3177/2007-, etc. Véase DESDENTADO BONETE, A.; “*El desempleo del trabajador “sin papeles”*”; Diario La Ley, Nº 6986, Sección Columna, 10 Jul. 2008; ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. y PLAZA ANGULO, J. J.; “*Sobre la imposibilidad de acceder a la protección por desempleo por los trabajadores inmigrantes en situación irregular*”; Temas Laborales número 97: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1047_3.pdf; BORRAJO DACRUZ, E.; “*Trabajador “sin papeles” y desempleo*”; Actualidad Laboral núm. 13/2009; AMAADACHOU KADDUR, F.; “*la prestación por desempleo desde la perspectiva del inmigrante en situación administrativa irregular, ¿trabajadores de hecho pero no de derecho?*”; Temas Laborales núm. 110: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1276_3.pdf

⁸⁷ .- Vid GIL Y GIL, op. cit. RIVAS VALLEJO, P.; “*Quiebras en la igualdad de trato de los trabajadores extracomunitarios en la Unión Europea*”; Revista de Derecho del Trabajo, número 3 (número extraordinario), 2007, Fundación Universitas, Caracas, Venezuela. También el voto particular de la citada STS UD 21.01.2010

la Unión Europea como tal, pese a las continuas iniciativas producidas al respecto⁸⁸, lo que excluye la plena equiparación de los trabajadores denominados impropiaamente como “sin papeles”.

c) Los “Convenios malditos”: el 132 y el 158

Sin embargo, hallaremos otra línea doctrinal en la que claramente es apreciable un alejamiento restrictivo de los contenidos de los Convenios de la OIT por parte del Tribunal Supremo, privilegiando la norma nacional, menos garantista –en la hermenéutica del propio organismo–.

Es ésa claramente la tendencia apreciable en relación al **Convenio 132 (revisado)** en materia de vacaciones⁸⁹. En primer lugar, esa línea doctrinal se constata en cuanto a la retribución del período de descanso anual, en relación a las reflexiones efectuadas en el anterior apartado a). Así, de conformidad con el artículo 7 del Tratado, el salario aplicable a las vacaciones debe ser la “*remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado*”. En base a ello, hallaremos pronunciamientos que excluyen de la cantidad a abonar por vacaciones

⁸⁸.- Véase, por ejemplo, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «El papel de la inmigración legal en un contexto de desafío demográfico» (Dictamen exploratorio) –DOUE C 48 de 15 de febrero de 2011-: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:048:0006:0013:ES:PDF>, en cuyo epígrafe 8.22 se indica: “*El Comité propone que los Estados miembros de la UE ratifiquen los Convenios n o 97 y 143 de la OIT referidos a los trabajadores inmigrantes. Igualmente los Estados miembros de la UE deben suscribir la Convención Internacional (24) sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, tal como el CESE propuso en un Dictamen de iniciativa*”

⁸⁹.- Véase, en todo caso, las STS 21.07.2006 - RJ 2006\7184-, 24.04.2007 - RJ 2007\4197-, 19.06.2007 - RJ 2007\6850-, 27.09.2007 (2) - RJ 2007\ 8607 y RJ 2007\7124- u 11.01.2010 - RJ 2010\3413-, en las que se considera que dicho Convenio no es aplicable a la retribución de las reducciones de jornada por filiación o familia, al obedecer a una lógica diferente a la de las vacaciones. A una conclusión similar se ha llegado en relación a la aplicación del Convenio 132 a la retribución de la horas nocturnas (STS 15.09.1995 - RJ 1995\6778-) o a las situaciones de incapacidad temporal y a la extinta invalidez provisional (STS 25.02.1985 - RJ 1985\694-) Ténganse en cuenta, asimismo, las referencias a la finalidad de las vacaciones (“*procurar al trabajador el reposo necesario para que pueda recuperarse del desgaste fisiológico producido por su actividad laboral, así como un tiempo de esparcimiento o desalineación*”) que, en relación al Convenio 132 OIT contienen algunos pronunciamientos del TS, como por ejemplo, la STS UD 30.04.1996 - RJ 1996\3627-, entre otros. También hallaremos alguna cita a dicho Convenio en análisis jurídicos en relación a la condición salarial y no indemnizatoria del período de vacaciones –en relación a la aplicación de la responsabilidad de la empresa principal en contratos, ex art. 42 ET-, como puede apreciarse en las SSTS UD 09.03.2005 - RJ 2005\3499- y 31.01.2006 - RJ 2006\4352-. Asimismo, cabrá recordar que es pacífica la doctrina que valida la posibilidad de prorratear la paga de vacaciones o su pago si el contrato finaliza antes del disfrute, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Convenio 132 (entre otras, STS UD 05.11.2002 - RJ 2003\467-)

conceptos extrasalariales o conceptos que, aún de naturaleza salarial, son episódicos o puntuales de carácter extraordinario⁹⁰.

Son frecuentes, empero, los pronunciamientos del TS que aceptan un salario menor a lo largo de dicho período siempre que el mismo se haya acordado en convenio colectivo, sometiendo lo establecido en los Convenios de la OIT a la negociación colectiva española y estableciendo únicamente el carácter subsidiario de éstos, en el supuesto de no regulación por la norma convencional⁹¹, lo que no deja de comportar la insólita conclusión que los convenios colectivos están en el terreno aplicativo por encima de los tratados internacionales. Mas cabrá indicar, no obstante, que sí se ha aplicado –aunque como norma accesoria- el Convenio 132 cuando los términos de ésta son inexistente o no son claros y permiten interpretaciones contrapuestas⁹², en los términos más arriba referenciados en cuanto a los escasos pronunciamientos de aplicación directa de los Convenios de la OIT.

También esa lógica de no aplicación del Convenio citado imperó a lo largo de muchos años en materia de disfrute de vacaciones coincidentes con suspensiones contractuales por enfermedad. En efecto, cabrá recordar que conforme al artículo 6.2 del Convenio 132 (revisado) “*los períodos de incapacidad de trabajo resultantes de enfermedad o accidente no podrán ser contados como parte de las vacaciones pagadas anuales prescritas como mínimo*”; y el artículo 5.4 determina que “*En las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el Organismo apropiado, las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona*

⁹⁰ .- SSTS 20.12.1991 - RJ 1991\9093-, 20.01.1992 - RJ 1992\52-, 13.03.1992 - RJ 1992\1647-, 20.05.1992 - RJ 1992\3581-, 02.11.1993 - RJ 1993\8341-, 14.02.1994 - RJ 1994\1044-, 08.06.1994 - RJ 1994\5411-, 05.11.1994 - RJ 1994\8591-, 22.12.1994 - RJ 1994\10350-, 21.10.1994 -RJ 1994\9061-, 20.06.1995 - RJ 1995\5211-, etc.

⁹¹ .- Así, la STS UD 16.12.2005 - RJ 2006\330-: “*el Convenio 132 se remite a la vía interna para determinar los conceptos retributivos que deben pagarse durante las vacaciones, y, en este derecho interno, adquiere singular relieve en nuestro ordenamiento jurídico, el convenio colectivo dado su rango de fuente de derecho (art. 3.1.b) ET*”. En sentido similar, SSTS 01.10.1991 - RJ 1991\7653-, 07.10.1991 - RJ 1991\7202-, 20.12.1991 - RJ 1991\9093-, 21.01.1992 (2) - RJ 1992\59 y RJ 1992\52-, 13.03.1992 - RJ 1992\1647-, 30.09.1992 -RJ 1992\6829-, 06.11.1992 - RJ 1992\8786-, 21.12.1992 - RJ 1992\10351-, 29.12.1992 - RJ 1992\10373-, 01.02.1993 - RJ 1993\721-, 28.06.1993 - RJ 1993\4934-, 13.04.1994 -RJ 1994\2994-, 22.09.1995 - RJ 1995\6789-, 14.06.1996 - RJ 1996\5161-, 29.10.1996 - RJ 1996\8181-, 09.11.1996 - RJ 1996\8414-, 07.07.1999 - RJ 1999\6797-, 27.01.2004 - RJ 2004\1499-, 13.12.2004 - RJ 2005\586-, 25.01.2005 - RJ 2005\4822-, 29.12.2005 - RJ 2006\2664-, 14.03.2006 - RJ 2006\5226-, 25.04.2006 -RJ 2006\3104-, 06.06.2006 - RJ 2006\3433-, 26.01.2007 - RJ 2007\1620-, 02.02.2007 -RJ 2007\1493-, 19.04.2007 -RJ 2007\3986-, 30.04.2007 -RJ 2007\3993-, 03.10.2007 -RJ 2007\7908-, 21.12.2007 -RJ 2008\1543-, 18.03.2009 -RJ 2009\1845-, 26.10.2010 -RJ 2010\7289-, 06.03.2012 - JUR 2012\130410-, etc.

⁹² .- SSTS 23.12.1991 - RJ 1991\9097-, 21.12.1992 - RJ 1992\10351-, 02.11.1993 - RJ 1993\8341-, 19.10.1994 -RJ 1994\8057-, 17.12.1996 - RJ 1996\9717-, 03.06.1997 - RJ 1997\4621-, 2000\4245-, 30.05.2000 - RJ 2000\5975-, 08.04.2003 - RJ 2003\3589-, 15.04.2003 - RJ 2004\1212-, 22.07.2003 - RJ 2003\7110-, 30.09.2003 - RJ 2003\9031-, 27.01.2004 - RJ 2004\1499-, 12.02.2007 (2) - RJ 2007\3333 y RJ 2007\1493-, etc. Con rotundidad la STS UD de 18.03.2009 - RJ 2009\1845-, afirmaba: “*A falta de regulación en el Convenio Colectivo, y conforme a la jurisprudencia social expuesta, debe estarse directamente a lo establecido en el Convenio nº 132 de la OIT , es decir, conforme precisa nuestra jurisprudencia, a la " regla general de retribuirlas de acuerdo con la remuneración normal o media obtenida por el trabajador en la época de actividad, lo cual es acorde con su finalidad: garantizar el disfrute efectivo del derecho a vacaciones mediante la continuidad de la percepción de la renta del trabajo habitual*”. Véase, en cuanto a las peculiaridades del personal estatutario la STS 17.11.1986 - RJ 1986\6463-.

interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del periodo de servicios". Sin embargo, era doctrina casacional muy consolidada que si coincidía el período de descanso anual con una situación de incapacidad temporal, el trabajador perdía su derecho a aquél, siempre que las vacaciones se hubieran fijado previamente con carácter colectivo, lo que parecía del todo contrario al precepto internacional referido⁹³. La misma lógica se aplicaba, incluso, en el caso de coincidencia de la suspensión del contrato por maternidad con dicho descanso anual⁹⁴. Sin embargo, esta hermenéutica nacional sufrió una evidente convulsión con la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹⁵, en relación a la aplicación de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y la Directiva 2003/88/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. El primer pronunciamiento europeo que abordó dicha cuestión –en relación con la maternidad y en conexión, por tanto, también con la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo - estableció claramente que las referidas normas comunitarias *“han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla”*⁹⁶. El referido criterio comportó un cambio de la doctrina casacional en relación a las suspensiones contractuales por filiación⁹⁷, que también fue posteriormente elevado a rango legal⁹⁸.

⁹³ .- SSTS 30.11.1995, 27.06.1996, 02.02.1998, 11.07.2006 –rec. 87/2005-, 03.10.2007 –RJ 2008\606-, 20.12.2007 –rec. 75/2006-, 13.02.2008 - RJ 2008\2901-, etc. Ver GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.; *“Coincidencia de las vacaciones anuales con la incapacidad temporal: una vuelta de tuerca”*; Justicia Laboral núm. 33, CUENCA ALARCÓN, M.; *“Vacaciones e incapacidad temporal: ¿pérdida, coordinación o compensación de derechos sociales?”*; Actualidad Laboral núm. 7/2008, etc. En relación a un procedimiento por error judicial en esta materia, véase la STS 05.04.2009 - RJ 2009\2614-

⁹⁴ .- Entre otras, SSTS UD 30.11.1995 - RJ 1995\8771-, 27.06.1996 - RJ 1996\5389-, etc.

⁹⁵ .- Téngase en cuenta el cambio de denominación de dicho Tribunal –de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a Tribunal de Justicia de la Unión Europea-. Aunque una parte de los pronunciamientos que se citan a continuación fueron emitidos por el TJCEE, en el comentario presente nos referiremos en todo momento al TJUE

⁹⁶ .- STJUE de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01, Merino Gómez. Véase, al respecto NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; *“La compatibilidad de las vacaciones y el descanso por maternidad”*; Temas Laborales número 77: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_736_3.pdf, CES GARCÍA, E. M.; *“Vacaciones laborales: influencia de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”*; Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración número 77: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/77/Juris03.pdf

⁹⁷ .- STS UD 10.11.2005. El mismo criterio fue fijado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 324/2006, de 20 de noviembre, si bien centrando su análisis en la posible discriminación por razón de

Con posterioridad, el TJUE dictó nuevos pronunciamientos –respecto a la interpretación de la Directiva 2003/88/CEE- en la que vino a extender dicha hermenéutica también a los supuestos de coincidencia de vacaciones e incapacidad temporal⁹⁹, con cita expresa del carácter inspirador del Convenio 132 (revisado)¹⁰⁰. Esta doctrina significó que también el TS español se replanteara su doctrina en esta materia, reconociendo el derecho de los trabajadores cuyo período de descanso anual coincidiera con una situación de incapacidad temporal a gozarlo posteriormente aunque hubiera finalizado el año natural, con cita expresa del citado Convenio OIT¹⁰¹.

género. Vid. también RODRÍGUEZ COPÉ, M. L.; “Derechos de las trabajadoras-madres y poder empresarial: la coincidencia del período de baja maternal y de vacaciones anuales”; Temas Laborales número 84: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_821_3.pdf

⁹⁸ .- Modificación del artículo 38 de la Ley Estatuto de los Trabajadores por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

⁹⁹ .- STJUE de 20 de enero 2009, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06, Schultz-Hoff, en la que se afirmaba: “El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador en situación de baja por enfermedad no tiene derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con su baja por enfermedad”. Posteriormente, dicha hermenéutica se ha seguido también en la STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-277/08, Vicente Pereda, ya en relación a la normativa española.

Véase el comentario de dichas Sentencias en RODRÍGUEZ CARDO, I. A.; “Vacaciones e incapacidad temporal”; Actualidad Laboral núm. 6/2009 y, del mismo autor, “Derecho a cambiar la fecha de disfrute de vacaciones si coincide con una incapacidad temporal”; Actualidad Laboral núm. 20/2009. También RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; “Incapacidad temporal y derecho a vacaciones”; Relaciones Laborales núms. 7 y 8/2009 ; VARELA AUTRAN, B.; “La incapacidad temporal concurrente con el período convencionalmente previsto para la vacación anual”; Diario La Ley, N° 7278, Sección Tribuna, 6 Nov. 2009.

¹⁰⁰ .- “37 Con carácter liminar, procede recordar que, según su sexto considerando, la Directiva 2003/88 tuvo en cuenta los principios de la Organización Internacional del Trabajo por lo que respecta a la distribución del tiempo de trabajo.

38 A este respecto, procede recordar que, a tenor del artículo 5, apartado 4, del Convenio n° 132 de la Organización Internacional del Trabajo, de 24 de junio de 1970, relativo a las vacaciones anuales pagadas (revisado), «[...] las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, [...] serán contadas como parte del período de servicios.»

¹⁰¹ .- STS UD 24.06.2009 –rec. 1542/2008-, en la que se afirma: “El art. 10 del Convenio 132 OIT claramente alude a la obligada coordinación de los intereses empresariales y de los trabajadores a los efectos de fijar el período vacacional, y este mandato obliga -a la luz de la STJCE 28/01/09- a decantarse por la primacía de los intereses de los operarios en los supuestos de que tratamos [IT previa a vacación fijada] cuando la empresa no aduce o acredita perturbación en la organización por el cambio de fecha -en causa a la IT- previamente acordada; lo contrario comportaría una subordinación del derecho del trabajador ajena a los límites «impuestos por la necesaria protección de un interés constitucionalmente legítimo, y respetuosos con el principio de proporcionalidad», en los términos ya citados” Para proseguir: “De esta manera, la referida obligación de «medios» que a la empresa corresponde no se limita a fijar o pactar la fecha en que el trabajador haya de gozar de su descanso anual, sino que igualmente ha de extenderse a revisar la misma -si ello fuere compatible con los legítimos intereses empresariales en juego en aquellos supuestos en los que un hecho obstativo posterior [así, la IT] enervase la posibilidad de que el operario disfrute de un derecho constitucionalmente garantizado y propio de un Estado social; así, incluso podría reinterpretarse el art. 6.2 del Convenio 132 OIT [«los períodos de incapacidad de trabajo ... no podrán ser contados como parte de las vacaciones»], en sentido de que - como ya había apuntando algún sector doctrinal- producida la IT se debe presumir frustrada la funcionalidad de las vacaciones y deberá señalarse un nuevo período de descanso”. En el mismo sentido, SSTS UD 21.01.2010 – RJ 2010\3116-, 04.02.2010 –rec. 2288/2009-, 08.02.2010 – RJ 2010\2320-, 11.02.2010 –rec. 1293/2009-, 19.04.2010 - RJ 2010\2637-, 27.04.2010 – RJ 2010\4985-, 31.05.2010 - RJ 2010\5928-, 13.07.2010 - RJ 2010\3495-, 15.11.2010 - RJ 2010\9146-, 08.02.2011 - RJ 2011\2723-, 23.01.2012 –rec. 87/2011-, etc. Véase, al respecto, GARCÍA PAREDES, M. L.; “Vacaciones

Es significativa, por otra parte, la cuestión prejudicial elevada por el propio TS ante el TJUE respecto al derecho del disfrute de vacaciones cuando la incapacidad temporal es posterior al inicio de las mismas, aspecto que ha sido analizado –con respuesta positiva al mantenimiento de dicho derecho– por la reciente STJUE de 21 de junio de 2012¹⁰² También con respecto a las vacaciones, cabrá indicar que conforme al artículo 9.1 del mentado Convenio 132 (revisado) “*La parte ininterrumpida de las vacaciones pagadas anuales (...) deberá concederse y disfrutarse a más tardar en el plazo de un año, a partir del final del año en que se haya originado el derecho a esas vacaciones, y el resto de las vacaciones anuales pagadas, a más tardar, dentro de los dieciocho meses, contados a partir de dicha fecha*”. Cabía colegir, por tanto, que si el período de vacaciones no se disfrutaba dentro del año natural, el derecho se mantenía en el siguiente, al menos en sus primeros seis meses. Sin embargo, también aquí la doctrina casacional española tradicional se inclinaba por una práctica contraria al mentado Tratado internacional, estableciendo como límite máximo no superable el año natural en que se devengaban¹⁰³, incluso por lo que hace a su concreta remuneración¹⁰⁴ o a las

anuales. Incapacidad Temporal”; Actualidad Laboral núm. 20/2009; RAVANAL CARBAJO, P.; “*Incapacidad temporal y vacaciones*”; Aranzadi Social núm. 16/2009, VELASCO PORTERO, M. T.; “*El derecho a vacaciones y las bajas por incapacidad laboral del trabajador*”; Actualidad Laboral 2/2010, ROJO TORRECILLA, E.; “*Nuevamente sobre el derecho a las vacaciones y la incidencia del proceso de baja (antes o durante el período de disfrute)*”; Blog del autor: <http://eduardorjoblog.blogspot.com.es/2010/01/nuevamente-sobre-el-derecho-las.html> y http://eduardorjoblog.blogspot.com.es/2010/01/nuevamente-sobre-el-derecho-las_24.html; LLORENTE ÁLVAREZ, A.; “*Vacaciones e incapacidad temporal: una tensión permanente. Jurisprudencia comunitaria y nacional*”; Aranzadi Social núm. 5/2010, SOBRINO GONZÁLEZ, G.; “*Los efectos de la incapacidad temporal sobre el período de vacaciones fijado con antelación (comentario a la STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2009)*”; Relaciones Laborales núm. 10/2010, etc.

¹⁰² .- Asunto C-76/11, ANGED. Vid RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.; “*Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencia del TJUE*”; Relaciones Laborales número 13/2012

¹⁰³ .- Entre otras muchas SSTS 05.05.1969 –RJ\1969\4191-, 20.04.1971 –RJ\1971\1415-, UD 25.02.2003, etc. O también la STS UD 17.09.2002 - RJ 2002\10551-, en la que se afirma: “*La expresión vacaciones anuales que utiliza el artículo 38.1 del Estatuto de los Trabajadores significa que se tiene derecho a ellas por cada año de trabajo, pero también indica la obligación de disfrutar las vacaciones dentro de cada año natural, distinguiéndose entre el devengo o la formación del derecho a vacaciones que va produciéndose con el transcurso de cada año de servicio, y el disfrute de esas vacaciones, que ha de realizarse dentro del año natural correspondiente. Este criterio está implícito en la regla de proporcionalidad del artículo 4 del Convenio 132 de la OIT, a tenor del cual «toda persona cuyo período de servicios en cualquier año sea inferior al requerido para tener derecho al total de vacaciones prescrito en el artículo anterior tendrá derecho respecto de ese año a vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en dicho año». El problema consiste en el que la fecha del disfrute efectivo de las vacaciones, que ha de fijarse por acuerdo entre empresario y trabajador conforme a la planificación anual de las vacaciones, según el artículo 38.2 del Estatuto de los Trabajadores, no tiene por qué coincidir con el «cierre» de cada período devengo, mientras que el disfrute de las vacaciones en cada año comprende o debe comprender, en principio, todas las vacaciones devengadas ese año. En realidad, lo que se producen son ajustes –normalmente, adelantos– en el disfrute sobre el devengo. Si no fuera así, el disfrute de las vacaciones tendría que coincidir con cada período de cierre del devengo, lo que obviamente no se ajusta a la regla del artículo 38.2 del Estatuto de los Trabajadores, sobre la fijación de los períodos de vacaciones y es claro que la fijación del período de disfrute no puede perjudicar el derecho de quien a lo largo del año cumple el tiempo de devengo. El artículo 11 del Convenio 132 de la OIT no lleva a conclusión contraria, pues lo que establece es el derecho a la percepción de la parte proporcional de lo ya devengado, por «la duración del servicio por el que no haya recibido aún vacaciones», pero esta duración no coincide, por lo ya dicho, con el período posterior al último disfrute de las vacaciones. El período devengado en el año anterior ha sido ya de forma completa*

suspensiones contractuales por maternidad¹⁰⁵. El mentado criterio fue también modificado por la Sala de lo Social del TS, en virtud de las sentencias del TJUE ya indicadas en relación al supuesto de coincidencia de incapacidad temporal o maternidad y vacaciones –al hacerse expresa referencia a dicho cómputo-¹⁰⁶. Cabrá en este punto, sin embargo, indicar que posteriormente la doctrina del TJUE ha sido matizada, por aplicación directa del Convenio 132 OIT, limitando el período posterior al decurso del año natural al final de los seis meses siguientes, siempre que a lo largo del período de generación no se haya estado continuadamente en incapacidad temporal¹⁰⁷. Criterio comunitario que, de nuevo, ha obligado al TS a modificar su hermenéutica tradicional en pronunciamientos recientes¹⁰⁸.

En la actualidad, tras el RDL 3/2012, el artículo 38.3 ET ha venido ya a recoger esos criterios jurisprudenciales, al adicionarse en el mismo un nuevo párrafo conforme al cual “*en el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior [en relación a las suspensiones contractuales derivadas de filiación o riesgo durante la lactancia natural, incluidas ya previamente por la LOIEMH] que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado*”¹⁰⁹. No deja de llamar la atención que, de hecho, nos hallamos ante una mejora del contenido del Convenio 132 OIT, en tanto que éste establece un plazo máximo de un año tras el año de devengo en términos generales, ampliándose hasta dieciocho meses si las vacaciones son partidas. Sin embargo, el actual redactado del art. 38.3 ET aplica este último plazo a todas las situaciones.

No deja de ser significativo que estos cambios doctrinales no se hayan producido por la presión de los organismos de la OIT correspondientes, sino por la obligatoria aplicación en el Estado español de la doctrina del TJUE –por aplicación de las correspondientes

disfrutado en ese año, por lo que el criterio de la sentencia recurrida de empezar el devengo en 1 de enero del año del cese no puede considerarse incorrecto. Tampoco se desprende lo contrario del artículo 7.2 de la Directiva 93/104, porque, aparte de que en el recurso no se razona su infracción, el principio citado se limita a establecer que «el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, salvo en el caso de conclusión de la relación laboral», pero no fija ningún criterio para precisar el cómputo del período devengado”

¹⁰⁴.- STS UD 25.02.2003 - RJ 2003\3090-

¹⁰⁵.- STS UD 30.11.1995 - RJ 1995\8771-

¹⁰⁶.- Entre otras, STS UD 25.05.2010 –rec. 3103/2010-, etc.

¹⁰⁷.- STJUE de 22 de noviembre de 2011, asunto C-214/10, KHS, AG, en la que se afirma: “*es preciso observar sobre ello que según el artículo 9, apartado 1, del Convenio n° 132 de la Organización Internacional del Trabajo, de 24 de junio de 1970, relativo a las vacaciones anuales pagadas (revisado), la parte ininterrumpida de las vacaciones pagadas anuales deberá concederse y disfrutarse a más tardar en el plazo de un año, a partir del final del año en que se haya originado el derecho a esas vacaciones, y el resto de las vacaciones anuales pagadas, a más tardar, dentro de los dieciocho meses, contados a partir de dicha fecha. Cabe entender que esa regla se sustenta en la consideración de que, al término de los plazos que prevé, la finalidad de los derechos a vacaciones ya no podrá lograrse plenamente”*

¹⁰⁸.- Así, la STS 23.01.2012 - JUR 2012\81223-, en la que se afirma: “*Ese mismo período también debe proteger al empresario del riesgo de una acumulación demasiado prolongada de períodos de inactividad laboral del trabajador y de las dificultades que podrían causar para la organización del trabajo”*

¹⁰⁹.- Vid. STS UD 04.02.2015 –RJ 2015\501-.

Directivas-, lo que a la postre no pone más que en evidencia el carácter no sustantivos de los Tratados de aquél primero organismo en la práctica judicial española.

También resulta singular el criterio de aplicación casacional del **Convenio 158 OIT** en materia de despidos. Aquí hallaremos pronunciamientos que, en su lógica finalista, no dejan de ser contradictorios.

Así, de entrada, el TS ha venido aplicando a rajatabla el Convenio en relación a concretos aspectos. Es el caso del artículo 3 de dicha norma internacional¹¹⁰ en cuanto a los aspectos constitutivos de la decisión extintiva empresarial¹¹¹. O la integración en la figura del despido de cualquier extinción contractual por voluntad del empleador (en relación al ámbito de aplicación de su artículo 3¹¹²), salvo cuando se trata de una prejubilación, al entender que se trata de un acto voluntario por el asalariado¹¹³. O, por otra parte –aunque como razonamiento “*obiter dictum*”- se ha aplicado el mentado Convenio en relación a la posibilidad de acceder en todo caso a la revisión judicial del despido, aunque exista retractación empresarial posterior de la decisión extintiva¹¹⁴. En el mismo sentido, hallaremos pronunciamientos que citan en forma expresa el artículo 5 del Convenio respecto a las reglas de la carga de la prueba en materia de despidos¹¹⁵. Y también se ha venido considerando que el período de consultas para los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo 51 de la Ley Estatuto de los Trabajadores) tiene su referente internacional –amén de las normas comunitarias- en el artículo 13.1 b) del Convenio 158 (“*cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos (...) de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, ofrecerá a los representantes de los trabajadores interesados, lo antes posible, una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las*

¹¹⁰ .- “A los efectos del presente Convenio, las expresiones *terminación y terminación de la relación de trabajo* significan *terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*”

¹¹¹ .- SSTS 07.12.1990 - RJ 1990\9760 -, 21.12.1990 - RJ 1990\9820 -, 01.07.1996 - RJ 1996\5628-, 17.05.2000 - RJ 2000\5160-, 21.10.2004 - RJ 2004\7029-, 04.12.2007 -RJ 2008\1895-, 10.06.2009 - RJ 2009\5016-, etc.

¹¹² .- SSTS UD 26.02.1990 - RJ 1990\1233-, 09.04.1990 -RJ 1990\ 343829-, 29.12.1992 -RJ 1992\10378-, 27.07.1993 - RJ 1993\5992-; 29.11.1993 - RJ 1993\9091-, 02.03.1994 - RJ 1994\2046-; 20.07.1994 - RJ 1994\6688-, 23.12.1996 - RJ 1996\9839-, 14.05.1997 - RJ 2007\5084-, etc. Véase, asimismo y singularizada por su particularidad, la STS 30.04.1990 - RJ 1990\3513-

¹¹³ .- SSTS UD 06.03.2006 - RJ 2006\5213-, 07.04.2006 - RJ 2006\4860-, 30.05.2006 - RJ 2006\3783-, 04.07.2006 - RJ 2006\7696-, 22.06.2006 - RJ 2006\8516-, 23.12.1996 - RJ 1996\9839-, 13.10.2006 - RJ 2006\9043-, 23.10.2006 - RJ 2006\7731-, etc.

¹¹⁴ .- STS UD 07.10.2009 -RJ 2009\5664-: “*el hipotético abuso del derecho se limitaría -de admitirse la eficacia de la retractación en determinados supuestos excepcionales y la injustificación de que no fuese aceptada- a la pretensión de salarios de trámite; pero que por principio nunca alcanzaría al propio ejercicio de la acción por despido, que siempre está justificado por el art. 8 del Convenio 158 OIT [«El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro»] y del derecho a impetrar la tutela judicial que confiere el art. 24.1 CE*”. En el mismo sentido, STS UD 11.12.2009 - RJ 2010\2117-.

¹¹⁵ .- SSTS 17.10.1990 - RJ 1990\7692-, 12.02.1991 - RJ 1991\829-, etc.

*terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos”)*¹¹⁶

Sin embargo, otros preceptos del Convenio 158 han sido omitidos en la doctrina casacional.

En este subapartado cabrá reseñar que la suscripción por el Estado español del citado Convenio comportó un largo debate doctrinal en relación a su tramitación e impugnación. Dicha norma fue ratificada por España por Instrumento de 18 de febrero de 1985, publicado en el BOE de 29 de junio¹¹⁷. Pues bien, el modelo español de impugnación del despido era en aquellos momentos –y lo sigue siendo- relativamente simple: a) sólo se contempla la tramitación de un expediente de tramitación interno en el caso de representantes de los trabajadores o en aquellos supuestos en los que el convenio colectivo establece dicha obligación, sin que en el resto de casos –la inmensa mayoría, en la práctica- exista incidente previo en la empresa; b) el trabajador antes de acceder a la jurisdicción debe tramitar un intento de conciliación –o reclamación previa- ante el organismo administrativo o extrajudicial correspondiente; c) posteriormente, debe interponer demanda ante el juzgado de lo social, abriéndose a partir de ahí la vía jurisdiccional. Los problemas surgieron en tanto que el artículo 7 del Convenio determina que *“no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”*. Se trata, obviamente de un trámite interno, en tanto que los posteriores artículos contemplan la posibilidad de acceso por el trabajador a un órgano revisorio *“neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro”*.

En ese marco la doctrina casacional española ha sido pacífica, al entender que podría considerarse como una aplicación del artículo 7 del Convenio 158 OIT la tramitación de dichos expedientes disciplinarios previos, en los supuestos legal o convencionalmente exigidos¹¹⁸, o, incluso, cuando ha existido un previo requerimiento informal de justificación por el empleador¹¹⁹.

¹¹⁶ .- STS UD 28.01.1997 - RJ 1997\907-

¹¹⁷ .- La fecha de entrada en vigor en España se produjo el 26 de abril de 1986, lo que comportó su inaplicación, pese a ser invocado, en relación a despidos efectuados con anterioridad. Así, las SSTS 11.05.1987 - RJ 1987\3665-, 14.07.1987 - RJ 1987\5371-, 24.09.1987 - RJ 1987\6383-, etc.

¹¹⁸ .- SSTS 20.03.1998 - RJ 1989\1886-; en la que se indica: *“hay que conectar la exigencia del art. 7 del Convenio de la OIT con el art. 51 del V Convenio General de Industrias Químicas que exige en supuestos de faltas muy graves, la tramitación de expediente dando cuenta al Comité de Empresa o Delegados de Personal de la sanción que se impone al trabajador. El tema se centra, por tanto, en apreciar si ha existido o no expediente formulado al actor y si se han observado las garantías que el mismo exige. Al respecto se ha de manifestar que las cartas enviadas por la empresa al actor, no son inicio de expediente disciplinario alguno, sino advertencias de que no debe dar instrucciones de tipo comercial a los empleados de la empresa ...Estas circunstancias unidas a que no se concretaron cargos frente al actor como faltas a sancionar, ni se le dio oportunidad de presentar antes del despido prueba al respecto, teniendo en cuenta asimismo el dato de que antes del despido no se oyó al Comité de Empresa o Delegados de Personal, han de llevar a concluir que el despido del actor se hizo sin observar las garantías del expediente contradictorio que exige el art. 51 del Convenio de Industrias Químicas, por el que se regía la relación del trabajador y empresa, y la audiencia del Comité de Empresa o Delegados de Personal -no la falta de comunicación «a posteriori» de la sanción, es garantía trascendente a efectos de la imposición de la sanción”*. En el mismo sentido, SSTS 21.09.1987 - RJ 1987\6227-, 16.11.1987 - RJ

Ahora bien, cuando no existe la obligación legal o convencional de realizar un expediente interno anterior al despido, aparece el obvio problema de que nuestro marco legal no contempla la obligación de cumplimiento del mismo, lo que parece ser claramente contrario al mentado artículo 7. Sin embargo, la doctrina casacional posterior a la entrada en vigor en España del Convenio 158 negó que la omisión de dicho trámite comportara cualquier efecto en la calificación del despido –en unos momentos históricos en los que la no superación por la decisión extintiva del empleador del trámite de formalidad comportaba la nulidad del despido, y por tanto, la obligación de readmisión, en una regulación que no se encuentra en vigor desde 1994-. A dichos efectos, se invocó –en línea con las previas reflexiones del apartado a), al que nos remitimos- la inexistencia de una ley de transposición (lo que, como también se ha dicho, no parece muy conforme con el mandato de los artículos 96.1 CE y 5.1 CC), a lo que se añadió que el trámite interno se sustanciaba por la propia carta de despido y el acto de conciliación previa, prejudicial y judicial¹²⁰ (lo que era claramente contrario al

1987\7981-, 05.05.1988 - RJ 1988\3563-, 22.09.1988 - RJ 1988\7093-, 20.03.1989 - RJ 1989\1886-, 07.06.1989 - RJ 1989\4549-, 19.06.1989 - RJ 1989\4810-, 23.10.1989 - RJ 1989\7315-, 07.12.1989 - RJ 1989\697-, UD 18.02.1997 - RJ 1997\1448-, 04.05.2009 - RJ 2009\2631-, etc.

¹¹⁹.- SSTS 22.02.1988 - RJ 1988\747-, 30.05.1988 - RJ 1988\4667-, 27.06.1988 - RJ 1988\5475-, etc.

¹²⁰.- Así, la STS 04.11.1987 - RJ 1987\7810-, en la que se afirmaba: “El artículo 7 del mencionado Convenio establece que «no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o con su rendimiento, antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad»; norma interna de nuestro ordenamiento jurídico que no es de aplicación directa, al exigir que el legislador desarrolle el procedimiento adecuado que ofrezca al trabajador la garantía que postula. No obstante, e ínterin que este desarrollo legislativo tenga lugar, el trabajador que se encuentra en alguno de los supuestos que se contemplan en el precepto examinado, está garantizado con la exigencia establecida en el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores de que el empresario deberá entregarle carta de despido en la que figuren los hechos que motivan el despido y la fecha en la que tendrá efecto; de cuyos cargos puede defenderse en el Acto de Conciliación ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, en el Acto de Conciliación previo al proceso -artículo 75 de la Ley Procesal- y en el proceso jurisdiccional”. La tesis de la necesidad de norma interna se verá reforzada por la STS 08.03.1989, en la que se afirmaba: el artículo 7 del Convenio 158 “debe relacionarse con el artículo 1 del Convenio, según el cual «deberá darse efecto» a sus disposiciones «por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional», con lo que está reconociendo con carácter general la naturaleza no directamente ejecutiva de sus normas, las cuales sólo por vía de excepción y de acuerdo con la práctica nacional podrán ser aplicadas sin esa mediación normativa del Derecho interno. El artículo 7 no puede entenderse comprendido dentro de esa excepción respecto a las resoluciones judiciales, porque ni la práctica nacional, en este caso la propia delimitación constitucional de la función jurisdiccional, autoriza una acción judicial de desarrollo normativo de una disposición internacional, que es lo que, en definitiva, se produciría dado el contenido de ésta, ni tal contenido admite en la actual situación del ordenamiento español una aplicación directa, pues las técnicas de flexibilidad empleadas en su formulación permiten, como ha puesto de relieve la doctrina científica, diversas posibilidades de desarrollo y un amplio sistema de excepciones, no sólo subjetivas por la vía del artículo 2, sino, sobre todo, objetivas, en atención al criterio de razonabilidad de la negativa empresarial a la audiencia. A ello debe añadirse, como han destacado las sentencias de la Sala a que se ha hecho referencia, que tal aplicación no vendría a corregir una situación de indefensión del trabajador frente al despido, sino a introducir una nueva garantía formal junto a las ya existentes en el ordenamiento español, cuya incorporación a éste puede exigir una adaptación del marco normativo vigente con anterioridad a la recepción del Convenio, adaptación que sólo la ley puede abordar con la necesaria generalidad y precisión, por lo que, sin negar la eficacia del Convenio en este punto, la misma debe reconducirse al ámbito de la responsabilidad del Estado en su desarrollo conforme al artículo 19.5.d) de la Constitución

texto del Convenio 158, al tener la misiva o comunicación extintiva efectos constitutivos de la extinción). Dicha doctrina –de hace ya casi un cuarto de siglo- no se ha modificado hasta la fecha, aunque el modelo de despido español ha sufrido cambios significativos.

El segundo problema aplicativo surgió de la causalidad del despido. A este respecto deberá reseñarse que el artículo 4 del Convenio contempla “*no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio*”. A lo que cabe añadir que el artículo 9.1 determina que “*los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada*”. Y que, conforme al artículo 10: “*si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada*”. Y, finalmente, el artículo 12.1 determina que “*de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho (...) una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores*”. De todo ello cabe

de la O. I. T. y dentro del tipo de acuerdos internacionales que exigen medidas legislativas para su ejecución a los que se refiere el artículo 94.1.e) de la Constitución Española”. Y la tesis de la carta y la conciliación como elemento de cumplimiento, en la SSTS 05.11.1987 - RJ 1987\7815-: “*el invocado artículo 7 del Convenio Internacional exige, que antes de darse por terminada la relación de trabajo que une al trabajador con un empleador se le haya dado la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, garantías que han de reputarse suficiente y cumplidamente existentes en nuestro derecho actualmente vigente puesto que, independientemente del proceso a que puede acudir el trabajador donde el despido impuesto se declarará, en definitiva, procedente, improcedente o nulo (o con nulidad radical, en su caso), antes de él tiene oportunidad de defenderse de los cargos que le fueran imputados en la notificación a que se refiere el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, en el trámite conciliatorio procesal a que se refiere el artículo 50 de la Ley de Procedimiento Laboral y aun, antes de entrar en el juicio y ya ante el Magistrado, en la conciliación que también ha de intentarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75 de la misma Ley Procesal citada*”. En el mismo sentido, SSTS 24.11.1987 - RJ 1987\8050-, 08.03.1988 - RJ 1988\1885-, 19.04.1988 - RJ 1988\2991-, 28.04.1988 - RJ 1988\3038-, 17.05.1988 - RJ 1988\4242-, 19.05.1988 - RJ 1988\4263-, 23.05.1988 - RJ 1988\4272-, 30.05.1988 - RJ 1988\4668-, 13.06.1988 - RJ 1988\5274-, 20.06.1988 - RJ 1988\5425-, 22.06.1988 - RJ 1988\5450-, 28.06.1988 - RJ 1988\5482-, 30.06.1988 - RJ 1988\5493-, 06.07.1988 - RJ 1988\6116-, 11.07.1988 - RJ 1988\5787-, 14.07.1988 - RJ 1988\5828-, 15.07.1988 - RJ 1988\6150-, 19.07.1988 - RJ 1988\6194-, 21.07.1988 - RJ 1988\6220-, 13.09.1988 (3) - RJ 1988\6885, RJ 1988\6886 y RJ 1988\6884-, 14.09.1988 - RJ 1988\6891-, 15.09.1988 - RJ 1988\6898-, 22.09.1988 - RJ 1988\7093-, 27.09.1988 - RJ 1988\7122-, 05.10.1988 - RJ 1988\7532-, 03.11.1988 - RJ 1988\8508-, 28.04.1989 - RJ 1989\2988-, 26.07.1989 - RJ 1989\5918-, 20.09.1989 - RJ 1989\6463-, 27.09.1989 - RJ 1989\6529-, 13.11.1989 - RJ 1989\8045-, 30.11.1989 - RJ 1989\8287-, 04.12.1989 - RJ 1989\8924-, 31.01.1990 - RJ 1990\801-, 23.04.1990 - RJ 1990\3482-, etc.

diferir que el modelo de despido que se deriva del mentado Convenio puede ser resumido en la forma siguiente: a) el criterio general es el mantenimiento del empleo, de tal forma que todos los despidos han de obedecer a una causa; b) los organismos de control judiciales o extrajudiciales tienen competencias para analizar la causalidad del despido y todas las circunstancias conexas, a fin de determinar si la extinción es justificada; c) si la conclusión final de dichos organismos es que la causa es injustificada, de conformidad de la legislación nacional, podrán ordenar la readmisión o el pago sustitutivo de una indemnización.

En nuestro modelo aparece la paradoja del control de causalidad meramente formal del despido y esencialmente, sus efectos. En efecto, el vigente ordenamiento cumple aparentemente con las exigencias del Convenio. Así, debe concurrir causa extintiva, existe un control judicial de la misma y en función de la valoración judicial del despido se condena a la empresa a readmitir o indemnizar. Ahora bien, el problema real surge cuando no existe causa real por ser ésta meramente aparente. Es decir, cuando en puridad jurídica no concurre despido, sino estrictamente un desistimiento empresarial, figura contraria a la causalidad del despido, por definición: de ahí que buena parte de los países europeos que la contemplan bien en forma generalizada –modelo anglosajón- o parcial –respecto al número de asalariados o por el tipo de empresa- no hayan suscrito el Convenio 158 OIT.

Esa contradicción en nuestro ordenamiento –es decir, la no confusión entre desistimiento y despido- fue salvada en su día judicialmente a través de la figura del despido en fraude de ley, acudiendo al artículo 6.4 CC y, por tanto, sancionando la nulidad¹²¹. Sin embargo, la entrada en vigor de la LPL 1990 y la aplicación de la reforma laboral de 1994, que, como es sabido limitó la nulidad del despido a las vulneraciones de derechos fundamentales y otras libertades públicas, con ampliación posteriormente al ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar y a las víctimas de violencia de género- determinó un cambio doctrinal, de tal forma que los efectos de dicho fraude pasaban estrictamente por la improcedencia¹²². Y aunque es evidente, como se ha dicho, que esa conclusión no se apartaba del mandato internacional desde una perspectiva meramente formal, el hecho cierto es que el desistimiento empresarial venía a aceptarse de facto.

La paradoja se agravó con la legalización del denominado “*despido exprés*” tras la reforma experimentada por la Ley 45/2002 y su generalizada implantación como mecanismo de salida fácil por parte de los empleadores, sin un control judicial efectivo –salvo vulneración de derechos fundamentales y/o insuficiencia de la indemnización por error insubsanable-. En ese marco los datos estadísticos ponen en evidencia cómo desde el año 2003 hasta el año 2011 el 10,5 % de las nuevas altas en las prestaciones de desempleo contributivas obedecieron a un despido exprés. Y, en relación al total de despidos que dieron lugar a las mentadas prestaciones, el porcentaje se elevó hasta el 72 por ciento; esto es: prácticamente tres de cada cuatro despidos (en relación a las altas de prestaciones contributivas)

¹²¹.- Por todas, STS 06.03.1986 (RJ 1986\1213)

¹²².- SSTS UD 23.05.1996 [RJ 1996\4612], 30.12.1997 [RJ 1998\447], etc

En la práctica, esa realidad significó la anunciada contradicción: mientras, conforme a sus compromisos internacionales, en España no existe desistimiento, la realidad práctica del despido exprés comportó que una parte muy significativa de las extinciones contractuales se articularan a través del mentado desistimiento –pues eso es, y no otra cosa, el referido despido exprés-. De esta manera se ha mantenido por múltiples sectores de la doctrina científica que la declaración de improcedencia no es otra cosa que la legalización del despido comprado y, por tanto, sin causa, lo que iría en detrimento del mandato del mentado Convenio 158. En efecto: lo que en definitiva regula el Convenio 158 es el control externo del despido: por tanto, que la decisión empresarial, basada inicialmente en la simple autotutela, es susceptible de posterior control en cuanto a su causa y finalidad. Y ello comporta, en definitiva, un acceso externo a los intersticios de la empresa. Pues bien, la tendencia legislativa iniciada desde la reforma laboral de 1994 pasa por la limitación a dicho acceso del control judicial (lo que es claramente remarcable, como se verá, en la más reciente novación legislativa)

Por otra parte, la aplicación del Convenio 158 OIT ha tenido también una notoria incidencia en el inacabable debate sobre la calificación del despido (de nuevo, improcedencia o nulidad) en el supuesto que el mismo tenga su causa en enfermedad del trabajador¹²³. Cabrá recordar, en este sentido que el artículo del Convenio 158 regula: “*La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo*”. Es obvia la ilicitud, por tanto, de la extinción unilateral del empleador por dicha causa, también en el ordenamiento español, sin embargo, en línea con las reflexiones anteriores aparecen obvias dudas en relación a la mentada calificación, máxime cuando en el enunciado supuesto puede concurrir un supuesto de discriminación por la condición específica de enfermo, aunque no de discapacitado. Esa posible equiparación ha sido también negada por el TS, el TC (STC 62/2008, de 26 de mayo) e, incluso, el TJUE, en los términos que posteriormente serán analizados. Sin embargo, la doctrina casacional en esta materia ha

¹²³ .- El elenco de literatura jurídica sobre esta materia sería interminable, basten como muestra las siguientes obras: CÁMARA BOTÍA, A. ;“ *De nuevo sobre la calificación del despido motivado por bajas médicas del trabajador*”; Aranzadi Social núm. 1/2007; MARTÍN JIMÉNEZ, R.; “*La racionalidad de los derechos fundamentales: un apunte sobre el despido durante la situación de incapacidad temporal*”; Aranzadi Social núm. 18/2008; TOLEDO OMS, A.; “*El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*”; Cuadernos de Aranzadi Social núm. 31/2008; ENJUTO JAREÑO, D.; “*Incapacidad temporal y despido: ¿nulidad o improcedencia? Comentario a la sentencia número 2451/2007 del TSJ de Cataluña, en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007 y la sentencia número 62/2008 del Tribunal Constitucional*”; IusLabor núm. 1/2008: <http://www.upf.edu/iuslabor/012008/DerechoIndividualDiegoEnjuto.pdf>; CARRIZOSA PRIETO, E.; “*Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?*”; Temas Laborales núm. 96: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccar/33_979_3.pdf, RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO- FERRER, M.; “*Despido por enfermedad y discriminación*”; Relaciones Laborales número 20/2008, GINÉS I FABRELLAS, A.; “*La nulidad del despido del trabajador enfermo. La necesidad de un paso más*”; Ponencia presentada a las XX Jornadas Catalanas de Derecho Social: <http://www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=12>, y, de la misma autora, “*La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo*” Aranzadi Social núm. 18/2009, ARENA VIRUEZ, M.; “*La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia*”; Relaciones Laborales núm. 1/2011, AZAGRA SOLANO, M.; “*Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo*”; Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 4/2011, SIRVENT HERNÁNDEZ, N.; “*La problemática calificación del despido del trabajador por ausencias debidas a su enfermedad*”; Aranzadi Social núm. 4/2010, etc.

sido en los últimos tiempos clara y terminante, optando por la declaración de improcedencia¹²⁴, salvo en aquellos casos en los que han existido amenazas previas del empresario para que se dé de alta, por afectación al derecho a la intimidad, al generarse un peligro para la salud¹²⁵.

3. El panorama tras la reforma laboral del 2012 y la resituación del Convenio 158 OIT en su interpretación

La reforma laboral del 2012 ha puesto sobre el tablero la posible colisión de determinadas medidas allí contempladas con el Convenio 158 OIT.

Ciertamente podría considerarse, de entrada, que nada impide al legislador español regular la posibilidad de la figura del denominado “despido libre”. Sin embargo, habrá que reiterar que España ha suscrito el referido Convenio y que, en definitiva y como se ha dicho, las tutelas en él reconocidas pasan por dos ejes motrices: de un lado, la concurrencia de causa en la extinción del contrato; de otro, el control externo de la decisión extintiva en todos sus aspectos internos –lo que determina el acceso externo de la capacidades empresariales, ajeno a un concepto meramente propietario de la empresa-. Pues bien, mientras que la causalidad ha sido en buena parte desactivada en nuestro modelo, al situarse su control en el mero terreno formal –que no sustantivo- y permitirse en la práctica el desistimiento, el control externo sigue existiendo (con la mentada limitación formalista) Y desde mi punto de vista es claro que el mentado cambio normativo lo que persigue claramente es, precisamente, desactivar ese control externo. Con todo, no está de más recordar que la doctrina constitucional ha venido insistiendo en el hecho de que el artículo 35.1 CE consagra el derecho del trabajador a no ser despedido “*sin justa causa*” (SSTC 22/1981, de 2 de julio¹²⁶, y 192/2003, de 27 de octubre) A lo que cabe añadir que el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge la tutela de los trabajadores ante los despidos “*injustificados*”. Y obsérvese como la doctrina constitucional y la norma comunitaria no se limitan a exigir la concurrencia de causa: también demanda que la decisión extintiva sea justa, por tanto “*conforme a justicia y razón*”)

¹²⁴ .- Entre otras, la STS UD 12.07.2004 - RJ 2004\7075- en la que se afirma: “*esas consecuencias indemnizatorias de la improcedencia se corresponden perfectamente con el invocado artículo 6 del Convenio 158 de la OIT , en el que se dice que la ausencia temporal al trabajo por motivo de enfermedad no puede constituir causa justificada de la terminación del contrato, como efectivamente ocurre en este caso, en el que se estima el despido como improcedente o, lo que es lo mismo, sin causa justificada*”. En el mismo sentido, STS UD 29.01.2001 –rec.1566/2000-, 23.09.2002 –rec. 449/2002-, 22.11.2007 –rec. 3907/2006-, 11.12.2007 –rec. 4355/2006-, 18.12.2007 –rec. 4194/2006-, 27.01.2009 –rec. 602/2008-, etc.

¹²⁵ .- STS UD 31.01.2011 –rec. 1532/2010-. Véase, al respecto GARCÍA PAREDES, M. L.; “*Despido nulo: Vulneración del derecho a la integridad física*”; Actualidad Laboral núm. 9/2011.

¹²⁶ .- “*El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa*”

La incidencia de la mentada norma laboral en el contenido de la mentada norma internacional se plasma en la concurrencia de cuatro posibles contradicciones, que no han tenido una respuesta armónica por nuestros distintos tribunales.

En primer lugar, en cuanto al **contrato indefinido de apoyo a los emprendedores**, mediante el cual las empresas de menos de cincuenta asalariados que contraten bajo esa modalidad pueden –al margen de tener derecho a significativas deducciones fiscales y bonificaciones de cuotas de Seguridad Social- rescindir el vínculo laboral a lo largo de un período de prueba de un año, cuando la regla general de nuestro ordenamiento es los seis meses para técnicos titulados y de dos meses para el resto de trabajadores (artículo 14.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Estatuto de los Trabajadores) Y en la legislación española la extinción del contrato por el empleador a lo largo del período de prueba es, como es sabido, “*ad nutum*”, siendo el único tipo extintivo por la parte empresarial en que no se exige legalmente la concurrencia de causa.

Cabría recordar que un debate similar se produjo en Francia, país en el que la Court de Cassation por Sentencia de 1 de julio de 2008 declaró contrario a dicho Convenio 158 OIT la Orden 2005-893, de 2 de agosto, que desarrollaba la Ley de 26 de julio de 2005, en la que se preveía la extinción sin causa durante dos años de contratos (denominados de “*nouvelles embauches*”) realizados con desempleados por empresas de menos de 50 asalariados¹²⁷.

Podría, quizás, observarse que el debate francés no es similar al que aquí puede producirse, al existir evidentes diferencias –tanto respecto a la duración, como a la causa de finalización-. Sin embargo, los referidos ejes motrices del Convenio 158 podrían ser también de aplicación. En efecto, cabe recordar que, desde determinadas instancias, se viene insistiendo con reiteración en el denominado “contrato único”, que en la práctica no es otra cosa que la consagración de la libre disponibilidad extintiva del empleador, el despido libre: no sólo sin concurrencia de causa, sino también sin control externo –salvo, obviamente, por vulneración de derechos fundamentales-. Si bien se mira la nueva modalidad contractual no es otra cosa que una versión “light” de esa propuesta, articulada a través de la grosera ingeniería jurídica de una ampliación, sin motivación, del período de prueba. De esta forma, nos hallamos ante la paradoja de lo que podríamos denominar como un “fraude de ley por la propia Ley”. Ninguno sentido tiene que contratos de baja calificación obtengan un período de prueba de tan larga evolución (en la medida en la que el empleador podrá haber comprobado con reiteración la aptitud laboral del trabajador a lo largo de doce meses) salvo la validación del despido causa y sin control judicial “ex post”. De ahí que el choque con el Convenio 158 OIT –como ocurrió en Francia- parezca inevitable.

¹²⁷.- GRAVEL, E. y DELPECH, Q., op. cit. También YSÁS MOLINERO, H.; “*Efectos indemnizatorios del despido sin causa real y seria en derecho francés*”; en PÉREZ AMORÓS, F. (dir.): *La extinción del contrato de trabajo*. Editorial Bomarzo. Albacete, 2006 (ISBN 84-96721-05-1) Asimismo, respecto a su posible aplicación a la situación española tras el RDL 3/2012, véase ROJO TORRECILLA, E.; “*El concepto de período razonable de prueba en el contrato de trabajo según la Cour de Cassation francesa*”; Blog del autor: <http://www.eduardorjoblog.blogspot.com.es/2012/05/el-concepto-de-periodo-razonable-de.html>

Sin embargo, no ha sido ésa la visión adoptada por nuestro Tribunal Constitucional. Así, se indica en la STC 119/2014, de 16 de julio, tras recordar la existencia del informe del Consejo de Administración de la OIT al respecto¹²⁸, que “*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”*”. Para proseguir posteriormente: “*Respecto a la determinación de esa duración razonable, la OIT ha afirmado que se trata de un aspecto que corresponde resolver a cada Estado. El límite de duración de tal período lo ha fijado en que no sea “excesivamente largo”. Ha admitido, a la vez, que las consideraciones políticas motivadoras —en particular, el fomento de un empleo pleno y productivo—, así como las medidas adoptadas para contrarrestar o limitar la exclusión de la protección, podrían contribuir a justificar un período de exclusión “relativamente largo”. De este modo, si bien en el supuesto enjuiciado no apreció fundamento suficiente para admitir como razonable una duración de dos años, sí declaró que, al ser en el país afectado el período de exclusión de las garantías normalmente considerado como razonable el que no exceda de seis meses, el Comité no podría excluir la posibilidad de que estuviera justificado un período más dilatado para permitir a los empleadores medir la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa, al tiempo que se posibilita a los trabajadores adquirir cualificaciones y experiencias. Nos referimos al Informe de la OIT, de 6 de noviembre de 2007, elaborado por el comité encargado de examinar la reclamación relativa al contrato indefinido “para nuevas contrataciones” y su “período de consolidación del empleo”, introducido en Francia por la Ordenanza núm. 2005-893, apartados 66, 68, 71 y 72; fue aprobado por el Consejo de Administración, en la 300ª reunión, noviembre de 2007*”. A partir de esos mimbres se elabora la conocida doctrina constitucional en relación a la superación de los juicios de justificación, racionalidad y proporcionalidad. Un criterio similar se ha seguido en las posteriores SSTC 8/2015, de 22 de enero y 140/2015, de 22 de junio).

Personalmente no comparto ese racionamiento. En efecto, no cabe duda de tipo alguno que el período de prueba es —en el marco de la normativa internacional y en la española— un período excepcional en relación a la existencia de causalidad. Por tanto, la extinción

¹²⁸ .- Se afirma en la referida STC: “*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 321ª 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).*”

así producida tiene un carácter “*ad nutum*”; o, en otras palabras, es un desistimiento empresarial –el único existente, junto con determinadas regulaciones de relaciones laborales especiales- y sin control judicial, salvo concretas excepciones perfectamente conocidas. Y también es cierto que el artículo 2.2 del Convenio 158 OIT tiene unos lindes indeterminados en cuanto a su duración, limitándose a exigir la concurrencia de razonabilidad. Ahora bien, como ya se ha indicado, un análisis mínimamente objetivo del período de prueba de esa modalidad contractual pone en evidencia que la voluntad del legislador no es tanto ampliar la duración de la figura actualmente contemplada en el artículo 14 ET, sino permitir a lo largo de un año el desistimiento empresarial. Y la prueba de esa afirmación es que la regulación ordinaria del período de prueba no se ha alterado en las profundas reformas legislativas de los últimos tres años. Es decir, una persona asalariada contratada en régimen ordinario –o, incluso, temporalmente- no puede ver extinguido su vínculo contractual más allá de los límites legales o convencionales, lo que no ocurre en el caso de que la relación laboral se articule a través de esta modalidad específica. La propia Exposición de Motivos del RDL 3/2012 y la posterior Ley homónima justifican la adopción del contrato de apoyo a los emprendedores por la necesidad de facilitar la contratación en las pequeñas y medianas empresas. A lo que cabrá añadir que se trata de una medida aparentemente temporal sometida a la superación de una determinada tasa de desempleo. Es decir, el legislador no está ampliando la duración del período de prueba porque considere que el marco legal se ha quedado corto en el ámbito de empresas de dichas dimensiones, sino que en forma evidente lo que está regulando es el desistimiento empresarial a lo largo de un año en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores. Y, como ya antes se ha apuntado, es ésa una posibilidad perfectamente posible en nuestro ordenamiento –como ocurre en muchos países de la Unión europea-, siempre que se cumpla con un requisito: precisamente la denuncia del Convenio 158 OIT.

La segunda divergencia entre la Ley 3/2012 y el Convenio 158 OIT surgió en el control judicial de los despidos individuales y colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas (artículos 52 c) y 51 ET y 124 LRJS, respectivamente) y, más en concreto, en relación al **juicio de funcionalidad o finalista**. Es sabido –y se ha escrito sobre ello con reiteración- que el referido cambio normativo pretendió eliminar el control finalista o de proporcionalidad de esos despidos, limitando la capacidad de control judicial a la mera causalidad –con una regulación de presunciones legales que parecen arrogarse un valor “*iuris et de iure*”-. Sin embargo –al margen de la posible incidencia de la antes citada doctrina constitucional y del artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea-, el hecho cierto es que el artículo 9.1 del Convenio 158 no limita el control –en nuestro caso, judicial- de la medida empresarial extintiva a las causas invocadas por el empleador, sino que también lo amplía a “*todas las demás circunstancias relacionadas con el caso*”, lo que obviamente incluye el control finalista o de proporcionalidad. Aspecto lógico –que se cohonesto, además con el mandato constitucional del artículo 117, en relación al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

La posición inicial del TS fue plasmada en la STS de 20 de septiembre de 2012 – RJ 2013\7744-: en ella se parecía negar la posibilidad de que en el nuevo marco legal los órganos judiciales pudieran efectuar dicho juicio de funcionalidad (contando con un destacado voto particular), al afirmarse que *“no corresponde en el derecho vigente a los órganos jurisdiccionales, al valorar las causas de los despidos económicos, efectuar un juicio de proporcionalidad en el sentido técnico-jurídico de la expresión, el cual presupone una valoración del carácter indispensable de la decisión adoptada, sino un juicio de adecuación más limitado, que compruebe la existencia de la causa o causas alegadas, su pertenencia al tipo legal descrito en el artículo 51 ET, y la idoneidad de las mismas en términos de gestión empresarial en orden a justificar los ceses acordados”*. Sin embargo –y al margen de que dicha Sentencia fue posteriormente anulada en un incidente extraordinario de nulidad de actuaciones- el TS vino a revisar el mentado criterio, a partir de la STS 27.01.2014 –RJ 2014\4277-. Aunque la misma versaba sobre un supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, se indicaba: *“entendemos, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 24.1 CE], determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales”*.

Pues bien, el mantenimiento del juicio de funcionalidad –y ya no el de causalidad meramente sustantiva- se ha sustentado en alguna Sentencia del STS en base, como se ha dicho, a la aplicación de la analizada norma internacional¹²⁹. Así, por ejemplo, la STS 25.06.2014 (RJ\2014\4385), en la que se indica: *“la exigencia del artículo 4 del Convenio 158 de la OIT -al exigir que para cualquier despido siempre debe existir una causa justificada- implica que el control judicial no se puede limitar a comprobar si concurren las circunstancias definidoras de una situación económica negativa sino que se debe enjuiciar también si concurre (...) "un nexo de razonabilidad entre lo pretendido (un determinado número de despidos) y la causa desencadenante (una circunstancia económica y productiva)”*.

Por tanto, cabrá colegir que conforme a dichos criterios casacionales el juicio de funcionalidad sigue perviviendo, en relación tanto al juicio de racionalidad de la medida extintiva, como respecto a la proporcionalidad de la medida.

Pero, es más, la reforma laboral del 2012 ha comportando que en materia de despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas haya “resucitado” la figura de la **nulidad por antijuridicidad**. Esencialmente, por concurrencia de fraude de ley¹³⁰.

¹²⁹ - A lo que cabrá añadir su aplicación al juicio de formalidad, respecto a la documentación que debe aportar el empleador en el período de consultas en la STS 26.03.2014 (RJ\2014\2778)

¹³⁰ - Vid. FALGUERA BARÓ, M.A.; *“El discreto retorno del fraude de ley en la calificación del despido”*; IUSLabor núm. 1/2015: <http://www.upf.edu/iuslabor/pdf/2015-01/Falguera.pdf>

La desaparición de la autorización administrativa tras la reforma laboral del 2012 conllevó, obviamente, una readecuación del artículo 124 LRJS –aunque el artículo 122 b) y el artículo 148 b) restaron incólumes-. Sin embargo, cabrá reseñar que en apenas un año y medio la regulación del despido antijurídico en la norma procesal reguladora de la modalidad de impugnación de los despidos colectivos tuvo tres redactados distintos. En efecto, conforme al RDL 3/2012 la parte actora podía incluir en la demanda una pretensión relativa a la existencia de fraude de ley, abuso de derecho, dolo o coacción que, caso de ser estimada por el Tribunal, comportaba la declaración de nulidad. Posteriormente, la Ley 3/2012 eliminó cualquier referencia a la calificación de nulidad por dichos motivos, aunque se siguió manteniendo entre los motivos posibles de oposición en la demanda. Posteriormente, en el RDL 11/2013, el legislador incluyó la expresión “únicamente” en el listado de los supuestos que dan lugar a la nulidad –entre los que no encuentra, como se ha visto, el dolo, la coacción, el fraude de ley y el abuso de derecho-, lo que parecía excluir definitivamente la calificación de nulidad.

En esa tesitura el Tribunal Supremo ha venido sustentando con reiteración que en el caso de concurrencia de antijuridicidad –reitero que, esencialmente, el fraude de ley- debía calificarse el despido colectivo como nulo. Es ésta la conclusión aplicada en las múltiples sentencias de nuestro más alto órgano jurisdiccional respecto a los despidos acaecidos en las Unidades Territoriales de Empleo andaluzas, declarando la nulidad de los mismos por aplicación del artículo 6.4 CC, a partir de la STS 17.02.2014 (RJ 2014\2071) y otras muchas posteriores.

La doctrina sobre el fraude de ley a la que se acaba de hacer mención ha tenido un supuesto privilegiado de aplicación en materia de despidos colectivos tras la reforma laboral del 2012 en aquellos casos en los que existen compromisos de empleo por la empresa previamente adquiridos o cuando en el momento del despido aún están en vigor otras medidas de reestructuración previamente establecidas o pactadas. De esta forma, el TS ha venido negando que, en principio, concurra ante un nuevo despido colectivo una aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, no validándose, por tanto, el despido sino se acredita la existencia de una nueva situación económica negativa empresarial, como puede apreciarse en las SSTS 26.03.2014 –RJ 2014\3840, con voto particular- y 18.03.2014 –RJ 2014\2253-. Y ha pasado un tanto desapercibida en el debate doctrinal la importante STS UD 12.03.2014 -RJ 2014\2226-, en tanto que en este caso se aplica la referida doctrina de considerar que el acuerdo previo sigue vigente, con la consiguiente declaración de nulidad, en un supuesto de despido objetivo del artículo 52 c) ET, sancionándose el mismo con la nulidad.

En ese marco aparece un problema práctico significativo, que acaba de descompensar aún más nuestro modelo de despido: la posible concurrencia de diversas modalidades extintivas. Así, por ejemplo, si la empresa despide a un trabajador por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas durante la vigencia de un pacto previo con salvaguarda de empleo no podrá acudir al despido objetivo (salvo que lógicamente acredite, como posteriormente ha aclarado en variados pronunciamientos el TS que la situación ha empeorado o concurre hechos nuevos, verbigracia las SSTS 21.04.2014 [rec. 182/2013] Y 24.09.2014 [rec. 271/2013]), con el riesgo caso contrario

de nulidad de la extinción. Sin embargo, si acude al despido aparentemente disciplinario antijurídico la consecuencia serán las de la improcedencia y, por tanto, esencialmente el pago de una mayor indemnización. Y es obvio que la motivación de fondo (contenido formal aparte) puede ser la misma en una u otra vía. ¿Deben los tribunales diferenciar los efectos en esa tesitura en función de la mera apariencia formal justificadora de la extinción?

Por otra parte, en la medida que hoy despedir resulta más “barato” para el empleador cabrá preguntarse si las anteriores inercias doctrinales no se ven afectadas por el nuevo paradigma legal, en tanto que resitúan un nuevo equilibrio de fuerzas entre las partes contractuales.

En esa tesitura no puede dejarse de destacar la concurrencia de la paradoja antes apuntada: mientras que el juicio de causalidad del despido disciplinario no podía sobrepasar en cuanto a los efectos de la declaración judicial los límites de la mera formalidad, tras la reforma del 2012 y su interpretación judicial vuelve a aparecer la consecuencia de nulidad. Lo que, en definitiva, redundará en el cumplimiento de la causalidad substantiva que reclama el Convenio 158 OIT:

Por último, hay que recordar que en relación al despido de los **trabajadores enfermos** –cuando la extinción obedece a dicho motivo- no ha tenido en nuestra realidad de relaciones laborales grandes modificaciones. Sin embargo, sí han existido el debate coetáneo en el ámbito comunitario respecto a si la enfermedad se integraba en los supuestos de discapacidad, en relación a la Directiva 2000/78/CEE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (actualmente transpuesta en nuestra ordenación por el Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social), lo que obtuvo una respuesta inicialmente negativa por el TJCE en su Sentencia de 11 de julio de 2006 (asunto C-13/05, Chacón Navas). Criterio, sin embargo, posteriormente modificado (en base a que la Unión Europea suscribió en el ínterin la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad) en la STJUE de 11 de abril de 2013 (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, HK Danmark [TJCE\2013\122]), equiparando a la discapacidad los supuestos de “una enfermedad curable o incurable [que acarree] una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”. Pronunciamiento al que ha seguido, en fecha más reciente, en la STJUE 18.12.2014, asunto C-354/13, FOA.

El panorama tras la reforma laboral del 2012 –y en relación al Convenio 158 OIT- no deja de ser sorprendente y contradictorio. Así, por una parte nos encontramos ante una cierta “rebelión” judicial que parte de la imposibilidad de limitar el análisis de un despido a un mero juicio de causalidad formal, decantándose por aplicación de mandatos constitucionales y de, entre otras normas internacionales, del referido Convenio en mantener la valoración de todas las circunstancias concurrentes, como

exige el artículo 9.1 del mismo. Asimismo, la interdicción de su artículo 4 del despido sin causa –lo que cohonesta con el fraude de ley y la nulidad del mismo- se ha recuperado por el TS pero únicamente respecto a las extinciones por circunstancias económicas, técnicas, organizativas y productivas, lo que genera problemas futuros de hondo calado, como ya antes se apuntaba.

Por otra parte, la legalización del período de prueba de un año de duración en el contrato de apoyo a los emprendedores (en relación, asimismo, al artículo 4 del Convenio 158 OIT ha sido aceptado –en un análisis meramente formalista- por el Tribunal Constitucional. Y, por último, la reciente doctrina del TJUE ha asimilado a los supuestos de discapacidad –rigiendo, por tanto, las tutelas antidiscriminatorias que conllevan la calificación de nulidad- las enfermedades de larga duración, sumiendo al intérprete en las obvias dudas aplicativas, sin que ello se extienda en aquellos casos en los que la causa de la extinción que no supere esos inciertos límites sea la situación de enfermedad –lo que se antoja contrario al artículo 6 del Convenio-.

Las asimetrías entre la normativa internacional y la española en materia de despido son pues, del todo evidentes.

Sin duda, si se hubiera optado ya hace muchos años por la aplicación de los artículos 10.2 y 96.1 CE y, por tanto, se hubiera reconocido la plena eficacia del Convenio 158 OIT en todos sus aspectos y contenidos la situación sería otra. Sin embargo, la minusvaloración de dicha norma internacional por la doctrina casacional y la política errática en materia de despido por el legislador nos han sumido ante ese panorama desolador. En ese otro escenario deseable si los sucesivos Gobiernos hubieran optado por políticas limitadoras del control judicial de los despidos no hubieran tenido otra opción que la denuncia del referido Convenio (y cabrá reiterar que éste no ha sido suscrito por buena parte de los países europeos). Pero la opción de elegir por una aplicación selectiva y no coherente del mismo nos sume en un mar de dudas aplicativas y en evidentes falta de sintonía con los compromisos internacionales adquiridos por el Estado español. Y nos sitúa ante un panorama ciertamente alejado del mandato constitucional.