

Revista Internacional y Comparada de

RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO



Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

12

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), Mª José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), Rodrigo García Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

*Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT
realizado en colaboración con ITC-ILO*



UNA INSTITUCIÓN
DE FORMACIÓN
SOSTENIBLE

International Training Centre
Centre international de formation
Centro Internacional de Formación

Comité Científico de este número especial

Francisco Alemán Páez, *Universidad de Córdoba, España*

Pablo Andrés Arellano Ortiz, *Unidad de Derecho del Trabajo y Reforma,
Oficina Internacional del Trabajo (OIT)*

Alberto Cámará Botía, *Universidad de Murcia, España*

José Antonio Fernández Avilés, *Universidad de Granada, España*

José Luis Gil y Gil, *Universidad de Alcalá, España*

Francisco Javier Hierro, *Universidad de Extremadura, España*

Manuel Luque Parra, *Universitat Pompeu Fabra, España*

Lourdes Mella Méndez, *Universidad de Santiago de Compostela, España*

Thereza Christina Nahas, *Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil*

Juan Raso Delgue, *Universidad de la República de Uruguay, Uruguay*

María Luz Rodríguez Fernández, *Universidad de Castilla-La Mancha, España*

Alfredo Sánchez Castañeda, *Universidad Nacional Autónoma de México,
México*

Michele Tiraboschi, *Università di Modena e Reggio Emilia, Italia*

Tzehainesh Teklè, *Managing Editor, International Labour Review,
Research Department, International Labour Office*

*Coordinador de este número especial de la Revista Internacional y Comparada de
RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO
dedicado a la conmemoración del Centenario de la OIT
y realizado en colaboración con ITC-ILO:*

Djamil Tony Kabale Carrillo

Profesor Contratado Doctor

de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Politécnica de Cartagena

ÍNDICE

Djamil Tony Kahale Carrillo, *Introducción al monográfico. Cien años de normativa de la OIT: balance y actuaciones a futuro*..... **1**

Artículos marco

Pablo Arnaldo Topet, Humberto Villasmil, Jesús García Jiménez, *El futuro del trabajo y las formas atípicas del trabajo* **31**

José Luis Gil y Gil, *Declaración del centenario sobre el futuro del trabajo*..... **52**

Marta Hebe Pujadas, Mónica Viviana Tepfer, *Revisión de las Normas Internacionales del Trabajo. El rol del Grupo Tripartito de Trabajo del Mecanismo de Examen de Normas de la OIT (MEN)*..... **69**

José Luis Monereo Pérez, Juan Antonio Fernández Bernat, *El Convenio OIT núm. 102 (1952) sobre norma mínima de Seguridad Social como delimitador del estándar mundial y sus límites actuales*..... **90**

Cristóbal Molina Navarrete, *Actualidades y críticas del convenio 158 OIT en los derechos europeos: ¿El renacer del sentido del límite jurídico a la libertad (de empresa) en favor de la seguridad (en el empleo)?*..... **124**

Convenios fundamentales

Josune López Rodríguez, *Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)*..... **182**

Aránzazu Roldán Martínez, *Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)*..... **197**

Carolina Tupinambá, *Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)*..... **218**

José María Ríos Mestre, *Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)*..... **238**

II

Mauricio César Arese , <i>Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso</i> , 1957 (núm. 105).....	250
Juan Pablo Maldonado Montoya , <i>Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)</i> , 1958 (núm. 111).....	271
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho , <i>Convenio sobre la edad mínima</i> , 1973 (núm. 138).....	297
Francisco Javier Arrieta Idiákez , <i>Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil</i> , 1999 (núm. 182).....	308

Convenios de gobernanza

Gabriela Mendizábal Bermúdez , <i>Convenio sobre la inspección del trabajo</i> , 1947 (núm. 81).....	335
Aurelia Carrillo López , <i>Convenio sobre la política del empleo</i> , 1964 (núm. 122).....	351
Fulgencio Pagán Martín Portugués , <i>Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura)</i> , 1969 (núm. 129)	368
María Elisa Cuadros Garrido , <i>Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo)</i> , 1976 (núm. 144).....	382

Convenios técnicos

Rolando Enrique Ubillús Bracamonte , <i>Convenio sobre las horas de trabajo (industria)</i> , 1919 (núm. 1).....	399
Gonzalo Martín Salcedo , <i>Convenio sobre el desempleo</i> , 1919 (núm. 2).....	412
Rebeca Karina Aparicio Aldana , <i>Convenio sobre la protección de la maternidad</i> , 1919 (núm. 3).....	425
Sergio Martín Guardado , <i>Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres)</i> , 1919 (núm. 4).....	441

Pablo Benlloch Sanz , <i>Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919</i> (núm. 5).....	456
Diego Villavicencio Pinto , <i>Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1919</i> (núm. 6).....	474
Pelayo Jardón Pardo de Santayana , <i>Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1920</i> (núm. 7).....	488
Pelayo Jardón Pardo de Santayana , <i>Convenio sobre la edad mínima (agricultura), 1921</i> (núm. 10).....	507
Eduardo López Ahumada , <i>Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921</i> (núm. 14).....	524
Gloria Aurora De Las Fuentes Lacavex , <i>Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925</i> (núm. 17).....	548
Concepción Morales Vállez , <i>Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925</i> (núm. 17).....	567
José Antonio González Martínez , <i>Convenio sobre las enfermedades profesionales, 1925</i> (núm. 18).....	583
Fuencisla Rubio Velasco , <i>Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925</i> (núm. 19).....	596
Jacqueline Hellman , <i>Convenio sobre la inspección de los emigrantes, 1926</i> (núm. 21).....	612
Adela Noemi Monroy Enríquez , <i>Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928</i> (núm. 26).....	624
Martha Elisa Monsalve Cuellar , <i>Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933</i> (núm. 34).....	631
Francisco Rubio Sánchez , <i>Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933</i> (núm. 34).....	639
José Antonio González Martínez , <i>Convenio sobre las enfermedades profesionales (revisado), 1934</i> (núm. 42).....	651

Miguel Gutiérrez Pérez , <i>Convenio sobre el desempleo, 1934</i> (núm. 44).....	661
Sergio Martín Guardado , <i>Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935</i> (núm. 45).....	675
Ana Isabel Pérez Campos , <i>Convenio sobre las cuarenta horas, 1935</i> (núm. 47).....	687
María del Ángel Iglesias Vázquez , <i>Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936</i> (núm. 50).....	706
Henar Álvarez Cuesta , <i>Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1936</i> (núm. 52).....	723
María del Ángel Iglesias Vázquez , <i>Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1939</i> (núm. 64).....	738
Maiedah Jalil Naji , <i>Convenio sobre el servicio del empleo, 1948</i> (núm. 88).....	752
Raquel Poquet Catalá , <i>Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948</i> (núm. 89).....	768
Sergio Martín Guardado , <i>Protocolo de 1990 relativo al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948</i>	786
Sergio Córdova Olivarria , <i>Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1948</i> (núm. 90).....	801
Javier H. Espinoza Escobar , <i>Convenio sobre la protección del salario, 1949</i> (núm. 95).....	820
José Bascón Marín , <i>Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949</i> (núm. 96).....	841
María Gema Quintero Lima , <i>Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952</i> (núm. 103).....	863

Jaime Benlloch Charro , <i>Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957</i> (núm. 106).....	879
Stefhanie Víquez Rojas , <i>Convenio sobre poblaciones indígenas y tribunales, 1957</i> (núm. 107).....	892
Pablo Puente Martínez , <i>Convenio sobre las plantaciones, 1958</i> (núm. 110).....	904
Isabel M^a Pérez Gázquez , <i>Convenio sobre la protección contra las radiaciones, 1960</i> (núm. 115).....	922
Concepción Sanz Sáez , <i>Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos), 1962</i> (núm. 117).....	936
Javier Fernández Orrico , <i>Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962</i> (núm. 118).....	952
Ydangely Tropiano, Atilio Noguera , <i>Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964</i> (núm. 121).....	967
Jean José Tamarones Rosas , <i>Convenio sobre el peso máximo, 1967</i> (núm. 127).....	991
Luis Ángel Triguero , <i>Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967</i> (núm. 128).....	1004
Erica Florina Carmona Bayona , <i>Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969</i> (núm. 130).....	1018
David Estrada Ballesteros , <i>Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970</i> (núm. 131).....	1033
Rubén López Fernández , <i>Convenio sobre la prevención de accidentes (gente de mar), 1970</i> (núm. 134).....	1049
Patrocinio Rodríguez Ramos , <i>Convenio sobre el trabajo portuario, 1973</i> (núm. 137).....	1070
Silvia Fernández Martínez , <i>Convenio sobre el cáncer profesional, 1974</i> (núm. 139).....	1089

Francisco Pérez Amorós , <i>Convenio sobre la licencia pagada de estudios, 1974 (núm. 140)</i>	1104
Jessica Jannet Montalvo Tejeda , <i>Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (núm. 141)</i>	1120
Elina Eunice Montechiari Pietrani , <i>Convenio sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975 (núm. 142)</i>	1135
José Sánchez Pérez , <i>Convenio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977 (núm. 148)</i>	1150
María Cristina Polo Sánchez , <i>Convenio sobre el personal de enfermería, 1977 (núm. 149)</i>	1164
Francisco Barba , <i>Convenio sobre la administración del trabajo, 1978 (núm. 150)</i>	1185
María Soledad De Franco , <i>Convenio sobre seguridad y salud laboral (núm. 155) y Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 161)</i>	1198
José Luis Ruiz Santamaría , <i>Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 159)</i>	1215
José Mojica Gutiérrez , <i>Convenio sobre estadísticas del trabajo, 1985 (núm. 160)</i>	1231
Manuela Durán Bernardino , <i>Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (núm. 168)</i>	1244
Rocío Guerrero Jareño , <i>Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)</i>	1260
Susana Duro Carrión , <i>Convenio sobre los productos químicos, 1990 (núm. 170)</i>	1274
Federico Rosenbaum Carli , <i>Convenio sobre el trabajo nocturno, 1990 (núm. 171)</i>	1287

Camino Ortiz de Solórzano Aurusa , <i>Convenio sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), 1991 (núm. 172)</i>	1300
Virgilio Tellez Valle , <i>Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 173)</i>	1316
Martín Madrid-Sánz , <i>Convenio sobre la prevención de accidentes industriales mayores, 1993 (núm. 174)</i>	1333
Asunción López Arranz , <i>Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (núm. 175)</i>	1348
Tatsiana Ushakova , <i>Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177)</i>	1364
Fernando Boró Herrera , <i>Convenio sobre la inspección del trabajo (gente de mar), 1996 (núm. 178)</i>	1380
Francisca Quiles García , <i>Convenio sobre la contratación y la colocación de la gente de mar, 1996 (núm. 179)</i>	1395
Alejandro Zalvide Bassadone , <i>Convenio sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques, 1996 (núm. 180)</i>	1410
Arancha de las Heras García , <i>Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)</i>	1424
Carlota María Ruiz González , <i>Convenio sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001 (núm. 184)</i>	1440
Silvio Bologna , <i>Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006 (MLC, 2006)</i>	1453
Belén López Insua , <i>Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187)</i>	1474
Victoria Rodríguez-Rico Roldán , <i>Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188)</i>	1492
Raquel Vela Díaz , <i>Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011, (núm. 189)</i>	1515

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Introducción al monográfico

Cien años de normativa de la OIT: balance y actuaciones a futuro*

Djamil Tony KAHALE CARRILLO**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Convenios y Recomendaciones. 2.1. Convenios fundamentales. 2.2. Convenios de gobernanza. 3. El sistema de control de las normas. 3.1. Sistema de control periódico. 3.2. Procedimientos especiales. 4. La iniciativa relativa a las normas. 4.1. Mecanismo de examen de las normas (MEN). 4.2. Un consenso tripartito consolidado en torno a un sistema de control reconocido. 5. Los beneficios de las normas de la OIT. 5.1. Una vía hacia el trabajo decente. 5.2. Un marco jurídico internacional para una globalización justa y estable. 5.3. Establecimiento de condiciones de igualdad. 5.4. Un medio para la mejora de los resultados económicos. 5.5. Una red de protección frente a las crisis económicas. 5.6. Una estrategia para la reducción de la pobreza. 5.7. Aunar la experiencia y los conocimientos internacionales. 6. Conclusiones. 7. Agradecimientos. 8. Bibliografía.

* Esta obra queda enmarcada dentro de los trabajos de investigación desarrollados por el autor en el Proyecto financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el *Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica* (Plan de Actuación 2018) de la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia, 20976/PI/18, *El impacto de la Industria 4.0 en el trabajo: Una visión interdisciplinar*. El presente estudio se basa o se fundamenta en la información exacta que contiene la página web institucional de la OIT (www.ilo.org), que es la sustancial para su elaboración; por tanto, es la fuente principal.

** Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT).

1. Introducción

La OIT, es la única agencia tripartita de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)¹. Por lo que reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros² a fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas; y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres.

Este tripartitismo hace que los trabajadores y empleadores tengan el mismo derecho a voto que los gobiernos durante las deliberaciones de los órganos principales de la OIT, por lo que garantiza que las opiniones de los interlocutores sociales queden fielmente reflejadas en las normas, políticas y programas de este organismo internacional.

Los objetivos principales de la OIT se fundan en cuatro objetivos estratégicos:

- promover y cumplir las normas, así como los principios y derechos fundamentales en el trabajo;
- crear mayores oportunidades para que mujeres y hombres puedan tener empleos e ingresos dignos;
- mejorar la cobertura y la eficacia de una Seguridad Social para todos;
- fortalecer el tripartitismo y el diálogo social.

Como puede observarse, la OIT persigue promover el trabajo decente. Para ello se funda en cuatro ejes:

- a) Crear empleos: promover economías que generen oportunidades de inversión, iniciativa empresarial, desarrollo de calificaciones, puestos de trabajo y modos de vida sostenibles;
- b) promover el Diálogo Social: la participación de organizaciones de trabajadores y de empleadores sólidas e independientes es esencial para

¹ Las Naciones Unidas nacieron oficialmente el 24 de octubre de 1945, después de que la mayoría de los 51 Estados Miembros signatarios del documento fundacional de la Organización, la Carta de la ONU, la ratificaran. En la actualidad, 193 Estados son miembros de las Naciones Unidas, que están representados en el órgano deliberante, la Asamblea General. Debido a las facultades que le confiere la Carta y su singular carácter internacional, las Naciones Unidas pueden tomar medidas sobre los problemas que enfrenta la humanidad en el siglo XXI, como la paz y la seguridad, el cambio climático, el desarrollo sostenible, los derechos humanos, el desarme, el terrorismo, las emergencias humanitarias y de salud, la igualdad de género, la gobernanza, la producción de alimentos y mucho más. La ONU, a su vez, proporciona un foro para que sus miembros puedan expresar su opinión en la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social y otros órganos y comisiones. Al permitir el diálogo entre sus miembros, y la organización en las negociaciones, la Organización se ha convertido en un mecanismo para que los gobiernos puedan encontrar ámbitos de acuerdo y resolver problemas juntos. *Vid.* NACIONES UNIDAS, [Información general](#), en www.un.org/es.

² *Vid.* ILO, [Alphabetical list of ILO member countries \(187 countries\)](#), en www.ilo.org.

mejorar la productividad, evitar los conflictos en el trabajo y construir sociedades cohesionadas;

- c) extender la protección social: garantizar que mujeres y hombres disfruten de condiciones de trabajo seguras, que les proporcionen tiempo libre y descanso adecuados, que tengan en cuenta los valores familiares y sociales, que contemplen una retribución adecuada en caso de pérdida o reducción de los ingresos y que permitan el acceso a una asistencia sanitaria apropiada;
- d) garantizar los derechos de los trabajadores: obtener el reconocimiento y el respeto de los derechos de los trabajadores; en particular de los trabajadores desfavorecidos o pobres que necesitan representación, participación y leyes que protejan sus intereses.

La OIT fue creada en 1919, como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial, y reflejó la convicción de que la justicia social es esencial para alcanzar una paz universal y permanente. Su Constitución fue elaborada entre enero y abril de 1919 por una Comisión del Trabajo establecida por la Conferencia de Paz, que se reunió por primera vez en París y luego en Versalles. La Comisión, presidida por el presidente de la Federación Estadounidense del Trabajo (AFL), estaba compuesta por representantes de nueve países: Bélgica, Cuba, Checoslovaquia, Francia, Italia, Japón, Polonia, Reino Unido y Estados Unidos. El resultado fue una organización tripartita, la única en su género con representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores en sus órganos ejecutivos.

Asimismo, ha realizado aportes importantes al mundo del trabajo desde sus primeros días. La primera Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Washington en octubre de 1919, adopta seis Convenios Internacionales del Trabajo en relación a las horas de trabajo en la industria, desempleo, protección de la maternidad, trabajo nocturno de las mujeres, edad mínima y trabajo nocturno de los menores en la industria. Aquel organismo ha establecido su sede en Ginebra en 1920, donde se encuentra la secretaría permanente de la Organización.

Este año, en 2019, la OIT conmemora su 100 aniversario. Esta celebración brinda la oportunidad de poner en marcha una serie de iniciativas clave para que la Organización aborde con éxito los futuros desafíos de su mandato. Para ello implementa siete Iniciativas del Centenario³, enmarcadas en un conjunto de actividades destinadas a preparar a la Organización para asumir con éxito los retos de su mandato

³ Vid. M. RAMOS QUINTANA, *La iniciativa del centenario de la OIT relativa al futuro del trabajo*, en *Trabajo y Derecho*, 2015, n. 9.

en materia de justicia social en el futuro:

- 1) *el futuro del trabajo.* Para ello establece un grupo consultivo sobre el futuro del trabajo cuyo informe será discutido en la reunión del centenario de la Conferencia Internacional del Trabajo⁴. Por lo que persigue los siguientes objetivos:
 - revitalizar el contrato social;
 - aumentar la inversión en las capacidades de las personas;
 - aumentar la inversión en las instituciones del trabajo;
 - incrementar la inversión en trabajo decente y sostenible;
- 2) *poner fin a la pobreza.* Concebida como el instrumento para llevar adelante el trabajo de la OIT en su acción a favor de la Agenda 2030 de desarrollo sostenible. La Agenda 2030 es universal y abarca todas las dimensiones del desarrollo sostenible. Reconoce la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, incluida la pobreza extrema, como el mayor desafío mundial y una condición indispensable para el desarrollo sostenible. Por lo que promueve una respuesta multidimensional a través del mundo del trabajo, los mercados laborales y la protección social y del empleo a fin de erradicar la pobreza en el mundo, a través de las siguientes medidas:
 - potenciar la contribución de la OIT al sistema multilateral;
 - apoyar la capacidad de los mandantes de hacer realidad la Agenda 2030;
 - aumentar la inversión en las instituciones del trabajo;
 - incrementar la inversión en trabajo decente y sostenible;
- 3) *las mujeres en el trabajo.* Busca, por una parte, examinar el lugar que ocupa la mujer en el mundo del trabajo y sus condiciones de trabajo; y, por otra, involucrar a los trabajadores, los empleadores y los gobiernos en acciones concretas para hacer realidad la igualdad de oportunidades y de trato. La Iniciativa abarca cuatro ámbitos principales, identificados a través de las siguientes investigaciones y consultas:
 - la discriminación, incluyendo los estereotipos que obstaculizan el acceso al trabajo decente;
 - los bajos salarios y la disparidad salarial;
 - la falta de reconocimiento, la distribución desigual del trabajo de cuidado y su subvaloración;
 - la violencia y el acoso;
- 4) *la Iniciativa Verde.* Aspira a reforzar los conocimientos en toda la OIT,

⁴ Vid. J. LÓPEZ AHUMADA, *El futuro del trabajo y las transformaciones cualitativas en el empleo: a propósito de las conversaciones del centenario de la OIT*, en M.E. MONSALVE CUÉLLAR (coord.), *El futuro del Trabajo. Análisis Jurídico y Socioeconómico*, Aldeberán, 2017, pp. 173-195.

mejorar el asesoramiento en materia de políticas y desarrollar herramientas a fin de gestionar la transición justa hacia un futuro sostenible, con bajas emisiones de carbono. Para ello persigue, por una parte, comprender los desafíos y las oportunidades de una transición verde. Por otra, elaborar respuestas políticas del mundo del trabajo;

- 5) *relativa a las empresas.* Establece una plataforma de colaboración entre la OIT y las empresas que contribuya a su sostenibilidad y a la consecución de los objetivos de la OIT. El sector privado tiene un papel fundamental en la formación profesional, el desarrollo y la creación de riqueza. A través de un proceso de colaboración directo y constructivo, esta iniciativa tiene como objetivo capitalizar sobre esta experiencia e identificar los ámbitos en los cuales la OIT puede trabajar con las empresas para realizar los objetivos de aquella. Para ello aborda los siguientes objetivos:
 - políticas y prácticas relativas a las empresas y a las cadenas de suministro;
 - fortalecer los conocimientos y ampliar el alcance;
 - iniciativas internacionales sobre comportamiento de las empresas;
- 6) *gobernanza.* Tiene como objetivo, por un lado, completar la reforma de las estructuras de gobernanza de la OIT. Por otro, llevar a cabo una evaluación del impacto de la Declaración de 2008 sobre la Justicia Social; por último, adoptar medidas en función de las conclusiones y los resultados de esta evaluación. La Iniciativa tiene cuatro componentes descritos a continuación:
 - la reforma del Consejo de Administración;
 - la reforma de la Conferencia Internacional del Trabajo;
 - evaluar el impacto de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa;
 - reformar las reuniones regionales;
- 7) *relativa a las normas.* Persigue consolidar el consenso tripartito en torno a un sistema de control reconocido y mejorar la pertinencia de las normas internacionales del trabajo a través del mecanismo de examen de las normas. El objetivo de esta iniciativa es doble:
 - mejorar la pertinencia de las normas internacionales del trabajo a través del mecanismo de examen de las normas;
 - consolidar el consenso tripartito en torno a un sistema de control reconocido.

Del conjunto de todas las iniciativas mencionadas la que más tiene relevancia para este monográfico es la última de las mencionadas. Es decir, la relativa a las normas, que tiene por objeto mejorar la pertinencia de aquellas mediante el mecanismo de su examen, a la vez de consolidar el

consenso tripartito en torno a un sistema de control reconocido. La referida iniciativa lidera la política actual de las normas internacionales del trabajo, por lo que aspira a fortalecer el papel de dichas normas internacionales para avanzar en el sentido de la OIT.

Dicho en otros términos, busca fomentar la justicia social a través de la promoción del trabajo decente, dando una mayor visibilidad a las normas internacionales del trabajo y proporcionando asistencia y cooperación técnica a los mandantes. Las normas internacionales del trabajo son instrumentos jurídicos preparados por los mandantes de la OIT (gobiernos, empleadores y trabajadores) que establecen unos principios y unos derechos básicos en el trabajo.

Por todo lo anterior, la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* celebra el Centenario de la OIT con un número especial dedicado al comentario de los Convenios fundamentales, por lo que ha publicado convocatoria de presentación de comunicaciones. La convocatoria ha tenido buena acogida en el mundo académico que han participado más de 80 investigadores. Por ello, se desarrollará en el siguiente epígrafe para poder comprender el futuro que tienen las normas de la OIT⁵, y entender el porqué de este monográfico.

2. Convenios y Recomendaciones

Las normas internacionales del trabajo son instrumentos jurídicos preparados por los mandantes de la OIT (gobiernos, empleadores y trabajadores) que establecen unos principios y unos derechos básicos en el trabajo. Las normas se dividen en Convenios y Recomendaciones. Los primeros, son tratados internacionales legalmente vinculantes que pueden ser ratificados por los Estados Miembros. Los segundos, actúan como directrices no vinculantes. En muchos casos, un Convenio establece los principios básicos que deben aplicar los países que lo ratifican; mientras que una Recomendación relacionada complementa al convenio, proporcionando directrices más detalladas sobre su aplicación. Asimismo, puede ser autónoma: es decir, no vinculada con ningún convenio.

Los Convenios y las Recomendaciones son preparados por representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores, y se adoptan en la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, que se reúne anualmente. Una vez adoptadas las normas, se requiere de sus Estados

⁵ Cfr. OIT, [Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo](#), 2019.

Miembros, en virtud de la Constitución de la OIT, que las sometan a sus autoridades competentes (normalmente el Parlamento) para su examen. En el caso de los Convenios, se trata de examinarlos de cara a su ratificación. Si un país decide ratificar un convenio, en general éste entra en vigor para ese país un año después de la fecha de la ratificación. Los países que ratifican un convenio están obligados a aplicarlo en la legislación y en la práctica nacionales, y tienen que enviar a la Oficina memorias sobre su aplicación a intervalos regulares. Además, pueden iniciarse, como más adelante se analizará, procedimientos de reclamación y de queja contra los países por violación de los convenios que han ratificado.

2.1. Convenios fundamentales

El Consejo de Administración de la OIT ha establecido que ocho convenios son fundamentales. Estos abarcan temas que son considerados como principios y derechos fundamentales en el trabajo: la libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Estos principios también están incluidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998). Existen en la actualidad más de 1.367 ratificaciones de estos convenios, lo que representa el 91,4% del número posible de ratificaciones. Se requieren, según la OIT, 129 ratificaciones para lograr el objetivo de la ratificación universal de todos los convenios fundamentales.

Los Convenios fundamentales son los siguientes:

- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)⁶;
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)⁷;
- Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)⁸;
- Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)⁹;
- Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138)¹⁰;

⁶ Comentado, en este número especial de [esta Revista](#), por Aránzazu Roldán Martínez.

⁷ Comentado por Carolina Tupinambá.

⁸ Comentado por Josune López Rodríguez.

⁹ Comentado por Mauricio César Arese.

¹⁰ Comentado por Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho.

- Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182)¹¹;
- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)¹²;
- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)¹³.

2.2. Convenios de gobernanza

El Consejo de Administración de la OIT también ha designado otros cuatro convenios como instrumentos prioritarios, por lo cual impulsa a los Estados Miembros a su ratificación, en razón de su importancia para el funcionamiento del sistema de normas internacionales del trabajo. Desde 2008, estos convenios están calificados de Convenios de gobernanza, dado que fueron identificados por la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una mundialización equitativa como las normas que revistan mayor importancia en relación con la gobernanza.

Los Convenios de gobernanza son los siguientes:

- Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81)¹⁴;
- Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122)¹⁵;
- Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129)¹⁶;
- Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144)¹⁷.

3. El sistema de control de las normas

Antes de desarrollar la iniciativa relativa a las normas, por la conmemoración del centenario de aquel organismo, resulta necesario hacer alusión al sistema de control de las normas de la OIT. Las normas internacionales del trabajo están respaldadas por un sistema de control que es único en el ámbito internacional y ayuda a garantizar que los países apliquen los convenios que ratifican. La OIT examina de manera regular la

¹¹ Comentado por Francisco Javier Arrieta Idiákez.

¹² Comentado por José María Ríos Mestre.

¹³ Comentado por Juan Pablo Maldonado Montoya.

¹⁴ Comentado por Gabriela Mendizábal Bermúdez.

¹⁵ Comentado por Aurelia Carrillo López.

¹⁶ Comentado por Fulgencio Pagán Martín Portugués.

¹⁷ Comentado por María Elisa Cuadros Garrido.

aplicación de las normas en los Estados Miembros y señala áreas en las que se podría mejorar su aplicación. Si existe algún problema en la implementación de las normas, la OIT presta colaboración a los países a través del diálogo social y la asistencia técnica.

Bajo este contexto, la Organización ha desarrollado diversos medios de control de la aplicación de los Convenios y Recomendaciones por ley y en la práctica, tras su aprobación por la Conferencia Internacional del Trabajo y su ratificación por los Estados. Dicho en otras palabras, las normas internacionales del trabajo están respaldadas por un sistema de control que es único en el ámbito internacional y que contribuye a garantizar que los países apliquen los convenios que ratifican. Todo ello lo realiza a través de los dos siguientes tipos de mecanismos de control.

3.1. Sistema de control periódico

Prevé el examen de las memorias que presentan periódicamente los Estados Miembros sobre las medidas que han adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se han adherido. El mecanismo de control periódico se basa en el examen de las memorias sobre la aplicación por ley y en la práctica que los Estados Miembros envían, así como en las observaciones a ese respecto remitidas por las organizaciones de trabajadores y de empleadores.

Este control es llevado a cabo a través de dos órganos de la OIT: la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la Comisión tripartita de Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones

Esta Comisión se crea con el fin de examinar el creciente número de memorias de los gobiernos sobre los convenios ratificados. A la hora de proceder al examen de la aplicación de las normas internacionales del trabajo, la Comisión de Expertos efectúa dos tipos de comentarios, en relación a las observaciones y a las solicitudes directas. Las observaciones, por una parte, contienen comentarios sobre las cuestiones fundamentales planteadas por la aplicación de un determinado convenio por parte de un Estado. Estas observaciones se publican en el informe anual de la Comisión. Las solicitudes directas, por otra, se relacionan con cuestiones más técnicas o con peticiones de más información. En el que hay que resaltar que no se publican en el informe, sino que se comunican directamente a los gobiernos concernidos.

Comisión tripartita de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo

El informe anual de la Comisión de Expertos se presenta a la siguiente Conferencia Internacional del Trabajo, en el que es examinado por la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia. Esta Comisión, que es permanente, está compuesta por delegados de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores. Analiza el Informe en un marco tripartito y selecciona del mismo diversos comentarios que serán objeto de debate. Los gobiernos en estos comentarios son invitados a responder ante la Comisión de la Conferencia y a comunicar información sobre la situación en consideración. En muchos casos, la Comisión de la Conferencia adopta conclusiones, recomendando a los gobiernos que arbitren medidas específicas para solucionar un problema o que soliciten asistencia técnica a la OIT. Las discusiones y las conclusiones sobre las situaciones examinadas por la Comisión de la Conferencia se publican en su informe. Las situaciones especialmente preocupantes se destacan en párrafos especiales de su *Informe General*.

3.2. Procedimientos especiales

Incluyen un procedimiento de reclamaciones y un procedimiento de quejas de aplicación general, así como un procedimiento especial en materia de libertad sindical. A diferencia del mecanismo de control periódico, los tres procedimientos enumerados a continuación se basan en la presentación de una reclamación o de una queja.

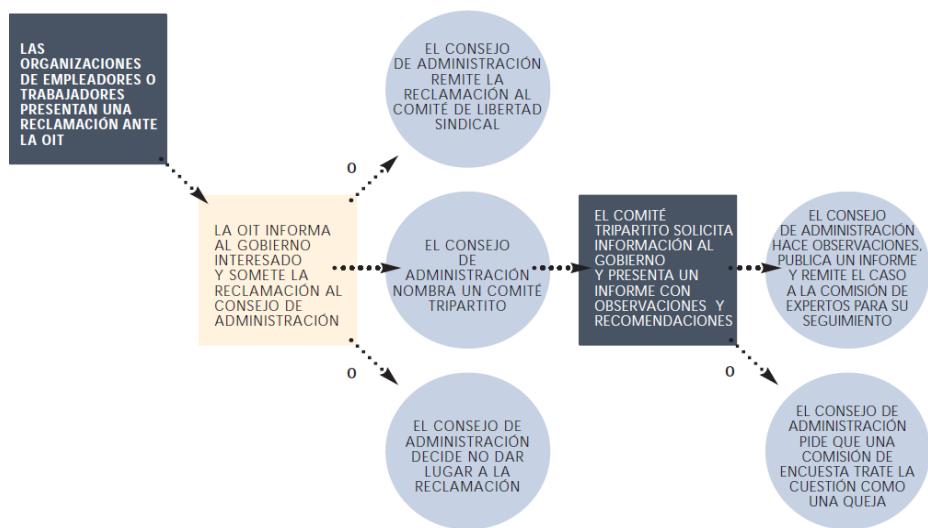
Procedimiento de reclamación con respecto a la aplicación de convenios ratificados

Este procedimiento garantiza a las organizaciones profesionales de empleadores y de trabajadores el derecho de presentar al Consejo de Administración de la OIT una reclamación contra cualquier Estado Miembro que, en su opinión, «no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho Miembro sea parte». Puede establecerse un comité tripartito del Consejo de Administración, compuesto por tres miembros, para examinar la reclamación y la respuesta del gobierno.

El informe que el comité somete al Consejo de Administración contempla los aspectos jurídicos y prácticos del caso, examina la información

presentada y concluye formulando recomendaciones. Cuando la respuesta del gobierno no se considera satisfactoria, el Consejo de Administración tiene el derecho de publicar la reclamación y la respuesta. Las reclamaciones relativas a la aplicación de los Convenios núms. 87 y 98, generalmente se remiten al Comité de Libertad Sindical para que éste las examine. El procedimiento de reclamación se rige por los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT.

Figura 1 – Procedimiento de reclamación



Fuente: OIT, Procedimiento de reclamación, en www.ilo.org

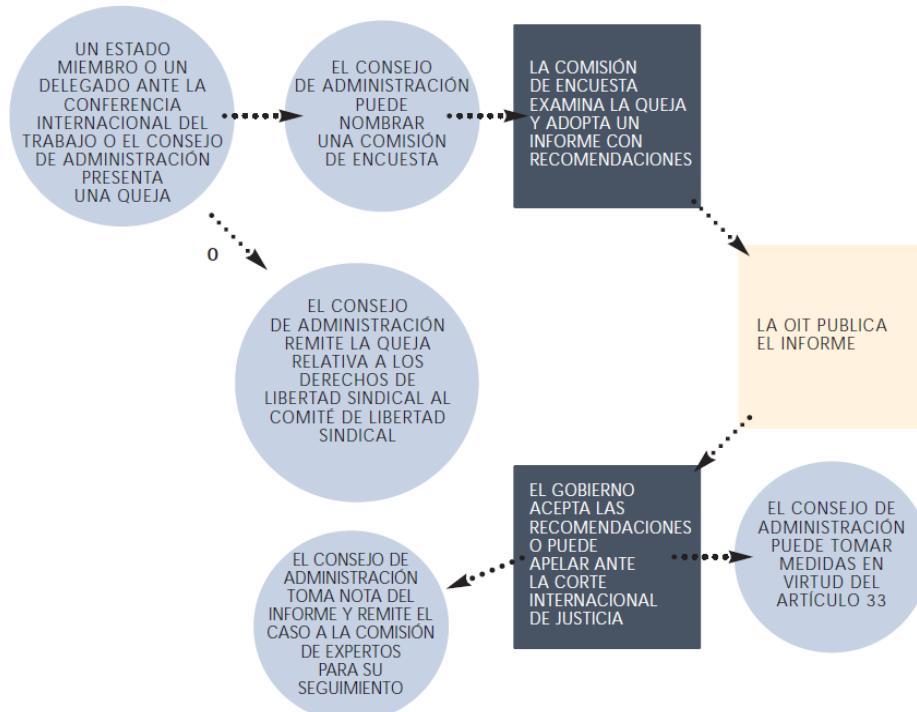
Procedimiento de queja con respecto a la aplicación de convenios ratificados

El procedimiento de queja se rige por los artículos 26 al 34 de la Constitución de la OIT. En virtud de estas disposiciones, puede presentarse una queja contra un Estado Miembro por incumplimiento de un Convenio ratificado por otro Estado Miembro que hubiese ratificado el mismo Convenio, por un delegado a la Conferencia Internacional de Trabajo o por el Consejo de Administración en el marco de sus competencias. Después de haber recibido la queja, el Consejo de Administración puede constituir una comisión de encuesta para el caso, compuesta por tres miembros independientes, que será responsable de realizar una investigación profunda de la queja, determinándose todos los hechos del caso y formulándose recomendaciones sobre las medidas que deben tomarse para tratar los problemas planteados por la queja. La

comisión de encuesta es el procedimiento de investigación de más alto nivel de la OIT. En general, se recurre a este cuando un Estado Miembro es acusado de cometer violaciones persistentes y graves, y se hubiese negado reiteradamente a ocuparse de ello.

Cuando un país se niega a cumplir con las recomendaciones de una comisión de encuesta, el Consejo de Administración puede tomar medidas en virtud del artículo 33 de la Constitución de la OIT. Esta disposición establece que, «en caso de que un Miembro no dé cumplimiento dentro del plazo prescrito a las recomendaciones que pudiere contener el informe de la comisión de encuesta o la decisión de la Corte Internacional de Justicia, según sea el caso, el Consejo de Administración recomendará a la Conferencia las medidas que estime convenientes para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones».

Figura 2 – Procedimiento de queja

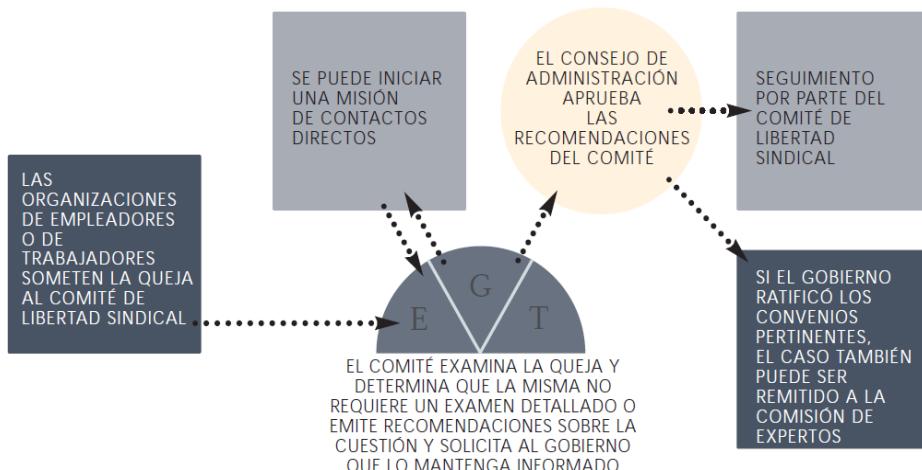


Fuente: Fuente: OIT, [El procedimiento de queja](http://www.ilo.org), en www.ilo.org

Procedimiento especial de queja por violación de la libertad sindical por el Comité de Libertad Sindical

La libertad sindical y la negociación colectiva se encuentran entre los principios fundacionales de la OIT. Tras la adopción de los Convenios núms. 87 y 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva, la OIT llegó a la conclusión de que el principio de libertad sindical requería otros procedimientos de control para garantizar su cumplimiento en los países que no habían ratificado los convenios pertinentes. Como consecuencia de ello, aquel Organismo creó el Comité de Libertad Sindical (CLS) con el objetivo de examinar las quejas sobre las violaciones de la libertad sindical, hubiese o no ratificado el país en cuestión los convenios pertinentes. Las organizaciones de empleadores y de trabajadores pueden presentar quejas contra los Estados Miembros.

El CLS es un Comité del Consejo de Administración y está compuesto por un presidente independiente y por tres representantes de los gobiernos, tres de los empleadores y tres de los trabajadores. Si el Comité acepta el caso, se pone en contacto con el gobierno interesado para establecer los hechos. Y si decide que se ha producido una violación de las normas o de los principios de libertad sindical, emite un informe a través del Consejo de Administración y formula recomendaciones sobre cómo podría solucionarse la situación. Posteriormente, se solicita a los gobiernos que informen sobre la aplicación de sus recomendaciones. En los casos en los que los países hubiesen ratificado los instrumentos pertinentes, los aspectos legislativos del caso pueden remitirse a la Comisión de Expertos. El Comité, a su vez, puede optar por proponer una misión de Contactos directos al gobierno interesado para abordar el problema directamente con sus funcionarios y los interlocutores sociales, a través de un proceso de diálogo.

Figura 3 – Procedimiento de la libertad sindical

Fuente: OIT, [El procedimiento de la libertad sindical](http://www.ilo.org), en www.ilo.org

4. La iniciativa relativa a las normas

La Iniciativa relativa a las normas es una de las siete iniciativas del centenario que se ha aplicado antes de la celebración del centenario de la OIT. La finalidad de aquella se funda, por una parte, en mejorar la pertinencia de las normas internacionales del trabajo a través del mecanismo de examen de las normas. Por otra, en consolidar el consenso tripartito en torno a un sistema de control reconocido.

Esta Iniciativa está encabezando la política actual de las normas internacionales del trabajo. Esta política aspira a fortalecer el papel de las normas internacionales del trabajo para avanzar en el sentido de la Organización; es decir, fomentar la justicia social mediante la promoción del trabajo decente. Para cumplir este objetivo, la política relativa a las normas está sirviendo de base a los esfuerzos para, por una parte, ofrecer una mayor visibilidad a las normas internacionales del trabajo. Por otra, alcanzar a los mandantes a través de la asistencia técnica, la cooperación técnica y el fortalecimiento de competencias.

4.1. Mecanismo de examen de las normas (MEN)

El MEN es un mecanismo integrado de la política de normas de la OIT para garantizar que el Organismo cuenta con un conjunto sólido de

normas internacionales del trabajo que responde a la constante evolución del mundo del trabajo, con el propósito de proteger a los trabajadores y teniendo presentes las necesidades de las empresas sostenibles.

El Grupo de Trabajo tripartito sobre el mecanismo de examen de las normas tiene el mandato de examinar las normas internacionales del trabajo de la OIT con miras a formular recomendaciones para el Consejo de Administración acerca de las siguientes cuestiones:

- la situación de los instrumentos examinados: los instrumentos «actualizados», los instrumentos «que requieren medidas adicionales para asegurar su relevancia continua y futura» y los instrumentos «superados»;
- la identificación de lagunas en materia de cobertura, con inclusión de las que requieren la adopción de nuevas normas;
- medidas prácticas de seguimiento con plazos definidos, cuando proceda.

Hasta la fecha, el Grupo de trabajo tripartito sobre el MEN se ha reunido en cinco ocasiones: febrero 2016, octubre 2016, septiembre 2017, septiembre 2018 y septiembre 2019. Tal como lo decidió el Consejo de Administración en su 334^a Reunión en octubre-noviembre de 2018, la quinta reunión del GTT del MEN se realizó en la sede de la OIT, en Ginebra, desde el 23 al 27 de septiembre de 2019. Durante esta reunión, el Grupo de Trabajo tripartito del MEN llevó a cabo la revisión de siete instrumentos sobre Política de Empleo. También se examinó el seguimiento que ha de darse con respecto a un instrumento dentro de esta área temática que ha sido clasificado anteriormente como superado.

En esta quinta reunión se ha analizado el Convenio 2 sobre Desempleo; sobre el tema de servicios públicos de empleo el Convenio 88 y la Recomendación 83; sobre las agencias de empleo privadas el Convenio 34, el Convenio 96, el Convenio 181 y la Recomendación 188, sobre la creación de empleo en las PYMES la Recomendación 189. Por consiguiente, revisa lo normado en la asistencia del trabajador carente de empleo, asegurando su acompañamiento en la búsqueda de un nuevo empleo, mediante las siguientes recomendaciones:

- el sistema de agencias públicas no retribuidas de colocación, bajo el control de una autoridad central y en consulta con representantes de los trabajadores y de los empleadores para el mejor funcionamiento de dichas agencias;
- las agencias de colocación con fines lucrativos, que sirva de intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador;
- las agencias de colocación sin fines lucrativos; es decir, los servicios de

colocación de agencias u otras organizaciones que, sin buscar un beneficio material, perciban del empleador o del trabajador, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera;

- mecanismos de autorización de las agencias privadas por autoridad competente y sistema de vigilancia de dicha autoridad;
- la interrelación o coexistencia de agencias gratuitas, públicas y privadas, su coordinación operativa con arreglo a un plan nacional;
- la distribución geográfica de los servicios de empleo como una red de oficinas locales y de oficinas regionales, en número suficiente y capacidad para satisfacer las necesidades de cada una de las regiones geográficas del país y convenientemente situadas para los empleadores y los trabajadores.

4.2. Un consenso tripartito consolidado en torno a un sistema de control reconocido

Este mecanismo permite consolidar el consenso tripartito en torno a un sistema de control reconocido y mejorar la pertinencia de las normas internacionales del trabajo a través del mecanismo de examen de las normas.

5. Los beneficios de las normas de la OIT

Los desafíos de la globalización han determinado que las normas internacionales del trabajo sean más relevantes que nunca. Por lo que la OIT reafirma los siguientes beneficios.

5.1. Una vía hacia el trabajo decente

Las normas internacionales del trabajo tienen como objetivo fundamental el desarrollo de las personas en su calidad de seres humanos. En la Declaración de Filadelfia de la OIT, de 1944, la comunidad internacional reconocía que «el trabajo no es una mercancía». El trabajo no es como una manzana o como un aparato de televisión, no es un objeto inanimado que pueda negociarse para obtener el mayor provecho o conseguir el más bajo precio. El trabajo es parte de la vida diaria de todos y el factor determinante para alcanzar la dignidad humana, el bienestar y el desarrollo

como seres humanos. El desarrollo económico debe incluir la creación de empleo y unas condiciones de trabajo adecuadas para que las personas puedan trabajar con libertad y en condiciones de seguridad y dignidad. En resumen, el desarrollo económico no es un fin en sí mismo, sino que su meta debe ser mejorar la vida de las personas. Las normas internacionales del trabajo se han establecido para garantizar que el desarrollo económico siga centrándose en la mejora de la vida y la dignidad humanas.

5.2. Un marco jurídico internacional para una globalización justa y estable

La consecución de la meta del trabajo decente en la economía globalizada, requiere la adopción de medidas en el plano internacional. La comunidad internacional responde a este desafío, en parte desarrollando instrumentos jurídicos internacionales sobre comercio, finanzas, medio ambiente, derechos humanos y trabajo. La OIT contribuye a este marco jurídico elaborando y promoviendo unas normas internacionales del trabajo orientadas a garantizar que el crecimiento económico y el desarrollo vayan de la mano de la creación de trabajo decente. La estructura tripartita, única de la OIT, garantiza que estas normas sean respaldadas por los gobiernos, por los empleadores y por los trabajadores. En consecuencia, las normas internacionales del trabajo establecen las normas sociales mínimas básicas acordadas por todos aquellos que participan en la economía global.

5.3. Establecimiento de condiciones de igualdad

Un marco jurídico internacional sobre las normas sociales garantiza el establecimiento de condiciones de igualdad en la economía global. Ayuda a los gobiernos y a los empleadores a no caer en la tentación de reducir las normas del trabajo creyendo que ello podría darles una mayor ventaja comparativa en el comercio internacional. En el largo plazo, estas prácticas no benefician a nadie. La reducción de las normas del trabajo puede incentivar la extensión de salarios bajos, una formación deficiente y mucha rotación de personal en las industrias, impidiéndose, de este modo, que un país genere empleos más estables y calificados.

Al mismo tiempo, tales prácticas dificultan que los socios comerciales desarrollen sus economías. Debido a que las normas internacionales del trabajo son normas mínimas adoptadas por los gobiernos y los interlocutores sociales, deberá ser interés de todos que esas normas se

apliquen de manera general, para que aquellos que no lo hicieran no socavaran los esfuerzos de los que sí lo hacen.

5.4. Un medio para la mejora de los resultados económicos

Algunas veces, las normas internacionales del trabajo son percibidas como costosas y, por tanto, como un obstáculo para el desarrollo económico. Sin embargo, aumenta el número de las investigaciones que indican que con frecuencia el respeto de las normas internacionales del trabajo acompaña a la mejora de la productividad y de los resultados económicos. Salarios más elevados, mejores normas sobre el tiempo de trabajo y el respeto de la igualdad, pueden traducirse en trabajadores mejores y más satisfechos, y en menos cambios de personal. Las inversiones en formación profesional pueden redundar en una mano de obra con mejor formación y en niveles más elevados de empleo.

Las normas de seguridad pueden disminuir los costos ocasionados por los accidentes y los gastos en concepto de salud. La protección del empleo puede conducir a que los trabajadores, al sentirse seguros, asuman riesgos y sean más innovadores. La protección social que brindan, por ejemplo, los regímenes de desempleo y las políticas activas de mercado de trabajo, pueden facilitar la flexibilidad del mercado de trabajo, puesto que hacen que la liberalización y las privatizaciones sean sostenibles y más aceptables para la gente. La libertad sindical y la negociación colectiva pueden conducir a mejores consultas y a una mayor colaboración en la gestión del trabajo, reduciéndose así el número de conflictos laborales costosos y obteniéndose una mayor estabilidad social.

Los efectos beneficiosos de las normas del trabajo no pasan desapercibidos para los inversores extranjeros. Los estudios han demostrado que, en los criterios para la elección de los países en los que invertir, los inversores extranjeros valoran más la calidad de la mano de obra y la estabilidad política y social que los bajos costes de la mano de obra. Tampoco existen pruebas suficientes que demuestren que los países que no respetan las normas laborales sean más competitivos en la economía global.

5.5. Una red de protección frente a las crisis económicas

Incluso las economías que crecen rápidamente y poseen una mano de obra altamente calificada pueden tener que hacer frente a caídas

económicas imprevistas. La crisis financiera asiática de 1997, la explosión de la burbuja tecnológica en el año 2000 y la crisis económica y financiera de 2008 pusieron de manifiesto cómo decenios de crecimiento económico pueden desplomarse por las graves devaluaciones de la moneda y por la caída de los precios del mercado. Por ejemplo, durante la crisis asiática de 1997, así como durante la crisis de 2008, el desempleo aumentó significativamente en muchos de los países afectados. Los efectos desastrosos que estas crisis tuvieron en los trabajadores, se vieron agravados por el hecho de que, en muchos de estos países, los sistemas de protección social (especialmente de seguros de desempleo y seguros médicos), las políticas activas de mercado de trabajo y el diálogo social estaban ausentes o existían bajo una gran presión. La adopción de un enfoque equilibrado que incluya el logro de metas macroeconómicas y de empleo, teniendo al mismo tiempo en cuenta el impacto social, puede ser útil para enfrentar estos desafíos.

5.6. Una estrategia para la reducción de la pobreza

El desarrollo económico siempre ha dependido de la aceptación de las normas. La legislación y las instituciones jurídicas vigentes garantizan los derechos de propiedad, el cumplimiento de los contratos, el respeto de los procedimientos y la protección contra los delitos, que son elementos jurídicos de una buena gobernanza, sin los cuales ninguna economía puede funcionar. Un mercado regido por reglas e instituciones justas es más eficaz y beneficioso para todos. Y el mercado del trabajo no es diferente. Prácticas laborales justas establecidas por las normas internacionales del trabajo y aplicadas a través de los sistemas jurídicos nacionales, garantizan un mercado de trabajo eficaz y estable, tanto para los trabajadores como para los empleadores.

En muchas economías en desarrollo y en transición, una gran parte de la mano de obra trabaja en el sector informal. Además, estos países a menudo carecen de la capacidad de impartir una justicia social efectiva. Empero, las normas internacionales del trabajo también pueden ser instrumentos eficaces en estas situaciones. La mayor parte de las normas se aplican a todos los trabajadores, no sólo a los que trabajan con arreglo a acuerdos formales de trabajo. Algunas normas, como las que se ocupan de los trabajadores a domicilio, de los trabajadores migrantes y rurales, y de los pueblos indígenas y tribales, tratan en verdad específicamente de algunas áreas de la economía informal.

Se ha demostrado que la ampliación de la libertad sindical, la protección

social, la seguridad y la salud en el trabajo, la formación profesional, y otras medidas requeridas por las normas internacionales del trabajo, constituyen una estrategia eficaz para determinar un descenso de la pobreza y conducir a los trabajadores hacia la economía formal. Además, las normas internacionales del trabajo exigen la creación de instituciones y mecanismos que puedan robustecer los derechos laborales. En combinación con un conjunto de derechos y de normas definidos, las instituciones jurídicas vigentes pueden contribuir a formalizar la economía y a crear un clima de confianza y de orden que es esencial para el crecimiento y el desarrollo económicos.

5.7. Aunar la experiencia y los conocimientos internacionales

Las normas internacionales del trabajo son el resultado de las discusiones celebradas entre los gobiernos, los empleadores y los trabajadores en consulta con expertos de todo el mundo. Representan el consenso internacional sobre la manera en que pueden abordarse problemas laborales concretos a escala global, y reflejan los conocimientos y la experiencia de todo el mundo. Los gobiernos, las organizaciones de empleadores y de trabajadores, las instituciones internacionales, las empresas multinacionales y otras organizaciones no gubernamentales pueden beneficiarse de estos conocimientos, incorporando las normas a sus políticas, a sus objetivos operativos y a sus acciones cotidianas. El carácter legal de las normas permite su utilización en el sistema jurídico y en la administración en los ámbitos nacionales, y como parte del corpus de la legislación internacional que puede conducir a una mayor integración de la comunidad internacional.

6. Conclusiones

La doctrina ha señalado que «las sombras sobre el papel de la normatividad internacional sociolaboral de la OIT en el presente y, sobre todo, en el futuro inmediato no son tanto cuantitativas, sino cualitativas»¹⁸. Por lo que en un sistema normativo, en la práctica, no es dado específicamente a los valores, principios y derechos superiores que señala, al contrario es a la efectividad de sus garantías.

¹⁸ M. MIÑARRO YANINI, *Cien años de política normativa de la OIT: una vigorosa historia con futuro incierto*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 434, p. 6.

No es óbice afirmar que la función de la OIT, actualmente, es limitada; dado que no agota la totalidad de las herramientas que posee. Mismas que son y han sido importantes para el progreso social. Por lo que se requiere el reforzamiento por el que defiende que debe nacer por ella misma, a través de su reafirmación del desarrollo de la función normativa que le es propia, así como la aplicación de los mecanismos de control con las que cuenta.

En definitiva, es necesario que se «autorrevise y redifina su estrategia fáctica, poniendo al servicio de esta la totalidad de los medios de que dispone y aplicándolos en todo su alcance. El camino, sin duda, no será fácil, pero la organización no puede renunciar a seguir siendo referente social internacional, sino que ha de ocupar el lugar central que le corresponde, desde donde debe ser mucho más visible para las autoridades políticas de los Estados, así como para los órganos judiciales nacionales»¹⁹.

Que «aun siendo el organismo mundial de referencia en cuanto a relaciones laborales, ha quedado también relegada un lugar secundario en la multitud de conexiones privadas que forman el cuerpo trasnacional»²⁰.

Bajo este contexto, la OIT debe avanzar en medidas normativas para el logro de un marco de transición justa frente a los cambios tecnológicos, climáticos, demográficos señalados entre los factores de impacto a término y nuevos desafíos en materia de empleo. En cuanto a los cambios tecnológicos, hay que destacar la implantación de la cuarta revolución industrial, conocida como la Industria 4.0, en el que la OIT debe intervenir en este incipiente fenómeno.

La Industria 4.0 consiste en incorporar las nuevas tecnologías a la industria. Dicho en otros términos, es hacer andar la industria a través de herramientas tecnológicas, tales como cloud, Big Data, sistemas ciberráficos, sensórica, robótica colaborativa, fabricación aditiva o por capas, entre otras. Por tanto, es la considerada como la cuarta revolución industrial²¹.

El informe Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria española, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, define Industria 4.0 como «la cuarta revolución industrial, que se basa en la

¹⁹ *Ibidem*, p. 20.

²⁰ A. OJEDA AVILÉS, *Del mundialismo a la globalización. Un balance de los convenios OIT y su proyección futura*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 434, p. 42.

²¹ Cfr. D.T. KAHALE CARRILLO, *La Industria 4.0: los retos para el empleo español*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. 1. Cambios tecnológicos y nuevos retos para el mundo del trabajo (Portugal, España, Colombia, Italia, Francia)*, Peter Lang, 2017, pp. 75-93.

disponibilidad en tiempo real de toda la información relevante al producto, proporcionada por una red accesible en toda la cadena de valor, así como la capacidad para modificar el flujo de valor óptimo en cualquier momento. Esto se logra a través de la digitalización y la unión de todas las unidades productivas de una economía. Para ello es necesaria la fusión de tecnologías tales como Internet de las Cosas (IoT), computación y cloud, big data y ciberseguridad, así como las complementarias: móvil, analytics, M2M (Machine to Machine), impresión 3D, robótica y comunidad/compartición»²².

La digitalización es la herramienta que diferencia a la Industria 4.0 con las demás, dado que combina el aspecto físico con el digital. Como, por ejemplo, la vinculación de materiales, dispositivos, instalaciones, maquinarias al sistema digital. Se han dado voces al señalar que la digitalización une el puente que combina en el extremo a sociedad y tecnología que conecta con el otro extremo del mundo físico con el virtual²³.

En las nuevas fases del cambio no se trata de vender lo que las industrias venden, sino de producir lo que los clientes piden y necesiten. Por tanto, la Industria 4.0 va a transformar la naturaleza de los mercados, la forma de acceder a aquellos y acrecentará la intensidad de capital, por lo que requerirá que se aumenten las habilidades y conocimientos de los empleados²⁴.

El informe del Foro Económico Mundial de Davos de 2016, concluye que la digitalización de la industria supondrá la desaparición de 7,1 millones de empleos en los 15 países más industrializados del mundo; y la creación de 2,1 millones de nuevas posiciones para 2020; la mayoría relacionados con las nuevas capacidades y habilidades digitales (ingenieros, informáticos y matemáticos, principalmente)²⁵.

Los informes señalan que más del 40% de los empleos se automatizarán en el futuro. Por una parte, el informe de McKinsey²⁶ indica que el 45%

²² MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO, *Industria conectada 4.0. La transformación digital de la industria Española*, 2015, p. 114 (consultable en *Bollettino ADAPT, 2016, n. 33*). El informe en cuanto al término industria que utiliza hace referencia a la «industria manufacturera, excluyendo el suministro de energía y agua y las industrias extractivas» (*idem*).

²³ CCOO INDUSTRIA, *La digitalización de la industria*, 2016, p. 7.

²⁴ R. TORNABELL, *Indústria 4.0: quin impacte té en la producció i l'ocupació?*, en *F – La Revista del Foment, 2015, n. 2146*, p. 41.

²⁵ WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, 2016.

²⁶ M. CHUI, J. MANYIKA, M. MIREMADI, *Four fundamentals of workplace automation*, en www.mckinsey.com, noviembre 2015.

de las actividades de trabajo podrían automatizarse utilizando la tecnología en los Estados Unidos de América. Empero, si las tecnologías que procesan y entienden el lenguaje natural y alcanzaran el nivel medio de desempeño humano, se podría automatizar un 13% adicional de las actividades de trabajo. Por otra, el estudio *The Future of Employment: How susceptible are jobs to computerisation?*, de la Universidad de Oxford, vaticina que para 2020 de 702 actividades profesionales estudiadas de aquel país serán automatizadas un 47%. No obstante, hay que distinguir que tareas y puestos de trabajo no tienen el mismo significado. Estos últimos engloba múltiples tareas, como la interacción física o la interacción social²⁷.

El último informe de los nombrados evalúa el impacto sobre el empleo, para determinar cuáles de las tareas de cada profesión o puesto de trabajo pueden ser automatizadas. De igual manera, señala tres grupos de tareas que la tecnología no es capaz, de momento, de perfeccionar o materializar: a) inteligencia emocional (persuadir a alguien), b) inteligencia creativa (hacer una broma), c) percepción y manipulación en entornos desordenados. Las tareas más susceptibles de automatización son las de servicios, producción, transporte, ventas, trabajos administrativos, entre otras.

Uno de los principales desafíos que se tiene, en el caso español, es que a pesar de que la industria utiliza las nuevas tecnologías, no se tiene el personal capacitado para que las puedan manejar. Dicho en otras palabras, se requiere de una mano de obra más cualificada que abandone el trabajo manual por el software²⁸, con funciones de simulación productiva y control de la eficiencia.

El informe de CCOO *Industria 4.0. Una apuesta colectiva* de 2016 señala que un 75% de los oficios y las profesiones futuras no existen, de momento, por lo que estarán relacionadas con los sistemas informáticos, la gestión de datos, la seguridad informática, los sistemas robóticos, entre otros. Por ejemplo, pilotos de drones, telecirujanos, coordinadores de la relación hombre-máquina en el ámbito laboral, arquitectos de realidad aumentada, etc.²⁹.

Por ello, la OIT debe actuar, como órgano tripartito, para paliar los obstáculos que se están presentando en el mundo, dado que la implantación de la Industria 4.0 está destruyendo empleos y creando otros, en el que se carece de trabajadores formados para ocupar los

²⁷ A. MORRON SALMERON, [¿Llegará la Cuarta Revolución Industrial a España?](#), en [CaixaBank Research](#), 11 febrero 2016.

²⁸ La Real Academia (www.rae.es) define *software* como el «conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora».

²⁹ P. 29.

nuevos trabajos. Dicho en otras palabras, se están digitalizando los puestos de trabajo en el que los trabajadores que ocupaban aquellos tendrán que ser despedidos o, en el mejor de los casos, formarles para que ocupen otro puesto de trabajo en la empresa automatizada. Existen vacíos legales, en cuanto a los derechos de los trabajadores que se les digitalicen sus puestos de trabajo, por lo que, de momento, el sindicato mediante la negociación colectiva está tratando de paliar las situaciones que se presentan en las empresas que apuestan por la implantación de la cuarta revolución industrial. Es el momento que, a su vez, la OIT coja las riendas y actúe como órgano internacional para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

Sin olvidar que aquel Organismo está llamada a desempeñar un papel ejemplar en el apoyo a la ejecución de programas sobre el futuro del trabajo, orientado por su mandato normativo basado en los derechos y con pleno respeto a su carácter tripartito. La OIT puede convertirse en un órgano de referencia en el sistema internacional en lo que respecta al diálogo social, la orientación y el análisis de las estrategias de cada país en pro del futuro del trabajo, así como en el examen de cómo la aplicación de la tecnología puede incidir favorablemente en el diseño del trabajo y en el bienestar del trabajador³⁰.

Finalmente, hay que resaltar que la Conferencia del Centenario de la OIT de 2019 ha culminado con la aprobación de dos importantes instrumentos: la Declaración del Centenario sobre el Futuro del Trabajo y un nuevo e indispensable Convenio internacional para combatir la violencia y el acoso en el trabajo.

En cuanto al primer instrumento, se destaca que debido a la aparición de nuevos modelos empresariales como las plataformas digitales que se niegan a cumplir totalmente las responsabilidades laborales y socavan cada vez más el derecho de los trabajadores a tener garantizado un empleo con un salario y unas condiciones dignas³¹, la declaración representa una importante renovación del contrato social y hace hincapié en un nivel mínimo de derechos y protecciones para todos los trabajadores.

Asimismo, exige unas medidas de transición justas para proteger y mantener los medios de vida en la transición hacia una economía libre de emisiones de dióxido de carbono y en la creciente transformación digital del trabajo. Otorga, a su vez, un gran protagonismo a la negociación colectiva, al diálogo entre sindicatos, empleadores y gobiernos y a las

³⁰ COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, [Trabajar para un futuro más prometedor](#), OIT, 2019.

³¹ D.T. KAHALE CARRILLO, *Notas a la estructura del salario*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2016, n. 44.

acciones transfronterizas para garantizar los derechos de los trabajadores en las cadenas de suministro, así como a la privacidad y protección de datos, la educación y la formación.

De igual manera, la declaración reconoce la salud y la seguridad laborales como elementos fundamentales para garantizar un trabajo digno. La conferencia también aprobó una resolución que traza una ruta para que la OIT otorgue a este asunto un reconocimiento formal en el marco de los derechos fundamentales de aquel Organismo. Asimismo, exige que el sistema multilateral adopte un enfoque coherente y centrado en los derechos humanos, con la OIT en pleno centro de las políticas internacionales comerciales, financieras, económicas y medioambientales.

En relación al segundo instrumento, Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190), el nuevo Convenio aprobado garantiza que el mundo del trabajo esté libre de violencia y acoso, proporcionando un impulso que se necesitaba urgentemente en la lucha para proteger a cientos de millones de trabajadores y, sobre todo, trabajadoras. Dicho instrumento adopta un enfoque inclusivo que amplía la protección a todos los trabajadores independientemente de su situación contractual, incluidos los trabajadores que ejercen la autoridad de un empleador, los solicitantes de empleo, los trabajadores en prácticas, los becarios, los aprendices, los voluntarios, etc.

Asimismo, el convenio deja claro que la violencia y el acoso que implica a terceros (ya sean clientes, usuarios, pacientes o ciudadanos) deben tenerse en cuenta y abordarse sin demora. Este reconocimiento es sumamente importante para los trabajadores cuyos empleos tienen que ver con el servicio al público y en espacios públicos.

La reunión ordinaria de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia evaluó los compromisos adquiridos por los Estados miembro de la OIT relacionados con la provisión de servicios de protección social. Se trata de un asunto prioritario, dado que alrededor de tres cuartos de la población mundial cuentan con una protección insuficiente o carecen de la misma. De igual manera, la comisión analizó el cumplimiento de los convenios de la OIT por parte de los gobiernos.

7. Agradecimientos

Como se ha señalado al principio de este estudio, la convocatoria que ha publicado la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, para la materialización de este monográfico, que se tiene en las manos, ha sido masiva. Han participado más de 70 colaboradores de

diferentes nacionalidades de Latinoamérica y Europa. Por ello, como coordinador de este monográfico, agradezco públicamente a todos los siguientes colaboradores, según la distribución de los epígrafes de este número, por el interés en abordar este número:

Artículos marco

Pablo Arnaldo Topet, Humberto Villasmil, Jesús García Jiménez, José Luis Gil y Gil, Marta Hebe Pujadas, Mónica Viviana Tepfer, José Luis Monereo Pérez, Juan Antonio Fernández Bernat y Cristóbal Molina Navarrete.

Convenios fundamentales

Josune López Rodríguez, Aránzazu Roldán Martínez, Carolina Tupinambá, José María Ríos Mestre, Mauricio César Arese, Juan Pablo Maldonado Montoya, Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho y Francisco Javier Arrieta Idiakez.

Convenios de gobernanza

Gabriela Mendizábal Bermúdez, Aurelia Carrillo López, Fulgencio Pagán Martín Portugués y María Elisa Cuadros Garrido.

Convenios técnicos

Rolando Enrique Ubillús Bracamonte, Gonzalo Salcedo, Karina Aparicio Aldana, Sergio Martín Guardado, Pablo Benlloch Sanz, Diego Villavicencio Pinto, Pelayo Jardón Pardo de Santayana, Eduardo López Ahumada, Gloria Aurora De Las Fuentes Lacavex, Concepción Morales Vállez, José Antonio González Martínez, Fuencisla Rubio Velasco, Jacqueline Hellman, Noemí Monroy, Martha Elisa Monsalve Cuellar, Francisco Rubio Sánchez, Miguel Gutiérrez Pérez, Ana Isabel Pérez Campos, María del Ángel Iglesias Vázquez, Henar Álvarez Cuesta, Maiedah Jalil Naji, Raquel Poquet Catalá, Sergio Córdova Olivarria, Javier H. Espinoza Escobar, José Bascón Marín, María Gema Quintero Lima, Jaime Benlloch Charro, Stefhanie Víquez Rojas, Pablo Puente Martínez, Isabel M^a Pérez Gázquez, Concepción Sanz Sáez, Javier Fernández Orrico, Ydangely Tropiano, Atilio Noguera, Jean José Tamarones Rosas, Luis Ángel Triguero, Erica Florina Carmona Bayona, David Estrada Ballesteros, Rubén López Fernández, Patrocinio Rodríguez Ramos, Silvia

Fernández Martínez, Francisco Pérez Amorós, Jessica Jannet Montalvo Tejeda, Elina Eunice Montechiari Pietrani, José Sánchez Pérez, María Cristina Polo Sánchez, Francisco Barba, María Soledad de Franco, José Luis Ruiz Santamaría, José Mojica Gutiérrez, Manuela Durán Bernardino, Rocío Guerrero Jareño, Susana Duro Carrión, Federico Rosenbaum Carli, Camino Ortiz de Solórzano Aurosa, Virgilio Tellez Valle, Martín Madrid-Sánz, Asunción López Arranz, Tatsiana Ushakova, Fernando Boró Herrera, Francisca Quiles García, Alejandro Zalvide Bassadone, Arancha de las Heras García, Carlota María Ruiz González, Silvio Bologna, Belén López Insua, Victoria Rodríguez-Rico Roldán y Raquel Vela Díaz.

De igual manera, agradezco a la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, por aceptar la propuesta que se le ha sugerido, como coordinador, sobre el centenario de la OIT; especialmente a Michele Tiraboschi, como Comité de Gestión Editorial y Director Científico, y Lavinia Serrani, como miembro del Comité de Redacción.

Finalmente, agradezco a Jesús García Jiménez, Coordinador de Actividades para Trabajadores de América Latina y el Caribe del Centro Internacional de Formación de Turín de la OIT, por todo su apoyo en la tramitación del sello de la OIT para que se encuentre presente en este monográfico, así como su participación como colaborador en los artículos marco. Muchas gracias. Asimismo, agradezco el apoyo del Centro Internacional de Formación de Turín de la OIT.

8. Bibliografía

CCOO INDUSTRIA, [*Industria 4.0. Una apuesta colectiva*](#), 2016 (consultable en www.bollettinoadapt.it)

CCOO INDUSTRIA, [*La digitalización de la industria*](#), 2016

CHUI M., MANYIKA J., MIREMADI M., [*Four fundamentals of workplace automation*](#), en www.mckinsey.com, noviembre 2015

COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, [*Trabajar para un futuro más prometedor*](#), OIT, 2019

ILO, [*Alphabetical list of ILO member countries \(187 countries\)*](#), en www.ilo.org

KAHALE CARRILLO D.T., *La Industria 4.0: los retos para el empleo español*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. 1. Cambios tecnológicos y nuevos retos para el mundo del trabajo (Portugal, España, Colombia, Italia, Francia)*, Peter Lang, 2017, pp. 75-93

KAHALE CARRILLO D.T., *Notas a la estructura del salario*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2016, n. 44

LÓPEZ AHUMADA J., *El futuro del trabajo y las transformaciones cualitativas en el empleo: a propósito de las conversaciones del centenario de la OIT*, en M.E. MONSALVE CUÉLLAR (coord.), *El futuro del trabajo. Análisis jurídico y socioeconómico*, Aldeberán, 2017, pp. 173-195

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO, [Industria conectada 4.0. La transformación digital de la industria Española](#), 2015 (consultable en [Bollettino ADAPT, 2016, n. 33](#))

MIÑARRO YANINI M., *Cien años de política normativa de la OIT: una vigorosa historia con futuro incierto*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 434, pp. 5-20

MORRON SALMERON A., [¿Llegará la Cuarta Revolución Industrial a España?](#), en [CajaBank Research](#), 11 febrero 2016

NACIONES UNIDAS, [Información general](#), en [www.un.org/es](#)

OIT, [Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo](#), 2019

OJEDA AVILÉS A., *Del mundialismo a la globalización. Un balance de los convenios OIT y su proyección futura*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 434, pp. 21-55

RAMOS QUINTANA M., *La iniciativa del centenario de la OIT relativa al futuro del trabajo*, en *Trabajo y Derecho*, 2015, n. 9, pp. 107-111

TORNABELL R., *Indústria 4.0: quin impacte té en la producció i l'ocupació?*, en [F – La Revista del Foment, 2015, n. 2146](#), pp. 38-41

WORLD ECONOMIC FORUM, [The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution](#), 2016

Normativa

[C190 – Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 \(núm. 190\)](#)

[C182 – Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 \(núm. 182\)](#)

[C144 – Convenio sobre la consulta tripartita \(normas internacionales del trabajo\), 1976 \(núm. 144\)](#)

[C138 – Convenio sobre la edad mínima, 1973 \(núm. 138\)](#)

[C129 – Convenio sobre la inspección del trabajo \(agricultura\), 1969 \(núm. 129\)](#)

[C122 – Convenio sobre la política del empleo, 1964 \(núm. 122\)](#)

[C111 – Convenio sobre la discriminación \(empleo y ocupación\), 1958 \(núm. 111\)](#)

C105 – Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)

C100 – Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)

C098 – Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)

C087 – Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)

C081 – Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81)

C029 – Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)

Artículos marco

El futuro del trabajo y las formas atípicas del empleo

Pablo Arnaldo TOPET*
Humberto VILLASMIL**
Jesús GARCÍA JIMÉNEZ***

RESUMEN: Para entender la realidad de las llamadas formas atípicas de empleo, y hasta qué punto estas pueden determinar las nuevas formas de trabajo en un futuro de relaciones laborales cuando menos incierto, se hace necesario analizar la evolución de las instituciones del mercado de trabajo y la génesis misma del derecho del trabajo. Este análisis histórico requiere ser complementado por la importancia del paradigma del trabajo decente desde la perspectiva de las normas internacionales del trabajo, instalado por la OIT ya en 1999 y sistematizado por la Declaración por la Justicia Social para una Globalización equitativa de 2008. La definición de lo que entendemos por formas de empleo atípico en el marco de la OIT, las inseguridades derivadas de esta realidad, así como sus efectos en el mercado de trabajo completan el análisis, sin poder terminar antes de identificar brevemente las claves para compatibilizar el empleo atípico con el trabajo decente.

Palabras clave: OIT, trabajo decente, justicia social, normas, derechos, contrato, negociación colectiva, empleo atípico.

SUMARIO: 1. Prefacio. 2. ¿Por qué un derecho del trabajo? 2.1. Una introducción general. 2.2. ¿Por qué un derecho del trabajo? 2.3. Una aproximación al paradigma del trabajo decente desde la perspectiva de las normas internacionales del trabajo. 2.4. La Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo. 3. Las formas del empleo atípico y la OIT. 4. Las «inseguridades del empleo atípico». 5. El empleo atípico y sus efectos en el mercado de trabajo. 6. El desafío: como compatibilizar el empleo atípico con el Trabajo Decente. 7. Palabras finales. 8. Bibliografía.

* Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

** Especialista de Normas Internacionales del Trabajo en la Oficina de la OIT de Santiago de Chile.

*** Responsable para Actividades con Trabajadores para América Latina y El Caribe del Programa ACTRAV del CIF/OIT.

The Future of Work and Non-Standard Forms of Employment

ABSTRACT: To understand the situation of the phenomenon known as non-standard forms of employment, and the extent to which these may influence the types of work that exist in a future characterized by increasingly uncertain labour relations, it is necessary to analyse how labour market institutions have evolved, and the origins of labour law itself. This historical analysis must be accompanied by an understanding of the importance of decent work from the perspective of the international labour standards established by the ILO in 1999 and systematized by the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization in 2008. Such analysis must also encompass a definition of what we understand to be non-standard forms of employment within the framework of the ILO; the lack of security arising from such situations; and their effects on the labour market, as well as a brief identification of the keys to ensuring non-standard forms of employment are compatible with decent work.

Key Words: ILO, decent work, social justice, standards, rights, contract, collective bargaining, non-standard employment.

1. Prefacio

Desde el Centro Internacional de Formación de la OIT de Turín, y especialmente desde su Programa de actividades para trabajadores, nos es grato participar del número especial monográfico de conmemoración del centenario de la OIT, de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*.

Desde nuestra institución, y en coordinación con la Oficina de la OIT, saludamos la excelente iniciativa que la *Revista* ha lanzado en el marco del Centenario de la OIT, haciendo hincapié en la importancia del rol normativo de la Organización durante estos cien años de historia.

Consideramos de gran utilidad poder contar con un compendio actualizado de comentarios a los Convenios de la OIT, sean estos los calificados como convenios fundamentales, de gobernanza y técnicos, realizados por expertos jurídicos de un lado y otro del Atlántico, enriqueciendo de esta manera el acervo ya disponible por el Comité de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT (CEACR).

Esta publicación se da además a pocas fechas de concluirse el mandato del Grupo de Trabajo tripartito sobre el mecanismo de examen de las normas desde donde se han venido examinando las normas internacionales del trabajo de la OIT con miras a formular recomendaciones para el Consejo de Administración acerca de la situación de los instrumentos examinados y, la identificación de lagunas en materia de cobertura.

Hágase expreso también nuestro agradecimiento a los coordinadores de la *Revista*, por haber sido invitados a participar de esta prestigiosa publicación con este artículo.

2. ¿Por qué un derecho del trabajo?

2.1. Una introducción general

Una reflexión sobre el futuro del trabajo y las llamadas formas atípicas de trabajo obliga, a nuestro criterio, a indagar sobre el modo en que se constituyó el entramado de protecciones laborales que hoy llamamos Derecho del trabajo.

La humanidad reconoció durante buena parte de su desarrollo, con “naturalidad”, las relaciones de esclavitud, en la que se aceptaba un vínculo entre un hombre y una “cosa” (el esclavo, que así se consideraba); luego avalaron relaciones con componentes de “fidelidad” y de

“servidumbre”, durante el feudalismo, en el que además se conforman las corporaciones de oficio, de modo tal que podemos relevan a simple vista que el trabajo del presente se presta en otra condición de tal tipo que nos exige una indagación más exhaustiva sobre sus contornos y, esta es la de un *trabajo convenido en libertad*.

¿Cómo se enhebró este proceso?; ¿cuáles fueron las razones filosóficas, políticas, sociales y económicas?; la respuesta es compleja, pero es indispensable identificar algunas claves de entendimiento para evaluar de donde se viene, en que sitio estamos y entrever hacia cual se orientará el futuro del trabajo.

2.2. ¿Por qué un derecho del trabajo?

Hay cierto acuerdo en proponer en el examen de la cuestión en occidente como un punto de partida a la Revolución Francesa de 1789, por lo radical de su experiencia. Fue en ella en la que se propuso una modificación total de los principios de ordenamiento político, social y económico, que imperaban en el régimen feudal. Una filosofía política les proporcionaba un marco de fundamentación y justificación. Surgen y se imponen ciertas ideas “revolucionarias”, en lo político la idea de la soberanía popular y de la distribución del poder; en lo social la aparición de la “igualdad” de todos los hombres; en lo económico la entronización de una institución como el “mercado” como el espacio real y simbólico en el que todas las decisiones de producción y de distribución social e individual de riqueza se confiaban y dirimían. Un espacio de decisión sobre opciones de individuos y de la comunidad que estaba protegida por una exquisita metáfora: una mano invisible, según enseñaba Adam Smith. La aptitud del “mercado” para cumplir su función, se vinculaban a la idea de igualdad de los hombres y, a su comportamiento e intervención en las relaciones económicas y políticas en su condición de “individuos”. Una institución económica que sólo validaba sus procedimientos y resultados en tanto expresaban una opción económica mediada por múltiples y divisibles voluntades individuales. Había, en esta concepción, un reproche a lo colectivo que se identificaba con las corporaciones de oficios que se constituyeron en un espacio productivo cerrado en los burgos medievales. Desde esta visión el “mercado” funcionaría adecuadamente, si solo se concurría en forma individual; lo contrario implicaría una distorsión, una afectación en una fina máquina de relojería que era refractaria a los accesos de grupos o de colectividades.

Y, aparece el contrato como expresión de la igualdad que la sociedad

reconocía a todos sus miembros y de la libertad de escoger opciones de vida y tomar decisiones; el contrato del derecho privado, expresión de la autonomía de la voluntad que permitía definir derechos y obligaciones en vínculos que se anudarían de conformidad con las infinitas e imprevisibles preferencias de los individuos de una comunidad. Era un hito en la historia de la humanidad, elevaba al hombre a un lugar donde “jamás había estado”, dueño y señor no sólo de su propia existencia sino también del destino común de los integrantes de la sociedad. *Y se lo consideraba tan útil y funcional que su uso se habilitaba tanto para el intercambio de mercancías como para el trabajo humano, al que también se lo sometía al juego de las fuerzas de la oferta y la demanda del mercado*¹.

Y el papel del Estado, frente al “mercado”, se limitaría a fiscalizar que la “mano invisible” pudiera realizar su tarea sin inconvenientes; se limitaba a custodiar el bien máspreciado del nuevo orden instaurado: la libertad contractual, sólo debía dejar hacer y dejar pasar (“*laissez faire, laissez passer*”). Un Estado gendarme que vigilaba los principios de igualdad, libertad y fraternidad en las que se depositaba la felicidad de todos los ciudadanos.

A ese multifacético y complejo proceso se añade el de otro no menos interesante: la revolución industrial.

Los procesos políticos, económicos y productivos, que significaron la revolución política y la industrial, desencadenaron efectos sociales que convulsionaron los tiempos. Trabajadores que migraban de zonas rurales a las fábricas urbanas; el hacinamiento en la vida de las clases más populares; la explotación de niños, mujeres y hombres; el trabajo sin límites y sin condiciones de seguridad; la desprotección ante los accidentes, las enfermedades y las contingencias; los salarios insuficientes; en suma la inequidad y la injusticia que develaba el conflicto fundamental, entre capital y trabajo, que subyacía en la estructura del orden creado, y que demandaba respuestas de políticas a la llamada “cuestión social”.

Las respuestas a esos quiebres sociales fueron múltiples y, también sus vías de manifestación. Por un lado, ante la conflictividad de los efectos sociales el Estado procuró atemperarlos con intervenciones normativas: las primeras leyes obreras de protección de los trabajadores. Por el otro, la acción colectiva de los trabajadores, al principio negada y reprimida y luego, de un doloroso y extenso proceso, tolerada y, al final reconocida por el Estado. Un cambio también sustantivo puesto que se acepta en diversa medida la existencia y legitimidad de acción y expresión de los intereses de grupos. El interés individual deja de ser el único reconocido; a

¹ A. BAYLOS, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, 2013, pp. 19 ss.

partir de este cambio ahora, entre el Estado y los individuos, se incluye la diversidad de agrupamientos y de su posible manifestación, expresión y representación colectiva de sus intereses.

En esa fragua se fue edificando la conceptualización y diseño normativo del fenómeno del trabajo prestado para otro. Allí aparecen las preguntas y las respuestas sobre la idoneidad de la figura del contrato a secas (el que en los intercambios cotidianos se usa para abastecerse de productos, alimentos y vestimenta) para ser utilizado en el «intercambio de trabajo por salario». Era paradójico considerar que el objeto del contrato era el «trabajo de un hombre o de una mujer» y que este “trabajo” podía desligarse del sujeto que lo prestaba; el trabajo no era “separable” del trabajador y sólo podía considerarse que el objeto del contrato no podía considerarse al margen de quien lo prestaba. Era un contrato distinto por esa razón².

Y, ¿la igualdad?, el “mercado” suponía una concurrencia de “iguales”; ¿lo eran quienes necesitaban el trabajo para subsistir y alimentar a la prole y quienes eran propietarios de los medios para producir?; la igualdad era sólo formal y en la práctica la desigualdad era infinita.

Había también otra, aún la hay. En ese contrato que se centraba en la prestación de trabajo a cambio de un salario, el trabajador se incorporaba a un proceso complejo en el que otro tenía «un poder sobre su persona»; un poder que se manifestaba antes de la existencia del vínculo con la decisión de contratar o no hacerlo; y luego con la de ordenar el modo, el tiempo, las condiciones y el lugar del trabajo; con la aceptación de la existencia de un “poder disciplinario” del empleador sobre el obrero, un poder tan intenso que podía retacear el salario y, en sus extremos el trabajo mismo con la extinción del vínculo. Un poder inmenso en el que, además, se dejaban en las puertas de las fábricas los derechos individuales; dos mundos sin puentes: la sociedad civil y la empresa. Un poder privado no estatal que quedaba al margen de todo control y que no tenía los límites del poder que en la sociedad se habían conquistado.

Y, nos encontramos con un efecto sorprendente, la paradoja de un contrato que se manifiesta como una expresión de la libertad del ser humano que es utilizado voluntariamente por un trabajador o trabajadora para “someterse” al poder de un empleador mediante este instrumento jurídico. Por ello, tempranamente el profesor Alemán Hugo Sinzheimer, señalaba que lo que se presentaba como un contrato de coordinación de voluntades no era más que una relación de sumisión.

Este contrato especial, que involucra al sujeto con su cuerpo y su dignidad y que queda

² A. SUPIOT, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.

en una situación de desigualdad de poder para poner las normas del vínculo que lo relaciona con un empleador, debía ser intervenido para asegurar la indemnidad física y mental del trabajador o la trabajadora y para poner ciertos límites a los poderes del empleador. Había que encontrar formas de “limitar” ese poder para equilibrar la relación.

De modo tal que, cada ordenamiento fue receptivo a la necesidad de dar una respuesta a esas necesidades de establecer equilibrios en esa relación tan desigual; influida por su cultura jurídica, su tradición y su circunstancia política o económica. Y dos fueron las vías originales: la ley y la acción de los sindicatos.

¿Qué hizo la ley? Diseñó, adecuado a cada realidad nacional, un entramado de protecciones para el trabajador. Y, el modo más a la mano, el que permitía una solución más sencilla era el de poner ciertos límites a los contenidos posibles del contrato; límites que se imponían al empleador que, de lo contrario podía convalidar contractualmente su poder de modo abusivo frente el trabajador o la trabajadora. Estas restricciones se implantaban tanto al momento del inicio de un vínculo como en su desarrollo y, eventualmente, al de su extinción. Conocemos en el sistema continental al conjunto de tutelas o restricciones, según se lo considere, como derechos de Orden Público: no pueden ser negadas, ni siquiera por el sujeto protegido, al que se le veda la posibilidad de su renuncia o disposición. *Todo para la protección del más débil. El Ordenamiento del trabajo se diseño para tutelar a un sujeto de modo preferente por estas sencillas razones.*

A principios del siglo XX se creó la OIT, el Tratado de Versalles, en 1919. El Preámbulo, confirma, la relevancia de la protección del más débil y también, aunque tímidamente, el principio fundamental de garantizar la acción colectiva de los trabajadores a través de la libertad sindical, que se espeja como derecho de asociación de los empleadores. Y, lo que se enumera allí, va a ser concretado mediante la adopción de normas internacionales del trabajo, el más relevante medio de acción de la nueva organización. Un inimaginable proceso de elaboración normativa fue cubriendo todos los ámbitos de lo laboral y de modo general de todo lo social. Las normas internacionales han sido fuente de inspiración de ordenamientos nacionales, de la doctrina y de los criterios y sentencias de los jueces y tribunales; hoy además son derecho aplicable en numerosos ámbitos nacionales por el proceso de internacionalización de los Derechos Humanos³.

El siglo XX, a partir de la segunda década, se transitaría, con las diversidades de cada

³ A. BRONSTEIN, *Derecho internacional del trabajo. Aplicación del derecho internacional en el ámbito nacional*, Astrea, 2013, pp. 6 ss.

experiencia nacional, con ese abanico de fuentes de protección, todas ellas involucradas en su principio fundante de «la necesidad de proteger al sujeto sin poder en el vínculo laboral».

La empresa se estructuró, bajo la idea del beneficio económico asociado a la escala, a la producción con costes decrecientes. Una empresa estructurada en la integración horizontal y vertical, que acaparaba en su seno todos los procesos con independencia de su centralidad o accesoriadad del entramado productivo. En ese tipo de empresa, las relaciones de trabajo se anudaban con la expectativa de estabilidad, de promoción y formación. Un vínculo sin plazo, con una jornada determinada y limitada, en un lugar físico determinado y, generalmente, por tiempo indefinido y, lo que se consideraba fundamental, *bajo una relación de dependencia o subordinación*. La Seguridad Social se articuló a partir de los vínculos laborales, por la facilidad de enhebrar las cotizaciones y aportes a sistemas de protección, a la posesión de un empleo.

Y esa relación, a tiempo completo, indefinida, para un solo empleador, remunerada, en condiciones de seguridad física e higiene, y en un lugar definido de trabajo se denominó típica. Por sus características implicaba para el trabajador la expectativa de adquirir experiencia y formación profesional y, en el plano personal y familiar, la de estructurar un plan de vida con garantías físicas y económicas que venían reconocidas en el plano laboral y en el de la seguridad social. En la contracara de la relación, el empleador se esforzaba por completarle el itinerario formativo y de asegurar la indemnidad física, puesto que ello era funcional a la productividad de la unidad económica. No obstante, ello no anulaba el conflicto inherente a los vínculos laborales, aunque en palabras del jurista francés la norma jurídica «civilizaba el contrato de trabajo»; lo ponía en sintonía con la idea de civilización.

¿Cómo distinguir entre los múltiples vínculos que implican un hacer o un trabajo? Y es para aclarar ese interrogante que se formuló una especie de llave conceptual, como señala Adrián Goldín. A partir de cierto estereotipo de relación “concreta”, que anudaba el obrero industrial con su empleador, del que trabajaba en una fábrica típica del capitalismo industrial fordista y taylorista. Una especie de detección de ciertas singularidades y semejanzas: si alguien trabaja en el mismo lugar; si recibe órdenes, si puede ser sancionado, si se le puede cambiar el modo de hacer su trabajo, si es remunerado, si recibe las herramientas de trabajo, si es ajeno al resultado económico, entre otras características de la relación. Y, *¿qué es la dependencia?, ni más ni menos que una forma o un tipo de desigualdad, una asimetría irresoluble entre dos sujetos, por la diferencia de poder de uno sobre otro; diferencia que se liga ineluctablemente a la necesidad de uno y la posesión del capital del*

otro. Entonces allí había una “relación de trabajo dependiente” y se le deberá aplicar el derecho laboral protectorio.

A partir de la tutela del “obrero industrial” el sistema de protección se fue extendiendo a todo ámbito de trabajo asalariado; los servicios, el trabajo rural, el marítimo y, desde la mitad del siglo XX también a quienes se desempeñaban en el sector de la administración pública. *Funcionó como un sistema que ampliaba su ámbito de aplicación, sea por leyes que así lo disponían o de jueces que de ese modo lo ponderaban según cada colectividad a partir de la noción de “relación de trabajo dependiente”.* Por último, destacar que era el sector industrial el más relevante y que el sector servicios aún tenía una condición subalterna respecto de aquél⁴.

En ese orden instaurado en las relaciones laborales, a partir de las relaciones primarias entre trabajadores o trabajadoras y los empleadores, se perfeccionaron las representaciones colectivas de agrupamientos homogéneos de intereses afines, con cierta fijeza geográfica y física. Vale decir que esta forma de estructuración de la empresa y la manera de inserción en ella de los trabajadores y trabajadoras permitían a la instancia agregada de representación unas condiciones de afiliación y de conflicto que luego se expresarían en su capacidad de negociar colectivamente y concertar convenios colectivos. A su vez, en etapas más modernas en ese escenario se reclamaron el goce “dentro de la empresa” de los derechos de todo ciudadano; la ciudadanía en la empresa como conquista definitiva de una democracia que dejaba de estar en los confines de las fábricas.

Y es aquí donde nos detenemos para hacer acopio de algunas certezas adquiridas para hacer inventario de ciertos principios fundamentales. Todo contrato de trabajo que se aleje de aquel estereotipo protegido y estable; sea porque implique temporalidad; sea porque segmente el proceso productivo con subcontratas y, de aquel modo, la responsabilidad económica de empleadores a quienes se pueda reclamar las obligaciones laborales asumidas; implican cierta “precariedad” individual y trasladan esa condición de “precariedad” a las dificultades en la identificación y representación del interés colectivo de esos grupos en el plano de la libertad sindical. Por ello es que las formas atípicas tienen una fuerte carga de “precariedad” y se impone establecer garantías complementarias y nuevos límites a los poderes del empleador.

En las últimas décadas del siglo XX, comienzan a producirse cambios en la economía a escala global, el shock petrolero, el papel de las organizaciones internacionales en los ámbitos nacionales, el desempeño de las empresas multinacionales, la desintegración de la Unión Soviética, la caída del Muro de Berlín, el ascenso al poder de gobiernos conservadores

⁴ H.-H. BARBAGELATA, *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*, FCU, 2009, p. 291.

en Estados Unidos y Gran Bretaña, en América Latina las dictaduras militares, el Consenso de Washington, el poder creciente de la banca y la financiarización de la economía y, a la par, la disminución de la importancia de la industria en favor del aumento del sector servicios que se convierte en el sector laboral más relevante. Es este el contexto que se extiende por un cuarto de siglo, comienza, por tanto, un proceso que puede entenderse como inverso al descrito anteriormente: se pasa, por tanto, de una lógica de expansión de protecciones y de sujetos protegidos a un proceso, que se denominó de «huida de derecho del trabajo», un alejamiento total del entramado de tutelas, o parcial, en el que se reivindica el carácter autónomo de ciertos servicios, aparecen formas comerciales de vinculación, se desintegra la estructura de la empresa que comienza a descentralizar operaciones, que subcontrata; la intermediación se multiplica, las agencias de empleo y colocación aumentan su actividad, se alivian las normas de ingreso y egreso a la empresa, todo bajo un nuevo paradigma de flexibilización laboral. Por diversos medios y medidas variables, se atempera un status de protecciones se le hace menos severo, mas maleable o disponible^{5 6}.

A todo lo anterior, se agrega el proceso de globalización que amplifica los desafíos flexibilizadores, la influencia de los organismos internacionales del sistema multilateral, en especial los de crédito el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional ; la interdependencia entre las economías de países, cercanos o distantes, incorporados a pactos o acuerdos regionales o a bloques ideológicos en general; el desarrollo de las cadenas mundiales de suministro, el papel reforzado de las empresas multinacionales. En este plano la respuesta del mundo del trabajo expresado en la OIT deja una estela que comienza con la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo en 1998; el Informe del Director General de 1999 que promueve el concepto del Trabajo Decente; la Declaración de 2008 sobre la Justicia Social para una globalización equitativa y, por último, el Pacto Mundial para el Empleo de 2009⁷.

¿Qué hay allí? Hay un llamado a no abandonar los Principios y Derechos Fundamentales; a promover un tipo de trabajo que no se desentienda de las razones que motivaron su especial tutela y protección; que no abandone la idea fundante del Estado Social de Derecho que es la del respeto de la dignidad del ser humano. Todo ello, sin

⁵ O. VALDOVINOS, *Derecho colectivo y movimientos sociales (reflexiones sobre el futuro del mundo del trabajo)*, en J.C. SIMÓN (dir.), *Tratado de derecho colectivo del trabajo*, La Ley, 2012, pp.14 ss.

⁶ A. GOLDIN, *Conceptualización universal y construcciones locales sobre la idea del derecho del trabajo*, en *Laborem*, 2015, n. 14, p. 249.

⁷ A. BRONSTEIN, *op. cit.*, pp. 33 ss.

embargo, en un escenario amenazante.

2.3. Una aproximación al paradigma del trabajo decente desde la perspectiva de las normas internacionales del trabajo

La Memoria del Director General ante la 87^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 1999, que se intituló *Trabajo decente*⁸, significó el momento del lanzamiento de un paradigma que desde hace 15 años ha signado la actividad de la OIT. Fue aquel desde luego un episodio especialmente significativo en la historia de la Organización. Como decía el Director General en el encabezamiento del prólogo de su Memoria, «*La presente Memoria propone una finalidad primordial para la OIT en estos momentos de transición mundial, a saber, la disponibilidad de un trabajo decente para los hombres y las mujeres del mundo entero*. Es la necesidad más difundida, que comparten los individuos, las familias y las comunidades en todo tipo de sociedad y nivel de desarrollo».

Se trata de un *paradigma*, esto es, de un referente ideológico que traduce un ejemplo o un modelo de trabajo, en este caso *Un trabajo decente para los ciudadanos de todos los países*: «Actualmente, la finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un *trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana*»⁹.

Siendo un modelo o un ejemplo del tipo de trabajo que la OIT postula y promueve, los rasgos que definen la noción se traducen necesariamente en referentes normativos. Ciertamente, y como el DG apuntaba en su Memoria de 1999, «*La OIT milita por un trabajo decente*. No se trata simplemente de crear puestos de trabajo, sino que han de ser de una calidad aceptable. No cabe disociar la cantidad del empleo de su calidad»¹⁰. Desde luego que la calidad del trabajo es, entre otras cosas no menos importantes, un juicio de valor de índole jurídico. Se hace necesario, por lo tanto, una aproximación al paradigma desde la perspectiva de los derechos, de las normas internacionales que se dirigen a proteger al trabajo y que, al mismo tiempo, permiten juzgar la calidad del trabajo que un sistema económico, político y social propicia. Ello es consustancial con el mandato de una organización que como la OIT tiene explícitas competencias normativas asignadas, como su misma Constitución deja

⁸ OIT, [*Trabajo decente. Memoria del Director General*](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 87^a reunión, 1999.

⁹ [*Ibidem*](#), p. 4.

¹⁰ [*Idem*](#).

asentado¹¹.

El Director General en su Memoria lo expresaba enfáticamente: «un trabajo decente que es *sinónimo de trabajo productivo*, en el cual se protegen los derechos, lo cual engendra ingresos adecuados con una protección social apropiada. Significa también un *trabajo suficiente*, en el sentido de que todos deberían tener pleno acceso a las oportunidades de obtención de ingresos. Marca una pauta para el desarrollo económico y social con arreglo a la cual pueden cuajar la realidad del empleo, los ingresos y la protección social *sin menoscabo de las normas sociales y de los derechos de los trabajadores*»¹².

Esta idea estaba ya presente en el Convenio n. 122 de 1964 sobre la política del empleo, uno de los convenios prioritarios y de gobernanza de la OIT, que ponía el acento en dos de los rasgos del paradigma del trabajo decente, según la noción que asume la Memoria, el *trabajo productivo y libremente elegido*: «1. Con el objeto de estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y de resolver el problema del desempleo y del subempleo, todo Miembro deberá formular y llevar a cabo, como un objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido. 2. La política indicada deberá tender a garantizar: (a) que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo; (b) que dicho trabajo será *tan productivo como sea posible*; (c) que habrá *libertad para escoger empleo* y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social» (art. 1).

Si podemos afirmar, como el Director General lo hacía en su Memoria, que el trabajo decente no es ni puede ser cualquier trabajo, es porque tenemos un modelo, un ejemplo, un paradigma que justifica ese juicio de valor. Pero este último es una valoración jurídica, puesto que el trabajo contrastado con normas preexistentes es lo que nos permitirá en rigor concluir si estamos o no ante trabajo decente o si lo que se observa, por contra, es su déficit.

Por esto mismo es que una de las virtudes de la noción de trabajo decente,

¹¹ Art. 19.1: «Cuando la Conferencia se pronuncie a favor de la adopción de proposiciones relativas a una cuestión del orden del día, tendrá que determinar si dichas proposiciones han de revestir la forma: a) de un convenio internacional, o b) de una recomendación, si la cuestión tratada, o uno de sus aspectos, no se prestare en ese momento para la adopción de un convenio».

¹² OIT, [op. cit.](#), p. 15.

y no la única desde luego, ha sido trasladar la idea de que el trabajo de calidad responde a un referente normativo que permitirá medir el grado y la manera de su protección. El trabajo protegido lo está por normas que lo regulan.

En resumen, los rasgos del paradigma del trabajo decente y productivo; *libertad, equidad, seguridad y dignidad humana* están referidos y se contrastan con los instrumentos de la OIT que mediante normas internacionales del trabajo consagran precisamente esos valores, comenzando por los convenios fundamentales a los que en su día aludía la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86^a reunión (18 de junio de 1998)¹³.

En fin, y en una perspectiva funcional, el trabajo decente se verifica en dos planos o ámbitos complementarios:

- a) en el ámbito de un sistema normativo, el de la OIT, sistema – no en vano se hablaba hasta hace algunas décadas del *Código Internacional del Trabajo*¹⁴ – que, de una parte se integra de instrumentos normativos de distinto carácter y efecto¹⁵, y, al mismo tiempo, con un mecanismo de control de su aplicación al que los estados miembros están obligados por mandato de la Constitución de la OIT¹⁶ y por su pertenencia a la organización;
- b) en el ámbito de un sistema de relaciones laborales que es el al final el espacio donde el trabajo decente transcurre. Desde luego, el sistema de relaciones laborales de un determinado país es clasificable y de entrada

¹³ Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (n. 29); Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (n. 87); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (n. 98); Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (n. 100); Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (n. 105); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (n. 111); Convenio sobre la edad mínima, 1973 (n. 138); Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (n. 182). *Vid. Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, 1998.

¹⁴ Prólogo.

¹⁵ Hablamos de convenios y de recomendaciones en los términos del art. 19 de la Constitución de la OIT, pero también de declaraciones o protocolos que incluyen, en su caso, formas particulares de seguimiento. Por todas, la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento* y la *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008, que se adoptó con un Anexo de título *Seguimiento de la Declaración*.

¹⁶ Art. 19.5.d: «En el caso de un convenio [...] si el Miembro obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes competía el asunto, comunicará la ratificación formal del convenio al Director General y adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio».

será más democrático o más autoritario según que la libertad sindical y el derecho de participación de los actores sociales sea más o menos transversal al modelo. Es obvio que un modelo autoritario de relaciones laborales el trabajo decente no podrá surgir, entre otras cosas porque no sería posible verificar unos de sus componentes esenciales: el trabajo en libertad.

Una aproximación al tema desde la perspectiva de las normas internacionales del trabajo, y de todo lo que ello implica, y del ámbito del sistema de relaciones laborales donde el trabajo decente transcurre es obligante, si se quiere tener una visión cabal del vínculo entre este tópico con el futuro del trabajo.

2.4. La Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo

En la Conferencia del centenario se adoptó una Declaración del Centenario que, liga el futuro con los principios y los fines que han inspirado a la OIT por cien años; pero subraya que debe insistirse en un enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas.

Y, en la primera parte, obliga a «asegurar que las modalidades de trabajo y los modelos empresariales y de producción en sus diversas formas, también en las cadenas nacionales y mundiales de suministro, potencien las oportunidades para el progreso social y económico, posibiliten el trabajo decente y propicien el empleo, productivo y libremente elegido». Y, en la segunda, sobre el trabajo reconfigurado por las nuevas tecnologías previene «políticas y medidas que permitan asegurar una protección adecuada de la privacidad y de los datos personales y responder a los retos y las oportunidades que plantea la transformación digital del trabajo, incluido el trabajo en plataformas, en el mundo del trabajo».

La Declaración nos interpela en un mundo del trabajo cambiante a no resignar los principios rectores y no permitir que las profundas repercusiones en la naturaleza y el futuro del trabajo afecten la dignidad de las personas que trabajan.

3. Las formas del empleo atípico y la OIT

Su análisis en el seno de la OIT no es nuevo; aunque en el marco de la Iniciativa del Centenario con el debate global sobre el futuro del trabajo, el tema ha sido revisitado. El Grupo de los trabajadores consideraba que

estas formas debían ser entendidas como precarias, postura que no encontraba acuerdo en el Grupo de los empleadores. Sin embargo, aceptó el enfoque de contemplarlas como empleo atípico mediando la exigencia de ciertas garantías y límites que las hagan compatibles con la noción de Trabajo Decente.

El consenso al que se llegó luego de una Reunión de Expertos sobre formas atípicas de empleo, que se congregó en Ginebra en el año 2015, hizo algunos cambios al texto que había preparado la Oficina y se propusieron cuatro formas de empleo atípico con sus correspondientes variantes en cada una de ellas¹⁷.

Para tener un panorama del estado actual del conocimiento y debate seguiremos el consenso alcanzado. El mismo distingue cuatro formas atípicas de empleo: el empleo temporal, el trabajo a tiempo parcial y a pedido, la relación de trabajo multipartitas y una cuarta que abarca dos variantes, el empleo encubierto y el empleo por cuenta propia económicamente dependiente.

El empleo temporal, que tiene como característica la de tener un límite a la duración que puede ser específico o no y que incluye algunas variantes del tipo general: los contratos de duración determinada o plazo fijo; los basados en una tarea o proyecto que determina la extensión del plazo; el trabajo ocasional o temporal y, se contemplan en este grupo el que realizan los jornaleros. *La diferencia más relevante con el empleo típico es su carácter de definido en su plazo de duración.*

El trabajo a tiempo parcial, comprende a aquellos vínculos en los que las horas de trabajo normales son menores a las de los trabajadores que tienen contratos a tiempo completo. *La diferencia más relevante con el empleo típico es que no es a tiempo completo.*

Las relaciones de trabajo multipartitas o triangulares tienen como dato característico que el trabajador o la trabajadora se desempeñan para un usuario final que no es su empleador directo y con el cual no están bajo una relación de dependencia o subordinación. En esta forma se incluyen las agencias, las subcontratas, la intermediación, y la cesión de, o “alquiler” de mano de obra. *La diferencia más relevante con el empleo típico es que no hay un solo sujeto empleador.*

Y, una última categoría que se incorpora, un cuarto grupo que incluye dos supuestos diferentes: el empleo encubierto y el empleo por cuenta propia económicamente dependiente. *La diferencia más relevante con el empleo es que al sujeto que trabaja no se lo considera como parte de una relación de trabajo.*

A este respecto, la Recomendación n. 198 sobre la relación de trabajo

¹⁷ OIT, *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*, 2016.

adoptada en la 95^a Conferencia de la OIT, es una norma fundamental para la identificación de relaciones de trabajo en casos que presentan cierta opacidad, de su texto puede colegirse que es admisible utilizar el criterio de sujeción económica para habilitar la categoría de relación de trabajo¹⁸.

4. Las «inseguridades del empleo atípico»

Hasta aquí las descripciones de las categorías que fueron objeto del consenso, veamos cuestiones conflictivas de estas formas de empleo respecto de los trabajadores. Para una observación de inicio y general podemos sostener que las mismas implican “inseguridades” de variado tipo. Inseguridad económica, inseguridad física, inseguridad en la salud, inseguridad en la seguridad social, inseguridad en su formación profesional y debilitamiento en su representación colectiva.

La primera seguridad que afecta a quienes se desempeñan en el empleo atípico es la del empleo; es que su propia naturaleza acotada en el tiempo o “sin tiempo”; solo encuentra cierta justificación práctica si funciona como la “entrada” o el “trampolín” para el acceso a un empleo estable.

La segunda seguridad afectada es la igualdad de remuneraciones; es práctica generalizada que el empleo atípico pueda ser peor remunerado que el empleo típico; tanto en las formas temporales como en el trabajo a tiempo parcial; pero hay que puntualizar que en los casos extremos como el trabajo a pedido o los de cero horas se afecta irremediablemente esta seguridad.

La tercera seguridad dañada es la de una garantía de horas de trabajo limitada y determinada; por exceso o por defecto esta seguridad se afecta por jornadas extenuantes y extensas o mínimas y también por inexistentes.

La cuarta seguridad que se ve menguada es la de la seguridad y la salud en el trabajo. La necesidad de intentar prolongar los contratos; la falta de formación para el empleo, la fatiga y la incertidumbre sobre el futuro y la propia percepción subjetiva de inseguridad que implican el estar relacionado bajo una modalidad atípica provocan déficits severos en este aspecto. Los accidentes, las lesiones físicas y psíquicas son recurrentes y ello no extraña en vínculos cuya ligazón con la tarea son muy endebles.

La quinta inseguridad es la seguridad social, la falta de cobertura que se produce por carencia o insuficiencia de cotización; o las dificultades de

¹⁸ O. ERMIDA URIARTE, *La Recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores*, en AA.VV., *Procesos de Autoreforma Sindical en las Américas. Avances del Grupo de Trabajo sobre Autoreforma Sindical (GTAS) en 2010-2011*, CSA, 2011.

acceso a las prestaciones, las padecen quienes se desempeñan con empleos atípicos.

La sexta inseguridad afecta a la formación profesional; va de suyo que un contrato de estas características dificulta o impide el acceso a la formación profesional. La incertidumbre sobre la posible extensión del vínculo contribuye a tornar improbable el derecho a la formación.

La séptima inseguridad afecta a la representación colectiva que los empleos atípicos suscitan para las organizaciones de trabajadores. Una vinculación no anudada por un ligamen firme, la fragmentación del interés colectivo, la segmentación de trabajadores en el seno de un establecimiento o en una rama de actividad, el sensato temor a ser afectado por una práctica discriminatoria, son vallas elevadas para el ejercicio de la acción sindical.

5. El empleo atípico y sus efectos en el mercado de trabajo

No debería exigirse una prueba más concluyente que la propia naturaleza de vínculos efímeros o de dudosa calificación o encubiertos, para acreditar la desprotección desde la perspectiva de la “función” del derecho del trabajo como herramienta de equilibrio y cohesión de una sociedad que está conformada sobre el “conflicto” social del capital y el trabajo. Un conflicto éste que, inherente a toda relación, se manifiesta en la puja por la distribución de la riqueza e incluso, en forma previa a su generación. En las formas atípicas esta virtualidad se ve menguada.

Sin embargo, desde una mirada económica de corto plazo, la reducción de costos laborales sea por reducción de cargas económicas, sea por la alternativa de tener planteles variables según las fluctuaciones de demanda, puede fundar un juicio positivo de valor. Pero no hay que hacer un esfuerzo para advertir que ello no se confirma en plazos más extensos. Y, esos beneficios que pueden alentar una competitividad asociada a los bajos costes, no se lleva bien con la necesidad de generar innovación y productividad sistémica.

Pero, es desde el plano social en el que el mérito no tiene matices de valor, dado el evidente resquebrajamiento del mercado de trabajo; entre efectivos y temporales; entre contratados y subcontratados; entre trabajadores a tiempo completo, trabajadores internos y autónomos vinculados; las desigualdades en condiciones de trabajo, en salarios, en formación, en protección social y, lo que luego deriva en nociones más amplias y comprensivas como la inclusión social o su contracara la exclusión, entendida ésta como la imposibilidad de incorporarse al goce y

disfrute de bienes esenciales para una vida digna y la formulación de un proyecto de vida que incluya, la de formar una familia y el acceso sin restricciones a los bienes materiales y simbólicos, que admitan considerarlo como un ciudadano pleno.

6. El desafío: como compatibilizar el empleo atípico con el Trabajo Decente

En este punto hay dos enfoques que son relevantes: *el primero que procura regular los vacíos normativos o las situaciones opacas para proteger adecuadamente al empleo atípico; la segunda en el fortalecimiento de la negociación colectiva y el diálogo social.*

La primera acción legislativa es la de garantizar el principio de igualdad entre empleo típico y atípico en la “medida de lo posible”; hay que procurar especialmente que los grupos más desfavorecidos como los migrantes, los jóvenes y en su caso las mujeres gocen de garantías adecuadas.

Los problemas de identificación de la Relación de Trabajo, pueden encontrar una norma inspiradora en la Recomendación n. 198; en ella se destacan el valor y el alcance del «principio de la primacía de la realidad»; los indicadores de dependencia; la multiplicidad de medios para acreditar un vínculo laboral protegido; la determinación tripartita o con consulta previa de actividades o sectores que deben estar protegidos por la legislación laboral, entre un conjunto de disposiciones de real valor e interés¹⁹.

Una de las medidas más eficaces es la de poner límites a la utilización de las formas atípicas de empleo; por ejemplo exigiendo la acreditación de la causa o razón de un contrato por tiempo determinado; fijando porcentajes sobre el total de plantilla; exigiendo forma escrita y comunicación al sindicato o a una autoridad administrativa; estableciendo en forma clara y precisa que no se puede acudir a un contrato atípico para sustituir a un trabajador con empleo típico; estableciendo que no puede hacerse uso de

¹⁹ La Recomendación sobre la Relación de Trabajo, 2006 (n. 198), establece: a) la existencia de una relación debe determinarse con arreglo a «los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación por las partes»; b) se debe formular y aplicar una política nacional en consulta tripartita para examinar y de ser necesario clarificar y adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente; c) la política debe, en su caso, proporcionar orientación para determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes.

una modalidad atípica para la realización de tareas permanentes; fijar requisitos para la actuación de las agencias y límites o motivos para proveer trabajadores con contratos atípicos; la prohibición de prórrogas o penalidades que implique la reconducción de los contratos transformándolos en estables; restringir o prohibir el sistema de contrato de trabajo a pedido; asignar derechos y obligaciones muy claras en las relaciones de trabajo con empleadores múltiples o triangulares.

Y, la negociación colectiva que se ve muy acotada por la debilidad de los vínculos a representar, debe ser estimulada y fortalecida para acometer la tarea de pactar colectivamente sobre estas formas, de modo tal de acercarlas a los parámetros del Trabajo Decente. En este ámbito los convenios colectivos pueden, ante la ausencia de regulación legal tomar las brechas e incluir normas en los instrumentos convencionales, que provean de ciertas garantías al colectivo representado. Asimismo, si la regulación legal existiera, la autonomía colectiva puede aportar precisiones más específicas sobre el ámbito regulado, sea a nivel de empresa o en niveles más agregados y de mayor alcance, como la rama de actividad.

En la Conferencia Internacional del Trabajo de 2018, se concluyó en la Comisión que trató sobre el Diálogo Social y las formas atípicas: «desarrollar enfoques innovadores, incluidas iniciativas para asegurar que el ejercicio de la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva se respeten y se extiendan a las relaciones de empleo en las que tradicionalmente no estaban presentes, así como a las formas de empleo nuevas y emergentes, y que esos trabajadores puedan disfrutar de la protección que se les brinda en virtud de los convenios colectivos aplicables, de conformidad con las leyes aplicables y las circunstancias nacionales»; «potenciar la eficacia y el carácter inclusivo de los mecanismos y las instituciones que promuevan el diálogo social tripartito de ámbito nacional entre los gobiernos y los interlocutores sociales, incluso en relación con las esferas vinculadas al futuro del trabajo y los ODS»; «ampliar la base de conocimientos sobre el diálogo social innovador y las prácticas de relaciones laborales, incluso en ámbitos como la ampliación de la cobertura de la negociación colectiva a las categorías de trabajadores independientes».

Y, seguramente, estará en el Diálogo Social la herramienta más fructífera para afrontar el futuro del trabajo.

La protección social asegurada con independencia de cotizaciones insuficientes o períodos de carencia, sobre este aspecto es inspiradora la Recomendación n. 202, sobre los pisos de protección social, adoptada en 2012. Además, políticas sobre empleo y seguridad económica en los períodos de inactividad son imprescindibles.

7. Palabras finales

El empleo atípico se expande y genera fundados temores en los trabajadores, en los sindicatos; el estatus alcanzado con cierto alcance dependiendo de los países del empleo típico, como vía privilegiada y casi excluyente, de inclusión social deja de ser el predominante, comienza a compartir presencia con crecientes porcentajes de empleo atípico y ello segmenta y resquebraja el colectivo laboral, dificultando la representación. Si otrora se contemplaba el empleo atípico como una entrada al mundo del trabajo, en los tiempos presentes la mirada los percibe como un universo que se ensancha y se consolida como una nueva realidad social y laboral con escasa movilidad.

El futuro del trabajo, insinúa incluir formas con intervención de las tecnologías, deberían ser protegidas; las mismas razones que justificaron y aún lo hace la existencia de un derecho que civilice las relaciones de mercado y, por idénticos motivos no debería tolerarse que el empleo atípico se utilice para sustituir empleos con derechos o para reducir salarios o protecciones al trabajo.

La Declaración del Centenario de la OIT, compromete a promover políticas centradas en el ser humano, una vez más confirma el mandato de no renunciar a un mundo del trabajo que provea empleo productivo para todas las personas trabajadoras. Nos propone una hoja de ruta, como indicó el Director General, que se constituirá en una brújula para la OIT y para los mandantes.

Difícil desafío para las políticas públicas y para las organizaciones sindicales; sólo el Diálogo Social, genuino y con asociaciones fuertes y representativas podrá asumirlo para intentar que el futuro del trabajo, solo sea, el que la sociedad reclama: un futuro con Trabajo Decente.

8. Bibliografía

BARBAGELATA H.-H., *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*, FCU, 2009

BAYLOS A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, 2013

BRONSTEIN A., *Derecho internacional del trabajo. Aplicación del derecho internacional en el ámbito nacional*, Astrea, 2013

ERMIDA URIARTE O., *La Recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores*, en AA.VV., [Procesos de Autoreforma Sindical en las Américas. Avances del Grupo de Trabajo sobre Autoreforma Sindical \(GTAS\) en 2010-2011](#), CSA, 2011

GOLDIN A., *Conceptualización universal y construcciones locales sobre la idea del derecho del trabajo*, en *Laborem*, 2015, n. 14, pp. 237-278

OIT, *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*, 2016

OIT, [Trabajo decente. Memoria del Director General](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 87^a reunión, 1999

SUPIOT A., *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996

VALDOVINOS O., *Derecho colectivo y movimientos sociales (reflexiones sobre el futuro del mundo del trabajo)*, en J.C. SIMÓN (dir.), *Tratado de derecho colectivo del trabajo*, La Ley, 2012

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Declaración del centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, 2019

José Luis GIL Y GIL*

RESUMEN: El artículo es un comentario de la *Declaración del centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*, que ha adoptado la OIT en junio de 2019, y que tiene un gran valor simbólico. El aspecto más novedoso del instrumento es la exigencia de desarrollar un enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas, que sitúe los derechos de los trabajadores en el núcleo de las políticas económicas, comerciales, sociales y ambientales. Aunque el enfoque sirve tanto para guiar las actividades futuras de la OIT, como para apelar a la acción de los Estados miembros, parece como si el peso de la responsabilidad recayese, sobre todo, en los Estados miembros. ¿Es una Declaración histórica, a la altura de las expectativas que había generado/suscitado? Como ya sucedió con las Declaraciones de 1998 y 2008, la Declaración del Centenario dará lugar a una controversia. Mientras que algunos se congratularán del nuevo enfoque que institucionaliza, otros verán en ella una ocasión perdida, y se lamentarán de su carácter no vinculante, de la falta de concreción de sus previsiones, y de que no haya acogido algunas de las propuestas del informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, ni del texto de la Declaración que se sometió a examen y discusión por la Conferencia Internacional del Trabajo.

Palabras clave: OIT, futuro del trabajo, justicia social, acción normativa.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Reafirmación y renovación del mandato, fines, objetivos y principios constitucionales de la OIT. 3. Enfoque del futuro del trabajo centrado en el ser humano. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Alcalá.

ILO Centenary Declaration For the Future of Work, 2019

ABSTRACT: The paper is a commentary on the *ILO Centenary Declaration For the Future of Work*, which the ILO has adopted in June 2019, and which has great symbolic value. The most novel aspect of the instrument is the requirement to develop a human-centred approach to the future of work, which places workers' rights at the core of economic, commercial, social and environmental policies. Although the approach serves both to guide the future activities of the ILO, and to appeal to the action of the Member States, it seems as if the burden of responsibility falls, above all, on the Member States. Is it a historical Declaration, living up to the expectations it had raised? As with the 1998 and 2008 Declarations, the Centenary Declaration will give rise to a controversy. While some will be pleased with the new institutionalized approach, others will see it as a lost occasion, and will regret its non-binding nature, the lack of precision of its forecasts, and that it does not include some of the proposals of the report of the World Commission on the Future of Work, nor of the text of the Declaration that was submitted for consideration and discussion by the International Labour Conference.

Key Words: ILO, future of work, social justice, normative action.

1. Introducción

Más allá de su importancia real y del contenido concreto de las previsiones que contiene, la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo tiene un gran valor simbólico, por haberse adoptado, junto con una resolución, con motivo del centenario de la OIT, en la 108^a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en junio de 2019. Cuarta declaración de principios y políticas de gran alcance que adopta la Conferencia Internacional del Trabajo desde la Constitución de la OIT en 1919, es heredera de la Declaración de Filadelfia sobre los fines y objetivos de la OIT, de 1944; la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de 1998, y la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008¹. La Declaración de Filadelfia especifica y desarrolla el objetivo de promover la justicia social, que figura en el Preámbulo de la Constitución de la OIT; reconoce la primacía de la dimensión social sobre la económica, y consagra la competencia de la organización en el ámbito de los derechos humanos. Por su parte, la Declaración de 1998 identifica los principios y derechos fundamentales en el trabajo que, por la mera pertenencia a la OIT, los Estados miembros deben respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, aunque no hayan ratificado los convenios fundamentales que los recogen y desarrollan. La Declaración de 2008 institucionaliza el concepto de trabajo decente, y la Declaración del Centenario hace lo propio con un enfoque del futuro del trabajo centrado en el ser humano, y lo sitúa en el centro de las políticas de la Organización para alcanzar sus objetivos constitucionales.

La Declaración, que constituye un triunfo del multilateralismo, culmina varios años de trabajo, en el marco de la iniciativa de la OIT sobre el futuro del trabajo². Al principio, los Estados miembros celebraron diálogos tripartitos, que facilitaron un debate pormenorizado de los retos, prioridades y oportunidades en los planos nacional e internacional³. El

¹ El Preámbulo de la Declaración recuerda y reafirma los fines, objetivos, principios y mandato establecidos en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia de 1944, y subraya la importancia de la Declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo y de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa.

² Cfr. OIT, [La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo. Memoria del Director General. Informe I](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 104^a Reunión, 2015.

³ Cabe citar, por ejemplo, en España, AA.VV., [El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita. Palacio de Zurbano, 28 de marzo de 2017. Volumen II](#), Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018. También es relevante el informe del CONSEJO

resultado de esos diálogos sentó las bases de la labor de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo⁴, cuyas recomendaciones, publicadas en enero de 2019, han influido, a su vez, en el contenido de la Declaración⁵. Además de entroncar con la Declaración de Filadelfia de 1944 y con las Declaraciones de 1998 y 2008, la Declaración del Centenario se emparenta con otros instrumentos de la OIT, como la Recomendación n. 205, sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, adoptada en 2017, por la amplitud de los temas que abarca, y por el hecho de hallarse redactada en la lengua de los derechos. En definitiva, la Declaración del Centenario expresa la visión contemporánea del mandato de la OIT, para aprovechar las oportunidades y responder a los retos del futuro del trabajo en el siglo XXI⁶.

En cuanto Declaración, la del Centenario es una resolución de la Conferencia Internacional del Trabajo que se utiliza para realizar una declaración formal y autorizada, y reafirmar la importancia que atribuyen los mandantes a determinados principios y valores. Aunque no debe ratificarse, ni es vinculante, pretende tener una aplicación amplia, y conlleva compromisos simbólicos y políticos para los Estados miembros⁷. La Declaración del Centenario, que vincula a los órganos de la OIT en sus actividades⁸, reafirma los principios fundamentales que contienen la Constitución y la Declaración de Filadelfia, que se consideran tan pertinentes hoy como entonces. Al igual que las Declaraciones de 1998 y 2008, la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo no modifica las competencias, ni forma parte de la Constitución de la OIT. En este sentido, las tres Declaraciones se diferencian de la

ECONÓMICO Y SOCIAL, *El futuro del trabajo*, Informe, 2018, n. 3.

⁴ OIT, [Síntesis de los diálogos nacionales sobre el futuro del trabajo](#), 2017.

⁵ Cfr. COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, [Trabajar para un futuro más prometedor](#), OIT, 2019, y OIT, [Trabajar para un futuro más prometedor](#), en www.ilo.org, enero 2019.

⁶ En el apartado I.B, la Declaración considera «imprescindible actuar urgentemente para aprovechar las oportunidades y afrontar los retos a fin de construir un futuro del trabajo justo, inclusivo y seguro con empleo pleno, productivo y libremente elegido y trabajo decente para todos».

⁷ Cfr., en este sentido, OIT, [Cinco preguntas relativas a la Declaración del centenario de la OIT](#), en www.ilo.org, 1º julio 2019, y, asimismo, OIT, [Declaraciones de la OIT](#), en www.ilo.org.

⁸ Así, por ejemplo, en la Resolución sobre la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, la Conferencia Internacional del Trabajo «Invita al Consejo de Administración a que pida al Director General que tenga debidamente en cuenta la Declaración para que sus prioridades se reflejen en el contenido y la estructura de las propuestas de Programa y Presupuesto para 2020-2021 y futuros bienios, que serán sometidas a la consideración del Consejo de Administración, asignando los recursos adecuados a tal fin».

Declaración de Filadelfia de 1944, sobre los fines y objetivos de la OIT, la cual, desde 1946, pasa a constituir un anexo y parte integrante de la Constitución de la OIT, y sustituye a los principios generales del artículo 427 del Tratado de Versalles⁹.

Instrumento breve pero fundamental, la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo consta de un Preámbulo y cuatro secciones. Al tiempo que reafirma y renueva el mandato, fines, objetivos y principios constitucionales de la OIT (1), adopta un enfoque del futuro del trabajo centrado en el ser humano (2). En las páginas que siguen, analizaré hasta qué punto es una Declaración histórica, a la altura de las expectativas que había generado.

2. Reafirmación y renovación del mandato, fines, objetivos y principios constitucionales de la OIT

Sin modificar las competencias, ni formar parte de la Constitución, la Declaración recuerda y reafirma los fines, objetivos, principios y mandato establecidos en la Constitución de 1919 y la Declaración de Filadelfia de 1944¹⁰.

Ante todo, la Declaración se basa en los principios fundacionales de la OIT. La Declaración del Centenario reafirma que el trabajo no es una mercancía y el imperativo de lograr la justicia social, para dar un nuevo impulso a la OIT y forjar un futuro que brinde trabajo decente para todos¹¹. La Declaración exhorta a todos los mandantes de la OIT a que renueven su firme compromiso y revitalicen sus esfuerzos en pro de la justicia social y de la paz universal y permanente que acordaron en 1919 y en 1944¹², y señala que, en su segundo siglo de existencia, la OIT debe

⁹ De forma crítica, M.E. CASAS, *La Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, ¿una oportunidad perdida?*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2019, n. 7, p. 644, subraya que la Declaración no tiene «igual valor que las que conforman el preámbulo de la Constitución de la OIT y su anexo». Y añade que «stampoco es comparable en sus contenidos, ni en la concisión y determinación con que se expresaron en aquellas declaraciones, que enunciaron un avanzado programa de mejora de las condiciones de trabajo para sus respectivos momentos, y, más ampliamente, de lucha contra la necesidad, y de bienestar material y espiritual de todos los seres humanos en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades como instrumento de la justicia social necesaria para el mantenimiento de la paz, objetivo al que se subordinaron las políticas económicas y financieras».

¹⁰ *Preámbulo*.

¹¹ *Idem*.

¹² *Idem*.

seguir cumpliendo con tenacidad su mandato constitucional de lograr la justicia social (apartado I.D). En la parte II, la Declaración indica que la OIT debe orientar sus esfuerzos a una serie de tareas, al ejercer su mandato constitucional y al desarrollar su enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas.

En el marco de la OIT, el tripartismo y el diálogo social se conceptúan desde dos perspectivas principales: como una finalidad en sí misma y como un medio para alcanzar los objetivos estratégicos de la organización¹³. El Preámbulo de la Declaración del Centenario reconoce que el diálogo social contribuye a la cohesión global de las sociedades y es crucial para una economía productiva y eficiente. Recalca también que el diálogo social, incluida la negociación colectiva y la cooperación tripartita, es un fundamento esencial de todas las actividades de la OIT y contribuye al éxito de la elaboración de políticas y la toma de decisiones en sus Estados Miembros (apartado II.B). La Declaración destaca que la cooperación efectiva en el lugar de trabajo es una herramienta que contribuye a que los lugares de trabajo sean seguros y productivos, de tal manera que se respeten la negociación colectiva y sus resultados sin menoscabar el papel de los sindicatos (apartado II.C). Al exhortar a todos los Estados miembros, teniendo en cuenta las circunstancias personales, a que colaboren individual y colectivamente, con el apoyo de la OIT, a seguir desarrollando su enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas, la Declaración recalca que deben basarse en el tripartismo y el diálogo social (apartado III). La Declaración también indica que corresponde a la OIT reforzar la capacidad de sus mandantes tripartitos para: promover el desarrollo de organizaciones de interlocutores sociales que sean fuertes y representativas; participar en todos los procesos pertinentes, inclusive con las instituciones, programas y políticas del mercado de trabajo, dentro y fuera de sus fronteras, y abordar todos los principios y derechos fundamentales del trabajo, a todos los niveles, según proceda, mediante mecanismos de diálogo social consolidados, influyentes e inclusivos, con la convicción de que esa representación y ese diálogo contribuyen a la cohesión global de las sociedades y son asuntos de interés público, y que resultan cruciales para una economía que sea productiva y eficiente (apartado IV.C).

De igual modo, la Declaración resalta la importancia fundamental que

¹³ Acerca de la OIT y el diálogo social, cfr. J.L. GIL Y GIL, T. USHAKOVA, *Le dialogue social sur le mode de l'OIT: consolidation et promotion du tripartisme*, en P. MARTIN (dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2007, y J.L. GIL Y GIL, *Trabajo decente y reformas laborales*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2017, n.º 7, pp. 28 ss.

poseen para la OIT la elaboración, la promoción, la ratificación y el control del cumplimiento de las normas internacionales del trabajo (apartado IV.A). La acción normativa de la OIT no es un fin en sí mismo, sino el medio más importante de que dispone la OIT para la consecución de sus fines y objetivos y la concreción de los principios que establecen el Preámbulo de la Constitución y la Declaración de Filadelfia¹⁴. La acción normativa constituye la columna vertebral de la OIT, y sostiene y dirige el conjunto de actividades de la organización al servicio de sus objetivos constitucionales. La Declaración del Centenario aclara que, para la mejora de la actividad normativa, la Organización debe tener y promover un corpus de normas internacionales del trabajo sólido, claramente definido y actualizado y seguir aumentando la transparencia. Las normas internacionales del trabajo también deben responder a la evolución del mundo del trabajo, proteger a los trabajadores y tener en cuenta las necesidades de las empresas sostenibles, y estar sujetas a un control reconocido y efectivo. La OIT prestará asistencia a sus Miembros en relación con la ratificación y la aplicación efectiva de las normas (apartado IV.A). La Declaración añade que todos los Miembros deberían trabajar en pro de la ratificación y la aplicación de los convenios fundamentales de la OIT y considerar periódicamente, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, la ratificación de otras normas de la OIT (apartado IV.B). Es significativo que, en junio de 2019, junto a la Declaración del Centenario, la Conferencia Internacional haya adoptado dos instrumentos importantes: el Convenio n. 190 y la Recomendación n. 206 que lo acompaña, sobre la violencia y el acoso en el trabajo. El compromiso, que figura en el preámbulo de la Declaración, con un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, no ha tardado en venir acompañado de la acción normativa más genuina de la OIT.

En fin, la Declaración también pone el acento en otros aspectos, que no figuraban en la Constitución original ni en la Declaración de Filadelfia, y que la OIT ha incorporado a su actividad y reflexión en los últimos años, como la importancia de la función de las empresas sostenibles para

¹⁴ Como subraya Michel Hansenne, el Director general de la OIT, en 1997, en su informe a la 85^a Conferencia Internacional del Trabajo, «des normes de l'OIT ne sont en effet pas une fin en soi; elles sont l'un des moyens – incontestablement le plus important – dont l'Organisation dispose pour atteindre ses objectifs et concrétiser les valeurs énoncées dans sa Constitution et la Déclaration de Philadelphie». Cfr. OIT, *L'action normative de l'OIT à l'heure de la mondialisation. Rapport du Directeur général*, Conférence Internationale du Travail, 85^{ème} Session, 1997, p. 3, y, asimismo, F. MAUPAIN, *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sans contraindre?*, Institut International d'Études Sociales, OIT, 2012, p. 7, R. TORRES, *Préface, ibidem*, p. V, y J.L. GIL Y GIL, *Justicia social y acción normativa de la OIT*, en *esta Revista*, 2015, vol. 3, n. 4, p. 3.

generar empleo y promover la innovación y el trabajo decente. La Declaración reconoce la relevancia de la función de las empresas sostenibles como generadoras de empleo y promotoras de innovación y trabajo decente (*Preambulo*), se refiere a las políticas e incentivos que promuevan el crecimiento económico sostenible e inclusivo y la creación y desarrollo de empresas sostenibles (apartado III.C.iv), e indica que las normas internacionales del trabajo deben tener en cuenta las necesidades de las empresas sostenibles (apartado IV.A). En la resolución y conclusiones relativas a la promoción de empresas sostenibles, adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo, en 96^a Reunión, de 2007, la OIT ha destacado la importancia de crear o de restablecer un entorno propicio para las empresas sostenibles, en particular para las pequeñas y medianas empresas, con el fin de estimular la generación de empleo, la recuperación económica y el desarrollo.

3. Enfoque del futuro del trabajo centrado en el ser humano

La Declaración pretende ser una respuesta a las oportunidades y retos a que enfrenta el trabajo en el siglo XXI. Así, la Declaración constata que la OIT celebra su centenario en una época de transformaciones profundas del mundo del trabajo, como consecuencia, en particular, de las innovaciones tecnológicas, la evolución demográfica, el cambio climático y la globalización, así como la necesidad de desarrollar nuevas competencias, que determinan, en gran medida, la forma y el futuro del trabajo, así como la situación y la dignidad de las personas con respecto al mismo (apartado I.A).

En este sentido, la Declaración acoge el planteamiento de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, que aconseja aprovechar el momento para revitalizar el contrato social¹⁵, y propugna un programa centrado en las personas, que se asienta en tres ejes de actuación que, combinados entre sí, deben generar crecimiento, igualdad y sostenibilidad para las generaciones presentes y futuras: aumentar la inversión en las capacidades de las personas, permitiéndoles formarse, reciclarse y perfeccionarse profesionalmente, y apoyarlas en las distintas transiciones que pueden afrontar en el curso de su vida; en las instituciones del trabajo, para garantizar un futuro del trabajo con libertad, dignidad, seguridad económica e igualdad, y en trabajo decente y sostenible, y en la formulación de normas e incentivos para ajustar la política económica y

¹⁵ COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, [*op. cit.*](#), pp. 17 ss.

social, y la práctica empresarial, a ese programa¹⁶. El enfoque, que constituye el aspecto más novedoso de la Declaración del Centenario, puede entroncarse con la idea esencial de que el trabajo no es una mercancía, si se interpreta como una afirmación de la dimensión subjetiva del trabajo, o la preeminencia de la persona del trabajador, como sujeto que trabaja, sobre la dimensión objetiva del trabajo, es decir, sobre el fruto, resultado o producto final del trabajo humano¹⁷. También puede considerarse como una vuelta al espíritu de Filadelfia¹⁸, y como el triunfo de la idea de un estado profesional de las personas, que propugna situar el trabajo, y no el mercado, en el centro de las políticas, analizando de nuevo la cuestión del «régimen de trabajo realmente humano», y que se contrapone a la orientación dominante sobre la flexiseguridad, como respuesta a los retos del futuro del trabajo¹⁹.

Pues bien, la Declaración indica que, en su segundo siglo de existencia, la OIT debe desarrollar un enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas, que sitúa los derechos de los trabajadores y las necesidades, aspiraciones y derechos de todas las personas en el núcleo de las políticas económicas, sociales y ambientales (apartado I.D). El enfoque del futuro del trabajo centrado en el ser humano sirve tanto para guiar las actividades futuras de la OIT, como para apelar a la acción de los Estados miembros. La parte II del instrumento aborda la primera dimensión; la parte III, la segunda. Curiosamente, el desarrollo pormenorizado de en qué consiste el enfoque, con los tres ejes de actuación que propone la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, no se halla en la parte II, que orienta las tareas y, en particular, la actividad normativa de la OIT, sino en la parte III. Parece como si la organización quisiese que el peso de la responsabilidad recaiga, sobre todo, en los Estados miembros. Sea como fuere, la Declaración no concreta los medios para el logro de ese fin encomiable²⁰.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 25 y 27 ss.

¹⁷ La COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *op. cit.*, p. 39, comienza la argumentación sobre el fortalecimiento de las instituciones del trabajo recordando que «el trabajo no es una mercancía con la que se pueda comerciar en los mercados buscando el mejor postor; los trabajadores son seres humanos con derechos, necesidades y aspiraciones».

¹⁸ A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.

¹⁹ A. SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015, y A. SUPIOT, *Las vías de una verdadera reforma del derecho del trabajo*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, n. 5.

²⁰ Para M.E. CASAS, *op. cit.*, p. 645, resulta criticable que la Declaración no dote al enfoque de instrumentos efectivos. La autora añade: «No es obvio de qué forma, con qué medios y en qué tiempos la Organización, esto es su Director General y los órganos

La parte II del instrumento precisa que la OIT debe orientar sus esfuerzos a una serie de tareas, al ejercer su mandato constitucional, tomando en consideración las profundas transformaciones en el mundo del trabajo, y al desarrollar su enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas. Así, por ejemplo, menciona la promoción de los derechos de los trabajadores como elemento clave para alcanzar un crecimiento inclusivo y sostenible, y la importancia de prestar una atención especial a la libertad de asociación y la libertad sindical y al reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva como derechos habilitantes (apartado II.A.vi). O habla de la importancia de «asegurar que las modalidades de trabajo y los modelos empresariales y de producción en sus diversas formas, también en las cadenas nacionales y mundiales de suministro, potencien las oportunidades para el progreso social y económico, posibiliten el trabajo decente y propicien el empleo pleno, productivo y libremente elegido» (apartado II.A.xii).

Asimismo, el apartado III de la Declaración exhorta a todos los Estados miembros, teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, a que colaboren individual y colectivamente, basándose en el tripartismo y el diálogo social, y con el apoyo de la OIT, a seguir desarrollando su enfoque del futuro del trabajo en las personas. El documento describe luego los tres ejes de actuación que recogen las recomendaciones de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo: el fortalecimiento de las capacidades de las personas y de las instituciones del trabajo y, en fin, la promoción del crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.

El fortalecimiento de las capacidades de todas las personas para beneficiarse de las oportunidades de un mundo del trabajo en transición, que constituye la primera de las acciones prioritarias, debe orientarse al logro efectivo de la igualdad de género en materia de oportunidades y de trato; un sistema eficaz de aprendizaje permanente y una educación de calidad para todos; el acceso universal a una protección social completa y sostenible, y medidas efectivas para ayudar a las personas a afrontar las transiciones a lo largo de su vida laboral. La Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, señala ya que la promoción del empleo debe crear un entorno económico sostenible, en cuyo marco «las personas puedan adquirir y actualizar las capacidades y competencias que necesitan para poder trabajar de manera productiva en

rectores de la Oficina Internacional del Trabajo, los Estados y los interlocutores sociales, van a hacer realidad – si lo hacen – ese “enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas”».

aras de su propia realización personal y el bienestar común». En la Declaración del Centenario, el centro de gravedad se desplaza de la política de promoción del empleo a los derechos inherentes a la persona del trabajador. Siguiendo las recomendaciones de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, la Declaración invoca cuatro ámbitos, que mezclan derechos y políticas. Junto al logro efectivo del derecho a la igualdad de género en materia de oportunidades y de trato y al derecho al aprendizaje permanente y a la educación, la Declaración se refiere también a las medidas de protección social y de ayuda a las personas a afrontar las transiciones a lo largo de la vida laboral. No debe olvidarse, sin embargo, que las políticas tienen objetivo que las personas puedan ejercer los derechos.

El fortalecimiento de las instituciones del trabajo, que supone el segundo ámbito de actuación, busca ofrecer una protección adecuada a todos los trabajadores. La Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo destaca que las instituciones del trabajo velan por que el trabajo vaya acompañado de libertad y dignidad, de seguridad económica y de igualdad de oportunidades. A juicio de la Comisión, el propósito de esas instituciones, que comprenden, por ejemplo, la legislación, el contrato de trabajo, las organizaciones de empresarios y trabajadores, el convenio colectivo o los sistemas de administración del trabajo e inspección laboral, es compensar la asimetría inherente a la relación entre el capital y el trabajo, y garantizar unas relaciones laborales justas y equilibradas. De ese modo, contribuyen al logro de una sociedad más justa y, cuando están bien concebidas y se aplican, contribuyen además a que funcionen mejor el mercado de trabajo y la economía. La Comisión concluye que, sin el desarrollo y buen funcionamiento de las instituciones, no pueden desplegarse con plenitud las capacidades de las personas. De ellas depende el cumplimiento del contrato social²¹. Ante todo, la Declaración reafirma la continua pertinencia de la relación de trabajo como medio para proporcionar seguridad y protección jurídica a los trabajadores. El contrato de trabajo es la institución central del derecho del trabajo, y sirve para dotar de un estatuto de protección al trabajador, mediante una regulación, limitación y control de los poderes del empresario, que derivan de la libertad de empresa, en aspectos tales como la garantía de un salario mínimo, la limitación de la jornada y el derecho al descanso, o la protección contra el despido injustificado. Por otro lado, la Declaración reconoce el alcance de la informalidad y la necesidad de emprender acciones efectivas para lograr la transición a la formalidad. El tema es de una importancia crucial,

²¹ COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *op. cit.*, p. 39.

incluso en los países desarrollados, y un desafío para las políticas social y fiscal. En 2015, la OIT ha adoptado la Recomendación n. 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal, el primer instrumento de derecho internacional del trabajo que se orienta, de forma específica, a combatir la economía informal.

Asimismo, la Declaración precisa que todos los trabajadores deben disfrutar de una protección adecuada de conformidad con el Programa de Trabajo Decente, teniendo en cuenta: el respeto de sus derechos fundamentales; un salario mínimo adecuado, establecido por ley o negociado; límites máximos al tiempo de trabajo, y la seguridad y salud en el trabajo. La Declaración vincula la necesidad de dotar a los trabajadores de una protección adecuada con el concepto ético-jurídico de trabajo decente, que promueve la OIT desde 1999, institucionaliza la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa, y constituye hoy uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible²². De nuevo, la Declaración acoge la propuesta de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, que exhorta a que se adopte una Garantía Laboral Universal que comprenda los derechos fundamentales de los trabajadores, un «salario vital adecuado», límites a las horas de trabajo, y la garantía de la seguridad y salud en el lugar de trabajo²³. Así pues, al igual que el Preámbulo de la Constitución de la OIT, la Declaración del Centenario identifica la justicia social con las mejores condiciones materiales de trabajo, e indica las materias cuya regulación es competencia de la organización. En la Declaración del Centenario, las condiciones de trabajo humanas a que alude el Preámbulo de la OIT incluyen, como núcleo central o esencial, la protección de los principios y derechos fundamentales en el trabajo que identifica la Declaración de 1998 y, asimismo, un conjunto de condiciones de trabajo básicas, relativas a derechos esenciales, presentes en el derecho del trabajo desde sus orígenes, con la revolución industrial: un salario mínimo adecuado, establecido por ley o negociado; límites máximos al tiempo de trabajo, y una mayor seguridad y salud en el trabajo. En este sentido, posee una relevancia particular el hecho de que la Declaración del Centenario abre la puerta a la inclusión, en un futuro inmediato, de la protección de la seguridad y salud en el trabajo entre los principios y derechos fundamentales en el trabajo. A juicio de la Comisión Mundial sobre el

²² OIT, [*Trabajo decente. Memoria del Director General*](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 87^a Reunión, 1999. Cfr. J.L. GIL Y GIL, *Concepto de trabajo decente*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2012, n. 15-18, acerca del concepto ético-jurídico de trabajo decente.

²³ COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, [*op. cit.*](#), pp. 39 ss.

Futuro del Trabajo, la comunidad internacional reconoce desde hace mucho tiempo la salud como uno de los derechos humanos, y ha llegado el momento de reconocerla también como un principio y derecho fundamental en el trabajo²⁴. Por ahora, la Declaración del Centenario no recoge esa propuesta, que figuraba en el proyecto que se sometió al examen de la Conferencia Internacional del Trabajo²⁵, por más que reconozca que «las condiciones de trabajo seguras y saludables son fundamentales para el trabajo decente» (apartado II.D). Con todo, la OIT podría hacerlo en los próximos meses. La Resolución sobre la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo de 2019, adoptada también, en junio de 2019, por la Conferencia Internacional Trabajo, pide al Consejo de Administración de la OIT que «examine, lo antes posible, propuestas para incluir las condiciones de trabajo seguras y saludables en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo». En un documento reciente, la propia organización reconoce que la OIT se halla fundada en torno al concepto del trabajo seguro y saludable²⁶. La inclusión de la seguridad y salud en el trabajo en el elenco de los principios y derechos humanos en el trabajo sería una prueba de que la Declaración de 1998 no debe considerarse como un punto final o un repliegue de la actividad normativa de la OIT, sino como un punto de partida o un primer paso en la construcción de un orden público social universal, que se imponga a todos los Estados, y que rompe con el *self service* o *pick and choose* normativo, que autoriza el carácter voluntario de la ratificación de los instrumentos vinculantes que elabora la OIT²⁷. También

²⁴ *Ibidem*, p. 40, con cita del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure la salud y el bienestar, y del art. 7.b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC), que reconoce el derecho a condiciones de trabajo seguras y saludables. La Comisión recuerda que ese derecho se aplica a la salud física y mental. Acerca de la seguridad y salud en el trabajo en el art. 7.b PIDESC, cfr. CDESC COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general núm. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/23, Naciones Unidas, 2016, §§ 25 ss.

²⁵ En el apartado II.C, el proyecto de declaración para su examen por la Conferencia Internacional del Trabajo disponía: «La seguridad y salud en el trabajo es un principio y derecho fundamental en el trabajo, que se añade a todos los principios y derechos que se enuncian en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998)». Cfr. OIT, *Documento final del centenario de la OIT. Informe IV*, Conferencia Internacional del Trabajo, 108^a Reunión, 2019, p. 7.

²⁶ OIT, *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*, 2019, pp. 10 ss.

²⁷ J.L. GIL Y GIL, *Los principios y derechos fundamentales en el trabajo como orden público social universal*, en AA.VV., *op. cit.*, pp. 509 ss. También la COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL

supondría considerar, como fundamentales, el Convenio n. 155 de 1981 sobre seguridad y salud de los trabajadores y su Protocolo de 2002; el Convenio n. 161 de 1985 sobre los servicios de salud en el trabajo y el Convenio n. 187 de 2006 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo²⁸.

Por último, el fomento del crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, que es el tercer campo de actuación, debe lograrse a través de: políticas macroeconómicas orientadas al cumplimiento de ese objetivo; políticas comerciales, industriales y sectoriales que favorezcan el trabajo decente y aumenten la productividad; inversión en infraestructuras y en sectores estratégicos para abordar los factores que generan cambios transformadores en el mundo del trabajo; políticas e incentivos que promuevan el crecimiento económico sostenible e inclusivo, la creación y el desarrollo de empresas sostenibles, la innovación y la transición de la economía informal a la economía formal, y que favorezcan la adecuación de las prácticas empresariales a los objetivos de la Declaración, y políticas y medidas que permitan asegurar una protección adecuada de la privacidad y de los datos personales y responder a los retos y las oportunidades que plantea la transformación digital del trabajo, incluido el trabajo en plataformas, en el mundo del trabajo. La Declaración acoge la propuesta de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de transformar las economías para promover el trabajo decente y sostenible y reorientar los incentivos, hacia un modelo empresarial y económico centrado en las personas. Además de referirse a las medidas de fomento y a las políticas que deben coadyuvar al logro de ese fin, la Declaración exige que la OIT, en virtud de su mandato constitucional, asuma una función importante en el sistema multilateral, «a fin de promover la coherencia entre las políticas

FUTURO DEL TRABAJO, [op. cit.](#), p. 15, advierte: «Entendemos el presente informe como el principio de un camino». Y aclara: «Ya que la OIT agrupa a gobiernos, empleadores y trabajadores de todo el mundo, resulta un organismo idóneo para ser brújula y guía del camino que tenemos por delante».

²⁸ OIT, [Documento final del centenario de la OIT. Informe IV](#), cit., p. 16, clasifica los instrumentos de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo en cuatro grupos, e incluye entre los que abordan los principios fundamentales: el Convenio n. 155 de 1981 sobre seguridad y salud de los trabajadores y su Protocolo de 2002, el Convenio n. 161 de 1985 sobre los servicios de salud en el trabajo y el Convenio n. 187 de 2006 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo. Ya antes, B.O. ALLI, *Principios fundamentales de salud y seguridad en el trabajo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2002, pp. 36 y 37, había escrito que la política de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo está recogida esencialmente en esos tres Convenios internacionales del trabajo y sus correspondientes Recomendaciones.

en cumplimiento de su enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas, reconociendo los vínculos sólidos, complejos y cruciales que existen entre las políticas sociales, comerciales, financieras, económicas y medioambientales» (apartado IV.F)²⁹.

4. Conclusiones

En suma, la Declaración reconoce los logros y la situación en que se halla la OIT en la actualidad, marca la estrategia de la organización para el futuro y orienta la actividad de los Estados miembros para hacer frente al futuro del trabajo. Sin ampliar las competencias, ni modificar la Constitución de la OIT, la Declaración reafirma que, en el siglo XXI, la OIT debe seguir cumpliendo con energía su mandato constitucional de lograr la justicia social. El aspecto más novedoso del instrumento es la exigencia de desarrollar un enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas, que sitúe los derechos de los trabajadores en el núcleo de las políticas económicas, comerciales, sociales y ambientales. Aunque el enfoque sirve tanto para guiar las actividades futuras de la OIT, como para apelar a la acción de los Estados miembros, parece como si el peso de la responsabilidad recayese, sobre todo, en los Estados miembros. En cuanto declaración, el documento no debe ratificarse, ni es vinculante, y conlleva compromisos simbólicos y políticos para los Estados miembros. Aun así, vincula a la OIT en sus actividades, y se prevé que se aplique ampliamente. Como ya sucedió con las Declaraciones de 1998 y 2008, la Declaración del Centenario dará lugar a una controversia. Mientras que algunos se congratularán del nuevo enfoque que institucionaliza, otros verán en ella una ocasión perdida, y se lamentarán de su carácter no vinculante, de la falta de concreción de sus previsiones y de que no haya acogido algunas de las propuestas del informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, ni del texto de la Declaración que se sometió a examen y discusión por la Conferencia Internacional del Trabajo.

²⁹ Al respecto, la Resolución sobre la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo señala que la Conferencia Internacional del Trabajo «Invita al Consejo de Administración a que pida al Director General que presente al Consejo de Administración propuestas destinadas a promover una mayor coherencia en el marco del sistema multilateral».

5. Bibliografía

- AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita. Palacio de Zurbano, 28 de marzo de 2017. Volumen II*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018
- ALLI B.O., *Principios fundamentales de salud y seguridad en el trabajo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2002
- CASAS M.E., *La Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, ¿una oportunidad perdida?*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2019, n. 7, pp. 643-657
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, 2019
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general ním. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/23, Naciones Unidas, 2016
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *El futuro del trabajo*, Informe, 2018, n. 3
- GIL Y GIL J.L., *Los principios y derechos fundamentales en el trabajo como orden público social universal*, en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita. Palacio de Zurbano, 28 de marzo de 2017. Volumen II*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018, pp. 503-518
- GIL Y GIL J.L., *Trabajo decente y reformas laborales*, en *Revista Derecho Social y Empresa, 2017, n. 7*, pp. 21-78
- GIL Y GIL J.L., *Justicia social y acción normativa de la OIT*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 2015, vol. 3, n. 4*, pp. 1-50
- GIL Y GIL J.L., *Concepto de trabajo decente*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2012, n. 15-18, pp. 77-120
- GIL Y GIL J.L., USHAKOVA T., *Le dialogue social sur le mode de l'OIT: consolidation et promotion du tripartisme*, en P. MARTIN (dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2007, pp. 97-130
- MAUPAIN F., *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sans contraindre?*, Institut International d'Etudes Sociales, OIT, 2012
- MAUPAIN F., *Nouvelle fondation ou nouvelle façade ? La déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, en *Droits Fondamentaux, 2009, n. 8*, pp. 1-38
- OIT, *Trabajar para un futuro más prometedor*, en www.ilo.org, enero 2019
- OIT, *Cinco preguntas relativas a la Declaración del centenario de la OIT*, en www.ilo.org, 1º julio 2019

OIT, [Documento final del centenario de la OIT. Informe IV](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 108^a Reunión, 2019

OIT, [Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia](#), 2019

OIT, [Síntesis de los diálogos nacionales sobre el futuro del trabajo](#), 2017

OIT, [La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo. Memoria del Director General. Informe I](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 104^a Reunión, 2015

OIT, [Trabajo decente. Memoria del Director General](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 87^a Reunión, 1999

OIT, [L'action normative de l'OIT à l'heure de la mondialisation. Rapport du Directeur général](#), Conférence Internationale du Travail, 85^{ème} Session, 1997

OIT, [Declaraciones de la OIT](#), en www.ilo.org

SUPIOT A., *Las rías de una verdadera reforma del derecho del trabajo*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, n. 5, pp. 500-519

SUPIOT A., *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015

SUPIOT A., *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010

TORRES R., Préface a F. MAUPAIN, *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sans contraindre?*, Institut International d'Études Sociales, OIT, 2012

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Revisión de las normas internacionales del trabajo. El rol del Grupo Tripartito de Trabajo del Mecanismo de Examen de Normas de la OIT

Marta Hebe PUJADAS*
Mónica Viviana TEPFER**

RESUMEN: El Grupo de Trabajo tripartito del Mecanismo de Examen de Normas (GTT del MEN), funciona en el marco de la iniciativa relativa a las normas, que es una de las siete iniciativas para el centenario de la OIT. El GTT del MEN se constituyó en el año 2015 y viene reuniéndose anualmente desde el año 2016. Se constituyó en calidad de órgano especializado por el Consejo de Administración, al que deberá rendirle informes en el marco de la Sección de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo (LILS). El GTT del MEN tiene el mandato de formular recomendaciones al Consejo de Administración sobre la situación de las normas internacionales incluidas las normas actualizadas, las que necesitan revisión, las que han sido superadas, y otras posibles clasificaciones; la identificación de lagunas en materia de cobertura, con inclusión de las que requieren la adopción de nuevas normas; y de establecer medidas prácticas de seguimiento con plazos definidos. A través de este examen, los mandantes tripartitos buscan garantizar que la OIT cuente con un conjunto sólido de normas internacionales del trabajo que responda a la constante evolución del mundo del trabajo, con el propósito de proteger a los trabajadores y teniendo presentes las necesidades de las empresas sostenibles. La labor del GTT del MEN tiene y tendrá gran transcendencia para el corpus normativo internacional y para la OIT. Sus recomendaciones y las medidas de seguimiento para aplicarlas tendrán grandes repercusiones para los trabajadores y las empresas de todo el mundo.

Palabras clave: Grupo de Trabajo tripartito del Mecanismo de Examen de Normas, OIT, Consejo de Administración, Recomendaciones.

* Directora de Asuntos Jurídicos de la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina (UOCRA); Asesora de la CGT-RA; Integrante de la Secretaría de Relaciones Internacionales de la CGT-RA; Presidenta del COSATE (OEA-CMIT).

** Abogada de la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina (UOCRA); Integrante de la Secretaría de Relaciones Internacionales de la CGT-RA.

SUMARIO: 1. El mandato, el funcionamiento y los objetivos del Grupo de Trabajo Tripartito del Mecanismo de Examen de Normas. 1.1. La decisión de establecer el mecanismo de examen de normas. 2. Recomendaciones formuladas desde su creación. 2.1. Recomendaciones formuladas en la 1^a Reunión. 2.2. Recomendaciones formuladas en la 2^a Reunión. 2.3. Recomendaciones formuladas en la 3^a Reunión. 2.4. Recomendaciones formuladas en la 4^a Reunión. 2.5. Recomendaciones formuladas en la 5^a Reunión. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

International Labour Standards Revision. The Role of ILO Standards Review Mechanism Tripartite Working Group

ABSTRACT: The Standards Review Mechanism Tripartite Working Group (SRM TWG) operates within the context of the ILO Director-General's Standards Initiative, one of the seven Centenary Initiatives. The SRM TWG was established in 2015 and will meet twice during 2016. It was set up by the ILO's Governing Body as a specialised entity, to which it reports as far as legal issues and international labour standards are concerned. The SRM TWG has been mandated to make recommendations on the status of the standards examined, namely up-to-date standards, standards requiring further action to ensure continued and future relevance and outdated standards; the identification of gaps in coverage, including those requiring new standards; practical and time-bound follow-up action. With this review, the ILO's tripartite constituents aim to ensure that the body of standards is robust and responsive to the constantly changing patterns of the world of work, for the purpose of the protection of workers and taking into account the needs of sustainable enterprises. The work of the SRM TWG has great relevance for international legislation and for the ILO. Its recommendations and the guidelines laid down to implement them will have major consequences on workers and employers worldwide.

Key Words: SRM TWG, ILO, governing body, recommendations.

1. El mandato, el funcionamiento y los objetivos del Grupo de Trabajo Tripartito del Mecanismo de Examen de Normas

1.1. La decisión de establecer el Mecanismo de Examen de Normas

El Grupo de Trabajo tripartito del Mecanismo de Examen de Normas, El GTT del MEN funciona en el marco de la iniciativa relativa a las normas, que es una de las siete iniciativas para el centenario.

El objetivo de la iniciativa relativa a las normas es consolidar el consenso tripartito en torno a un sistema de control reconocido y mejorar la pertinencia de las normas internacionales del trabajo.

El Consejo de Administración, órgano ejecutivo de la Organización Internacional del Trabajo, O.I.T, aprobó en el año 2011 un mecanismo de examen de las normas (MEN) con el propósito de contribuir a que se dé cumplimiento a la política normativa de la OIT, con arreglo a lo dispuesto en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa del año 2008, y consolidar un consenso tripartito sobre la función que las normas internacionales del trabajo desempeñan en la consecución de los objetivos de dicha Organización¹.

Pero fue recién en el año 2015 que se aprobó la creación de un Grupo de Trabajo Tripartito como uno de los componentes del mecanismo de examen de normas con el propósito de que se mantenga actualizado el corpus normativo de la OIT y su pertinencia para el mundo del trabajo².

El GTT del MEN quedó finalmente conformado por 32 miembros: 16 representantes gubernamentales, ocho representantes de los empleadores y ocho representantes de los trabajadores. Dicho Grupo de trabajo viene reuniéndose al menos una vez al año desde el 2016 en la sede de la OIT en Ginebra³. De conformidad con lo previsto en su mandato han participado también de las reuniones consejeros técnicos y representantes de organizaciones internacionales con específica experiencia en los temas de debate de cada reunión.

El GTT del MEN ha sido establecido en calidad de órgano especializado por el Consejo de Administración, al que debe rendirle informes y

¹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Mejoras de las actividades normativas de la OIT](#), Consejo de Administración, 312^a Reunión, 2011, GB.312/LILS/5.

² OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [La iniciativa relativa a las normas](#), Consejo de Administración, 323^a Reunión, 2015, GB.323/INS/5, § 25 (versión enmendada).

³ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [La iniciativa relativa a las normas: Mandato del Grupo de Trabajo tripartito sobre el mecanismo de examen de las normas](#), Consejo de Administración, 325^a Reunión, 2015, GB.325/LILS/3.

formular recomendaciones en el marco de la Sección de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo (LILS)⁴.

El mandato del GTT del MEN específico que se deberán formular recomendaciones al Consejo de Administración sobre:

- a) la situación de las normas examinadas, incluidas las normas actualizadas, las que necesitan revisión, las que han sido superadas, y otras posibles clasificaciones;
- b) la identificación de lagunas en materia de cobertura, con inclusión de las que requieren la adopción de nuevas normas;
- c) medidas prácticas de seguimiento con plazos definidos, cuando proceda⁵.

El programa de trabajo inicial comprendía el examen de un total de 231 normas internacionales del trabajo organizadas en 20 conjuntos temáticos, a su vez agrupados por objetivos estratégicos⁶. Luego en el año 2016 se incluyeron otras 4 normas internacionales alcanzando así el número total de normas a examinar a 235⁷.

En el programa de trabajo inicial se incluían todas las normas internacionales del trabajo adoptadas entre 1985 y 2000, así como aquellas que a raíz de las labores del Grupo de Trabajo Cartier se consideraba estaban en situación provisional, precisaban revisión o requerían información adicional a su respecto, además de aquellas consideradas como superadas pero a las que todavía no se habían aplicado las recomendaciones pertinentes⁸.

A través de este examen, los mandantes tripartitos de la OIT buscan garantizar la existencia de un conjunto sólido de normas internacionales del trabajo que responda a la constante evolución del mundo del trabajo, con el propósito de proteger a los trabajadores y teniendo presentes las

⁴ *Idem*.

⁵ GRUPO DE TRABAJO TRIPARTITO DEL MECANISMO DE EXAMEN DE LAS NORMAS, *Documento de trabajo núm. 1: Definición del programa de trabajo*, 2016.

⁶ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La iniciativa relativa a las normas: Informe de la primera reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas*, Consejo de Administración, 326^a Reunión, 2016, GB.326/LILS/3/2.

⁷ Vid. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Iniciativa relativa a las normas: Informe de la segunda reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas*, Consejo de Administración, 328^a Reunión, 2016, GB.328/LILS/2/1 (Rev.), § 5.b; OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Actas de la 328.^a reunión del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo*, Consejo de Administración, 328^a Reunión, 2016, GB.328/PV.

⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La iniciativa relativa a las normas: Informe de la primera reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas*, cit., Anexo, § 3.

necesidades de las empresas sostenibles.

El Grupo de Trabajo tripartito del MEN se rige por una serie de reglas y principios establecidos en su mandato aprobado por el Consejo de Administración en su 323^a Reunión de noviembre del 2015.

La misión del Grupo de Trabajo tripartito del MEN consiste en «asegurar que la OIT cuente con un corpus claro, sólido y actualizado de normas internacionales del trabajo que responda a la evolución del mundo del trabajo, con el propósito de proteger a los trabajadores y teniendo presentes las necesidades de las empresas sostenibles»⁹.

En cumplimiento de su misión, el Grupo de Trabajo Tripartito se rige por los siguientes principios: «a) la creación de un marco coherente de políticas dentro del mecanismo de normas de la OIT; b) el establecimiento de un corpus normativo claro, sólido y actualizado con el propósito de proteger a los trabajadores y teniendo presentes las necesidades de las empresas sostenibles; c) la importancia de la claridad, la transparencia y la coherencia; d) la adopción de decisiones por consenso; e) la adopción de un mecanismo suficientemente flexible y sujeto a evaluaciones periódicas y a los ajustes que sean necesarios; f) la celebración de negociaciones de buena fe, con plena confianza y compromiso con los objetivos del MEN»¹⁰.

El GTT del MEN decidió establecer en su tercera reunión en el año 2017 un sistema de clasificación de las normas internacionales sujetas a examen según tres categorías, a saber: instrumentos “actualizados”, instrumentos “que requieren medidas adicionales para asegurar su relevancia continua y futura” e instrumentos “superados”.

Todas las normas internacionales del trabajo son normas activas desde el punto de vista de su estatus jurídico hasta que la Conferencia Internacional del Trabajo decida derogarlas, retirarlas o remplazarlas jurídicamente¹¹.

Cuando se clasifica que un instrumento está actualizado significa que es pertinente para el cumplimiento de sus fines y por ende es importante que se realicen campañas de promoción de su ratificación.

Cuando se clasifica que los instrumentos «requieren medidas adicionales para asegurar su relevancia continua y futura»: se sugirieron una serie de acciones para implementar en los instrumentos incluidos en esta

⁹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La iniciativa relativa a las normas: Mandato del Grupo de Trabajo tripartito sobre el mecanismo de examen de las normas*, cit., Anexo, § 8.

¹⁰ *Ibidem*, Anexo, §§ 5 y 13.

¹¹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La iniciativa relativa a las normas: Informe de la tercera reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas*, Consejo de Administración, 331^a Reunión, 2017, GB.331/LILS/2, Anexo, § 9.

clasificación.

Finalmente, cuando se clasifica a los instrumentos como instrumentos “superados” se entiende que son aquellos considerados que han perdido su pertinencia.

La entrada en vigor del Instrumento de Enmienda a la Constitución de la OIT, de 1997, permite la derogación de convenios vigentes, de allí la relevancia que tiene el GTT del MEN de efectuar recomendaciones con plazos definidos para promover campañas sólidas, proactivas y dotadas de recursos para asegurarse de que los Estados Miembros reemplacen efectivamente las ratificaciones a los convenios superados por la ratificación de convenios actualizados conexos. De modo tal que no se generen lagunas de protección jurídica en dichos Estados Miembros¹².

2. Recomendaciones formuladas desde su creación

2.1. Recomendaciones formuladas en la 1^a Reunión

La primera reunión del GTT del MEN se celebró del 22 al 25 de febrero de 2016 en la sede de la OIT en Ginebra.

En dicha oportunidad el Grupo de Trabajo decidió recomendar al Consejo de Administración que aprobara un programa de trabajo inicial que constara de un examen y análisis de 231 instrumentos que luego sería ampliado a 235¹³ normas internacionales del trabajo, divididas en 20 conjuntos temáticos de instrumentos, a su vez agrupados por objetivos estratégicos.

A continuación se ejemplifica el plan inicial de trabajo en el recuadro que fue aprobado por el Consejo de Administración¹⁴ en la 326^a Reunión en el marco de la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo LILS.

¹² OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La iniciativa relativa a las normas: informe de la quinta reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas*, Consejo de Administración, 337^a Reunión, 2019, GB.337/LILS/1, Anexo, § 7.

¹³ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Iniciativa relativa a las normas: Informe de la segunda reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas*, cit., § 5.b.

¹⁴ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La iniciativa relativa a las normas: Informe de la primera reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas*, cit.

Cuadro 1**Conjuntos de instrumentos relacionados con el objetivo estratégico del empleo**

Conjunto 1	Instrumentos sobre política de empleo	8 instrumentos (4 convenios y 4 recomendaciones)
Conjunto 2	Instrumentos sobre competencias	2 recomendaciones
Conjunto 3	Instrumentos sobre seguridad del empleo	2 instrumentos (1 convenio y 1 recomendación)
Conjunto 4	Instrumentos relativos al empleo considerados superados a raíz de las labores del Grupo de Trabajo Cartier	9 instrumentos (1 convenio y 8 recomendaciones)

Conjuntos de instrumentos relacionados con el objetivo estratégico de la protección social

Conjunto 5	Instrumentos sobre seguridad social	8 instrumentos (3 convenios y 5 recomendaciones)
Conjunto 6	Instrumentos sobre seguridad y salud en el trabajo	22 instrumentos (10 convenios y 12 recomendaciones)
Conjunto 7	Instrumentos sobre salarios	6 instrumentos (3 convenios y 3 recomendaciones)
Conjunto 8	Instrumentos sobre tiempo de trabajo	14 instrumentos (8 convenios, 5 recomendaciones y 1 protocolo)
Conjunto 9	Instrumentos sobre protección de la maternidad	3 instrumentos (2 convenios y 1 recomendación)
Conjunto 10	Instrumentos sobre política social	2 convenios
Conjunto 11	Instrumentos relativos a la protección social considerados superados a raíz de las labores del Grupo de Trabajo Cartier	32 instrumentos (20 convenios y 12 recomendaciones)

Conjuntos de instrumentos relacionados con el objetivo estratégico del diálogo social y el tripartismo

Conjunto 12	Instrumentos sobre inspección del trabajo, administración del trabajo y relaciones de trabajo	6 instrumentos (1 convenio y 5 recomendaciones)
Conjunto 13	Instrumentos relativos al diálogo social y el tripartismo considerados superados a raíz de las labores del Grupo de Trabajo Cartier	1 convenio

Conjuntos de instrumentos relacionados con el objetivo estratégico relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo

Conjunto 14	Instrumentos relativos a la agricultura y la economía rural	2 convenios (que posiblemente se examinarán con otros instrumentos por determinar)
Conjunto 15	Instrumentos relativos a la protección de los niños y los menores	7 instrumentos (3 convenios y 4 recomendaciones)
Conjunto 16	Instrumentos relativos a los principios y derechos fundamentales en el trabajo considerados superados a raíz de las labores del Grupo de Trabajo Cartier	7 instrumentos (5 convenios y 2 recomendaciones)

Conjuntos de instrumentos de carácter transversal y sectorial

Conjunto 17	Instrumentos de carácter transversal y sectorial	18 instrumentos (10 convenios y 8 recomendaciones)
Conjunto 18	Instrumentos sobre el trabajo marítimo	45 instrumentos (24 convenios, 20 recomendaciones y 1 protocolo)

Conjunto 19	Instrumentos de carácter transversal y sectorial considerados superados a raíz de las labores del Grupo de Trabajo Cartier	14 instrumentos (9 convenios y 5 recomendaciones)
Conjunto 20	Instrumentos marítimos considerados superados a raíz de las labores del Grupo de Trabajo Cartier	23 instrumentos (14 convenios y 9 recomendaciones)

Fuente: OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [La iniciativa relativa a las normas: Informe de la primera reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas](#), Consejo de Administración, 326^a Reunión, 2016, GB.326/LILS/3/2, pp. 1-2

2.2. Recomendaciones formuladas en la 2^a Reunión

La segunda reunión del GTT del MEN tuvo lugar del 10 al 14 de octubre de 2016 en la sede de la OIT en Ginebra¹⁵. En dicha reunión el Grupo de Trabajo examinó el seguimiento de 63 instrumentos considerados como “superados” por el Grupo de Trabajo Cartier¹⁶ y formuló una serie de recomendaciones que se transcriben en el cuadro adoptado por el Consejo de Administración en su 328^a Reunión de año 2016.

¹⁵ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Iniciativa relativa a las normas: Informe de la segunda reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas](#), cit.

¹⁶ Grupo de Trabajo sobre Política de Revisión de Normas. El Grupo de Trabajo celebró 14 Reuniones en total, finalizando sus trabajos en marzo de 2002. Formuló un número importante de propuestas que fueron aprobadas por unanimidad por la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo (Comisión LILS) y el Consejo de Administración.

Cuadro 2 – Recomendaciones formuladas por el GTT del MEN en su 2^a Reunión

Derogación o retiro por la CIT	Instrumentos jurídicamente reemplazados de los que se tomó nota	Lagunas identificadas	Empieza el seguimiento por la Oficina en un plazo de doce meses	Seguimiento por el Grupo de Trabajo tripartito del MEN en reuniones ulteriores
C.21	R.53	Aprendizaje	C.5	C.5
C.50	R.55	Trabajo por turnos	C.10	C.10
C.64	R.57		C.17	C.17
C.65	R.60		C.18	C.18
C.86	R.87		C.20	C.20
C.104	R.88		C.24	C.24
R.7	R.101		C.25	C.25
R.61	R.112		C.32	C.32
R.62	R.117 R.119 R.123		C.33 C.34 C.35	C.33 C.34 C.35

Derogación o retiro por la CIT	Instrumentos jurídicamente reemplazados de los que se tomó nota	Lagunas identificadas	Empieza el seguimiento por la Oficina en un plazo de doce meses	Seguimiento por el Grupo de Trabajo tripartito del MEN en reuniones ulteriores
	R.127	C.36	C.36	
	R.150	C.37	C.37	
	R.196	C.38	C.38	
		C.39	C.39	
		C.40	C.40	
		C.42	C.42	
		C.43	C.43	
		C.44	C.44	
		C.48	C.48	
		C.49	C.49	
		C.52	C.52	
		C.59	C.59	
		C.62	C.62	
		C.63	C.63	
		C.101	C.101	
		C.103	C.103	
		C.107	C.107	
		C.112	C.112	
		C.123	C.123	
			R.22	
			R.23	
			R.24	
			R.29	
			R.40	
			R.44	
			R.47	
			R.93	
			R.95	
			R.124	

Fuente: OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Iniciativa relativa a las normas: Informe de la segunda reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas](#), Consejo de Administración, 328^a Reunión, 2016, GB.328/LILS/2/1 (Rev.), pp. 1-2

Fue en esta reunión que el GGT del MEN decidió revisar el programa de trabajo inicial que consistía en examinar 231 instrumento para incluir dentro de la nómina de normas a examinar: el Convenio n. 160 de 1985 sobre estadísticas del trabajo, el Convenio n. 161 de 1985 sobre los servicios de salud en el trabajo, la Recomendación n. 170 de 1985 sobre estadísticas del trabajo la Recomendación n. 171 de 1985 sobre los servicios de salud en el trabajo, de modo que dicho programa de trabajo

paso a incluir 235 normas internacionales del trabajo organizadas en 20 conjuntos temáticos de instrumentos, a su vez agrupados por objetivo estratégico.

También como resultado de esta reunión, el GTT del MEN recomendó la derogación de los siguientes instrumentos: el Convenio n. 21 de 1926 sobre la inspección de los emigrantes¹⁷, el Convenio n. 50 de 1936 sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas¹⁸, el Convenio n. 64 de 1939 sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas)¹⁹, el Convenio n. 65 de 1939 sobre las sanciones penales (trabajadores indígenas)²⁰, el Convenio n. 86 de 1947 sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas)²¹, el Convenio n. 104 de 1955 sobre la abolición de las sanciones penales (trabajadores indígenas)²², el retiro de la Recomendación n. 7 de 1920 sobre las horas de trabajo (pesca)²³, la Recomendación n. 61 de 1939 sobre los trabajadores migrantes²⁴ y la Recomendación n. 62 de 1939 sobre los trabajadores migrantes (colaboración entre Estados)²⁵.

De acuerdo a lo establecido en el § 9 del artículo 19 de la Constitución de la OIT, que empezó a surtir efecto el 8 de octubre de 2015, con la entrada en vigor del instrumento de enmienda constitucional de 1997, la Conferencia está facultada para derogar, por mayoría de dos tercios y previa recomendación del Consejo de Administración, todo convenio en vigor que se considere ha perdido su objeto o ya no aporta una contribución útil a la consecución de los objetivos de la Organización.

Esta prerrogativa de derogar convenios es importante en el proceso del mecanismo de examen de las normas (MEN), cuyo objetivo es velar por que la Organización disponga de un cuerpo sólido y actualizado de

¹⁷ OIT, [Derogación del Convenio sobre la inspección de los emigrantes, 1926 \(núm. 21\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018.

¹⁸ OIT, [Derogación del Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936 \(núm. 50\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018.

¹⁹ OIT, [Derogación del Convenio sobre los contratos de trabajo \(trabajadores indígenas\), 1939 \(núm. 64\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018.

²⁰ OIT, [Derogación del Convenio sobre las sanciones penales \(trabajadores indígenas\), 1939 \(núm. 65\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018.

²¹ OIT, [Derogación del Convenio sobre los contratos de trabajo \(trabajadores indígenas\), 1947 \(núm. 86\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018.

²² OIT, [Derogación del Convenio sobre la abolición de las sanciones penales \(trabajadores indígenas\), 1955 \(núm. 104\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018.

²³ OIT, [Retiro de la Recomendación sobre las horas de trabajo \(pesca\), 1920 \(núm. 7\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018.

²⁴ OIT, [Retiro de la Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1939 \(núm. 61\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018.

²⁵ OIT, [Retiro de la Recomendación sobre los trabajadores migrantes \(colaboración entre estados\), 1939 \(núm. 62\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018.

normas del trabajo.

El Consejo de Administración siguiendo las recomendaciones del GTT del MEN adoptó²⁶ así la decisión de inscribir un punto en el orden del día de la 107^a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2018), para la derogación y retiro de dichos instrumentos.

Todos estos convenios junto con las recomendaciones fueron por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo finalmente derogados y retirados.

Es importante tener en cuenta que cuando la Conferencia aprueba derogar los convenios antes indicados, éstos se retiraran del cuerpo normativo de la OIT.

Por consiguiente, los Miembros que estaban vinculados por ellos dejan de estar obligados a presentar memorias en virtud del artículo 22 de la Constitución de la OIT y de poder ser objeto de reclamaciones (de conformidad con el artículo 24 de la Constitución de la OIT) o de quejas (de conformidad con el artículo 26 de la Constitución de la OIT) por su incumplimiento. Por su parte, los órganos de control de la OIT ya no deberían examinar la aplicación de esos convenios.

2.3. Recomendaciones formuladas en la 3^a Reunión

En su tercera reunión, el Grupo de Trabajo tripartito del MEN examinó 19 instrumentos sobre seguridad y salud en el trabajo (SST) (disposiciones generales y riesgos específicos)²⁷.

En dicha reunión se examinaron los siguientes instrumentos clasificándose los de la siguiente manera.

Cuadro 3 – Recomendaciones formuladas por el GTT del MEN en su 3^a Reunión

1) Clasificaciones	
	C.161 y R.171 sobre los servicios de salud en el trabajo
<i>Normas clasificadas como normas actualizadas</i>	C.162 y R.172 sobre el asbesto
	C.170 y R.177 sobre productos químicos
	C.174 y R.181 sobre la prevención de accidentes industriales mayores

²⁶ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo. Addendum. Propuestas de derogación de los Convenios núms. 21, 50, 64, 65, 86 y 104 y de retiro de las Recomendaciones núms. 7, 61 y 62*, Consejo de Administración, 328^a Reunión, 2016, GB.328/INS/3 (Add.).

²⁷ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La iniciativa relativa a las normas: Informe de la tercera reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas*, cit.

<i>Normas clasificadas como normas que requieren la adopción de medidas adicionales para asegurar su relevancia continua y futura</i>	C.13 sobre la cerusa C.119 y R.118 sobre la protección de la maquinaria C.127 y R.128 sobre el peso máximo C.136 y R.144 sobre el benceno R.3 sobre el carbunco R.4 sobre el saturnismo R.6 sobre el fósforo blanco
<i>Normas clasificadas como normas superadas</i>	R.31 sobre la prevención de los accidentes del trabajo

Fuente: OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [La iniciativa relativa a las normas: Informe de la tercera reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas](#), Consejo de Administración, 331^a Reunión, 2017, GB.331/LILS/2, p. 1

También se acordó que habría que dedicar una atención particular a la promoción del Convenio n. 161, especialmente en las regiones en las que este instrumento ha registrado pocas ratificaciones o ninguna.

Por otro lado, en el caso de la Recomendación n. 31 de 1929 sobre la prevención de los accidentes del trabajo, se la consideró como una norma superada porque los principios que contiene se abordan en gran parte en otros instrumentos más actualizados sobre seguridad y salud en el trabajo, en particular en el Convenio n. 155 de 1981 sobre seguridad y salud de los trabajadores, el Protocolo de 2002 relativo al Convenio n. 155, el Convenio n. 161 y el Convenio n. 187 de 2006 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo.

También se recomendó al Consejo de Administración que se considere que la Recomendación n. 3 de 1919 sobre la prevención del carbunco forma parte de la categoría de las normas que requieren medidas adicionales a fin de asegurar su relevancia continua y futura, porque aun cuando sigue teniendo una razón de ser (que es tratar la cuestión del carbunco), es un texto de alcance limitado porque no brinda cobertura a todos los trabajadores que podrían estar expuestos al carbunco. Además, que existe una laguna de cobertura en lo relativo a la reglamentación de otras sustancias peligrosas en el lugar de trabajo.

Finalmente se propuso que la oficina de la OIT dedique mayores esfuerzos a la promoción del Convenio n. 162, especialmente en las regiones donde este instrumento ha registrado pocas ratificaciones, y se propuso intensificar las acciones para concretar su puesta en práctica, inclusive a través de programas conjuntos con la Organización Mundial de la Salud.

El GTT del MEN detectó por último que existe una laguna normativa con respecto a la cobertura en relación con la reglamentación de la ergonomía en el lugar de trabajo y señaló la necesidad de emprender una

campaña general para fomentar los instrumentos actualizados que reflejaran la evolución del enfoque normativo con respecto al ámbito de la SST, a saber, el Convenio n. 155 y su Protocolo, el Convenio n. 161 y el Convenio n. 187²⁸.

Por lo que solicito a la oficina de la OIT que adopte las medidas necesarias a efectos de realizar actividades innovadoras para promover la ratificación y la aplicación efectiva de los convenios que establecen un marco general: Convenio n. 155, el Protocolo de 2002 relativo al Convenio n. 155, el Convenio n. 161 y el Convenio n. 187²⁹.

2.4. Recomendaciones formuladas en la 4^a Reunión

La cuarta reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas (GTT del MEN) se celebró del 17 al 21 de septiembre de 2018.

En dicha reunión se examinaron los siguientes instrumentos clasificándose los de la siguiente manera.

Se consideró que se encontraban actualizados: el Convenio n. 167 de 1988 sobre seguridad y salud en la construcción, la Recomendación n. 175 de 1988 sobre seguridad y salud en la construcción, el Convenio n. 176 de 1995 sobre seguridad y salud en las minas, la Recomendación n. 183 de 1995 sobre seguridad y salud en las minas, el Convenio n. 160 y la Recomendación n. 170.

En cambio, se consideró que se encuentran superados: el Convenio n. 45 de 1935 sobre el trabajo subterráneo (mujeres), el Convenio n. 85 de 1947 sobre la inspección del trabajo (territorios no metropolitanos) y la Recomendación n. 20 de 1923 sobre la inspección del trabajo.

Cuadro 4 – Recomendaciones formuladas por el GTT del MEN en su 4^a Reunión

1) Clasificaciones	
<i>Normas clasificadas como normas actualizadas</i>	C.176 y R.183 sobre seguridad y salud en las minas
	C.167 y R.175 sobre seguridad y salud en la construcción
	C.160 y R.170 sobre estadísticas del trabajo

²⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La iniciativa relativa a las normas: Informe de la tercera reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas*, cit., Apéndice.

²⁹ *Ibidem*, Anexo, § 7.

<i>Normas clasificadas como normas que requieren la adopción de medidas adicionales para asegurar su relevancia continua y futura</i>	Ninguna
<i>Normas clasificadas como normas superadas</i>	C.45 sobre el trabajo subterráneo (mujeres) C.85 sobre la inspección del trabajo en los territorios no metropolitanos R.20 sobre la inspección del trabajo

Fuente: OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [La iniciativa relativa a las normas: Informe de la cuarta reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas](#), Consejo de Administración, 334^a Reunión, 2018, GB.334/LILS/3, p. 1

2.5. Recomendaciones formuladas en la 5^a Reunión

La quinta reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas (GTT del MEN) se celebró del 23 al 27 de septiembre de 2019.

En dicha reunión se examinaron los siguientes instrumentos clasificándolos de la siguiente manera:

- normas clasificadas como normas actualizadas, Convenio n. 88 y Recomendación n. 83, sobre servicios de empleo; Convenio n. 181 y Recomendación n. 188, sobre las agencias de empleo privadas; Recomendación n. 189, sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas;
- normas clasificadas como normas superadas: Convenio n. 2, sobre desempleo, y el Convenio n. 96, sobre las agencias retribuidas de colocación³⁰.

Cuadro 5 – Recomendaciones formuladas por el GTT del MEN en su 5^a Reunión

1) Clasificaciones	
<i>Normas clasificadas como normas actualizadas</i>	C.88 y R.83, sobre servicios de empleo.
<i>Normas clasificadas como normas que requieren la adopción de medidas adicionales para asegurar su relevancia continua y futura</i>	C.181 y R.188, sobre las agencias de empleo privadas. R.189, sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas.
	Ninguna.

³⁰ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [La iniciativa relativa a las normas: informe de la quinta reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas](#), cit.

<i>Normas clasificadas como normas superadas</i>	C.2, sobre desempleo. C.96, sobre las agencias retribuidas de colocación.
--	--

Fuente: OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [La iniciativa relativa a las normas: informe de la quinta reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas](#), Consejo de Administración, 337^a Reunión, 2019, GB.337/LILS/1, p. 1

Destacamos que el grupo de Trabajadores manifestó durante el transcurso de los debates la importancia de abordar tanto el desempleo como el subempleo como elementos centrales del mandato de la OIT.

Finalmente, se acordó durante esta reunión que los días 14 al 18 de septiembre de 2020 se celebrara la sexta y decidió que abordara tres subtemas del conjunto de instrumentos sobre seguridad social, que abarcaban cinco instrumentos.

Estos son: Convenio n. 168 de 1988 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo; Recomendación n. 176 de 1988 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo; Recomendación n. 17 de 1921 sobre el seguro social (agricultura); Recomendación n. 68 de 1944 sobre la seguridad social (fuerzas armadas); Recomendación n. 69 de 1944 sobre la asistencia médica.

3. Conclusiones

El trabajo de revisión que hace el Grupo de Trabajo de Examen de Normas es muy importante, ya que justamente examina una importante cantidad de instrumentos normativos vigentes y define si los mismos, aun cuando estén vigentes, siguen siendo pertinentes para los fines para los que se crearon.

El mandato del GTT del MEN no sólo se limita a la revisión de un grupo importante de instrumentos, sino que también comprende la detección de lagunas normativas y la labor de acciones de promoción de ratificaciones de convenios.

No debe considerarse a este grupo de trabajo como un mecanismo para derogar y retirar instrumentos, ya que la labor del mismo no debe dar lugar a lagunas normativas en materia de protección de derechos.

Por esta razón, el Grupo de Trabajadores que integra el GTT del MEN ha manifestado en cada oportunidad que no se debe ir a la baja de derechos y, en lugar de revisar para dejar de lado instrumentos normativos, aprovechar esta oportunidad para pedir mayores acciones de promoción de la ratificación de instrumentos o de la aplicación de sus

recomendaciones.

En particular, el Grupo de Trabajadores ha destacado la función de las campañas mundiales en la promoción de la ratificación de los instrumentos actualizados, incluyendo las dirigidas a los Estados Miembros con ratificaciones de normas conexas superadas con las que buscaba garantizar que la derogación o el retiro de las mismas no produjeran lagunas de protección.

Asimismo, ha insistido en requerir a la Oficina de la OIT acciones acompañadas por decisiones presupuestarias adecuadas que permitan alcanzar mayores tasas de ratificación de las normas identificadas como actualizadas.

Para ello se necesita un mayor y mejor trabajo promocional, partidas presupuestarias específicas por temática y seguimiento por parte de la OIT de las recomendaciones del GTT del MEN, y el compromiso de los Estados Miembros de ratificar las normas.

Las normas internacionales del trabajo desempeñan un papel importante porque ofrecen una protección jurídica internacional única en relación con la legislación nacional, como se reconoce en la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo: «La elaboración, la promoción, la ratificación y el control del cumplimiento de las normas internacionales del trabajo tienen una importancia fundamental para la OIT. Para ello, la Organización debe tener y promover un corpus de normas internacionales del trabajo sólido, claramente definido y actualizado y seguir aumentando la transparencia. Las normas internacionales del trabajo también deben responder a la evolución del mundo del trabajo, proteger a los trabajadores y tener en cuenta las necesidades de las empresas sostenibles, y estar sujetas a un control reconocido y efectivo. La OIT prestará asistencia a sus Miembros en relación con la ratificación y la aplicación efectiva de las normas»³¹.

El Mecanismo de Examen de las Normas (MEN), está firmemente vinculado al compromiso de los mandantes tripartitos de la OIT con la consolidación del sistema de control, de acuerdo a los consensos alcanzados en las reuniones de 2015³² y 2017³³ entre el Grupo de los Trabajadores y el Grupo de los Empleadores, y debería procurar reforzar las normas que garantizan la protección de los trabajadores.

³¹ OIT, [Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 108^a Reunión, 2019, § IV.A.

³² OIT, [Resultado de la reunión. Reunión Tripartita sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 \(núm. 87\) en relación con el derecho de huelga y las modalidades y prácticas de la acción de huelga a nivel nacional](#), 2015, TMFAPROC/2015/2.

³³ Declaración conjunta del año 2017.

Hoy tenemos una verdadera crisis del sistema internacional de normas, con el cuestionamiento planteado por el Grupo de Empleadores a todo el mecanismo de control de normas de la OIT y, en particular, al cuestionar el mandato de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la supuesta y alegada ausencia del derecho de huelga en referencia al Convenio OIT n. 87.

Desde ya, y para el Grupo de Trabajadores, no cabe duda alguna que el derecho de huelga está consagrado en el Convenio n. 87, así como en el marco jurídico internacional e incluso forma parte del derecho consuetudinario internacional.

Ahora bien, los diferentes procedimientos de control de la OIT tienen un objetivo común: la observancia efectiva de las normas internacionales del trabajo, en particular respecto de los convenios ratificados.

Ambos procesos están íntimamente relacionados, ya que el mecanismo de control opera en función de las normas internacionales del trabajo.

El sistema de control de la OIT, incluye una serie de procesos que han resultado para los trabajadores a lo largo de estos años una verdadera garantía para la vigencia de la Justicia Social. La OIT tiene que seguir desarrollando su exclusivo corpus de normas internacionales del trabajo y promover su ratificación y aplicación.

Este año, uno de los temas centrales de los debates durante la celebración del centenario de la OIT es el futuro del trabajo. Cuando los trabajadores debatimos sobre futuro del trabajo lo hacemos en el único sentido posible, el de la progresividad normativa.

Los trabajadores luchamos contra la desigualdad promoviendo e impulsando la creación de normas internacionales concertadas tripartitamente que permitan alcanzar la justicia social en un mundo del trabajo que en ausencia de regulaciones se desarrollaría de manera injusta y desigual.

4. Bibliografía

GRUPO DE TRABAJO TRIPARTITO DEL MECANISMO DE EXAMEN DE LAS NORMAS, [Documento de trabajo núm. 1: Definición del programa de trabajo](#), 2016

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [La iniciativa relativa a las normas: informe de la quinta reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas](#), Consejo de Administración, 337^a Reunión, 2019, GB.337/LIILS/1

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [La iniciativa relativa a las normas: Informe de la cuarta reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas](#), Consejo de Administración, 334^a Reunión, 2018, GB.334/LIILS/3

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [La iniciativa relativa a las normas: Informe de la tercera reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas](#), Consejo de Administración, 331^a Reunión, 2017, GB.331/LIILS/2

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo. Addendum. Propuestas de derogación de los Convenios núms. 21, 50, 64, 65, 86 y 104 y de retiro de las Recomendaciones núms. 7, 61 y 62](#), Consejo de Administración, 328^a Reunión, 2016, GB.328/INS/3 (Add.)

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Iniciativa relativa a las normas: Informe de la segunda reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas](#), Consejo de Administración, 328^a Reunión, 2016, GB.328/LIILS/2/1 (Rev.)

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Actas de la 328.^a reunión del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo](#), Consejo de Administración, 328^a Reunión, 2016, GB.328/PV

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [La iniciativa relativa a las normas: Informe de la primera reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas](#), Consejo de Administración, 326^a Reunión, 2016, GB.326/LIILS/3/2

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [La iniciativa relativa a las normas: Mandato del Grupo de Trabajo tripartito sobre el mecanismo de examen de las normas](#), Consejo de Administración, 325^a Reunión, 2015, GB.325/LIILS/3

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [La iniciativa relativa a las normas](#), Consejo de Administración, 323^a Reunión, 2015, GB.323/INS/5 (versión enmendada)

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Mejoras de las actividades normativas de la OIT](#), Consejo de Administración, 312^a Reunión, 2011, GB.312/LIILS/5

OIT, [Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 108^a Reunión, 2019

OIT, [Derogación del Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936 \(núm. 50\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018

OIT, [Derogación del Convenio sobre la abolición de las sanciones penales \(trabajadores indígenas\), 1955 \(núm. 104\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018

OIT, [Derogación del Convenio sobre la inspección de los emigrantes, 1926 \(núm. 21\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018

OIT, [Derogación del Convenio sobre las sanciones penales \(trabajadores indígenas\), 1939 \(núm. 65\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018

OIT, [Derogación del Convenio sobre los contratos de trabajo \(trabajadores indígenas\), 1939 \(núm. 64\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018

OIT, [Derogación del Convenio sobre los contratos de trabajo \(trabajadores indígenas\), 1947 \(núm. 86\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018

OIT, [Retiro de la Recomendación sobre las horas de trabajo \(pesca\), 1920 \(núm. 7\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018

OIT, [Retiro de la Recomendación sobre los trabajadores migrantes \(colaboración entre estados\), 1939 \(núm. 62\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018

OIT, [Retiro de la Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1939 \(núm. 61\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018

OIT, [Grupo de Trabajo tripartito sobre el mecanismo de examen de las normas](#), en www.ilo.org

OIT, [Resultado de la reunión. Reunión Tripartita sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 \(núm. 87\) en relación con el derecho de huelga y las modalidades y prácticas de la acción de huelga a nivel nacional](#), 2015, TMFAPROC/2015/2

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

El Convenio OIT n. 102 de 1952 sobre norma mínima de Seguridad Social como delimitador del estándar mundial y sus límites actuales

José Luis MONEREO PÉREZ*
Juan Antonio FERNÁNDEZ BERNAT**

RESUMEN: El nuevo enfoque de la protección social de los ciudadanos que surge de la Declaración de Filadelfia de 1944 encuentra su plasmación jurídica en el Convenio OIT n. 102. Con esta norma se buscaba propiciar un cambio en todos los países con objeto de que se llegaran a implementar las medidas necesarias para garantizar ingresos básicos a quienes los necesitaran y prestar asistencia médica completa, proponiendo un cuerpo de regímenes mínimo de Seguridad Social. Sin embargo, se trata de un Convenio que se ha visto superado por los nuevos desafíos que los cambios económicos, sociales y políticos plantean a los sistemas de bienestar. La norma promovió un ideal de cobertura que se adecuaba a unos parámetros históricos determinados. En la actualidad, existen nuevas condiciones que la norma no había previsto y que merecen sean tomadas en consideración.

Palabras clave: Convenio OIT n. 102, seguridad social, protección social, pensiones.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Del Seguro Social a la Seguridad Social: las primeras intervenciones de la OIT. 3. Análisis del Convenio OIT n. 102 de 1952 sobre la Seguridad Social (norma mínima). 3.1. Estructura y contenido. 3.2. Requisitos para su ratificación, condiciones de flexibilidad, afiliación y seguro voluntario. 3.3. Prestaciones/ramas de Seguridad Social. 3.3.1. Contingencias previstas. 3.3.2. Sujetos protegidos. 3.3.3. Prestaciones: cuantía y tipos. 3.3.4. Requisitos de acceso a las prestaciones y período de disfrute. 3.4. Principios comunes: responsabilidad, financiación y participación. 3.4.1. Responsabilidad del Estado. 3.4.2. Financiación de las prestaciones. 3.4.3. Participación de los beneficiarios. 3.4.4. Suspensión de las prestaciones. 3.4.5. El derecho de apelación. 4. El impacto del Convenio OIT n. 102 y sus desarrollos posteriores. 5. La Seguridad Social y la OIT en la actualidad: límites del Convenio n. 102. 6. Bibliografía.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS).

** Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Miembro del Consejo Asesor de la Junta Directiva de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS).

The ILO Convention No. 102 of 1952 on Minimum Social Security Norm as Delimiter of the World Standard and Its Current Limits

ABSTRACT: The new approach to the social protection of citizens that emerges from the Declaration of Philadelphia of 1944 finds its legal embodiment in the ILO Convention No. 102. This norm sought to promote a change in all countries in order to implement the necessary measures to guarantee basic income for those who needed it and provide complete medical assistance, proposing a minimum body of Social Security schemes. However, it is an agreement that has been overcome by the new challenges posed by economic, social and political changes to welfare systems. The norm promoted an ideal of coverage that was adapted to certain historical parameters. At present, there are new conditions that the norm had not foreseen and that deserve to be taken into consideration.

Key Words: ILO Convention No. 102, social security, social protection, pensions.

1. Introducción

El trabajo de la OIT en materia de Seguridad Social data de los inicios de dicha organización y se extiende hasta la actualidad. Las primeras intervenciones promueven la implantación de la técnica de los seguros sociales para, con posterioridad, a partir de finales de los años 40, defender un concepto de Seguridad Social universal. En esta última época cabe situar la adopción del Convenio n. 102 de norma mínima de Seguridad Social como norma que ejemplifica el intento de la OIT por favorecer un standard mínimo de protección en el mundo¹.

El objetivo de la norma de tratar de conseguir la extensión del derecho a la Seguridad Social a través del establecimiento de un conjunto de prestaciones mínimas ha sido loable y, desde luego, entre los países desarrollados ha posibilitado una cierta homogeneización de sus legislaciones nacionales en materia de protección social. Sin embargo, se trata de un Convenio que se ha visto superado por los nuevos desafíos que los cambios económicos, sociales y políticos plantean a los sistemas de bienestar. La realidad sobre la que trataba de actuar la norma es muy distinta hoy, donde los sujetos a proteger como las necesidades a cubrir se han visto alterados. La norma promovió un ideal de cobertura que se adecuaba a unos parámetros históricos determinados. En la actualidad, existen nuevas condiciones que la norma no había previsto y que merecen ser tomadas en consideración. Esto es precisamente lo que se ha hecho en los últimos años en el seno de la OIT.

Antes de llegar a esta última fase, a la cual dedicamos el último de los epígrafes de este trabajo, conviene hacer una primera indagación acerca de la producción normativa de la OIT en materia de Seguridad Social previa a la aprobación del Convenio n. 102. Con ello pretendemos conocer un poco mejor las orientaciones iniciales que dicho organismo quiso dar a la protección social de los trabajadores. A continuación, nos proponemos estudiar las previsiones contenidas en el Convenio con objeto de comprobar aspectos tan relevantes como el proceso de ratificación del mismo, las condiciones de flexibilidad que contenía y, por supuesto, las ramas de Seguridad Social que establecía. Tras el examen de este instrumento normativo, se procederá a un análisis del impacto que la norma ha tenido y los desarrollos posteriores que se han producido en términos de Convenios y Recomendaciones adoptadas a partir del mismo.

¹ *Vid.* J.L. MONEREO PÉREZ, *Artículo 34. Seguridad Social y ayuda social*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Comares, 2012, pp. 907-923.

2. Del Seguro Social a la Seguridad Social: las primeras intervenciones de la OIT

La preocupación por mejorar la protección de los trabajadores frente a los riesgos sociales ha sido una constante en el seno de la OIT desde su propia creación. De hecho, las primeras intervenciones de esta organización internacional han ido en paralelo al propio proceso de consolidación de los modernos Estados de bienestar. No en vano, se suelen señalar dos etapas distintas en relación con la incidencia de la OIT en la materia que se corresponderían con los dos momentos que históricamente se han manejado para distinguir el devenir de los sistemas públicos de protección social. Así, en un primer instante, la OIT se alinearía con el modelo de seguros sociales de la Alemania de Bismarck, para, en un segundo período, defender el sistema de Seguridad Social asociado al modelo inglés de Beveridge. En definitiva, la actuación de la OIT en el campo de la protección social se desarrolla al mismo tiempo y en los mismos términos que se afianza el Estado de bienestar.

Como se ha avanzado, el inicio de este proceso de actuaciones normativas viene marcado por el propio documento constitutivo de esta organización internacional que data de 1919 ya que en el Preámbulo de este se incide en aspectos como la «la lucha contra el desempleo» y la «protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez». Se trata de una declaración programática con poca influencia en la práctica que apenas decía en relación con el camino a seguir por dicho organismo en el terreno de la protección social. Tanto es así, que durante los primeros años de vida de la OIT la protección social como tal no se va a abordar de forma sistemática y en el marco de un programa a largo plazo, sino que va a ser fruto de intervenciones aisladas que atienden a circunstancias inmediatas. Es el caso, por ejemplo, del Convenio n. 2 de 1919 sobre el desempleo y la Recomendación n. 1 del mismo año, que respondían al problema de la desmovilización tras la guerra².

En todo caso, estas intervenciones iniciales de la OIT con respecto a la protección social obedecen, como ya se avanzó con anterioridad, a un patrón histórico concreto, que no es otro, que el de la promoción de los

² G. RODGERS, E. LEE, L. SWEPSTON, J. VAN DAELE, *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, OIT, 2009, p. 152.

seguros sociales en línea con el régimen ideado por la legislación alemana a finales del siglo XIX. En efecto, en el período comprendido hasta finales de la Segunda Guerra Mundial (1919-1949), lo que se denominan normas de primera generación, se basan principalmente en el concepto de seguro social. Estos regímenes de seguro social se generalizaron en gran parte de los países industrializados a principios del siglo XX y presentaban una serie de características: afectaban a ciertas categorías de trabajadores y no a toda la población, la afiliación tenía carácter obligatorio, se abordaban determinados riesgos específicos y normalmente la administración correspondía a instituciones sin ánimo de lucro aunque con un férreo control administrativo y financiero del Estado y participación de los afiliados en la gestión. En este período, la OIT adoptó 15 convenios y 11 recomendaciones en los que se trató de consolidar el modelo de seguro social sobre la base de los aspectos mencionados anteriormente³. Y aunque no logró un número importante de ratificaciones⁴, lo cierto es que sirvió para difundir una serie de principios básicos en relación con el devenir de los sistemas de protección social, como eran la afiliación

³ Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (n. 3); Recomendación sobre la protección de la maternidad (agricultura), 1921 (n. 12); Recomendación sobre el desempleo (agricultura), 1921 (n. 11); Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921 (n. 12); Recomendación sobre el seguro social (agricultura), 1921 (n. 17); Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925 (n. 17); Convenio sobre las enfermedades profesionales, 1925 (n. 18); Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (n. 19); Recomendación sobre la indemnización por accidentes del trabajo (importe mínimo), 1925 (n. 22); Recomendación sobre la indemnización por accidentes del trabajo (jurisdicción), 1925 (n. 23); Recomendación sobre las enfermedades profesionales, 1925 (n. 24); Convenio sobre las enfermedades profesionales (revisado), 1934 (n. 42); Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria), 1927 (n. 24); Convenio sobre el seguro de enfermedad (agricultura), 1927 (n. 25); Recomendación sobre el seguro de enfermedad, 1927 (n. 29); Convenio sobre el seguro de vejez (industria, etc.), 1933 (n. 35); Convenio sobre el seguro de vejez (agricultura), 1933 (n. 36); Convenio sobre el seguro de invalidez (industria, etc.), 1933 (n. 37); Convenio sobre el seguro de invalidez (agricultura), 1933 (n. 38); Convenio sobre el seguro de muerte (industria, etc.), 1933 (n. 39); Convenio sobre el seguro de muerte (agricultura), 1933 (n. 40); Recomendación sobre el seguro de invalidez, vejez y muerte, 1933 (n. 43); Convenio sobre el desempleo, 1934 (n. 44); Recomendación sobre el desempleo, 1934 (n. 44); Recomendación sobre el desempleo (menores), 1935 (n. 45).

⁴ Fueron ratificados por pocos Estados Miembros de la OIT del mundo anglosajón, Asia o África. Como señalan González Ortega y Barcelón Cobedo, se quedaron fuera aquellos países que podían tener dificultades para poder implantar el sistema de seguros sociales ya fuera porque presentaban un escaso nivel de industrialización, un deficiente o inexistente desarrollo político y económico o sencillamente un nivel altísimo de pobreza (S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. BARCELÓN COBEDO, *Cien años de promoción de la Seguridad Social. El papel de la OIT en la creación, expansión, perfeccionamiento y adaptación de los sistemas de protección social*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. 9, Extra, p. 5).

obligatoria, la financiación con cotizaciones de empleadores y trabajadores y la supervisión estatal. Se considera que «en esos primeros 20 años de actividad normativa, la OIT contribuyó a implantar el modelo de seguro social en la legislación y la práctica de la mayoría de los países industrializados y en vías de industrialización que entonces formaban parte de la OIT»⁵.

Tras la etapa de los seguros sociales, se produce un cambio de perspectiva en el seno de la OIT que tiene lugar después de la Segunda Guerra mundial. Dicho cambio supuso dejar de lado el modelo de seguro social alemán para acoger un concepto más completo de Seguridad Social universal en línea con el modelo Beveridge⁶. Este modelo planteaba un nuevo concepto de Seguridad Social entendido como un derecho de todos los ciudadanos, con una oferta de prestaciones compatibles con la dignidad humana y la inclusión de la asistencia social para quiénes no estuvieran cubiertos por el seguro social. Esta idea se consagra expresamente en numerosos textos internacionales⁷, entre ellos, la propia Declaración de Filadelfia, de 10 de mayo de 1944, anexa a la Constitución de la OIT en la que se recoge como uno de los objetivos fundamentales de dicho organismo la extensión de la seguridad social para garantizar unos ingresos básicos a todo el que lo necesitara, así como una asistencia médica completa.

Las Recomendaciones que surgen de la Conferencia Internacional de ese año, la relativa a la seguridad de los medios de vida (n. 67)⁸ y la de

⁵ Así aparece reflejado en OIT, *La seguridad social y la primacía del Derecho. Informe III (Parte 1B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 100^a reunión, 2011, p. 10.

⁶ Se ha dicho que este cambio en la filosofía de la OIT no sólo era el resultado de la emergencia de nuevas ideas para la búsqueda de la justicia social durante la guerra, sino también era reflejo de un cambio de poder dentro de la propia Organización. *Vid.* G. RODGERS, E. LEE, L. SWEPSTON, J. VAN DAELE, *op. cit.*, p. 161.

⁷ La Asamblea General de Naciones Unidas incorpora en 1948 el derecho de la Seguridad Social en la Declaración Universal de Derechos Humanos, estableciendo en su art. 22 que «toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social». Más tarde, en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su art. 9 que «los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social».

⁸ Adoptada en Filadelfia, en la Conferencia Internacional del Trabajo, 26^a reunión (12 mayo 1944); instrumento jurídico vigente. En la Recomendación pionera se establece como bases de los principios directivos que formula: «1. Los regímenes de seguridad de los medios de vida deberían aliviar el estado de necesidad e impedir la miseria, restableciendo, en un nivel razonable, las entradas perdidas a causa de la incapacidad para trabajar (comprendida la vejez), o para obtener trabajo remunerado o a causa de la muerte del jefe de familia. 2. La seguridad de los medios de vida debería organizarse, siempre que fuere posible, a base del seguro social obligatorio, según el cual los

asistencia médica completa (n. 69) acogen la formulación de la Seguridad Social como un derecho fundamental y universal de todos los ciudadanos. La primera de ellas, establecía, entre sus principios directivos, el que «la seguridad de los medios de vida debería organizarse, siempre que fuere posible, a base del seguro social obligatorio» y las necesidades que no estén cubiertas por dicho seguro deberían estarlo por la asistencia social. Además, se indicaba que «los riesgos cubiertos por el seguro social obligatorio deberían incluir todos aquellos casos en los que el asegurado se vea impedido de ganar su subsistencia, ya sea a causa de su incapacidad para trabajar o para obtener trabajo remunerado, ya en caso de que muera dejando una familia a su cargo, y deberían incluir también, siempre que no estén cubiertos por otros medios, ciertos riesgos afines que se produzcan frecuentemente y representen una carga excesiva para las personas que dispongan de ingresos limitados» (art. 5). La segunda, contemplaba que el servicio de asistencia médica debería amparar a todos los miembros de la comunidad, desempeñen o no un trabajo lucrativo (art. 8).

El esfuerzo de la OIT por extender un nuevo concepto de Seguridad Social se corresponde con el surgimiento de los Estados de bienestar de posguerra. A partir de los años 50 se consolida la idea de un Estado fuerte que asuma el bienestar de los ciudadanos⁹. Las políticas públicas de bienestar se fueron convirtiendo, en la práctica, en la materialización de un ideal de igualdad, de manera que a través de ella se podían corregir las desigualdades sociales. Se fue reconociendo en la Seguridad Social el instrumento valioso para proteger a los más necesitados. Al mismo tiempo se fue asentando la idea de que el derecho a la protección social debía ser considerado como un derecho del hombre y de la humanidad. Los Estados, especialmente los europeos, fueron adoptando una forma de organización institucional basada en el compromiso público del pleno empleo, en la adopción de medidas de redistribución de la renta y en la existencia de un programa de servicios estatales de atención a los más desfavorecidos. Y así, se fue asumiendo por los modernos Estados del

asegurados que hayan cumplido todas las condiciones exigidas tendrán derecho, en los casos previstos por la ley, en virtud de las cotizaciones que hayan pagado a una institución de seguro social, a prestaciones pagaderas de acuerdo con la tasa fijada por la ley. 3. Las necesidades que no estén cubiertas por el seguro social obligatorio deberían estarlo por la asistencia social; y ciertas categorías de personas, especialmente los niños, inválidos, ancianos y viudas necesitados, deberían tener derecho a asignaciones de una cuantía razonable, de acuerdo con el baremo establecido.⁴ Debería proporcionarse asistencia, de acuerdo con las exigencias de cada caso, a otras personas que se encuentren en estado de necesidad».

⁹ R. MISHRA, *El Estado de bienestar en crisis. Pensamiento y cambio social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, p. 28.

bienestar una serie de objetivos – la seguridad de los ciudadanos frente a los riesgos, la redistribución de la renta y las transferencias a los más necesitados – que continuaron siéndolo hasta la crisis de finales de los años 60. De los objetivos citados, la garantía de un mínimo vital a todos los ciudadanos permitió consolidar un conjunto de instituciones y recursos públicos que tendían a protegerlos de determinadas contingencias proporcionándoles una serie de prestaciones económicas. Se tendió a crear un sistema perfeccionado de seguridad que consiguió proteger a la población frente a determinadas situaciones de necesidad. Se fue incrementando la financiación del sistema y la suficiencia de la cuantía de las prestaciones. Los excluidos del sistema se fueron integrando a través de subsidios y prestaciones no contributivas y la creación de servicios sociales específicos.

Precisamente, el Convenio OIT n. 102 acoge esta nueva conformación de la protección social que surge tras la segunda guerra mundial y que preconizaba la Declaración de Filadelfia. Como se comprobará a continuación, esta norma consagra el derecho a la Seguridad Social de todos los ciudadanos y establece una serie de principios generales que son los que van a servir para definir la política de Seguridad Social de la OIT de los años posteriores y se convertirá en una de las fuentes de mayor influencia en la formación y desarrollo de la Seguridad Social en muchos países del mundo¹⁰.

3. Análisis del Convenio OIT n. 102 de 1952 sobre la Seguridad Social (norma mínima)

Como ya se ha afirmado, el nuevo enfoque de la protección social de los ciudadanos que surge de la Declaración de Filadelfia de 1944 encuentra su plasmación jurídica en el Convenio de la OIT n. 102, el cual materializó las ideas que se contenían en las Recomendaciones de 1944 ya comentadas.

Este instrumento normativo fue elaborado en las sesiones 34 y 35 de la Conferencia Internacional del Trabajo, siendo finalmente aprobado en esta última en 1952, contando con 123 votos a favor, 32 en contra y 22 abstenciones. Entre los que dieron respaldo a la norma se encontraban todas las delegaciones gubernamentales y de los representantes de los

¹⁰ B. GONZALO GONZÁLEZ, E. GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, *El Convenio n.º 102 (Norma mínima) de la O.I.T. y la Seguridad Social española*, en *Revista de Seguridad Social*, 1979, n. 2, p. 221.

trabajadores. Por el contrario, casi todos los delegados empleadores votaron en contra, tras haber expresado su desacuerdo en prácticamente todas las etapas del trabajo de la comisión¹¹. El Convenio entró en vigor el 27 de abril de 1955. Se formuló como una norma típica de *hard law* (normatividad graduada)¹², aunque dotado de cláusulas de flexibilización en orden a su exigibilidad jurídica.

La finalidad del legislador internacional al aprobar esta norma no era otra que culminar el proceso de transición hacia una nueva concepción de la protección social de los ciudadanos. Con ello se buscaba propiciar un cambio en todos los países con objeto de que se llegaran a implementar las medidas necesarias para garantizar ingresos básicos a quienes los necesitaran y prestar asistencia médica completa. Para ello, a través de este Convenio, se propone un cuerpo de regímenes mínimo de Seguridad Social que todos los países debían establecer. Tomando en consideración la diversidad de sistemas de protección existentes en el mundo, el Convenio se centra en aspectos esenciales, dejando fuera numerosas cuestiones de menor importancia, con el propósito de alcanzar un gran consenso internacional. Con tal motivo, establece un grupo de normas lo suficientemente flexibles como para que pudieran ser aplicadas por todos los países, estableciendo un nivel mínimo de protección tanto a lo relativo a sus destinatarios como respecto a la cuantía de las prestaciones¹³.

3.1. Estructura y contenido

El Convenio n. 102 ha sido el más extenso de este tipo de instrumentos normativos hasta la aprobación del Convenio sobre el trabajo marítimo adoptado en 2006. Está compuesto por 87 artículos divididos en 15 partes. En las partes II a X se establecen las normas mínimas relativas a las siguientes contingencias que constituyen el núcleo de la Seguridad Social: asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, familiares a cargo, maternidad, invalidez y sobrevivientes. El resto de partes contienen disposiciones

¹¹ G. RODGERS, E. LEE, L. SWEPSTON, J. VAN DAELE, *op. cit.*, p. 168.

¹² Imprescindible la obra clásica de H. KELSEN, *Principios de derecho internacional público*, Comares, 2013.

¹³ Sobre este standard mínimo de protección, *vid.* J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *Las contingencias comunes en el marco de la acción protectora de Seguridad Social. Teoría General y recapitulación jurídico-crítica*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Las contingencias comunes protegidas por la seguridad social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, 2008, pp. 5-8.

comunes a todos los riesgos previstos, de modo que en la parte I se disponen los requisitos que los Estados deben cumplir para su ratificación, incorporando una serie de condiciones de flexibilidad; en la parte XI se prevén una serie de normas respecto al cálculo de los pagos periódicos; la parte XII se ocupa de la igualdad de trato a los residentes no nacionales; la parte XIII incorpora normas relativas a la suspensión de las prestaciones, al derecho de apelación y a la financiación y administración de las prestaciones; la parte XIV contiene disposiciones diversas sobre determinados efectos del Convenio; y, finalmente, la parte XV contiene las disposiciones finales, relativas a las ratificaciones y a la entrada en vigor.

3.2. Requisitos para su ratificación, condiciones de flexibilidad, afiliación y seguro voluntario

Una de las características de las normas internacionales del trabajo es su vocación universal. Ello significa que son adoptadas con la finalidad de que se apliquen por todos los Estados Miembros de la OIT, esto es, que se ratifiquen por el mayor número de países. Sin embargo, no siempre esto es posible ya que pueden existir factores que aconsejen introducir ciertas condiciones de flexibilidad para facilitar la ratificación de los instrumentos normativos aprobados. Entre estos factores se encuentran las diferentes condiciones económicas, sociales y políticas de cada uno de los Estados Miembros, así como sus distintos sistemas constitucionales y legales. Ello da lugar a que los Convenios ofrezcan la posibilidad de optar por distintos grados de compromiso, a través de fórmulas diferentes y, sobre todo, de las denominadas cláusulas de flexibilidad¹⁴. Es lo que ocurre con la producción legislativa en el ámbito de la Seguridad Social, la cual es la que, quizás, ofrezca la mayor gama de opciones y cláusulas de flexibilidad para permitir alcanzar de forma progresiva la cobertura universal según el ritmo de desarrollo económico de los Estados Miembros¹⁵.

Un ejemplo de ello es el Convenio n. 102 que estamos examinando que, como hemos dicho, está conformado por disposiciones comunes y otras disposiciones específicas que corresponden a las nueve ramas de la Seguridad Social. Pues bien, además de las disposiciones comunes, el

¹⁴ Vid. J.L. GIL Y GIL, *Justicia social y acción normativa de la OIT*, en *esta Revista*, 2015, vol. 3, n. 4, pp. 16-18.

¹⁵ M. HUMBLET, R. SILVA, *Normas para el siglo XXI. Seguridad social*, OIT, 2002, p. 8.

Estado que ratifica el Convenio n. 102 debe aceptar al menos tres de las nueve partes, entre las cuales debe figurar al menos una de las cinco siguientes: desempleo, vejez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, invalidez y sobrevivientes (art. 2). Igualmente, todo Estado parte del Convenio puede notificar ulteriormente a la OIT que acepta una o varias partes suplementarias de éste (art. 4).

Estas cláusulas de flexibilidad resultan en todo punto lógicas si tenemos en cuenta la diversidad de situaciones mundiales al respecto de la protección social, donde podemos encontrar Estados con niveles de protección casi inexistentes, hasta otros que mantienen lo que se ha caracterizado como el Estado de bienestar que depara una amplia protección social a sus ciudadanos¹⁶. Cabe recordar que el principal desafío al que se enfrentaba en aquella época los convenios OIT sobre Seguridad Social era definir unas reglas de protección básicas que pudieran ser aceptadas internacionalmente, teniendo en cuenta al mismo tiempo las necesidades específicas de los países en desarrollo. Por ello, al disponer en el Convenio n. 102 que los países debían garantizar al menos tres de los nueve tipos de prestaciones de seguridad social, la OIT trataba de garantizar un mínimo nivel de protección y al mismo tiempo respetar las condiciones de partida de determinados países los cuales no estaban preparados para realizar un esfuerzo presupuestario en materia de protección social¹⁷.

Este aspecto – la diversidad de las condiciones económicas de los Estados Miembros – se vuelve a tomar en consideración introduciendo otra cláusula de flexibilidad, al permitir que los países cuyas economías y recursos médicos estén insuficientemente desarrollados puedan aplicar, aun cuando hayan ratificado el Convenio, determinadas excepciones temporales a sus compromisos, en los términos que la propia norma establece y mediante una declaración anexa a su ratificación. Entre estas excepciones, como se verá más adelante, cabe destacar la prevista en el art. 15.d del Convenio, en el que se permite aplicar la prestación por enfermedad a una determinada categoría de empleados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por 100 de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas. Tal excepción favorece que la norma sea más accesible a los países poco industrializados, ya que, de un lado, poseen pocas empresas industriales, y, por otro, sólo las que tengan una cierta

¹⁶ C.L. ALFONSO MELLADO, *Los instrumentos de la OIT en materia de Seguridad Social*, en J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 2017, tomo I, p. 150.

¹⁷ G. RODGERS, E. LEE, L. SWEPSTON, J. VAN DAELE, *op. cit.*, p. 168.

importancia serán tenidas en cuenta a la hora de determinar el número de personas a proteger¹⁸.

Otras de las cuestiones a las que alude el Convenio n. 102 y que constituye otro elemento de flexibilidad es la posibilidad de que cada uno de los Estados Miembros pueda delimitar el campo de aplicación personal de cada una de las ramas de Seguridad Social. Ahora bien, una vez establecido el colectivo de personas protegidas, se impone en el propio texto legal el que el Estado Miembro se asegure de que el conjunto de estas personas esté cubierto por el sistema de protección social. Se trata de una regla que remite, desde luego, al principio de afiliación obligatoria que resulta una constante en las normas internacionales en materia de Seguridad Social.

Finalmente, el Convenio n. 102 incluye una referencia al papel que pueden cumplir los seguros voluntarios en el cumplimiento de las exigencias previstas en cada una de las prestaciones que contempla la norma a los efectos de poder alcanzar el nivel de protección establecido. Pues bien, sobre estos, el Convenio considera que los Estados Miembros pueden tenerlos en cuenta a los efectos comentados, pero, para ello, deberán cumplir una serie de condiciones: que estén controlados por las autoridades públicas o administrados conjuntamente por los empleadores y los trabajadores, de conformidad con normas prescritas; que cubran una parte apreciable de las personas cuyas ganancias no excedan de las de un trabajador calificado de sexo masculino; y, además, que cumplan, juntamente con las demás formas de protección, cuando fuere apropiado, las disposiciones correspondientes del Convenio (art. 6). En todo caso, hay que subrayar que la cobertura voluntaria no se permite en todos y cada uno de los ámbitos de protección previstos. Quedan al margen de esta posibilidad los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales, las prestaciones familiares y las prestaciones de maternidad.

3.3. Prestaciones/ramas de Seguridad Social

El núcleo esencial del Convenio OIT n. 102 está compuesto por las partes II a X ya que, como se avanzó con anterioridad, se establecen en éstas las normas mínimas relativas a las ramas de protección previstas. Cada una de las partes alude a una contingencia y presentan una idéntica composición jurídica: de un lado, dispone de los mismos números de artículos, en total seis; y, de otro, cada uno de éstos alude a idénticas cuestiones. Así, en el

¹⁸ M. HUMBLET, R. SILVA, *op. cit.*, p. 10.

primero, se contempla la obligación del Estado Miembro de garantizar a las personas protegidas las prestaciones en cuestión, por ley o de acuerdo con la legislación vigente; en el segundo, se define la contingencia objeto de protección; en el tercero, se delimita el ámbito subjetivo de la prestación; en el cuarto, se hace referencia al alcance objetivo y a la cuantía de la prestación; en el quinto, se alude al período de calificación (cotización o residencia), y, en el sexto, se hace referencia a la duración de la prestación y al período de espera. En cada una de las contingencias y prestaciones reconocidas, el legislador introduce una serie de valores asociados a unos parámetros cuantitativos y cualitativos los cuales determinan la norma mínima de protección de la rama correspondiente de la Seguridad Social. Teniendo en cuenta estos niveles mínimos de protección, los Estados Miembros tienen capacidad para elevarlos en función de sus necesidades, pero en modo alguno pueden establecer valores por debajo de aquellos ya que ello representaría un incumplimiento de la norma.

3.3.1. Contingencias previstas

El Convenio n.º 102 estructura la Seguridad Social en nueve ramas de prestaciones: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivientes. Todas estas prestaciones habían sido objeto de reglamentación con anterioridad a través de las normas de la primera generación, a excepción de las prestaciones familiares que no se contemplaban en ningún Convenio OIT.

Esta alusión de forma específica a cada una de las contingencias cubiertas ha permitido que con posterioridad cada uno de los Convenios que se han ido aprobando se dediquen en concreto a alguna de dichas ramas de la Seguridad Social¹⁹. Es el caso de los Convenios: 183, sobre protección de la maternidad; 168, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo; 130, sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad; 128, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes; y 121, sobre las prestaciones en caso de accidentes de

¹⁹ M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, *El Convenio 102 de la OIT de norma mínima de la Seguridad Social*, en F.J. PRADOS DE REYES (coord.), *Constitución y proceso de trabajo. Balance y perspectivas de la Seguridad Social en España. VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1991, p. 324.

trabajos y enfermedades profesionales.

Como ya se avanzó, cada una de las partes define la contingencia cubierta, de modo que se establece inicialmente una previa delimitación de lo que debe comprender la misma. Así, por ejemplo, en el caso de la asistencia médica, incluirá cualquier estado mórbido, cualquiera que sea su causa, pero también el embarazo, el parto y sus consecuencias (art. 8). En las prestaciones monetarias de enfermedad, se alude a la incapacidad para trabajar, resultante de un estado mórbido, que entraña la suspensión de ganancias según la defina la legislación nacional (art. 14). En parecidos términos, el desempleo exige igualmente una suspensión de ganancias, pero en este caso motivada por la imposibilidad de obtener un empleo (art. 20)²⁰. Por otro lado, la contingencia de vejez se define como la supervivencia más allá de una edad prescrita, no debiendo exceder ésta de 65 años (art. 26.1). Pese a ello, se permite igualmente la fijación de una edad más elevada teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país de que se trate (art. 26.2). En el caso de las prestaciones monetarias por accidente de trabajo y enfermedad profesional, se contemplan diferentes situaciones ocasionadas, como es obvio, por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional (art. 32)²¹. En las prestaciones familiares, la contingencia cubierta se corresponde con el hecho de tener hijos a cargo en las condiciones que se prescriban (art. 40). En la maternidad, se da cobertura al embarazo, al parto y sus consecuencias, y la suspensión de ganancias resultantes de los mismos (art. 47). En la invalidez, lo determinante para que se entienda acaecida esta contingencia es la ineptitud para ejercer una actividad profesional, en un grado prescrito, cuando sea probable que la misma sea permanente o cuando subsista después de cesar las prestaciones monetarias de enfermedad (art. 54). Y, finalmente, en las prestaciones de sobrevivientes, la contingencia cubierta deberá comprender la pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia

²⁰ Se contempla, en este caso, únicamente el desempleo total, lo que no ha impedido que el Convenio n. 168 exija a todo Estado Miembro la adopción de medidas para extender la protección en caso de desempleo parcial.

²¹ Así: a) estado mórbido; b) incapacidad para trabajar que resulte de un estado mórbido y entrañe la suspensión de ganancias, según la defina la legislación nacional; c) pérdida total de la capacidad para ganar o pérdida parcial que excede de un grado prescrito, cuando sea probable que dicha pérdida total o parcial sea permanente, o disminución correspondiente de las facultades físicas; d) pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia; en el caso de la viuda, el derecho a las prestaciones puede quedar condicionado a la presunción, conforme a la legislación nacional, de que es incapaz de subvenir a sus propias necesidades.

de la muerte del sostén de familia (art. 60.1).

3.3.2. Sujetos protegidos

Uno de los elementos de flexibilidad más relevantes que se da en los Convenios OIT es el referido a la delimitación del campo de aplicación personal de éstos. Así, de un lado, tanto el Convenio n.º 102 como los convenios adoptados ulteriormente permiten la exclusión de determinadas categorías de profesiones. Suele ser habitual que queden al margen los trabajadores del sector agrícola, los trabajadores del mar, funcionarios y trabajadores ocasionales. De otro, en la mayor parte de los casos no se exige que la protección que obliga al Estado alcance a toda la población, sino que se impone simplemente que se otorgue cobertura a un determinado porcentaje de posibles sujetos protegidos.

En el caso del Convenio n.º 102 corresponde elegir al Estado Miembro entre tres opciones: asalariados, población económicamente activa o residentes. Respecto a los primeros, deberán comprender, al menos, el 50% de todos los asalariados, así como a las cónyuges y a los hijos de los miembros de esas categorías. En cuanto a los segundos, deberán comprender, por lo menos, el 20% de todos los residentes, así como a las cónyuges y a los hijos de los miembros de esas categorías. En el tercer caso, deberán ser, por lo menos, el 50% del conjunto de los residentes²². Respecto a los residentes, también es habitual que se establezca la exigencia de que se incluyan a todos ellos entre los sujetos protegidos, siempre y cuando sus recursos no excedan de determinados límites previstos en el propio Convenio²³. En el supuesto de la prestación por maternidad, las personas protegidas se corresponden con las mujeres que pertenezcan a cada uno de los grupos mencionados (art. 48).

Por otra parte, el Convenio n.º 102 introduce, además, una excepción temporal aplicable a todas las prestaciones, autorizando a los Estados Miembros a que puedan delimitar el ámbito subjetivo de otro modo, en concreto, tomando en cuenta a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50% de los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas, así como a las cónyuges y a los hijos de los asalariados de esas categorías. Sobre esta previsión hay que tener en cuenta lo indicado en el

²² Como se ha comprobado, «la exigencia no supera en muchos casos la de cubrir un porcentaje de la población que, ni siquiera, puede considerarse que resulte necesariamente mayoritario» (C.L. ALFONSO MELLADO, *op. cit.*, p. 150).

²³ Límites que se establecen en el art. 67 del Convenio n.º 102.

art. 3.2 del Convenio n. 102, ya que, tratándose de excepciones temporales, los Estados que recurran a ellas deben aclarar las razones por la cuales continúan acogiéndose a esta decisión o si, por el contrario, renuncian a partir de una determinada fecha a prevalecerse de la misma.

3.3.3. Prestaciones: cuantía y tipos

Si las exigencias en relación con el campo de aplicación personal de cada una de las ramas de Seguridad Social previstas no eran altas, tampoco se establecen respecto a las prestaciones obligaciones de difícil asunción por parte de los Estados Miembros. Así, en el caso de las prestaciones económicas, que adoptan la forma de pagos periódicos²⁴, se define la cuantía mínima que deben concederse a las personas protegidas, lo que ya resulta un avance importante en relación con los Convenios anteriores que reconocían el derecho a las prestaciones sin fijar cantidad alguna. Esta cuantía mínima surge de una tabla de porcentajes que deberán garantizarse a los beneficiarios de dichas prestaciones, las cuales se calculan en atención a un beneficiario tipo y sobre sus ingresos anteriores o de su sostén de familia y prestaciones familiares pagadas a una persona protegida con las mismas cargas familiares (art. 66). Estos porcentajes oscilan entre el 40 por 100 y el 50 por 100 de aquellos ingresos. En el supuesto de las prestaciones familiares, sin embargo, la cuantía no está determinada en función de un beneficiario tipo sino de manera global. De esta forma, el valor total de las prestaciones concedidas al conjunto del país deberá ser tal que represente: sea el 3% del salario de un trabajador ordinario no calificado adulto de sexo masculino, multiplicado por el número total de hijos de todas las personas protegidas; o el 1,5% del salario susodicho, multiplicado por el número total de hijos de todos los residentes (art. 44).

Por otro lado, hay que tener en cuenta, además, que el Convenio n. 102 prevé un nivel no contributivo de prestaciones para casi todas las ramas de protección, salvo para la maternidad y la referida a las contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales). Dicho nivel supone reconocer el derecho a una prestación a todas las personas residentes cuyos recursos no excedan de determinados límites prescritos. La determinación de la cuantía corresponde a cada uno de los Estados

²⁴ En el supuesto de las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, los pagos periódicos pueden sustituirse por un capital pagado de una sola vez: cuando el grado de incapacidad sea mínimo; o cuando se garantice a las autoridades competentes el empleo razonable de dicho capital (art. 36.3).

Miembros, en las que se podrá optar entre una escala prescrita o una regla fijada por las autoridades competentes. En todo caso, el total de la prestación y los demás recursos de la familia deberá ser suficiente para asegurar a la familia condiciones de vida sanas y convenientes, y no deberá ser inferior a la cuantía de la prestación contributiva de que se trate (art. 67)²⁵.

Junto a las prestaciones económicas, algunas contingencias incorporan la asistencia médica correspondiente, como es el caso, entre otras, de las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, que comprenderá la asistencia médica general y la ofrecida por especialistas, a personas hospitalizadas o no hospitalizadas, comprendidas las visitas a domicilio; la asistencia odontológica; la asistencia por enfermeras, a domicilio, en un hospital o en cualquier otra institución médica; el mantenimiento en un hospital, centro de convalecencia, sanatorio u otra institución médica; el suministro de material odontológico, farmacéutico, y cualquier otro material médico o quirúrgico, comprendidos los aparatos de prótesis y su conservación, así como los anteojos; y la asistencia suministrada por miembros de otras profesiones reconocidas legalmente como conexas con la profesión médica, bajo la vigilancia de un médico o de un dentista (art. 34.2).

3.3.4. Requisitos de acceso a las prestaciones y período de disfrute

El Convenio n. 102 recoge una serie de disposiciones mínimas para cada una de las prestaciones en relación con aspectos como el acceso, el período de disfrute y la duración. En cuanto a las condiciones para la concesión de prestaciones, la norma autoriza a los Estados a que el derecho a la prestación se subordine al cumplimiento de un período de calificación, el cual puede consistir en la exigencia de un período de cotización, un período de empleo, un período de residencia o cualquier combinación de estos. Corresponde, entonces, a las legislaciones nacionales establecer algún tipo de requisito previo para el acceso a las prestaciones.

²⁵ Como se ha observado, el Convenio n. 102 establece en este punto «categorías y conceptos que se han arraigado fuertemente, en este caso en el nivel no contributivo de los sistemas, como los de ingresos mínimos o umbral de recursos, cuantía de las prestaciones no contributivas ajustadas a su función de garantizar la subsistencia, y relación de ambas dimensiones, umbral y cuantía, con el monto mínimo de las prestaciones contributivas» (S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. BARCELÓN COBEDO, *op. cit.*, p. 10).

No obstante, en algunas prestaciones, se hace alguna indicación específica que deben tener en cuenta los Estados. En el caso, por ejemplo, de las prestaciones de vejez, se establece la obligación de garantizar dichas prestaciones a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, un período de calificación que podrá consistir en treinta años de cotización o de empleo, o en veinte años de residencia (art. 29.1). Se trata, por tanto, de un período de calificación máximo que puede tomarse en consideración para que la prestación alcance la cuantía mínima prescrita. Pero, además, el Convenio se refiere a un período de calificación mínimo requerido para tener derecho a la prestación. De modo que, cuando la concesión de las prestaciones de vejez esté subordinada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo las personas protegidas que hayan cumplido un período de calificación de 15 años de cotización o de empleo tendrán derecho a una prestación reducida (art. 29.2).

También, a diferencia de otras contingencias, para el supuesto de las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, el derecho a las prestaciones en caso de lesión profesional no puede estar subordinado a la condición de un período de calificación, tanto para las prestaciones médicas como para las prestaciones pecuniarias. Por ello, las prestaciones se deberán abonar desde el primer día en que tenga lugar la contingencia sin que se pueda exigir período de espera alguno. No obstante, el propio Convenio otorga la posibilidad de que no se abone la prestación durante los tres primeros días (art. 38). También en el caso de las prestaciones de desempleo, podrá no ser pagada durante un período de espera cuya duración no debe superar los siete primeros días para cada caso de suspensión de ganancias (art. 24.3).

Una vez reconocido el derecho a las prestaciones, la regla general que contempla el Convenio n. 102 es que éstas deben ser pagadas a las personas protegidas durante todo el transcurso de la contingencia. Sin embargo, ello no impide que se pueda limitar el período de disfrute, como ocurre, por ejemplo, en las prestaciones de desempleo, cuando la protección comprenda a categorías de asalariados, a trece semanas en el transcurso de un período de doce meses; o cuando la protección comprenda a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, a veintiséis semanas en el transcurso de un período de doce meses (art. 24.1). En idéntico sentido, en el supuesto de la protección por maternidad, los pagos periódicos podrán limitarse a doce semanas, a menos que la legislación nacional imponga o autorice un período más largo de abstención del trabajo, en cuyo caso los pagos no podrán limitarse a un período de menor duración (art. 52).

3.4. Principios comunes: responsabilidad, financiación y participación

Tal y como se ha resaltado, uno de los principios básicos que caracterizan la producción normativa de la OIT en materia de Seguridad Social es la flexibilidad que se da a los Estados Miembros con objeto de que puedan organizar e implementar las medidas necesarias respecto de la protección social de sus ciudadanos. Sin embargo, el Convenio n. 102, como el resto de los Convenios aprobados con posterioridad, también contienen principios comunes respecto a la organización y el funcionamiento de los sistemas de seguridad social, que deben ser respetados cualquiera que sea el régimen establecido²⁶. En definitiva, la flexibilidad que se otorga a los países para decidir determinados aspectos de sus regímenes de Seguridad Social encuentra una serie de límites que deben ser integrados y que se relacionan con tres elementos básicos: de un lado, la responsabilidad del Estado en lo que respecta al buen funcionamiento del sistema; de otro, la financiación de las prestaciones; y, finalmente, la participación de los interesados. Junto a estos aspectos, el Convenio n. 102 aborda otras dos cuestiones básicas que todo régimen de Seguridad Social debe asumir: el derecho de recurso de los beneficiarios y las reglas sobre la suspensión de las prestaciones.

3.4.1. Responsabilidad del Estado

Tanto el Convenio OIT n. 102 como el resto de los convenios posteriores declaran la responsabilidad general del Estado respecto al buen funcionamiento de los regímenes de la Seguridad Social. Ello supone, básicamente, que el Estado debe velar por la correcta administración de las instituciones y servicios de seguridad social, así como por el suministro adecuado de sus prestaciones. En concreto, el Convenio n. 102 se refiere a este principio en dos ocasiones: de un lado, a través del art. 71.3, que señala que el Estado Miembro «deberá asumir la responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y adoptar, cuando fuere oportuno, todas las medidas necesarias para alcanzar dicho fin; deberá garantizar, cuando fuere oportuno, que los estudios y cálculos actuariales necesarios relativos al

²⁶ M. HUMBLET, R. SILVA, *op. cit.*, p. 12.

equilibrio se establezcan periódicamente y, en todo caso, previamente a cualquier modificación de las prestaciones, de la tasa de las cotizaciones del seguro o de los impuestos destinados a cubrir las contingencias en cuestión»; y, por otro, a través del art. 72.2, que establece que el Estado Miembro «deberá asumir la responsabilidad general de la buena administración de las instituciones y servicios que contribuyan a la aplicación del presente Convenio».

3.4.2. Financiación de las prestaciones

En materia de financiación, el Convenio n. 102 exige que el coste de las prestaciones como los gastos de administración de éstas se financien colectivamente a través de cotizaciones o impuestos, o por ambos medios a la vez. A la hora de elegir entre estos mecanismos, el Convenio establece tres límites importantes: por un lado, que la opción que se escoja en modo alguno puede suponer que las personas con pocos recursos tengan que soportar una carga demasiado onerosa (art. 71.1); de otro, que dicha elección debe tener cuenta la situación económica del país y la de las categorías de las personas protegidas (art. 71.1); y, finalmente, que el total de las cotizaciones a cargo de los asalariados protegidos no debe superar el 50% del total de los recursos destinados a la protección (art. 71.2).

3.4.3. Participación de los beneficiarios

El Convenio n. 102 no predetermina la forma en que los Estados Miembros deben administrar los regímenes de Seguridad Social. No existe, en este sentido, una voluntad por parte de la OIT de imponer un sistema de organización uniforme. En todo caso, lo que sí exige el Convenio es que cuando la administración no esté confiada a una institución reglamentada por las autoridades públicas o a un departamento gubernamental responsable ante un parlamento, representantes de las personas protegidas deben tener la posibilidad de participar en la administración o estar asociados a ella, con carácter consultivo (art. 72). Asimismo, la legislación puede prever la participación de los representantes de los empleadores y de las autoridades públicas (art. 72).

3.4.4. Suspensión de las prestaciones

Otra de las disposiciones comunes a todas las ramas de Seguridad Social reconocidas en el Convenio n. 102 es la relativa a la suspensión de las prestaciones a que se refiere el art. 69. El precepto enumera una serie de situaciones en las que la prestación a que tiene derecho la persona protegida puede suspenderse en una determinada medida. Se trata de supuestos que se pueden agrupar en tres categorías o tipos: la ausencia del interesado del territorio del Estado en el que ha adquirido su derecho a las prestaciones; las situaciones en las que el interesado es mantenido con fondos públicos o a expensas de una institución o de un servicio de la seguridad social, o percibe otras prestaciones o indemnizaciones; y, por último, un cierto número de hipótesis relacionadas con la conducta del beneficiario²⁷. Sobre este último caso, las conductas que provocan la suspensión de las prestaciones son: cuando el interesado haya intentado fraudulentamente obtener una prestación; cuando la contingencia haya sido provocada por un crimen o delito cometido por el interesado; cuando la contingencia haya sido provocada por una falta intencionada del interesado; o en los casos apropiados, cuando el interesado no utilice los servicios médicos o los servicios de readaptación puestos a su disposición, o no observe las reglas prescritas para comprobar la existencia de la contingencia o la conducta de los beneficiarios de las prestaciones. Por último, hay que recordar, tal y como se ha interpretado, que esta lista de causas que dan lugar a la suspensión de las prestaciones es exhaustiva y, por tanto, excluye la suspensión de las prestaciones en cualquier otra circunstancia²⁸.

3.4.5. El derecho de apelación

Finalmente, otro de los principios reconocidos en el Convenio n. 102 es el derecho a apelar de todo solicitante, en caso de que se le niegue la prestación o en caso de queja sobre su calidad o cantidad (art. 70.1). Se trata de un derecho que ya se reconocía en las normas de la primera generación y que supone que la solución de un litigio se debe dar por una autoridad independiente del organismo administrativo que examinó la reclamación inicial.

El Convenio n. 102 establece, además, que cuando, al aplicar el presente

²⁷ *Ibidem*, p. 15.

²⁸ OIT, *op. cit.*, p. 31.

Convenio, la administración de la asistencia médica esté confiada a un departamento gubernamental responsable ante un parlamento, el derecho de apelación previsto podrá substituirse por el derecho a hacer examinar por la autoridad competente cualquier reclamación referente a la denegación de asistencia médica o a la calidad de la asistencia médica recibida (art. 70.2). No obstante, cuando las reclamaciones se lleven ante tribunales especialmente establecidos para tratar de los litigios sobre seguridad social y en ellos estén representadas las personas protegidas, podrá negarse el derecho de apelación (art. 70.3).

4. El impacto del Convenio OIT n. 102 y sus desarrollos posteriores

La influencia que el Convenio n. 102 ha ejercido en materia de Seguridad Social ha sido determinante. Se trata de una norma que se ha convertido en una auténtica referencia tanto respecto de la propia política de Seguridad Social que la OIT mantiene en los años posteriores como respecto de la configuración de los distintos sistemas nacionales de protección social.

En relación con lo primero, cabe decir que el Convenio n. 102 se constituyó en la toma de posición más completa y relevante de la OIT en relación con la estructura y contenidos de un sistema tipo de Seguridad Social²⁹. Los Convenios adoptados con posterioridad lo toman como punto de partida y siguen su modelo, ampliando la protección en cuanto a los términos de la población cubierta, las ramas específicas y el nivel de las prestaciones³⁰. Tratan de actualizar los instrumentos sobre seguro social anteriores a la guerra para armonizarlos con el de 1952, con objeto de consolidar el derecho de Seguridad Social³¹.

Así, en 1960 se adoptan nuevos Convenios: sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en 1964, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes en 1967, y sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad en 1969. En materia de desempleo, surge en los años 80 un nuevo Convenio que se fundamenta, entre otros aspectos, en la necesidad de actualizar lo dispuesto en el Convenio n. 102. Esta nueva norma, el Convenio n. 168, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, da un

²⁹ S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. BARCELÓN COBEDO, *op. cit.*, p. 20.

³⁰ P. CALLAU DALMAU, *La Seguridad Social: un elemento fundamental del mandato de la OIT desde su creación en 1919*, en *Lan Harremanak*, 2018, n. 39, p. 37.

³¹ G. RODGERS, E. LEE, L. SWEPSTON, J. VAN DAELE, *op. cit.*, p. 168.

avance significativo a lo dispuesto en la norma de 1952. En el año 2000 la protección de la maternidad cuenta con un Convenio específico, el 183. En cuanto a lo segundo, cabe decir que el impacto del Convenio n. 102 ha sido verdaderamente importante en el ámbito europeo. De entrada, los primeros países que ratificaron el Convenio fueron europeos³² y las normas mínimas contenidas en esta norma se transpusieron por los Estados Miembros del Consejo de Europa al Código Europeo de Seguridad Social, adoptado en Estrasburgo el 16 de abril de 1964. El Convenio es una referencia esencial para determinar el contenido del derecho a la Seguridad Social con arreglo a la Carta Social Europea. Esta última establece en su art. 12.2 que las partes contratantes se comprometen a mantener un nivel de protección al menos igual al requerido para la ratificación del Convenio n. 102. El hecho de que en Europa el Convenio tuviera una notable aceptación no resultaba en exceso sorprendente ya que el modelo de seguridad social que preconizaba éste, esencialmente contributivo, cuya referencia era el trabajador asalariado, se ajustaba a la perfección a los países industrializados europeos. Además, las condiciones antes expuestas para su ratificación, con las condiciones de flexibilidad antes apuntadas, hacían todavía más fácil su aceptación.

Por el contrario, distinto ha sido el nivel de influencia que ha tenido el Convenio n. 102 en los países en desarrollo. Aunque en la actualidad las ratificaciones han aumentado en estos países, lo cierto es que inicialmente tuvo un impacto muy limitado o casi nulo, pese a que se pensaba en su momento que el número de adhesiones a esta norma iría creciendo en paralelo al nivel de desarrollo e industrialización que irían adquiriendo estos países. Esta previsión no se confirmó ya que el prototipo de trabajador asalariado industrial no se impuso como se esperaba ni tuvo lugar esa visión mecanicista del desarrollo. Al contrario, en estos países predominaba en su momento y sigue existiendo hoy un empleo industrial muy limitado y no ha surgido la esperada cohesión social, ni siquiera en los llamados Estados emergentes que han registrado progresos rápidos en los planos tecnológico y económico³³.

En la actualidad, el Convenio n. 102 cuenta con 58 ratificaciones. Muy pocos Estados lo han hecho de forma completa³⁴, optando la mayoría de

³² Suecia fue el primer país en ratificar el Convenio n. 102, en 1953.

³³ R. FILALI MEKNASSI, *La extensión de la Seguridad Social en los países en desarrollo: entre la universalidad del derecho y la selectividad de las normas internacionales*, en *Relaciones laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2006, n. 2.

³⁴ Tan sólo siete países han ratificado las partes II-X: Alemania, Bélgica, Brasil, Libia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal.

éstos por una ratificación parcial y siendo la vejez la rama de las prestaciones más aceptada³⁵. Las perspectivas de ratificación que maneja la OIT parecen indicar un ritmo de aceptación del Convenio relativamente constante. En todo caso, resulta sorprendente la resistencia que han mantenido y mantienen aún hoy algunos Estados Miembros para no aceptar esta norma internacional. Los factores que han incidido en este dato tan llamativo son de diversa índole. Así, algunos Estados suelen plantear dificultades económicas y financieras que les impide materializar dicha ratificación. Estaríamos ante países con un nivel de desarrollo y de ausencia de recursos especialmente relevante, de modo que la aceptación del Convenio supondría un esfuerzo presupuestario verdaderamente notable, cuando no imposible. Otros Estados aducen problemas de compatibilidad entre las legislaciones nacionales y las previsiones del Convenio. También se suele plantear como obstáculo a la ratificación su complejidad técnica o la percepción que se tiene de la norma, unida a la falta de voluntad política para aceptarla. Otras veces, en realidad, la falta de ratificación se relaciona con el hecho de que ya se hayan ratificado instrumentos internacionales o regionales que establecen un nivel similar de protección. Por último, también se ha podido fundamentar el rechazo o la aceptación parcial del Convenio en el hecho de que muchos sistemas nacionales de Seguridad Social estén o hayan estado inmersos en un proceso de reforma.

Por otro lado, cabe decir que no siempre la ratificación o no de las normas internacionales por parte de los Estados Miembros resulta un instrumento adecuado para medir el grado de influencia de la OIT en los sistemas nacionales de Seguridad Social. En algunos países la incidencia más significativa de este organismo en materia de protección social no se produjo gracias a la ratificación de los convenios sino a través de otros mecanismos como la asistencia técnica, especialmente en los países en desarrollo. El caso de América Latina es digno de mención ya que los expertos de la OIT en Seguridad Social realizaron una serie de misiones de estudio para ayudar a mejorar los sistemas nacionales de pensiones de Argentina y Perú³⁶. O también el caso de Asia, donde la OIT estableció programas en Birmania, Pakistán, Tailandia y Vietnam, entre otros, para ayudar a los gobiernos en la elaboración de leyes exhaustivas que cubrieran el primer nivel de prestaciones de seguridad social³⁷.

³⁵ Por el contrario, la parte VII (*Prestaciones familiares*) y la parte IV (*Prestaciones de desempleo*) sólo han sido aceptadas, respectivamente, por el 54 y el 56% de los Estados ratificantes (OIT, *op. cit.*, p. 40).

³⁶ G. RODGERS, E. LEE, L. SWEPSTON, J. VAN DAELE, *op. cit.*, p. 171.

³⁷ *Idem*, p. 172.

En lo que respecta a España, cabe recordar que nuestro país ratificó el Convenio n. 102 en el año 1988 y lo hizo respecto a las partes II, III, IV y VI, quedando al margen las relativas a las prestaciones de vejez, familiares, de maternidad, de invalidez y de sobrevivientes. Como se ha puesto de manifiesto, no existía motivo aparente para que esta norma no hubiera podido ratificarse con anterioridad, sobre todo teniendo en cuenta que España había firmado en 1978 la Carta Social Europea³⁸. Finalmente, la aceptación parcial del Convenio se produce diez años más tarde en un momento político especialmente significativo, como era el de la asunción por parte de España de la Presidencia de las Comunidades Europeas en el año 1989³⁹. Se trata de una ratificación parcial que se ha podido justificar en base a la existencia de determinadas cautelas por parte del legislador nacional ante posibles incompatibilidades o disfunciones entre nuestro ordenamiento jurídico y la norma internacional⁴⁰. Sin embargo, sobre todo en la actualidad, no parece que existan problemas de adaptación entre nuestra legislación y lo previsto en el Convenio⁴¹.

5. La Seguridad Social y la OIT en la actualidad: límites del Convenio n. 102

Ya se ha dicho que el Convenio n. 102 prevé un modelo estándar de la acción protectora que deben dispensar los sistemas nacionales de Seguridad Social, estableciendo la obligación de los Estados que lo ratifiquen de recoger en su ordenamiento un número determinado y mínimo de prestaciones dirigidas a la reparación de las correspondientes contingencias protegidas. El Convenio ha permitido una cierta “homogeneización” de esta materia en las legislaciones de los países desarrollados, siendo menor su influencia en los países en desarrollo.

El Convenio n. 102 nació en un contexto histórico determinado en el que, como se ha dicho, prevalecía el conocido como paradigma fordista: en el que el trabajador tipo era el trabajador masculino, contratado a jornada completa y por tiempo indefinido, que con su trabajo sustentaba a su

³⁸ M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, *op. cit.*, p. 311.

³⁹ Este hecho, junto con la ratificación indirecta del Convenio como consecuencia de la adhesión de España a la Carta Social Europea, son los motivos que se han esgrimido para explicar esta ratificación en la fecha señalada. *Vid.* R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *El Convenio 102 de la OIT, sobre norma mínima de la Seguridad Social*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1988, n. 23, p. 65.

⁴⁰ Sobre las mismas, *in extenso*, M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, *op. cit.*, pp. 313-320.

⁴¹ *Vid.* C.L. ALFONSO MELLADO, *op. cit.*, p. 153.

familia, y en el que las perspectivas de fuerte desarrollo económico, principalmente industrial, permitían imaginar un horizonte de pleno empleo⁴². Por tanto, el Convenio se adoptaba en el marco de una realidad caracterizada por unas condiciones económicas determinadas que se pensaba iban a perdurar en el tiempo, lo que a la postre favorecería la extensión de los sistemas de Seguridad Social. Esta realidad era, desde luego, la de los países industrializados europeos en el que el modelo de empresa fordista con trabajadores estables constituía el destinatario tipo de las previsiones contenidas en la norma. En efecto, las prestaciones diseñadas en el Convenio se configuran predominantemente desde una óptica contributiva: están pensadas para sustituir las rentas de activo de trabajadores de corte industrial. Las necesidades cubiertas son consustanciales a la realidad de este asalariado tipo, dejando de lado la dimensión asistencial o no contributiva, caracterizada por atender situaciones de pobreza real y efectiva al margen de toda previa ocupación o actividad y financiada con cargo a impuestos⁴³.

En la actualidad, sin embargo, asistimos a un proceso de cambio y transformación del mundo que ha terminado por incidir en esa realidad a la que trataba de dar respuesta el Convenio n. 102 en los años 50. Las alteraciones que se producen hoy inciden, desde luego, en la protección social a dispensar por los sistemas nacionales de Seguridad Social y, por ende, en la operatividad que pueda tener en estos momentos la norma internacional citada. De entrada, las nuevas condiciones económicas surgidas de los procesos de liberalización y globalización han modificado de forma sustancial los modelos de empresa y las formas de prestación de servicios, y con ello la propia fuerza de trabajo que los acompaña. Ello ha dado lugar a que se den fenómenos recurrentes de desempleo y a que proliferen las formas trabajo atípicas entrando en declive el modelo de empleo estable industrial⁴⁴. Esto resulta especialmente llamativo respecto de las previsiones contenidas en el Convenio n. 102 el cual responde a un perfil y necesidades de un obrero industrial, que, por lo demás, nunca ha tenido relevancia en los países no desarrollados.

⁴² F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *La Seguridad Social y la OIT*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M.N. MORENO VIDA (coords.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, 2008, p. 184.

⁴³ S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. BARCELÓN COBEDO, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁴ Sobre estos procesos de cambio que van más allá de una simple transformación para alcanzar la intensidad propia de una verdadera “metamorfosis” en todos ámbitos de la vida social, *vid.* J.L. MONEREO PÉREZ, *La metamorfosis del derecho del trabajo*, Bomarzo, 2017, *passim*.

Junto a lo anterior, cabe mencionar la existencia de nuevas necesidades surgidas en los últimos años como consecuencia de las transformaciones sociales y políticas acontecidas. Se trata de nuevos riesgos o contingencias determinantes que la norma internacional no acoge y que hoy tienen una enorme relevancia. Así, la dimensión de género en la delimitación de las contingencias sociales (riesgo biológico durante el embarazo y la protección contra la violencia de género); el riesgo de reducción de la natalidad (la rama de la protección de la familia, más allá de la tradicional); el riesgo de exclusión del sistema (la exclusión social) o el riesgo frente al envejecimiento progresivo (la situación de dependencia de terceras personas). Respecto de estos riesgos, cobra especial importancia la exclusión social, derivada esencialmente de la yuxtaposición de las transformaciones de la estructura del mercado de trabajo comentada y de las familias. Establecer medidas idóneas para contener este riesgo y proteger a los individuos afectados es uno de los grandes desafíos que debe afrontar la Seguridad Social. Igual valoración merece el fenómeno del envejecimiento de la población y sus repercusiones sobre la financiación de las jubilaciones y la adaptación de las economías y de las sociedades al contexto de la globalización económica y el amenazante debate sobre la competitividad y las renovadas exigencias de no sobrecargar los costes sociales de las empresas y el control del déficit público.

Es evidente, por lo demás, que, si atendemos al dato de cobertura de la protección social en el mundo, cabe decir que el derecho humano a la seguridad social sigue sin realizarse para la mayoría de la población mundial. Solo el 45% tiene cobertura efectiva por al menos un beneficio de protección social, mientras que el 55% restante – unos 4000 millones de personas – no tienen protección alguna⁴⁵. Las estimaciones de la OIT también indican que solo el 29% de la población mundial está protegida por un sistema de seguridad social integral que abarca toda la gama de prestaciones, desde beneficios familiares hasta pensiones de vejez, y que la amplia mayoría de la población mundial – el 71%, o 5.200 millones de personas – tiene solo una cobertura parcial o ninguna⁴⁶. A partir de estos datos, se puede inferir una cierta sensación de fracaso en lo que respecta la finalidad pretendida por el Convenio OIT n.º 102 de extender la Seguridad Social universal. Pese a ello, cabe defender la enorme virtualidad que dicha norma ha tenido en lo que se refiere a su capacidad de establecer un

⁴⁵ OIT, *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 2017, p. 9.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 10.

estándar mínimo de protección entre los países, favoreciendo una cierta homogeneización en esta materia, al menos en las legislaciones de los países desarrollados.

Ahora bien, dicho lo anterior, no cabe duda de que esta norma internacional necesita de una actualización sobre los contenidos fundamentales de la Seguridad Social en el siglo XXI, tomando como referencia los procesos de cambio radicales que se están dando en el mundo. Sobre este asunto, la OIT no está siendo ajena a este debate dado que ha decidido abordar estos desafíos a través de la adopción de diferentes iniciativas. De todo este proceso cabe destacar que dicha organización ha optado por abandonar el protagonismo antaño de su función normativa y apostar por los instrumentos de asistencia y ayuda técnica a los Estados. Esto es especialmente significativo en materia de Seguridad Social donde la intervención de la OIT se está caracterizando por presentar un alcance y significación muy limitados, quedando como marco minimal de referencia, sin avances sustantivos en la extensión subjetiva (horizontal) y objetiva (vertical) de las fórmulas de protección que conlleva la Seguridad Social e inclinado hacia el uso de instrumentos normativos no obligatorios (*soft law*)⁴⁷. Esta opción es discutible, puesto que los derechos valen lo que valen sus garantías y si se quiere garantizar universalmente un estándar mínimo de derechos prestacionales de Seguridad Social, tales derechos deberían de regularse a través de típicas normas mínimas de la OIT, es decir, a través de específicos Convenios de Seguridad Social dotados de plena eficacia normativa. Todo ello, sin perjuicio, de la utilización – complementaria y no sustitutiva de aquéllos – del “derecho blando”, en calidad de instrumento al servicio de la convergencia de regulaciones nacionales y de apoyo instrumental a las normas sociales de la OIT.

Entre estos últimos mecanismos cobra especial interés la Recomendación 202 sobre los *Pisos nacionales de protección social* de 2012. Se trata de un documento jurídico (se insiste, sin fuerza normativa vinculante) que constata las carencias actuales en materia de Seguridad Social y trata de proporcionar unas orientaciones para solucionar las mismas. El elemento fundamental del documento es el concepto de piso de protección social que la Recomendación define en su art. 2 como «conjunto de garantías básicas de seguridad social definidos a nivel nacional que aseguran una protección destinada a prever o aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social». Respecto de estas garantías, los Estados Miembros, en

⁴⁷ J.L. MONEREO PÉREZ, *Pilar europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social*, en *Lex Social*, 2018, vol. 8, n. 2, pp. 251-298 y bibliografía allí citada.

función de sus circunstancias nacionales, deberían establecer lo más rápidamente posible y mantener pisos de protección social propios que incluyan garantías básicas en materia de seguridad social. Estas garantías deberían asegurar como mínimo que, durante el ciclo de vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional. Dichas garantías deberían incluir: acceso a la atención de salud esencial, incluida la atención de la maternidad; seguridad básica del ingreso para los niños; seguridad básica del ingreso, en particular para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez; seguridad básica del ingreso para los adultos mayores. El principio de progresividad en los derechos sociales de Seguridad Social⁴⁸ se traduce en un continuo esfuerzo de adaptación a la protección de las necesidades de las personas ampliando el “ideal de cobertura”. De ahí, paradigmáticamente, el debate actual sobre la creación de una renta mínima como prestación de Seguridad Social no contributiva; o la creciente incorporación en los ordenamientos de varios países al catálogo de prestaciones de la protección de las situaciones de dependencia (aunque la experiencia europea conoce de la existencia de diversos modelos de instrumentación administrativo-institucional, dentro o fuera del Sistema administrativo del Sistema de Seguridad Social)⁴⁹.

La Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo de 2019⁵⁰, realza que «la OIT, en su segundo siglo de existencia, debe seguir cumplimiento con tenacidad su mandato constitucional de logar la justicia social y desarrollando su enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas, que sitúa los derechos de los trabajadores y las necesidades, las aspiraciones y los derechos de todas las personas en el núcleo de las políticas económicas, sociales y ambientales». Subraya, por otra parte y en

⁴⁸ Emblemáticamente, el art. 12 (*Derecho a la seguridad social*) de la Carta Social Europea revisada (3 de mayo de 1996) establece que, «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, las Partes se comprometen: 1 a establecer o mantener un régimen de seguridad social; 2 a mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social; 3 a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social».

⁴⁹ J.L. MONEREO PÉREZ, *Derechos a la seguridad social (artículo 12)*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, 2017, pp. 629 ss.

⁵⁰ Adoptada por la Conferencia en su 108^a reunión de 2019.

este orden de ideas/fuerza, que «Todos los trabajadores deberían disfrutar de una protección adecuada de conformidad con el Programa de Trabajo, teniendo en cuenta: i) el respeto de sus derechos fundamentales».

En la senda el instrumento jurídico (de “derecho blando”) regulador de los pisos de protección social impulsados por la OIT se sitúa, sin la menor duda, la iniciativa de la Unión Europea sobre el llamado Pilar Europeo de derechos sociales⁵¹. Los sistemas de protección social (y la Seguridad Social como el subsistema más importante) son la piedra angular del modelo social de la Unión Europea y de un buen funcionamiento de la economía social de mercado. Unos sistemas de protección social bien construidos basados en la justicia social pueden también facilitar la participación en el mercado de trabajo apoyando la transición en el mercado de trabajo de las personas. La iniciativa comunitaria (Propuesta de Recomendación del Consejo, relativa al acceso a la protección social de todos los trabajadores⁵²) trata de garantizar que los sistemas nacionales de Seguridad Social avancen en la misma dirección y al mismo tiempo. De esta manera se pretende fomentar la convergencia de las legislaciones nacionales para conseguir mejores condiciones de vida y de trabajo, en consonancia con el objetivo del Pilar Europeo de derechos sociales. Y esto será positivo para la economía (racionalidad económica) y la “justicia social” (que es la razón de la sociedad) de la Unión Europea en su conjunto. Se busca implantar un estándar de garantías mínimas de protección social. Ahora bien, es necesario apostar por ir más allá de una simple convergencia de objetivos de los sistemas nacionales de protección social enmarcada en el enfoque del Pilar de Derechos Sociales formalizado en un instrumento jurídico sin fuerza normativa vinculante (típica manifestación del *soft law* comunitario), para pasar a un modelo de regulación jurídica basada en la incorporación de los derechos sociales en el Sistema de los Tratados fundacionales y en el Derecho comunitario derivado; y en particular existen argumentos técnico-jurídicos y de política del Derecho, sólidamente fundamentados, sobre la necesidad y viabilidad técnica y político jurídica de crear un auténtico Derecho Europeo de la Seguridad Social que efectivamente garantice un estándar mínimo comunitario de derechos a las prestaciones sociales de esta naturaleza⁵³.

⁵¹ Para su gestación y el debate suscitado, puede consultarse J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ BERNAT, *El Pilar Europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social*, en *La Ley – Unión Europea*, 2017, n. 49.

⁵² Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, COM(2018)132 final, 13 marzo 2018.

⁵³ Ampliamente, J.L. MONEREO PÉREZ, [*Pilar europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad*](#)

En términos generales se puede afirmar que el objetivo de esta Recomendación sería establecer un estándar europeo de derechos de protección social (ante todo de Seguridad Social) en el espacio jurídico-social europea. La Recomendación sobre el Pilar Europeo de derechos sociales de 2017 establece en su principio n.º 12 que «con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección social adecuada». El objetivo de esta iniciativa de política de protección social es poner en práctica este principio, en conjunción con todas las diversas referencias a prestaciones de Seguridad Social referidas en la Recomendación sobre el PEDS. Pese a los límites intrínsecos de este instrumento de “derecho débil”, se puede afirmar que está llamado a ejercer una gran influencia en la extensión y mejora de las técnicas de protección de Seguridad Social en los Estados Miembros de la Unión Europea; aunque habrá que pasar en materia de protección social pública de la simple *soft law comunitaria*, insuficiente, al sistema de *hard law comunitario* necesario para establecer un Derecho *armonizado* de la Seguridad Social de la Unión.

6. Bibliografía

ALFONSO MELLADO C.L., *Los instrumentos de la OIT en materia de Seguridad Social*, en J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 2017, tomo I

CALLAU DALMAU P., [La Seguridad Social: un elemento fundamental del mandato de la OIT desde su creación en 1919](#), en *Lan Harremanak*, 2018, n.º 39, pp. 26-50

CAMÓS VICTORIA I., *La protección de la vejez en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo*, en *Relaciones Laborales*, 2001, n.º 2, pp. 277-310

DEL VALLE J.M., USHAKOVA T., *El derecho a la Seguridad Social y el convenio número 102 de la Organización Internacional del Trabajo*, en AA.VV., *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, 2017

ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *El Convenio 102 de la OIT, sobre norma mínima de la Seguridad Social*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1988, n.º 23

[social](#), cit., en particular pp. 251-252, cap. 2, *Pilar Europeo de Derechos Sociales y Protección Social: La Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para todos los trabajadores* (pp. 260-276), y cap. 4, *¿Es posible que la Unión Europea disponga de un Derecho de la Seguridad Social; una regulación normativa armonizadora de las prestaciones básicas como zócalo o garantía de mínimos? Por un Derecho Europeo de la Seguridad Social* (pp. 284-294).

FILALI MEKNASSI R., *La extensión de la Seguridad Social en los países en desarrollo: entre la universalidad del derecho y la selectividad de las normas internacionales*, en *Relaciones laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2006, n. 2, pp. 223-239

GIL Y GIL J.L., *Justicia social y acción normativa de la OIT*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2015, vol. 3, n. 4, pp. 1-50

GIULIANO A., *Los instrumentos internacionales de seguridad social y la Organización internacional del trabajo*, en RSS, 1989, n. 42, pp. 21-41

GONZÁLEZ ORTEGA S., BARCELÓN COBEDO S., *Cien años de promoción de la Seguridad Social. El papel de la OIT en la creación, expansión, perfeccionamiento y adaptación de los sistemas de protección social*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. 9, Extra

GONZALO GONZÁLEZ B., GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ E., *El Convenio n.º 102 (Norma mínima) de la O.I.T. y la Seguridad Social española*, en *Revista de Seguridad Social*, 1979, n. 2

HUMBLET M., SILVA R., *Normas para el siglo XXI. Seguridad social*, OIT, 2002

KELSEN H., *Principios de derecho internacional público*, Comares, 2013

MISHRA R., *El Estado de bienestar en crisis. Pensamiento y cambio social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995

MONEREO PÉREZ J.L., *Pilar europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social*, en *Lex Social*, 2018, vol. 8, n. 2, pp. 251-298

MONEREO PÉREZ J.L., *Derechos a la seguridad social (artículo 12)*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, 2017

MONEREO PÉREZ J.L., *La garantía internacional y europea de los derechos a la Seguridad Social y asistencia social*, en AA.Vv., *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, 2017

MONEREO PÉREZ J.L., *La metamorfosis del derecho del trabajo*, Bomarzo, 2017

MONEREO PÉREZ J.L., *Derecho a la salud (art. 25.1 DUDH; art. 12 PIDESC)*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *El sistema universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derecho civiles y políticos y el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, Comares, 2014

MONEREO PÉREZ J.L., *Derecho a la seguridad social y asistencia social (art. 22 DUDH; art. 9 PIDESC)*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *El sistema universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derecho civiles y políticos y el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, Comares, 2014

MONEREO PÉREZ J.L., *Artículo 34. Seguridad Social y ayuda social*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Comares, 2012

MONEREO PÉREZ J.L., *Artículo 35. Protección de la salud*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Comares, 2012

MONEREO PÉREZ J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, 1996

MONEREO PÉREZ J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS J.A., *Las contingencias comunes en el marco de la acción protectora de Seguridad Social. Teoría General y recapitulación jurídico-crítica*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Las contingencias comunes protegidas por la seguridad social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, 2008

MONEREO PÉREZ J.L., FERNÁNDEZ BERNAT J.A., *El Pilar Europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social*, en *La Ley – Unión Europea*, 2017, n. 49

MONEREO PÉREZ J.L., GORELLI HERNÁNDEZ J., DE VAL TENA A.L. (dirs.), *El trabajo decente*, Comares, 2018

MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSUA B.M., *La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, n. 177, pp. 27-72

MONEREO PÉREZ J.L., MALDONADO MOLINA J.A., *Artículo 25. Derechos de las personas mayores*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Comares, 2012

MONEREO PÉREZ J.L., MALDONADO MOLINA J.A., *Derecho a la asistencia social y médica (artículo 13)*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, 2017

MONEREO PÉREZ J.L., MALDONADO MOLINA J.A., *Derecho de las personas con edad avanzada a la protección social (artículo 23)*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, 2017

MONEREO PÉREZ J.L., ORTEGA LOZANO P.G., *Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social (artículo 30)*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, 2017

MORENO VIDA M.N., *La gobernanza de las relaciones de trabajo*, en AA.VV., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019

OIT, *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 2017

OIT, *La seguridad social y la primacía del Derecho. Informe III (Parte 1B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 100^a reunión, 2011

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL F., *La Seguridad Social y la OIT*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M.N. MORENO VIDA (coords.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, 2008

RODGERS G., LEE E., SWEPSTON L., VAN DAELE J., *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, OIT, 2009

RODRÍGUEZ RAMOS M.J., *El Convenio 102 de la OIT de norma mínima de la Seguridad Social*, en F.J. PRADOS DE REYES (coord.), *Constitución y proceso de trabajo. Balance y perspectivas de la Seguridad Social en España. VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1991

SALCEDO BELTRÁN M.C., *Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 434, pp. 153-188

Actualidades y críticas del Convenio OIT n. 158 en los derechos europeos: ¿el renacer del sentido del límite jurídico a la libertad (de empresa) en favor de la seguridad (en el empleo)?

Cristóbal MOLINA NAVARRETE*

RESUMEN: El Convenio OIT n. 158 de 1982, sobre terminación de la relación de trabajo, establece un sistema de garantías completo, equilibrado y flexible para la protección del trabajador frente a la terminación de la relación de trabajo por decisión del empleador. La norma social internacional realiza con mucho cuidado una función de transacción justa entre los intereses del empleador (libertad de gestión empresarial) y los intereses del trabajador (seguridad en el empleo). Sin embargo, el Convenio OIT n. 158 sigue careciendo de un nivel razonable de ratificaciones. Buena parte de los países europeos siguen sin hacerlo, aunque sus ordenamientos jurídicos protejan frente al despido arbitrario. Los empleadores piden su revisión profunda, incluso su derogación. Tras la crisis económica y de empleo de 2008, un amplio número de países de la Unión Europea, han llevado a cabo reformas legislativas que han flexibilizado de una forma muy notable la protección frente al despido arbitrario o sin causa. Se han liberalizado las causas y se han reducido los costes del despido. Otros países (Austria, Dinamarca, Suiza, etc.), han puesto en práctica modelos alternativos de protección frente a la terminación de la relación de trabajo, que se centra más en garantizar a las personas que pierden su empleo oportunidades rápidas de hallar un nuevo empleo. Frente a estas críticas y erosiones del sistema de protección del Convenio OIT n. 158, están surgiendo, en diferentes países de la Unión Europea, corrientes judiciales que han revigorizado las garantías, tanto causales como indemnizatorias, previstas en el Convenio. En consecuencia, asistimos en este tiempo a un interesante conflicto entre diferentes movimientos de política del derecho sobre terminación de la relación de trabajo, unos dirigidos a flexibilizar – devaluar – sus garantías, otros dirigidos en la orientación contraria, la de reforzar sus garantías. Este estudio da cuenta de los aspectos más relevantes de esta “nueva primavera” del Convenio OIT n. 158.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Jaén.

Palabras clave: Despido, terminación de la relación de trabajo, flexibilidad externa, seguridad en el empleo.

SUMARIO: 1. Introducción: “ocaso” y “renacer” de un Convenio clásico, pero escaso de ratificaciones, en un escenario de crisis y remercantilización. 2. Breve recorrido por la sistemática y contenido del Convenio OIT n. 158: aproximación general a sus reglas y a sus demandas de revisión crítica. 2.1. Principios informadores del Convenio OIT n. 158: la búsqueda del equilibrio entre los intereses del empleador y del trabajador como constante. 2.1.1. Crítica liberal al sistema de seguridad en el empleo del Convenio OIT n. 158 por unilateral: ¿realidad o mito? 2.1.2. Actualidad del conflicto entre libertad (económica) de empresa y derecho social al trabajo: la gran transformación digital y protección frente al despido. 2.2. Las garantías convencionales para la protección del despido: pertinencias y erosiones del sistema en clave de imperativos de flexibilidad. 2.2.1. Cláusulas de flexibilidad en el método aplicativo y en los ámbitos de tutela. 2.2.2. Despidos con “causa prohibida” y con “causa injustificada”: razones de empresa. 2.2.3. Procedimiento para formalizar el despido: desajustes y pugnas nacionales en relación a la tutela previa a la ejecutividad del despido. 2.2.4. Las opciones nacionales para fijar el alcance de control judicial frente al despido arbitrario: ¿el Estado puede suprimir el control de suficiencia de la causa? 2.2.5. Consecuencias del despido: ¿el modelo de estabilidad real como regla o como pura opción nacional? 3. Reactivación de las garantías del Convenio OIT n. 158 como límite a las reformas de desregulación nacional del despido: algunos puntos críticos. 3.1. De la “autosuficiencia jurisdiccional” a la llamada recurrente del Convenio OIT n. 158: ¿una toma en serio del juicio de convencionalidad u ornato hermenéutico? 3.2. Recientes experiencias judiciales de revalorización de la justificación causal frente a su devaluación legislativa nacional: el control de razonabilidad es indisponible. 3.2.1. El periodo de prueba como forma de desistimiento empresarial: una excepción al principio de causalidad bajo control de razonabilidad. 3.2.2. El control judicial de la causa de despido – por razones de empresa – incorpora, en todo caso, el juicio de suficiencia, valorativa, no sólo fáctica. 3.2.3. Tutela real frente a causas de despido prohibidas: un caso de éxito (garantía de indemnidad), otro de fracaso (prohibición de despedir por enfermedad). 3.3. De la “liberalización” de las causas a la “devaluación” de los costes del despido: los intentos por hacer del Convenio OIT n. 158 un dique de contención. 3.3.1. Las iniciativas judiciales para corregir las leyes españolas de reducción del coste del despido: otra historia de fracaso, de momento. 3.3.2. La ilegitimidad constitucional de los sistemas de indemnizaciones cerradas: el caso exitoso italiano. 3.3.3. La batalla judicial por el derecho a una indemnización adecuada de terminación de la relación de trabajo sin justa causa en Francia: un ejemplo de Resistencia. 4. Observaciones finales: ¿revisión o revalorización? 5. Bibliografía.

Relevant and Critical Issues of the ILO Convention No. 158 within European National Legislation: Is the Legal Limitation to Free Enterprise Gaining Momentum Again to Promote (Job) Security?

ABSTRACT: ILO Convention No. 158 of 1982, on termination of the employment relationship, provides a system of guarantees, complete, balanced and flexible, for the protection of the worker against the termination of the employment relationship by decision of the employer. The international social norm carefully performs a fair transaction function between the economic interests of the employer (freedom of business management) and the social interests of the worker (job security). However, ILO Convention No. 158 presents an insufficient balance of ratifications. A good part of European countries still does not, although their legal systems protect against arbitrary dismissal. Employers ask for their thorough review, including the repeal of the Convention. After the economic and employment crisis of 2008, a large number of countries in the European Union have made legislative reforms that seek to flexibly, in a very remarkable way, protect against arbitrary dismissal. The justifying causes of the dismissal have been liberalized, through greater automatisms, and the costs of the dismissal have been reduced. Other countries (Austria, Denmark, Switzerland, etc.) have implemented alternative models of protection against the termination of the employment relationship. These models focus on ensuring that people who lose their job have quick opportunities to find a new job, so that the employability of people is protected, not the preservation of the initial job. In the face of these business criticisms and legal devaluations of the protection system of ILO Convention No. 158, various judicial currents are emerging, in different countries of the European Union, which propose a different response. The common thread of these judicial law movements – in Spain, in Italy, in France, etc. – is to reinvigorate the guarantees provided for in the Convention. Consequently, we find an interesting conflict between opposing movements of law policy on termination of the employment relationship, some aimed at devaluing, through different paths, their guarantees, others seeking to reinforce them. This study gives an account of the most relevant aspects of this “new spring” of ILO Convention No. 158.

Key Words: dismissal, termination of employment relationship, external flexibility, job security.

[...] los mercados [de “recursos humanos”] se fundan en bases institucionales que se han minado metódicamente durante treinta años de liberalismo [...], desregulando [...]¹

1. Introducción: “ocaso” y “renacer” de un Convenio clásico, pero escaso de ratificaciones, en un escenario de crisis y remercantilización

Uno de los Convenios OIT más clásicos y relevantes, aun de aprobación tardía (1982), es el 158 (22 de junio de 1982), relativo a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (y la Recomendación 166 complementaria), desplazando la mera Recomendación precedente (n. 119/1963). A pesar de la gran trascendencia jurídico-cultural que tiene (ordena una cuestión nuclear de las políticas de mercado de trabajo), su impacto formal en las leyes nacionales como norma socio-ocupacional mínima universal es reducida, pues lleva décadas estancado en un bajo número de ratificaciones (1995: 23; hoy: 36). Algunos de los países más relevantes de la UE rehúyen su ratificación (ej. Alemania, Italia, Reino Unido, Holanda, Bélgica, Grecia, Dinamarca, etc.). Sin embargo, no cabe ignorar su gran valor jurídico para Europa: tanto el art. 24 Carta Social Europea revisada como el art. 30 de la Carta de derechos fundamentales de la UE son reflejos directos del Convenio OIT n. 158². Consecuentemente, el principal valor/derecho inspirador (seguridad en el empleo), y su modelo de garantías (“justo equilibrio” de derechos e intereses entre trabajador y empleador), están en el corazón de todos los ordenamientos jurídico-laborales nacionales europeos.

Precisamente, este sustancial enraizamiento en las experiencias jurídicas nacionales de los “principios generales” que inspiran (causalidad, tutela judicial efectiva, transparencia de la justificación) y “garantías esenciales” (procedimientos, recursos judiciales, reparación, etc.) que prevé el Convenio OIT n. 158 (no es fundamental, ni de gobernanza, sino “técnico”), suele invocarse como una de las razones más explicativas de esa bajísima tasa de ratificaciones. El crucial conflicto socio-laboral que trata de conciliar, mostrando su especial cuidado con la necesidad de

¹ A. SUPIOT, *Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2010, vol. 129, n. 2, p. 166.

² *Vid.* M.C. SALCEDO BELTRÁN, *Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 434, p. 169.

mantener un equilibrio (flexible y transaccional) de los diversos elementos en tensión (derecho al trabajo en aras de la seguridad en el empleo, autonomía de gestión empresarial en aras de la productividad de las organizaciones)³, es estructural en todo Derecho nacional del Trabajo – también fuera del ámbito europeo –, por lo que ninguno puede (vocación de universalidad) obviar la garantía de un nivel mínimo de protección (vocación de orden público laboral de protección y de gestión) frente a la terminación de las relaciones de trabajo, de forma individual o colectiva, aunque atendiendo a cada tradición jurídico-cultural nacional se fije con diferentes intensidades y por diversas vías o modalidades. Prueba de ello sería la prácticamente nula incidencia formal del momento ratificador del Convenio OIT n. 158 en las legislaciones nacionales de trabajo que lo reciben, en la convicción – a veces errada – de que no solo ya se adecúan a la norma social internacional sino que, en cuanto mínima, la superan, por lo que la vigencia efectiva de sus principios y garantías más relevantes no parecía depender «de que el instrumento hubiera sido ratificado»⁴.

La realidad, no obstante, resulta bastante diferente y exige mayor matización. De un lado, el Convenio OIT n. 158 constituye una norma compleja, que integra un auténtico sistema de garantías de efectividad de la protección frente al despido, completo y detallado. De otro, por tal completitud y detallismo tiende a ser calificado, del lado patronal, como “rígido”, de ahí las resistencias a su firma y ratificación. Máxime si se tiene en cuenta que, no obstante su esencial vocación de equilibrio, tiende a primar la vertiente garantista de la seguridad en el empleo.

La suma de ambas características, la – cierta – complejidad y la – pretendida – rigidez, está no solo en la base de la imposibilidad de

³ «La Comisión confía en que el Convenio n. 158 registrará un nivel más elevado de ratificaciones, constituyendo sus normas un conjunto coherente de disposiciones que pueden considerarse como un medio de conciliación en la práctica de la ejecución del derecho al trabajo, que implica, en particular, la creación de empleo por las empresas financieramente sanas, con la ejecución del derecho del trabajo, que implica una protección mínima y universal de los trabajadores. Tanto el derecho al trabajo como el derecho del trabajo son esenciales para promover el progreso social. Además, la Comisión quisiera señalar que la aplicación de las disposiciones del Convenio tendrá efectos positivos sobre el mantenimiento de la paz social y la productividad en el ámbito de las empresas, así como sobre la disminución de la pobreza y la exclusión social, lo cual conducirá a la estabilidad social». *Vid. OIT, Protección contra el despido injustificado. Informe III (Parte 4B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 82^a Reunión, 1995, *Observaciones finales*, § 382.

⁴ Según evidenciaría el propio documento de referencia presentado para la reunión de expertos de 2011. *Vid. OIT, Informe final. Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y de la Recomendación correspondiente (núm. 166)*, TMEE/C.158-R.166/2011/2, 2011, p. 2.

alcanzar consenso sobre la política de revisión del Convenio, pendiente desde inicios del siglo XX, sino también en la petición patronal de la toma en consideración de su “abrogación”. De ahí la presión para que la OIT frenara la ratificación del Convenio ante la pérdida de acuerdo sobre los principios y garantías del Convenio. A su juicio, la OIT debe modificar el modelo de protección frente al despido (y consiguiente riesgo de desempleo), «bajo un nuevo prisma y de una manera equilibrada y holística», en la convicción de que la regulación relativa a la protección del empleo debía vincularse de una forma más directa «con la capacidad de los empleadores para crear puestos de trabajo», de forma que aquellos modelos asentados en una tutela dinámica, activa, no pasiva, estática, se habían revelado más exitosos que el representado por el Convenio OIT n. 158. Por tanto, exigen a la OIT superar el enfoque convencional de protección contra el despido, promoviendo aquellos estudios empíricos «sobre el uso de normas rígidas como obstáculo para la ratificación y los modelos alternativos de protección del empleo», como son los basados en la “flexiseguridad” (“*flexicurity*”), considerados mejores prácticas (Austria, Dinamarca, Suiza) que las defendidas por el modelo normativo del Convenio OIT n. 158, perpetuado del enfoque garantista de 1963⁵. Aunque en ese debate sobre la actualidad, o, al contrario, la obsolescencia, del citado Convenio las personas expertas por la posición gubernamental rechazaron toda abrogación de aquél, centrándose en promover una mejor ejecución nacional de las cláusulas de flexibilidad que contiene el Convenio – como siempre remarca la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) –, lo cierto es que tal orientación de política desreguladora y, por lo tanto, liberalizadora de la facultad de terminación unilateral de las relaciones de trabajo por decisión empresarial (justificada o arbitraria) será la impulsada por un buen número de países europeos (sin duda España, pero también Portugal, Grecia, Francia, Irlanda, Italia, etc.) con las de “Leyes de Excepción” adoptadas a causa del crack del año 2008. El “ocaso” – si bien nunca tuvo un tiempo de especial brillo ratificador – del Convenio OIT n. 158 no será tan sólo una proclama empresarial, sino que hallará realizaciones, de mayor o menor calado, en las diversas políticas nacionales de reforma laboral, orientadas por el favor hacia la “flexibilidad externa”. En ellas se tiende a normalizar el despido como una técnica de gestión laboral más, no como un “último recurso”, a fin de que el riesgo de desempleo sea coyuntural, transitorio, no estructural, permanente (larga duración). La clave protectora debería estar – se dice – no en la “seguridad en el puesto”

⁵ *Ibidem*, pp. 28-29.

(C158) sino en el derecho a disponer de oportunidades constantes de nuevos empleos (garantías de “empleabilidad”).

Pero no se trata tampoco de una situación coyuntural, propia de un tiempo de crisis, que pareciera volver a su estado natural – estabilidad – cuando se superen las dificultades, sino que implica un cambio tendencial de paradigma regulador. En efecto, este modelo de políticas de desregulación relativa del mercado de trabajo, así como de las relaciones de prestación de servicios asalariados que integran su principal componente de fuerza de trabajo (fomento de la contratación temporal, des-formalización de las decisiones extintivas, reducción de los costes de despido – rebaja de las indemnizaciones por terminación de contrato de trabajo –, limitación del control judicial de las causas de despido, etc.), nacido a mediados de la última década del siglo pasado (1995), ha venido gozando de un amplio eco en las instituciones comunitarias desde mediados de la primera década del siglo XXI⁶, adquiriendo hoy un marcado auge. Desde este enfoque de preferencia de la flexibilidad empresarial, facilitando la terminación unilateral de las relaciones de trabajo sobre la seguridad en el puesto de trabajo, se irán erosionando los diques individuales (causa justificada seria, derechos indemnizatorios por despidos arbitrarios, favor por la readmisión cuando el despido es sin causa, etc.), desplazados por formas de (pretendida) protección socio-laboral dinámica. Estas se centrarían en la empleabilidad a lo largo de la vida de las personas (prestación por desempleo – que también serán reducidas a raíz de las leyes de austeridad, esto es, de reducción del gasto social –, derechos de capacitación profesional, medidas de acompañamiento social para los despidos colectivos, etc.)⁷.

Cierto, no hay un modelo único, ni comunitario ni nacional, de protección del despido bajo el paradigma de la “flexiseguridad”. Pero queda igualmente claro que domina en la mayor parte de los países europeos, y

⁶ Ej. *Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, COM(2006)708 final, 22 noviembre 2006; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, *Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*, COM(2007)359 final, 27 junio 2007.

⁷ Vid. A. SUPIOT, *op. cit.*, p. 171; J.L. MONEREO PÉREZ, *Artículo 30. Protección en caso de despido injustificado*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Comares, 2012, pp. 711 ss. Desde una perspectiva más amplia y teórica, anterior a la crisis de 2008, pero de plena aplicación a la situación actual, vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, *La flexibilidad del mercado de trabajo. Teoría e Ideología*, en J.J. CASTILLO (ed.), *El trabajo del futuro*, Editorial Complutense, 1999; G. LYON-CAEN, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, 1995.

desde luego en España – también en Grecia, Portugal, Irlanda, etc. –, el modelo unilateral y defensivo (facilita los despidos, reduciendo su coste y liberalizando tanto las causas como el control judicial de las mismas, etc.), en detrimento de modelos más bilaterales, equilibrados y garantistas (prima la “flexibilidad interna” – devaluación o novación a la baja de condiciones de trabajo –, potencia la formación continua, asegura protección social, y todo ello dentro de contextos favorables a la negociación colectiva). De este modo, las rebajas salariales irían acompañadas en las leyes de reforma laboral de mayor «volatilidad del empleo actual» en aras del crecimiento, la competitividad y el empleo futuro, aún de peor calidad.

Sin embargo, ni desde el plano económico ni menos aún desde el plano jurídico-social la desregulación del despido se muestran racionales desde una perspectiva de mayor alcance, pues, como ilustra paradigmáticamente el caso español, el debilitamiento de la protección del empleo, individual y colectiva, termina perjudicando gravemente la productividad, y, por lo tanto, la sostenibilidad de la economía, las empresas y el empleo. En el plano económico, las reformas nacionales del mercado de trabajo orientadas a la flexibilización de la tutela frente a las diversas formas de terminación de la relación de trabajo parten del mismo error que la posición patronal en el debate sobre la actualidad/necesidad de revisión del Convenio OIT n. 158, según la cual «los principios relacionados con las empresas sostenibles, [...] fundamentales para los empleadores, no estaban presentes en el Convenio»⁸. Frente a esta convicción, puramente ideológica, la evidencia científica⁹ confirma que a mayor es la volatilidad – inseguridad – del empleo (“elasticidad del empleo”), consecuencia de la devaluación de las garantías frente a las decisiones unilaterales de extinción, causa justificativa del cese, procedimiento, derecho indemnizatorio, etc.), menor es la productividad del trabajo, de las empresas y, en definitiva, de la economía de un país, y viceversa, a mayor seguridad del empleo – sin perjuicio de las medidas de flexibilidad interna para realizar los ajustes que sean de necesidad a cada momento del ciclo económico –, mayor productividad (Cuadro 1).

⁸ OIT, *Informe final. Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y de la Recomendación correspondiente (núm. 166)*, cit., p. 29.

⁹ Expuesta en el informe conjunto de ILO, OECD, WORLD BANK, *G20 Labour Markets in 2015: Strengthening the Link between Growth and Employment*, 2015, que analiza 42 países, preparado para la reunión del G20 en Turquía.

Cuadro 1 – Elasticidad entre crecimiento del empleo y del PIB

	Ratio de elasticidad del empleo				Promedio crecimiento del PIB (en porcentaje)			
	1991-99	1999-07	2007-09	2009-14	1991-99	1999-07	2007-09	2009-14
G20	0,27	0,26	0,24	0,24	3,10	4,10	1,00	3,90
Portugal	0,41	0,28	0,92	0,94	2,60	1,50	-1,40	-1,00
Grecia	0,55	0,24	0,14	0,93	2,20	4,10	-2,40	-4,90
España	0,72	1,02	1,98	2,01	2,50	3,80	-1,30	-0,50
Italia	0,38	1,20	0,21	0,40	1,40	1,50	-3,30	1,50
Francia	0,20	0,55	0,08	0,17	2,00	2,10	-1,40	1,00
Alemania	-0,08	0,30	-0,07	0,43	1,50	1,60	-2,40	1,90
Japón	0,27	-0,01	0,25	-0,01	0,70	1,50	-3,30	1,50
EE UU	0,50	0,30	1,26	0,51	3,80	2,60	-1,50	2,20

Pero si desde la razón económica ya se evidencia cómo la creciente desprotección legislativa nacional frente a los despidos sólo fomenta los desequilibrios de poder a favor del empleador, no la productividad¹⁰, como se anuncia, desde la razón jurídica, la recuperadora del sentido racional de los límites, estos desequilibrios, justamente los que tiene como fin evitar el Convenio OIT n. 158, aun se desnudan más. Al respecto, es sabido que no son las leyes las únicas fuentes reguladoras con las que se conformarían los Derechos del Trabajo, sino que en su integración y desarrollo actuarían otras de origen extra-legal, sea convencional sea, por lo que aquí más importa, jurisprudencial. El art. 1 del Convenio OIT n. 158, ilustrando su búsqueda de flexibilidad también en los métodos de aplicación de los principios y garantías de seguridad en el empleo frente al despido (terminación por decisión del empleador), reclama la intervención de las decisiones judiciales a favor de la implantación y desarrollo del Convenio. Pues bien, este escenario de reformas legislativas nacionales que, directa o indirectamente, cuestionan aquellos principios y garantías, en especial el de causalidad (liberalización de la toma de decisiones extintivas) y el de indemnización adecuada (rebaja de los costes), en diversos países europeos – Francia, Italia, España, Portugal –, algunos de sus niveles jurisdiccionales, a veces del más alto rango – TC, TS –, en otras en niveles inferiores, viene teniendo lugar una recuperación del valor de límite jurídico al poder (político y económico) de “autoridad de decisión unilateral” (soberana nacional o soberana empresarial) del

¹⁰ De gran interés el comentario del economista I. MURO, [*¿Desempleo masivo en la próxima crisis? Por favor, otra vez, no*](#), en [*Economistas Frente a la Crisis*](#), 2 junio 2019.

Convenio OIT n. 158¹¹.

Sin perjuicio del análisis algo más detenido que se hará, en próximos apartados, de algunos de las experiencias de redescubrimiento del papel limitador de la legislación nacional por la norma mínima social internacional, convendrá enunciar algunas de las más relevantes. Así, es interesante el uso de crítica jurídica interna, por tanto de derecho positivo (vigente), no solo externa (ético-jurídica), que se hizo en Francia (con éxito: se derogó) y en España (sin éxito: desautorización constitucional de la doctrina judicial en tal sentido; finalmente derogado por el legislador) de la garantía del derecho a un periodo de prueba razonable (art. 2.2.b C158). O el recurso al art. 4 del C158 por los tribunales españoles para restablecer el control de razonabilidad de las causas de despido por razones de empresa, eliminado del texto legal (art. 51 ET). Y el uso conjunto del art. 24 CSE y C158 para corregir las reformas legales dirigidas a reducir los costes económicos del despido, indemnizaciones tasadas a la baja, eliminación de salarios de tramitación, etc. También aquí el éxito ha sido desigual (nulo en España: rechazo del TC; incierto en Francia: lo rechaza el TS, lo mantienen los tribunales de apelación; apreciable en Italia: asumido implícitamente por su Corte Constitucional).

2. Breve recorrido por la sistemática y contenido del Convenio OIT n. 158: aproximación general a sus reglas y a sus demandas de revisión crítica

2.1. Principios informadores del Convenio OIT n. 158: la búsqueda del equilibrio entre los intereses del empleador y del trabajador como constante

2.1.1. Crítica liberal al sistema de seguridad en el empleo del Convenio OIT n. 158 por unilateral: ¿realidad o mito?

La crítica explicitada por la posición patronal internacional al C158, presentes de forma implícita en todas las reformas legales para flexibilizar las gestiones extintivas (liberalizando las formas y las causas de despido, rebajando sus costes), traen causa de su convicción (creencia realmente) del sentido unilateralmente garantista de sus principios y garantías. A su entender, no solo con las crisis económicas, también con las

¹¹ Para esta idea *vid.* A. SUPIOT, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.

transformaciones productivas, organizativas y tecnológicas constantes, todas las empresas necesitarían mejorar continuamente su tasa de rendimiento y su productividad para ser sostenibles en el mercado, global y competitivo. Tal principio de sostenibilidad de las empresas en sus mercados, crecientemente competitivos, precisaría de una creciente flexibilidad a fin de que posibilitar, en el ejercicio de su libertad de empresa (hoy derecho económico fundamental *ex art.* 16 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)), su continua, incluso anticipada, reacción sin incertidumbres y obstáculos, a tan constantes e imprevisibles vaivenes de los mercados. Estas superiores dosis de flexibilidad en la gestión empresarial, no sólo interna, sino también externa, chocarían, a su juicio, con las limitaciones del C158, en la medida en que su extenso y detallado sistema de principios y garantías tendrían un «efecto restrictivo desmedido de la libertad contractual de los empleadores» cuyas consecuencias son, a menudo, el encarecimiento y la imprevisibilidad de los costes de la terminación de la relación de trabajo por decisión empresarial (despido)¹².

Esta crítica es más ideológica que científica, más mítica que real. Desde sus orígenes como Recomendación (1963), la OIT enfatiza *en la dimensión transaccional*, más que ambivalente del C158. No duda en atribuirle un «doble objetivo: proteger al trabajador en su vida profesional *contra toda terminación injustificada* y preservar el derecho de los empleadores de dar por terminada la relación [...] por causas reconocidas como justificadas»¹³. El C158, en suma, no prohíbe el despido, sólo la arbitrariedad, y ni siquiera (arbitrariedad pagada, bastará con pagar la indemnización, cada vez menor, prevista).

Desde sus orígenes, pues, manteniéndose constante hasta nuestros días, asumiendo la propia evolución de las normas nacionales y de las realidades del mundo laboral por sendas de mayor liberalización, la OIT reconoce la desestabilización creciente del modelo tradicional de protección del empleo asentado en la seguridad del puesto de trabajo (hoy son rara avis las personas que se jubilan en el empleo en que iniciaron su carrera

¹² Vid. OIT, *Informe final. Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982* (núm. 158) y de la Recomendación correspondiente (núm. 166), cit., p. 28; ampliamente P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, *El coste del despido*, Lex Nova, 2014.

¹³ Vid. OIT, *Estudio general de los Informes relacionados con la Recomendación sobre terminación de la relación de trabajo*, 1963, § 3. Análogamente, OIT, *Protección contra el despido injustificado. Informe III (Parte 4B)*, cit., § 372; OIT, *Informe final. Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982* (núm. 158) y de la Recomendación correspondiente (núm. 166), cit., § 287.

profesional u ocupacional), a raíz de la globalización y el plus de flexibilidad de gestión empresarial que demanda, incluso en el momento extintivo (flexibilidad externa). En consecuencia, con mayor o menor resignación, ha terminado aceptando que la mayor probabilidad (riesgo) de pérdida de empleo que tienen las personas trabajadoras en nuestro tiempo, obligándoles a transitar por varias ocupaciones a lo largo de su vida profesional (activa), no puede ser ni rechazada ni penalizada jurídicamente, porque: «la flexibilidad para reducir el personal y para despedir a los trabajadores cuyo trabajo no resulta satisfactorio, es una medida necesaria para que los empleadores mantengan la productividad de sus empresas»¹⁴.

Naturalmente, la aceptación de este imperativo – económico y jurídico – de flexibilidad de gestión empresarial también en la fase, sin duda más delicada, de terminación del contrato o relación de trabajo (que no se olvide es también una condición de trabajo a los efectos del Derecho de la Unión Europea), no se hace en la línea de compartir la crítica empresarial, sino en la dirección de reafirmar el auténtico fin del Convenio OIT n. 158. La última ratio del Convenio no sería otra sino la de buscar el equilibrio transaccional entre: «el mantenimiento del derecho de los empleadores a despedir a los trabajadores por causas justificadas y la garantía de que esos despidos sean justos [...] y no tengan un impacto negativo desproporcionado en los trabajadores».

Desde esta perspectiva equilibradora de la flexibilidad empresarial y de la seguridad en el empleo, incluso cuando la OIT recuerda que en el sistema del Convenio OIT n. 158, el despido debe utilizarse como “ultima ratio” (recurso), conviene igualmente advertir, como veremos en algún detalle más ut infra, que el C158 no requiere del empleador prueba de la imposibilidad, o de la excesiva onerosidad, de la recolocación del trabajador en otros centros de trabajo, o en otras empresas del grupo al que pudiera pertenecer la empresa que despidie. Garantía propia del principio de adecuación social de la gestión extintiva que recogen algunos ordenamientos europeos, de conformidad con el principio de norma nacional más favorable, como el francés, pero que ni es común, más bien excepcional hoy (ej. Francia, Alemania), ni el C158 lo atribuye al empleador, sino que corresponde, en la interpretación del CEACR, a los servicios públicos de empleo. Por lo tanto, se incorporan reglas y principios del modelo de “flexi-seguridad”.

Justamente, en todos los ordenamientos europeos, al margen de que

¹⁴ Vid. OIT, *Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, 2019, p. 65.

hayan ratificado o no el C158, regiría esta visión equilibrada y el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma, expresados en el C158 (ej. para España: SSTC 192/2003, de 27 Octubre, FJ 4 y 8/2015, 22 de enero)¹⁵. Y ello sin perjuicio de reconocer una profunda diversidad de intensidades en el nivel de protección frente al despido y de garantías, como ya se ha indicado, incluso en las experiencias nacionales – escasas – en que convergen en la ratificación del C158. Tiene cierto interés esta afirmación porque también fue puesta en cuestión por la posición crítica de los empleadores en el debate de revisión sobre la vigencia efectiva del Convenio (pertinencia y eficacia de los principios y garantías del C158 hoy, así como sus dificultades de ratificación, por lo tanto aplicativas, incluyendo propuestas concretas para mejorar su efectividad). En su crítica se esgrimía que ni el C158 «encajaba en todos los modelos de protección de los trabajadores», al aislar los imperativos de tutela de la estabilidad individual frente a otros objetivos económicos y sociales (como la creación de empleo productivo, la empleabilidad, la competitividad, etc.), ni tendría en cuenta «conceptos modernos más en consonancia con el mercado» (como sería el de *flexiseguridad*) o «el cambio de prioridades» (logro de altas tasas de empleo, mercados de trabajo inclusivos, etc.).

A fin de ilustrar, con experiencias y modelos concretos, tal crítica, se refería a la existencia de modelos de éxito en materia de protección proactiva y dinámica, no pasiva y estática (el propio, a su juicio, del C158), como *Austria, Dinamarca, Suiza*, incluso, fuera de Europa, *Singapur*. Estos y otros países, pese a no aplicar los principios clave del C158, a su entender – dudaban de que los países con este modelo alternativo de protección cumplieran de forma íntegra con lo formalmente dispuesto en el C148 en caso de ratificarlo, pues ni uno de ellos lo había hecho hasta el momento – habrían asegurado «un alto grado de protección del empleo, acompañado de altos niveles de riqueza, altas tasas de empleo, un desempleo bajo, mercados de trabajo inclusivos con buenas oportunidades de trabajo para

¹⁵ Esta difusión, fuera de los países ratificadores, de los principios básicos, y de ciertas garantías elementales, del C158, es reconocida por el *Informe final. Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982* (núm. 158) y de la *Recomendación correspondiente* (núm. 166), cit., § 288. En el ámbito doctrinal, *vid.* A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *Informe sobre la regulación del despido en Europa*, en *Temas Laborales*, 2009, n. 99; J. CRUZ VILLALÓN, *La regulación del despido en Europa*, Tirant lo Blanch, 2012. Para una comparación de las experiencias más relevantes en Europa y en Latinoamérica, *vid.* I. ROJAS MIÑO, *La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido*, en *Ius et Praxis*, 2014, vol. 20, n. 1, pp. 96 ss.

los grupos desfavorecidos y unas condiciones de trabajo en general excelentes». En esta misma línea, el informe del Foro Económico Mundial 2017-2018¹⁶ colocó a algunos de estos países – Suiza, Singapur – en el liderazgo de la tabla de competitividad global, título que suelen pelear con los Estados Unidos, que encabeza el “ranking” desde hace dos ejercicios.

El *caso suizo* es más llamativo, porque, a diferencia del país norteamericano, basado en el despido *ad nutum* y en la desigualdad laboral, su mercado de trabajo es no sólo el más eficiente del mundo (su tasa promediada de desempleo es del 3,5% desde 1995, siendo su pico histórico solo del 5,7%, en enero de 1997), sino uno de los que ofrecen mayor equidad laboral. El referido informe del Foro Económico Mundial¹⁷ lo atribuye tanto al alto nivel de flexibilidad de su mercado laboral (desregulación económico-laboral), cuanto a su «capacidad de absorber nuevas tecnologías», con una «elevada actualización tecnológica», de empresas y ciudadanía¹⁸. También llama la atención, además del danés, el modelo austriaco y su conocida “mochila austriaca” (técnicamente llamada “seguro obligatorio de resarcimiento por despido”), en virtud de la cual se sustituye la obligación empresarial de abonar de una forma inmediata el derecho indemnizatorio derivado de la terminación de la relación de trabajo por un Fondo sostenido con aportaciones de los empleadores, sobre todo, pero también por parte de los trabajadores. De modo que esta técnica no sólo permitiría diferir el pago del derecho de indemnización, trasladando a un tercero – entidad aseguradora – el riesgo obligacional, sino que también animaría la toma de decisiones extintivas cuando las circunstancias de mercado así lo aconsejen, sin asumir el esfuerzo de liquidez que supondría el modelo vigente de pago actual o inmediato a la terminación de la relación de trabajo¹⁹.

Aunque no podemos entrar en detalle en la contestación de esta crítica empresarial – con más de una plasmación institucional –, sí conviene hacer algunas puntualizaciones a esta visión de pretendido revisionismo

¹⁶ K. SCHWAB (ed.), [The Global Competitiveness Report 2017-2018](#), World Economic Forum, 2017.

¹⁷ [Idem](#).

¹⁸ También se atribuye a su modelo de formación profesional dual, en línea, pero incluso más eficiente aún, que el alemán y el austriaco. *Vid. El secreto del mercado laboral más eficaz del mundo: producir menos universitarios*, en [Prevención Integral](#), 12 octubre 2019.

¹⁹ *Vid.*, para diversas posiciones, ALDE, [Estabilidad en el empleo y protección del trabajador en el caso de despido: el marco jurídico europeo y propuestas de debate para posibles nuevas reformas en España](#), Hay Derecho, 2016, pp. 64 ss.; UGT, [‘La mochila austriaca’. Qué es y qué efectos tiene](#), 2019. Para los efectos del modelo original *vid. H. HOFER, U. SCHUH, D. WALCH, Effects of the Austrian Severance Pay Reform*, Austrian Center for Labor Economics and the Analysis of the Welfare State, 2011.

desregulador, socio-liberalmente garantista. Primero, en la mayor parte de los casos se trata de países con mercados de trabajo muy pequeños – Austria, Dinamarca, Suiza –, dificultando su exportación a los de mayor tamaño (Alemania, Francia, Italia, España, etc.). Segundo, todos contemplan una cierta protección frente a los despidos arbitrarios – y/o abusivos –, sin limitarse únicamente a trasladar la protección de la seguridad en el empleo a las garantías de empleabilidad (derecho de oportunidades reales de hallar nuevos empleos). Tercero, la pérdida de seguridad en el empleo incrementa los desequilibrios de poder y, como ya se advirtió, en modo alguno asegura el incremento de la productividad, más bien al contrario, como ilustra el caso español (Cuadro 1).

2.1.2. Actualidad del conflicto entre libertad (económica) de empresa y derecho social al trabajo: la gran transformación digital y protección frente al despido

Este imperativo convencional – también constitucionalmente consagrado en todos los Estados de Derecho asentados en el principio de economía social de mercado – de equilibrio entre la libertad de empresa (reconocimiento y garantía de la facultad empresarial de despedir cuando resulte necesaria por razones económicas justificadas) y el derecho al trabajo (garantía de razonable estabilidad en el empleo, de modo que nadie pueda ver terminada su relación de trabajo sin una justa causa, o, en cualquier caso, sin una indemnización adecuada, incluso sin concurrir justa causa), sería ampliamente reafirmado, más institucional que realmente, por las autoridades laborales comunitarias (art. 30 CDFUE) y de sus Estados miembros. Pero también tiende a ser asumido, y difundido, en experiencias jurídicas y economías tradicionalmente situadas en las antípodas, como las asiáticas, incluso sin haber ratificado el C158. Así se expresó en diferentes países que asistieron a la reunión tripartita sobre revisión/actualización de aquél (2011), hasta casi doblar el de Estados ratificadores, incluyendo pequeñas economías (ej. Jordania: las reformas de 2008 y 2010 en su Código de Trabajo así lo evidenciaría), pero también otras tan poderosas como China (Ley de Contrato de Trabajo desde 2007)²⁰. El propio Pacto Mundial para el Empleo de 2009 así lo reconoció, evidenciando su pertinencia incluso en tiempos de crisis, sirviendo ampliamente para la prevención del desempleo en plena crisis y para la recuperación superada la misma.

²⁰ Ampliamente, estudios citados en la nota 15.

Cosa distinta será cómo se articula, de forma concreta, ese equilibrio, y qué valor pesa más (libertad de empresa y eficiencia, seguridad en el empleo y equidad), en cada experiencia. De ahí que tiende a trasladarse los principales problemas aplicativos del C158 desde su sistema normativo e interpretación por sus órganos de garantía – CEACR –, pese a su mayoritario sentido expansivo (lo que también es objeto de crítica por los empleadores, como sucedería en relación al Comité Europeo de Derechos Sociales en relación al art. 24 CSE), a las aplicaciones prácticas en los diversos Estados, sean ratificadores del C158 o no²¹. No obstante, en todos ellos, con mayor o menor intensidad, con ritmo más acelerado o menos, volverá a plantearse, una y otra vez, el papel del C158, y la legislación nacional de traspisión, a fin de lograr ese equilibrio, en particular ante desafíos de la magnitud de los creados por la llamada gran transformación digital de la economía y del trabajo.

Precisamente, y sólo con ánimo de dejar constancia de un reciente caso de la experiencia judicial española, que ha sido objeto de un amplísimo número de comentarios de todo tipo, a favor y en contra, particular mención merecen las reflexiones de la [Sentencia del Juzgado de lo Social n. 10 de la Las Palmas de Gran Canaria, n. 470/2019, 23 de septiembre](#), relativa a la legitimidad – o no – y consecuencias de un despido objetivo (esto es, por necesidad de funcionamiento de la empresa en la lógica del art. 4 C158) a causa de una sustitución del empleo a cargo previamente de una trabajadora por el desempeño de un “bot” o “robot de software”. La sentencia – no es firme, y ya ha sido recurrida – declara injustificado el despido de una trabajadora (administrativa) de una multinacional turística, justificado por causa fundada en la adquisición de una licencia RPA (*Robotic Process Automation* o Automatización Robótica de Procesos) para la gestión y conciliación de cobros. Se trataría un software que automatiza lo que antes se realizaba manualmente, prescindiendo de la necesidad del trabajador humano.

En la carta de despido se indica que los costes asociados a la implantación del RPA ascienden a 12.900 euros anuales, en tanto que el coste de mantenimiento del puesto representa 28.412,44 euros anuales (salario + Seguridad Social). El *bot* trabaja de 17:30 a 06:00 horas entre semana (12 horas y media) y 24 horas los fines de semana y festivos. Por lo tanto ese

²¹ En el [Informe final. Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 \(núm. 158\) y de la Recomendación correspondiente \(núm. 166\)](#), cit., § 128, se concluyó, por la representación gubernamental y la de los trabajadores – la empresarial ya hemos indicado que fue de crítica radical –, que «los problemas detectados no eran fruto del Convenio en sí, sino del modo en que se aplicaba a través de la legislación, las decisiones judiciales, los reglamentos y la práctica».

coste (12.900 euros anuales) cubriría un trabajo de 392 horas (98 a la semana), mientras que por 28.412,44 euros se desempeña un trabajo de 160 horas (40 a la semana). Es decir, que el “bot” desempeña el trabajo correspondiente a 2,45 personas trabajadoras, todas las afectadas por la implantación de la RPA, si bien solo se despidió a una trabajadora. En teoría, pues, aunque el robot hiciera el trabajo en la misma cantidad de tiempo que lo hace la persona humana, la posibilidad de tenerle trabajando más del doble de horas, vendría a determinar la posibilidad de sustituir al menos a dos personas trabajadoras. La notable mejora del valor de la eficiencia es manifiesta y resulta inherente a toda automatización de procesos y tareas, pero *¿sería suficiente para legitimar el despido conforme al modelo de protección del C158, dado que, pese a su ratificación por España, los arts. 51 y 52 c) ET carecen, desde la reforma legal de 2012, de referencia expresa al control de proporcionalidad del despido para superar las dificultades impeditivas del buen funcionamiento empresarial, según el art. 4 C158?*

Justamente, y si bien la sentencia prescinde – incomprendiblemente – del C158, se hace necesario volver a acudir a los dos derechos enfrentados, ambos protegidos por el Derecho del Trabajo en la lógica del C158: libertad de empresa (razón de mercado) y seguridad en el empleo (razón social de la persona humana). ¿Quién limita finalmente a quién?

La sentencia no cuestiona – más bien se muestra resignado por tan fatal desenlace – de forma global la irrefrenable destrucción de empleos que conllevará la automatización digital de los procesos de trabajo (cita los diversos informes según los cuales se estima que el porcentaje de automatización del trabajo sería de efectos devastadores: 77% en China, 69% en India, 47% en Estados Unidos, un 69% y un 71% de los puestos de trabajo en España están en riesgo medio-alto de automatización; más del 35 por cien de la población activa en el mundo perdería, pues, su empleo en el 2035). Sí entiende que hay que «reinterpretar el concepto de “causas técnicas” para el despido objetivo», atendiendo a la transformación de la realidad del trabajo del futuro, al tiempo que valora, desde el principio social del Estado Constitucional de Derecho – *ex art. 1 CE; Constitución de la OIT de 1944* –, la primacía de los fines sobre los medios. Consecuentemente, si bien queda claro que la introducción de “robots” y “bots” en el entorno laboral implica la multiplicación de la productividad, y con ello aumentar la competitividad sobre la base de reducir costes (el gran sueño expresado por la crítica empresarial al sistema de protección del C158), la razón económica no puede ser la única. Erigir la defensa de la competitividad como principal elemento de valoración para la justificación de los despidos derivados de la – imparable – automatización, desplazando masivamente el trabajo humano en favor

del robotizado, minimizaría la razón social (distributiva) de la norma laboral maximizando su razón económica (productiva) y confundiría conveniencia (beneficio) empresarial con necesidad de funcionamiento competitivo de la empresa por desajustes de mercado²².

No podemos profundizar más en esta sugerente cuestión. Si acaso sólo realizar alguna observación de alcance general. La primera, nos lleva a advertir de la utilidad del ejemplo para valorar la dialéctica entre los dos modelos de protección frente al desempleo en conflicto. De mantener el sistema clásico del C158, basado en el equilibrio garantista, el resultado debe ser la improcedencia del despido cuando no se dan razones distintas a la conveniencia de la automatización del trabajo, con lo que se logra aumentar la indemnización, no evitarlo, en este caso, en vez de 20 días de salario por año de servicio serán 33 días por año de servicio. En cambio, de seguir el modelo dinámico, se facilitaría el despido y se promoverían medidas de capacitación profesional en competencias digitales, renta para el tiempo de transición a otro empleo, etc. Una protección, pues, más preventiva y promocional de la protección del empleo y más en línea con los instrumentos de la OIT sobre políticas de empleo, como se refiere en la Recomendación 166 y llama la atención la CEARC²³.

La segunda, sigue pesando el «patriotismo jurisdiccional normativo». Pese a lo muy conocido del C158 y lo útil que hubiera sido su invocación, el juez nacional lo silencia y razona solo en abstracto y sobre votos particulares de sentencias precedentes del TS.

2.2. Las garantías convencionales para la protección del despido: pertinencias y erosiones del sistema en clave de imperativos de flexibilidad

2.2.1. Cláusulas de flexibilidad en el método aplicativo y en los ámbitos de tutela

En el ámbito de los principios informadores del C158 y su pertinencia práctica para nuestro tiempo hemos reafirmado la finalidad de equilibrio a

²² La razón de las normas protectoras del despido serían las de «ayudar a la empresa que atraviesa dificultades [...] y no la de configurar un sistema de incremento de los beneficios [...], o servir de subterfugio para evitar llevar a cabo una negociación con los trabajadores por las que se les establezcan y reconozcan una serie de derechos y garantías laborales, como implicaría la [...] sustitución de trabajadores por automatismos robóticos» (FJ Sexto).

²³ OIT, [Protección contra el despido injustificado. Informe III \(Parte 4B\)](#), cit., § 381.

la que obedecen, desmintiendo la crítica por unilateralismo garantista formulada empresarialmente. De ahí su utilidad para reconciliar objetivos aparentemente irreconciliables. Si ahora pasamos al plano concreto de las garantías de protección, también la acusación de rigidez reglamentista, vista como la principal obstáculo a la ratificación suficiente, lo que ahora no sucede, queda desautorizada apenas se repare, como insisten los órganos de la OIT, en las numerosas “cláusulas de flexibilidad” para su aplicación. Esta norma internacional de mínimos sociales ni promovería «un modelo único para lograr su aplicación» en la práctica, ni la uniformidad de niveles de protección y tipología de garantías para toda terminación de la relación laboral de toda persona. Pese a su vocación de universalidad laboral, para todo sector de actividad, para toda persona asalariada, contempla diversas excepciones (ciertas categorías laborales y garantías), no sólo al inicio de la ratificación, sino «en cualquier momento» (ej. art. 2, § 2, C158), así como numerosas opciones, tanto reguladoras, para el legislador u otra fuente de aplicación del Convenio, cuanto de gestión extintiva, para las empresas empleadoras²⁴.

Pasando a realizar una revisión sistemática, aun breve, la primera manifestación de esta voluntad de regulación flexible aparece en el artículo 1: *método de aplicación* del sistema de principios y garantías del C158. Así, tal aplicación no se encomienda primariamente a las leyes nacionales, sino en defecto de desarrollo a través de otras fuentes (convencionales, judiciales, arbitrales, prácticas), de conformidad con las tradiciones, culturas y prácticas nacionales. Si bien la CEACR recuerda que cualesquiera que sean los métodos elegidos para su aplicación, han de ser de alcance general y atañer al conjunto de las relaciones profesionales²⁵. Por tanto, pese a ser entendida esta cuestión tradicionalmente como de orden público laboral, la autonomía colectiva tienen, en la lógica del C158, una mayor cabida.

Sin embargo, a este respecto, el impacto de las diversas tradiciones y experiencias de relaciones laborales nacionales es de gran trascendencia, de modo que hay países en los que la regulación convencional tiene una gran importancia, ratificadores o no (ej. Dinamarca), y en otros, aún

²⁴ Vid. OIT, *Informe final. Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982* (núm. 158) y de la Recomendación correspondiente (núm. 166), cit., § 127, punto 1.4, p. 31; OIT, *Instrumentos sobre despido. Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982* (núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166), TME/C.158-R.166/2011, 2011, parte V, § 291.

²⁵ «Si bien el Convenio mantiene algunos principios en cuanto al fondo, es muy flexible en cuanto a los métodos de aplicación [...], permitiéndose así una gran flexibilidad para su ejecución». Vid. OIT, *Protección contra el despido injustificado. Informe III (Parte 4B)*, cit., *Observaciones finales*, § 373.

ratificadores, apenas se le reconoce un espacio relevante fuera de las habilitaciones expresas que realice la ley. Sería el caso español. Como muestra la reciente Sentencia Tribunal Supremo (STS) de 4 de abril de 2019 (rec. 165/2018), las causas de terminación del contrato y su régimen son un dominio básico de la legislación laboral. No obstante, la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) 103/2019, de 16 de septiembre, parece más partidaria de garantizar a la autonomía colectiva un mayor papel regulador en este tema. No se invoca en ninguna de estas sentencias el C158, pero puede deberse a que se trata de una cuestión excluida del mismo, pues refiere a contratos de obra o servicio, aún asociados a contratas de empresas, por lo tanto contratos de duración determinada, que admite excepción conforme al art. 2.

Precisamente, en lo que afecta al *ámbito subjetivo de protección laboral concernido* (art. 2 C158), las cláusulas de flexibilidad se concretan también en dos tipos de exclusiones por parte de los legisladores nacionales: las que pueden hacerse en cualquier momento (art. 2, § 2), sin perjuicio del deber del Estado de justificar las exclusiones e informar de su situación práctica²⁶, y las enumeradas en la primera memoria nacional sobre aplicación del C158 *ex art. 22, Constitución OIT* (art. 2, §§ 4-6). Ni la representación gubernamental ni la laboral consideró necesario su revisión, pese a la erosión que supone para su vocación universal (art. 2.1) y a las críticas que merecen ciertas exclusiones, como las relativas al trabajo temporal – se trate o no de trabajo ocasional –, incluso ciertas “categorías especiales”. Aunque el C158 exige «garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el [...] Convenio» (abuso y/o fraude de la contratación laboral temporal; la Recomendación 116 es más incisiva al respecto), la experiencia de ciertos países europeos, en especial España, Italia y Polonia (estos últimos no han ratificado el Convenio), evidencia que el abuso de la temporalidad es moneda común. Precisamente, la actual problemática del control de la extremada temporalidad y la falta de garantías efectivas para una regulación garantista y disuasoria del incumplimiento se tiende a reconducir, en el ámbito de la UE, a través de la Directiva 70/1999, relativa a la igualdad de trato entre relaciones indefinidas y temporales, así como la prohibición de abuso, y su defensa activa por la jurisprudencia del TJUE.

²⁶ En realidad, el control por la información es la principal técnica de seguimiento aplicativo del Convenio, con lo que es posible que la CEACR pueda conocer y valorar el impacto de las continuas reformas. *Vid. OIT, Aplicación de las normas internacionales de Trabajo, 2018. Informe III (Parte A)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018, pp. 537-544.

Las exclusiones de ciertos grupos susceptibles de ello *ex art. 2.5 C158* también suelen dar problemas. En el caso español destaca las observaciones críticas realizadas por la CEACR respecto de la exclusión de relaciones laborales especiales como la de las personas que están reclusas (RD 782/2001, 6 de julio). Aunque la CEACR ha recordado recurrentemente al Gobierno español que se trata de exclusiones incluidas en la categoría limitada en el tiempo – solo en la primera memoria, lo que no se hizo –, reclamando más información al respecto, no se ha sentido concernido, hasta hoy, nuestro Estado²⁷.

Pese a todo, la posición patronal es crítica con esta regulación de excepciones y vías de exclusión. Entiende, a nuestro juicio de forma incomprendible, por irracional, que al art. 2 le falta flexibilidad – cuando realmente le sobra –, considerando inadecuadas – insuficientes, claro – las excepciones, por su pretendida «incapacidad de adaptarse a los cambios, así como su alcance». Sin embargo, la norma convencional no sólo prevé enteras categorías laborales, sino también relaciones de trabajo con especiales características. En suma, parece claro que carece de toda justificación esta crítica de rigidez y obsolescencia del C158, obedeciendo tan solo a una pretensión de erigir la libertad contractual en el parámetro único de limitación, lo que es contrario a todo principio social del Estado de Derecho, también a una mínima – o elemental – racionalidad económica, en la medida en que a mayor inestabilidad contractual menores son los incentivos para invertir en la capacitación profesional de las personas trabajadoras, en la innovación, etc., apostando por ventajas competitivas asentadas sólo en las rebajas laborales.

2.2.2. Despidos con “causa prohibida” y con “causa injustificada”: razones de empresa

Estas cláusulas de flexibilidad no aparecen solo en la parte I (*Métodos de Aplicación, Campo de Aplicación y Definiciones*, arts. 1-3), sino también en el resto, afectando a todo su contenido (parte III, *Disposiciones Complementarias para el despido económico*, arts. 13-14; parte IV, *Disposiciones Finales*, arts. 15-22), incluida la parte central (parte II, *Normas de Aplicación General*, arts. 4-12). Precisamente, en lo que concierne al *principio de causalidad* (art. 4), el C158 ni prohíbe de forma absoluta el despido sin causa ni establece en

²⁷ *Vid.* el amplio análisis de J.I. GARCÍA NINET, *El Convenio 158 OIT sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y su cumplimiento por España*, en [Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social](#), 2015, n. 117, p. 47.

todo caso un modelo de estabilidad real. Así, tras exige causa de despido, listará un conjunto reducido de “causas prohibidas” (art. 5), relacionadas con conductas contrarias a derechos fundamentales, *prohibición de discriminación y prohibición de represalia por el ejercicio* de acciones de tutela judicial. La ausencia de causa justificativa no imposibilita el despido, pese a la carencia de razón objetiva, solo determinará una medida resarcitoria.

El punto 5 de la Recomendación 166 añade a los motivos mencionados en el art. 5 C158 (afiliación sindical o la participación en cualquier actividad sindical; la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; ausencia del trabajo por licencia de maternidad; presentación de reclamaciones) otros dos:

- a) edad, si bien advierte de la necesidad de respetar lo que disponga la legislación y la práctica nacionales con respecto a la “jubilación”. La leyes nacionales que convierten la edad de jubilación en una causa de terminación de la relación de trabajo hallarían en este precepto una plena cobertura (es el caso, por ejemplo, de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores (ET) español);
- b) ausencia del trabajo debido al servicio militar obligatorio o al cumplimiento de las obligaciones cívicas alternativas, conforme a la legislación y la práctica nacionales.

En última instancia, el C158, como ya se indicó, y reseña su propio preámbulo, es fruto de la convicción internacional sobre la necesidad de renovar las regulaciones legislativas en materia «habida cuenta en particular de los graves problemas que se plantean en esta esfera como consecuencia de las dificultades económicas y de los cambios tecnológicos sobrevenidos durante los últimos años en gran número de países». La justificación causal de los despidos no sólo atenderá, pues, a la necesidad de superar las crisis empresariales, sin que se trate ya de crisis irreversibles o especialmente intensas, sino también al ajuste derivado de los imperativos de adaptación a los “cambios tecnológicos” (el principal hoy, y más mañana, será la digitalización) de cada tiempo. De este modo, la concepción causal del despido no se tiene, por la OIT, solo como instrumento de protección unilateral y exclusiva del trabajador, sino que también atiende las razones de la empresa.

En suma, los imperativos de productividad están presentes en la causa justificativa, en especial cuando no se vincula a la disciplina sino a la capacidad de rendimiento del trabajador y a las «necesidades de funcionamiento de las empresas», mayores en los mercados competitivos globales como los de hoy. Pero tampoco satisface las ansias de (mucha más) libertad patronal. A su entender, el art. 4 C158 seguiría dando hoy

lugar «a normas rígidas, excesivos litigios y una gran incertidumbre en cuanto al costo y la duración de los litigios».

En esta dirección, mención aparte merece, y será objeto de algún desarrollo mayor más abajo, la previsión del artículo 6, conforme al cuyo apartado 1: «La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo».

Aunque su apartado 2 parece configurar esta situación como una genuina “causa prohibida” de despido – que debiera conllevar readmisión obligada –, termina remitiendo a la decisión de cada Estado su «delimitación, la exigencia de certificados médicos y las eventuales limitaciones a la vigencia efectiva de esta prohibición extintiva», en aplicación de la cláusula de flexibilidad aplicativa *ex art. 1 C158*²⁸. Una técnica de remisión a la diversidad aplicativa erradamente interpretada por ciertos analistas jurídicos, como ha sido el caso de la doctrina jurisprudencial española, en clave de normas urgidas de desarrollo legal expreso o sin efecto directo, esto es, cláusulas *non self executing*)²⁹. De este modo, vendría a interpretarse como un requerimiento de necesaria adaptación legislativa nacional.

Ahora bien, este requerimiento, más allá de impedir que pueda flexibilizarse tanto como para devenir despido *ad nutum*, conlleva un alto riesgo de antinomia entre las leyes nacionales y la norma social internacional. Aunque esta tiene mayor rango, exigiéndose un juicio de convencionalidad que valide la norma nacional por el juez ordinario, no constitucional (STC 140/2018), las dudas sobre el efecto directo relativizarán esa primacía en la práctica.

2.2.3. Procedimiento para formalizar el despido: desajustes y pugnas nacionales en relación a la tutela previa a la ejecutividad del despido

Precisamente, si un precepto ha sido interpretado flexiblemente tanto por

²⁸ La CEARC no contiene doctrina clarificadora suficiente. *Vid.* OIT, *Instrumentos sobre despido. Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982* (núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166), cit., § 53.

²⁹ *Cfr.* M. ALONSO OLEA, *Sobre la forma de despido en relación con el Convenio de la OIT*, núm. 158 (Ginebra, 1982), sobre la terminación de la relación de trabajo, en *Documentación Laboral*, 1986, n. 20, pp. 44-45. Su línea fue seguida por SSTS 4 de noviembre de 1987 o de 13 de junio de 1988. En sentido análogo, M. SAN PEDRO CORRAL, *Convenio 158 OIT. Comentarios a los artículos 1 y 7*, en *Actualidad Laboral*, 1987, n. 1.

cada uno de los legisladores nacionales como por sus tribunales ha sido el relativo al *procedimiento formal* para llevarlo a cabo la terminación de la relación de trabajo, establecido en el art. 7. Encabeza la Sección segunda (B), relativa a los procedimientos previos a la terminación. Parece prohibir con claridad una terminación contractual a iniciativa empleadora «por motivos de conducta» o de «rendimiento» sin ofrecer «la posibilidad de defenderse de los cargos» imputados, salvo que no resulte “razonable” reclamar tal *audiencia previa* (imputaciones disciplinarias muy graves). La cláusula abierta empleada para la forma de esta oportunidad de ser escuchado por el empleador antes de que este ponga fin a la relación de trabajo, que admite toda modalidad útil a tal fin (audiencia previa, entrevista personal, escrito de alegaciones como descargo, etc.), no puede desnaturalizarse hasta vaciar de sentido práctico tal garantía (individual y/o colectiva, ejercida mediante representación colectiva). Una dimensión de tutela previa a la ejecución inmediata del despido confirmada por el art. 11 C158 (derecho a un preaviso razonable).

Según la Comisión de Expertos sobre el C158 – reflejando también la doctrina de la CEACR –, el objetivo de este tipo de tutela es garantizar un periodo de reflexión dialógica entre ambas partes antes de dar por terminada la relación de trabajo, evidenciando esa dimensión de ultima ratio del mismo. No tiene afán alguno la norma convencional de predeterminar la forma de llevarlo a cabo, confirmando su enfoque flexible, pero sí se resalta su esencial función para garantizar la eficacia del principio de terminación causal. Este condicionante procedural del requisito de la justificación causal, real y seria, no se satisface solo con los procedimientos de defensa *ex post*, sino que precisaría de otros *ex ante*³⁰.

Sin embargo, pese a la claridad de esta vertiente previa – que se inspira en el derecho a la defensa de los cargos atribuidos, pero sin confundirse con un enfoque sancionador estricto, que identifique esa protección con el imperativo de la presunción de inocencia *ex art.* 24 CE –, con los elementos de flexibilidad que la acompañan (como al derecho de preaviso razonable: excepción en caso de culpa grave; sustitución por indemnización), tales garantías de defensa *ex ante* no suelen contemplarse en los Derechos nacionales. Precisamente, es en este ámbito previo donde mayores diferencias nacionales hay³¹. Así, Reino Unido, Francia y Alemania prestarían especial atención a esta oportunidad de defensa previa (individual y colectiva).

³⁰ *Vid.* OIT, [Nota sobre el Convenio ním. 158 y la Recomendación ním. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo](#), 2009, § 148; OIT, [Protección contra el despido injustificado. Informe III \(Parte 4B\)](#), cit., § 143.

³¹ *Vid.* I. ROJAS MIÑO, [op. cit.](#), pp. 98-99.

Pero la mayoría no la contempla como regla general. Sería el caso español, que viene manteniendo una larga pugna con los órganos de control de cumplimiento del C158 al respecto. Formalmente España no cumple con esa garantía de defensa previa a la ejecutividad del despido, y así lo ha expresa la CEACR (solicitudes directas de información). El Gobierno de España se ha ido empeñando en una afanosa búsqueda de subterfugios para intentar justificar que materialmente sí cumple, e incluso está un nivel por encima de protección con la carta de despido exigida, así como con los trámites de conciliación extraprocesal y judicial previos al juicio. Pero no basta, como la CEACR evidencia, con prever una conciliación previa al proceso judicial si el despido es ejecutivo de forma inmediata, debiéndose exigir antes³². España sigue aferrada a su posición pues, como expresa la Sexta Memoria presentada por España, apela al pretendido carácter “*non self executing*” (falta de efecto directo) del art. 7 C158³³.

Realmente España expresa un cumplimiento parcial, pues sí conoce ciertas situaciones especiales de reconocimiento de esa oportunidad de defensa previa. Unas de origen legal (ej.: para personas representantes de los trabajadores, dada la protección reforzada del C135; para las personas afiliadas a un sindicato a través de audiencia a su delegado sindical, pero solo en empresas de grandes dimensiones (STC 30/1992); art. 11 RD 1146/2006, 6 de octubre, para la relación laboral especial de residentes para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud; art. 25.2 RD 1331/2006, 17 de noviembre, para la relación laboral especial de profesionales de la abogacía). Otras, justamente, de origen convencional colectivo, pues un cierto porcentaje de convenios requieren un procedimiento de expediente contradictorio, normalmente para las infracciones más graves.

Sea como fuere, el marco normativo español sigue inalterado a tal fin. Tal tutela previa – asentada en la carta de despido como regla general –, sigue sin ajustarse, pues, al sistema del C158, incluida la previsión relativa al derecho de preaviso razonable. En el C158 tal tutela previa es la regla general, sin perjuicio de excepciones, en la norma nacional española deviene excepción³⁴.

³² *Vid.* OIT, [Protección contra el despido injustificado. Informe III \(Parte 4B\)](#), cit., p. 99.

³³ Un seguimiento exhaustivo de esta contienda jurídica entre niveles nacionales e internacionales de regulación y protección frente al despido injustificado, con su extenso e intenso devenir histórico, pendiente de una solución conforme, en J.I. GARCÍA NINET, *op. cit.*, pp. 54-57.

³⁴ Este desajuste se produce también en relación a la norma social europea por autonomía, la Carta Social Europea, de ahí las reprobaciones y las llamadas de atención del Comité Europeo de Derechos Sociales, tampoco atendidas. *Vid.* M.C. SALCEDO

En cambio, los países de la UE no plantean problema de desajuste alguno con el C158 en relación al sistema complementario de garantías de procedimiento (normas de derecho reflexivo) que su Parte III prevé para los despidos de índole económica y dimensión plural o colectiva (disposiciones complementarias sobre la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos). Se trata de las garantías de 1) consulta a los sujetos representativos (definidos *ex C135*), previa información útil (art. 13) y 2) comunicación previa a la autoridad laboral (art. 14).

La ausencia de desajustes tiene que ver con dos argumentos. El primero interno: una vez más, pese a sus críticos, la previsión internacional contempla excepciones o limitaciones (apartado 2), atendiendo a la entidad cuantitativa del despido (limitable a despidos colectivos). El segundo externo: la Directiva 1998/59, relativa a los despidos colectivos, ya otorga análogas o mayores protecciones, al establecer un genuino derecho fundamental de información útil y otro derecho no menos fundamental a una consulta/negociación de buena fe, según afirma la pretoriana jurisprudencia comunitaria.

Por supuesto, y pese a que no exige la autorización de la administración laboral (la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-201/15 declaró que el modelo autorizador griego era contrario con la libertad de prestación de servicios), solo su conocimiento previo, la posición patronal es crítica también con este modelo de consulta. Le imputaría un marcado efecto restrictivo de la «capacidad de los empleadores para adaptarse a las circunstancias cambiantes». Tampoco en este punto tales críticas son consistentes. Para evidenciarlo basta recordar que, evidenciando un cierto desmentido de la citada concepción del despido por la OIT como “última ratio”, la carga de la recolocación no es del empleador, sino de los servicios públicos, conforme al Punto 17 de la precedente Recomendación 119, sin perjuicio de llamar a la colaboración de los empleadores (Punto 25 nueva Recomendación 116).

2.2.4. Las opciones nacionales para fijar el alcance de control judicial frente al despido arbitrario: ¿el Estado puede suprimir el control de suficiencia de la causa?

Pero es en la protección *ex post*, esto es, posterior al despido, donde el C158 centra la mayor parte de sus garantías de tutela frente a todo tipo de

BELTRÁN, *op. cit.*, pp. 172 ss.

despido sin causa. Aunque la vía principal es el control judicial (art. 9), se abre a vías arbitrales (art. 8). Esta garantía de tutela institucional está presente, bajo diversas formas, en todos los Estados, incluso no ratificadores del C158 (el caso danés es particular, pues prevé un Tribunal de Despidos específico, previsto en la negociación colectiva). Precisamente, esta previsión de intervención institucional, sobre todo judicial, es una de las garantías del C158 más criticadas por los empleadores, que se quejan de una interferencia de terceros excesiva en la gestión (extintiva) empresarial, que debía ser feudo dominado por la libertad de empresa: «Las leyes basadas en esas disposiciones implican [...] que cualquier despido pudiera ser recurrido [...] con las siguientes consecuencias: a) los procedimientos judiciales serían largos y sus resultados inciertos, en particular en lo relativo a las indemnizaciones; b) el tribunal podría declarar improcedente el despido, lo que generaría incertidumbre, sobre todo en caso de que se ordenase la readmisión del trabajador y c) se desalentaría la creación de empleo y la inversión en empresas sostenibles»³⁵.

Haciéndose eco de esas críticas, algunas de las reformas laborales para hacer frente a la crisis de 2008, como la española – también la griega, o la irlandesa, incluso la italiana, aunque mucho más difusamente –, decidieron prescindir de los controles finalistas. Los tribunales sólo debían realizar juicios de legalidad (verificación de la concurrencia fáctica de la causa), para lo que se facilitaban automatismos causales. Sin embargo, los Tribunales nacionales – como los españoles –, han invocado una y otra vez el art. 9 C158 para ir más lejos.

El control finalista o de razonabilidad, sin llegar a confundirlo con otro de oportunidad (que corresponde sólo a la dirección de la empresa), se prevé de forma general en el art. 9.1. Pero se intensifica claramente en el art. 9.3 para los despidos en interés de la empresa: «En los casos en que se invoquen para la *terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa*, establecimiento o servicio, los organismos mencionados en el artículo 8 [...] estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones».

De un lado, se hace referencia a situaciones de «necesidad de funcionamiento» de las empresas, no de mera «conveniencia de las empresas» para mejorar su posición competitiva. De otro, se reclama la atención sobre la necesidad de ofrecer un juicio de control material, no ya meramente formal, pues apela expresamente a la verificación judicial de la

³⁵ OIT, *Informe final. Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y de la Recomendación correspondiente (núm. 166)*, cit.

entidad «real de la razón», descartando, pues, las meras apariencias formalizada en la carta o los formalismos.

No obstante, y una vez más exhibiendo una marcada voluntad de flexibilización, este precepto contiene un inciso final que parecería otorgar la última palabra sobre el alcance del control judicial a cada Estado, principio de autoridad soberana en atención a su tradición cultural y experiencia práctica: «la medida en que esos organismos estarán facultados *también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1* de este Convenio».

Por lo tanto, en la sistemática del C158 parece que el legislador sí tendría el poder de soberanía reguladora necesario para suprimir el control de suficiencia causal, habilitado de por el legislador internacional. Parece incurrirse de este modo en contradicción con el art. 4 C158. La solución hermenéutica pasa por la exigencia legal de un control judicial no puramente formal, sino también de la seriedad y relevancia de la necesidad de despedir, sin que este juicio sea de estricto equilibrio o proporcionalidad entre beneficios (empresariales) y perjuicios (al trabajador, a la sociedad), ni se configure empresarialmente como último recurso.

En cualquier caso, y a fin de evitar que eventuales reglas procesales nacionales actúen de obstáculo para la defensa efectiva de la persona trabajadora injustamente despedida, el art. 9.2 C158 *cuida de atribuir la carga de la prueba de la concurrencia de razones de despido al empleador*. Esta garantía procesal resulta razonable y coherente en los Derecho del Trabajo nacionales. En su origen se asociaba a una concepción innovadora, propia del Derecho social, frente a la más tradicional del Derecho contractual (quien demanda prueba), con una aproximación típica de la cultura anglosajona (el empleador debe probar la imputación que hace al trabajador).

En todo caso, la CEACR recuerda que toda norma convencional internacional debe responder a una hermenéutica de favor para con la persona trabajadora, parte débil de la relación³⁶. Los derechos procesales del trabajo tienden, en las experiencias europeas (ej. art. 105 LRJS en España), a reflejar también esta función compensadora de las normas, a fin de reequilibrar las desventajas sustantivas, de derecho y de facto, existentes en las relaciones de trabajo, más en un momento tan delicado como sería el de la terminación de la que es, hasta ese momento, la fuente de subsistencia de la persona.

³⁶ Vid. OIT, *Protección contra el despido injustificado. Informe III (Parte 4B)*, cit., §§ 203 ss.

2.2.5. Consecuencias del despido: ¿el modelo de estabilidad real como regla o como pura opción nacional?

La ausencia de esta prueba suficiente acreditativa de la seriedad y legitimidad de las razones esgrimidas perjudicará al empleador, que tendrá que arrostrar las consecuencias. Cuáles son estas consecuencias? Se prevén en el art. 10 y se desarrollan en su art. 12. De ambos preceptos deriva que *el modelo básico de estabilidad en el empleo que subyace al C158 es obligacional* (posibilidad general de cumplimiento de las obligaciones por equivalente pecuniario), *no de estabilidad real* (cumplimiento in natural o readmisión obligatoria). De ahí, que el art. 10, por enésima vez, otorgue al Estado ratificador (legislación o práctica nacionales), la opción – que no la obligación – de reparar o compensar la terminación sin causa de la relación con el pago de una «indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada», cuando en virtud de tal legislación y/o experiencia jurídica nacional «no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación».

Aunque la norma internacional adjetiva el reconocimiento del derecho indemnizatorio con la garantía de adecuación del resarcimiento, lo que viene a significar reparación suficiente, no diseña *un modelo de tutela fuerte* de la estabilidad (obligación de readmitir a la persona trabajadora despedida sin causa) *sino débil* (posibilidad de devengar un crédito indemnizatorio a cargo del empleador, aun sin ser obligatorio tampoco, si existe un seguro de desempleo). Si bien no puede interpretarse esta regulación como avalista del modelo de «despido realmente libre, pero pagado» (acuñado por el gran laboralista italiano Federico Mancini), sí que ofrece más de un flanco a la crítica por devaluación de la tutela frente al despido injustificado, esto es, arbitrario, abriendo la vía a “precios nacionales” muy baratos de la arbitrariedad. Y ello por varios motivos

Primero, pese a que en el tenor literal de la norma internacional la readmisión resulta concebida como la regla general, actuando la indemnización como solución subsidiaria, bien si la legislación lo prevé bien si los tribunales no consideran posible, conforme a las concurrentes circunstancias en cada supuesto (norma del caso concreto), la opción concedida al legislador nacional sería, en principio, plena o incondicionada. Por lo tanto, las restricciones posibles a tal opción nacional no vendrían de la norma social internacional sino constitucionales, o, como en los casos europeos, de la Carta Social Europea o del Derecho de la Unión Europea (así sucede con la

prohibición de despido por causas discriminatorias y la necesidad de medidas efectivas de prevención del riesgo del mismo en ciertos casos, como respecto de las mujeres madres).

Segundo, porque ni tan siquiera establece expresamente la readmisión obligatoria, previa nulidad, para los despidos con causa legalmente prohibida (atentatoria contra derechos fundamentales), quedando al albur de los Estados ratificadores. La CEACR ha decantado una doctrina asentada en la conveniencia de tal remedio *in natura* – readmisión –, pero sin calificarlo como obligatorio (o al menos dejarlo a la decisión de la persona trabajadora despedida). En este sentido, el órgano de garantías de cumplimiento del C158 – y de los demás – parece centrarse en la necesidad de prever, en tales casos – violación de derechos fundamentales –, una indemnización realmente “adecuada”, exigiendo un plus indemnizatorio, de manera que sirva para un resarcimiento íntegro de los daños y perjuicios. A su entender, la solución más adecuada, por tanto recomendable, sería la readmisión del trabajador más el pago de una indemnización retroactiva y el mantenimiento de los derechos adquiridos. Pero si no se prevé en la norma nacional y/o no resulta posible en el caso, el remedio debe venir de la mano de la indemnización íntegra. Una indemnización que deberá fijarse judicialmente, si bien tampoco descarta que pueda establecerse con parámetros objetivados, siempre que la cuantía resultante sea superior a la cantidad prevista para otras formas de terminación con cantidades legalmente tasadas³⁷. Sistemas nacionales europeos como el español son más garantistas en este punto, también por influjo del Derecho de la UE, siempre que medie, eso sí, violación de derechos fundamentales, exigiendo nulidad y plus reparador.

Finalmente, la debilidad del modelo de protección, incluso indemnizatoria, del C158 deriva de que tampoco queda asegurado un derecho indemnizatorio a cargo del emplead (art. 12). En efecto, al margen de los casos en los que la causa sea una infracción grave (causa disciplinaria), es posible excluir este derecho si así lo establece la legislación nacional, siempre y cuando prevea un sistema de seguro por desempleo y en sus estrictos términos.

En suma, el C158 contempla dos derechos económicos derivados de la terminación de las relaciones de trabajo a iniciativa del empleador (*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; *prestaciones del seguro de desempleo*, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las

³⁷ *Ibidem*, p. 96.

prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones). Pero serán complementarios o serán alternativos según lo decida cada Estado ratificador, que tiene plena libertad para adoptar tal decisión.

Otra prueba adicional de flexibilidad reguladora del C158, con desautorización de las críticas empresariales (que siguen considerando que el sistema carga el patrimonio empresarial, perjudicando opciones de creación de empleo por el alto coste del despido), es que acepta que la indemnización pueda ser pagadera «directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores». Daría entrada expresa, por tanto, a la denominada – y ut supra referida – “mochila austriaca” (fondo de capitalización para las indemnizaciones de despido). En cambio, mucho más complicada sería dar cabida a una suerte de sistema, cualquiera que sea su modalidad, de *contrato único con indemnizaciones crecientes*, planteado en relación a diversas experiencias jurídicas – francesa, italiana, también española –, si bien no ha tenido todavía realización concreta, salvo, quizás, en Italia, habiendo sido declarado, como se verá, inconstitucional.

3. Reactivación de las garantías del Convenio OIT n. 158 como límite a las reformas de desregulación nacional del despido: algunos puntos críticos

3.1. De la “autosuficiencia jurisdiccional” a la llamada recurrente del Convenio OIT n. 158: ¿una toma en serio del juicio de convencionalidad u ornato hermenéutico?

El C158 expresó en su preámbulo el enfoque innovador que asumía la aprobación y, por lo tanto, la posterior ratificación por los Estados. No se limitaba a normativizar la vieja Recomendación, sino que acogía las «novedades (más) importantes en la legislación y en la práctica de numerosos Estados»³⁸. De este modo, la OIT llenaba el gran vacío jurídico en la materia, desde un plano global europeo, que presentaba la CSE originaria (1961), luego cubierto, justamente con la recepción del C158, por la CSE revisada (1996).

³⁸ La Recomendación ahondaría en esas novedades, aunque no tengan carácter vinculante, impulsando tanto una “vertiente preventiva” como “promocional”, junto a la estrictamente garantista del C 158 OIT, para mejorar la protección frente al riesgo de desempleo en las sociedades de nuestro tiempo. Así lo reconocerá la OIT, *Protección contra el despido injustificado. Informe III (Parte 4B)*, cit., *Observaciones generales*, § 381, p. 153.

Parte de los analistas europeos eran conscientes del gran potencial reformador, sin perjuicio de sus limitaciones, de los ordenamientos jurídico-laborales nacionales. Pero lo cierto es que, en la mayoría de ellos, el momento de entrada en vigor del C158 ni provocó apenas reacciones, ni legal (técnica legislativa) ni judicial (técnica hermenéutica). Con una marcada exhibición del referido “patriotismo jurisdiccional normativo” (autosuficiencia patria), como ilustra la experiencia española, se mantuvo la convicción de las garantías ya existentes eran adecuadas, salvo en lo concerniente a la tutela previa a la ejecutividad de las decisiones de terminación (arts. 7 y 11), así como en relación a ciertas excepciones (art. 2.5)³⁹.

Esta observación – pesimista, pero creemos que acorde a la realidad, fuera de excesos idealistas en los que a veces incurren los órganos de control de la OIT – sorprendería más si se tiene en cuenta que las múltiples reformas laborales en los diversos lugares del mundo, desde luego en Europa, y sin duda en España – Francia, Italia, Portugal, Irlanda, Grecia, etc. –, tienen como referente constante el despido (o la contratación temporal que, en última instancia, no es solo expresión de flexibilidad de entrada, sino también de salida, por las facilidades que en tal forma de empleo concurre para la extinción de la relación, a menudo abusiva). Justamente, en su Nota preparativa de 2009, la Comisión de Expertos en el C158, tras el examen de 55 legislaciones nacionales – muchas de ellas, pues, no ratificadoras del Convenio –, representativas de todas las regiones del mundo, constataba esa intensidad reformadora del despido, si bien llegaba a una conclusión mucho más optimista sobre el papel del C158 en ellas: «De la legislación examinada se deduce que en la mayoría de los países, sean o no Estados ratificadores, las disposiciones vigentes a escala nacional son congruentes con algunos o todos los requisitos básicos del Convenio. Por ejemplo, todos [...] prevén garantías contra los despidos improcedentes o injustificados [...]. Por otra parte, la legislación de la mayoría de los países [...] estipula que haya preaviso antes del despido, pero la antelación con la que se debe dar tal preaviso varía de un país a otro. Además, [...] casi todos los países [...] excluyen a una o varias

³⁹ Cfr. J.I. GARCÍA NINET, *op. cit.* Más recientemente, L. MELLA MÉNDEZ, *El impacto de los convenios de la OIT sobre retribución, tiempo de trabajo, seguridad y salud y terminación del contrato en el derecho español: puntos críticos*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 434, pp. 90 ss. En un plano institucional, esta frustración de las expectativas de mejora protectora para el común de las personas trabajadoras con la ratificación del C158 OIT puede en la varias veces reiterada crítica sindical (Solicitud directa, CEACR, Adopción: 2015, Publicación: 105^a Reunión CIT, 2016; Solicitud directa, CEACR, Adopción: 2016, Publicación: 106^a Reunión CIT, 2017).

categorías de trabajadores del ámbito de aplicación de las disposiciones, [...] que un número limitado de países consideró la posibilidad de excluir a ciertas categorías de empresas»⁴⁰.

Asimismo, y partiendo de la Observación general sobre el Convenio adoptada en 2008 por la Comisión de Expertos, según la cual «los principios del Convenio son una fuente de derecho importante para los juzgados del trabajo y los tribunales laborales en los países que lo ratificaron y aun en aquellos que no lo han ratificado», también la Comisión de Expertos en el C158 se mostrará autocomplaciente con la presencia de sus principios y garantías en el Derecho jurisprudencial. Desde luego de los – muy pocos – países ratificadores, pero también, en cuanto principios de equidad o principios generales universales, en los no ratificadores.

Tras una muestra, ciertamente limitada en lo cuantitativo, de experiencias de Derecho jurisprudencial («sólo se refieren a unos pocos países que recurrieron a las disposiciones del Convenio núm. 158 pero aun así son ilustrativos de la influencia del Convenio más allá de los Estados ratificadores»), la conclusión vuelve a exhibir “músculo aplicativo”. Pues el C158 tendería a ser recurrentemente invocado «como referencia por tribunales nacionales, en muchos casos teniendo en cuenta la manera en que éste, o los principios plasmados en él, se incorporaron al ordenamiento jurídico nacional»⁴¹.

El C158 sería así utilizado por los tribunales nacionales para sustentar sus resoluciones de forma muy diversa. A saber:

- a) una norma de aplicación directa en los sistemas jurídicos (Sentencia 1210, de 1 de julio de 2008, Tribunal de Casación de la Sala de lo Social, Francia);
- b) un criterio para interpretar la legislación nacional cuando es ambigua o incompleta;
- c) un instrumento útil para reforzar la aplicación del derecho nacional, aunque pudiera alcanzarse el mismo resultado sin su invocación;
- d) una fuente de derecho equitativo, e incluso “de natural”, por codificar algunos de los principios de justicia equitativa más elementales (ej. Tribunal Laboral de Botswana).

Por supuesto, no es este el momento ni el lugar de discutir o cuestionar tal posición, que un análisis más profundo y sistemático de tales experiencias jurisprudenciales en modo alguno advera, al menos en el ámbito europeo.

⁴⁰ OIT, [Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo](#), cit., p. 20.

⁴¹ [Ibidem](#), p. 21.

Sí es interesante reseñar que la mayor parte de esas invocaciones pertenecen a la tercera utilidad del C158, esto es, a menudo los tribunales invocan preceptos de aquella norma social internacional para reforzar, a veces ornamentar, el razonamiento jurídico, pero sin ser razón decisiva para decidir. El Tribunal hubiese llegado a la misma conclusión aun sin acudir a la referencia del C158.

Así sucede, por citar ejemplos recientes, para la experiencia española, respecto del carácter causal del despido (ej. Sentencia del Tribunal Superior de Galicia 19 de julio de 2109 (rec. 2169/19), Sentencia del Juzgado de lo Social n.1 de León, 335/2019, 19 de julio, FJ Tercero, punto 2) y la exigencia de un control de razonabilidad de la causa, considerado no sólo contenido esencial del derecho constitucional al trabajo sino también una concreción del principio de buena fe, principio general en cualquier ordenamiento. En suma, el principio social del Estado de Derecho y la protección de la dignidad de la persona serían suficientes avales para alcanzar tal tutela, aunque su contenido se integre *ex art.* 10.2 también con el C158 (ej. STS, sala social, 232/2019, 20 de marzo, FJ Tercero, punto 3, letra A, para España).

La lista de ejemplos podría ser casi interminable. Por ejemplo, a fin de intensificar el deber de transparencia del empleador en la carta de comunicación individual de un despido colectivo, incluyendo los criterios de selección pormenorizados, la defensa letrada invocará, junto a las normas constitucionales (art. 24 CE) y legales (art. 53 ET), los arts. 4 y 9 C158, cuya primacía reivindica atendiendo a los arts. 10.2 y 96 CE (juicio de convencionalidad; STDC 140/2018). La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3892/2019, 19 de julio, se limitará a su referencia, aplicando al caso la doctrina jurisprudencial nacional que, cierto, ha restringido notablemente tal deber de transparencia, aunque pudiera acudirse a los criterios que establece la Recomendación 166 a tal fin, pese a no ser obligatorios. Todavía más claro es este uso de hermenéutica ornamental, como pura cláusula de estilo argumental retórico, en aquellos casos que para cuestionar la aplicación restrictiva de la garantía de indemnidad (o de prohibición de represalia por reclamación del trabajador contra su empleador) que hace una mayoría de la sala social del TS, el voto particular apela al art. 5.c C158 (voto particular a la STS, sala social, 892/2016, 26 de octubre; cita solo a mayor abundancia en las SSTSJ Cataluña 3930/2019, 22 de julio y 3903/2019, 19 de julio, etc.⁴²).

⁴² *Invocación de ornato hermenéutico*, o erudición judicial, también es la invocación del art. 5 C158 a mayor abundancia en la STSJ Galicia 19 de julio de 2019, rec. 2169/19, o en la STSJ Andalucía/Sevilla, 1924/2019, 16 de julio, que recuerda de una forma profusa la doctrina constitucional que utilizó tal precepto internacional para integrar, *ex art.* 10.2

Este precepto tuvo, en su día, una relevancia significativa para el desarrollo expansivo – no para la creación – de la doctrina constitucional en materia, como se recordará.

Usos auténticamente interpretativos, en la dimensión de criterios para clarificar dudas de comprensión de normas, nacionales e internacionales, hallamos en experiencias judiciales europeas, incluido el caso español.

Por ejemplo, un genuino valor de canon interpretativo se dará al art. 3 C158 respecto de la legislación nacional aplicativa de otro Convenio OIT, concretamente el C173, relativo a la protección frente a la insolvencia empresarial. El art. 3 del C158 delimita el alcance del concepto “terminación de la relación de trabajo” no sólo a sus efectos, como dice la propia norma, sino también constituiría «un elemento interpretativo de primer orden para el Convenio 173», identificando la cobertura frente a la insolvencia, en aquel momento – hoy ha cambiado la legislación, también por aplicación de jurisprudencia comunitaria expansiva –, solo frente a las terminaciones por iniciativa del empleador (ej. STS 799/2016, 4 de octubre, que se remite a una copiosa jurisprudencia social precedente, forjada a principios del siglo XX (STS 26 de diciembre de 2001, RCUD 4042/00)).

Sin embargo, es posible registrar, tras las reformas laborales poscrisis de 2008, por lo tanto en relación a esa «nueva legislación nacional de excepción» creada para hacerle frente, en especial en los países del Sur de Europa, pero no solo, una cierto punto de inflexión. En algunas de estas reformas, casi un cuarto de siglo después de la entrada en vigor del C158 (1985), se someterá a duras pruebas de vigencia efectiva algunos de los principios y garantías claves del C158, a comenzar por la causalidad del despido y su control judicial de justificación suficiente (juicio de razonabilidad o de proporcionalidad, no solo de legalidad). Será el caso español, pero también, de forma más matizada, el italiano y el francés, entre otros de relevancia especial.

CE, en el ámbito de tutela del derecho fundamental a la tutela judicial la garantía de indemnidad (ej. STC 16/2006, de 19 de enero, dictada por el Pleno, que remite a su doctrina más expansiva ya desde 1993, así como a la STCE 22 de septiembre de 1998, si bien centrada en la igualdad de trato).

3.2. Recientes experiencias judiciales de revalorización de la justificación causal frente a su devaluación legislativa nacional: el control de razonabilidad es indisponible

3.2.1. El periodo de prueba como forma de desistimiento empresarial: una excepción al principio de causalidad bajo control de razonabilidad

Siguiendo la sistemática del C158, en la experiencia judicial española recuperadora del sentido del límite jurídico internacional, una primera llamada a su papel de garantía frente al poder soberano desregulador del legislador nacional se produciría en relación a la regla de excepción al principio de causalidad *ex art. 4* C158 contemplada en el art. 2.2.b: la limitación de la exclusión de los contrato sometidos a prueba por «un periodo razonable». En lo que concierne a España, el art. 4 de la Ley 3/2012, de 6 julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en relación al contrato de apoyo a emprendedores (derogado en fechas recientes – efectos 1 de enero de 2019 – por Real Decreto-ley 28/2018, 28 de diciembre, pero por razones diversas al desajuste internacional), preveía un periodo de prueba de un año en todo caso, sin modulación convencional (automaticidad).

Esta previsión fue objeto de fuertes críticas sociales, doctrinales y judiciales. Tal resultó ser su entidad que fueron llevadas ante los Tribunales nacionales y ante la propia OIT, por contravenir esa condición de razonabilidad de su duración⁴³.

Finalmente ese reivindicación por niveles judiciales inferiores de un juicio más serio y comprometido de convencionalidad, que devolviera la primacía a la norma internacional sobre la nacional, liberalizadora de la terminación del contrato, pese a tenerse como indefinido, en ese año (“despido libre y gratuito”), terminó fracasando de forma tan estrepitosa como errada. Ni los Tribunales Superiores de Justicia – ámbito autonómico – ni el TC español otorgó sentido práctico alguno a la garantía del C158 (SSTC 119/2014, 16 de julio y 8/2015, 22 de enero).

En efecto, aunque esta doctrina constitucional española invoca la limitación del C158, por la referencialidad del estándar internacional de estabilidad en el empleo en virtud del art. 10.2 CE, lo hace con más

⁴³ *Vid.* las observaciones CEACR de 2014-2017 (publicación en sendas Reuniones 104^a-106^a CIT, 2017), se explayan los argumentos de sindicatos, patronal y gobierno a las recomendaciones del Comité tripartito de la OIT (reclamación *ex art. 24* de la Constitución OIT) sobre la conformidad de la reforma laboral de 2012 con el Convenio OIT n. 158.

“vacuidad” que “convicción”. Por ello primará la libertad legislativa nacional para crear fórmulas alternativas de protección del empleo – en este caso juvenil, sobre todo –, ante un escenario de desempleo extremo, aunque suponga sacrificar el límite fijado en la norma social internacional, si bien mediante un concepto jurídico indeterminado. Para ello apelará a la falta de una doctrina segura de la CEACR en la concreción de este concepto abierto y flexible («norma de textura abierta», que diría HART), incapaz de ofrecer pautas más precisas que la vaga identificación con que «no sea excesivamente largo», intercambiando un concepto indeterminado formulado en positivo, que sea razonable, por otro formulado en negativo, que no sea excesivamente largo. Pero ¿cuándo es excesivamente largo?

Si para el Comité encargado de examinaranáloga cuestión para Francia⁴⁴ quedó claro que dos años era excesivo (así lo entendió también la citada Sentencia de 1 de julio de 2008 de la sala social de la Corte de Casación francesa, dando valor directo al C168), para el que tuvo que hacer lo propio con el asunto español la previsión de un año, en todo caso, sin matizar alguno – convencional y profesional –, no admitiría respuesta clara⁴⁵. Ante tan sorprendente indecisión, la mayoría constitucional concluiría que, en un escenario como el español, de desempleo juvenil masivo, tal duración sí era razonable. A mi juicio, sin embargo, está más cerca de la corrección jurídica la minoría crítica del TC español, que expresó su voto particular constatando una clara contradicción con el C158.

¿Está zanjado ya el asunto? A mi juicio, no. Conforme a la doctrina de la STC 140/2018, 20 de diciembre, el juicio de control de convencionalidad internacional corresponde tan solo a la jurisdicción ordinaria, en exclusiva. Por lo tanto, no es el TC el nivel jurisdiccional adecuado para cerrar el juicio de adecuación de la norma nacional a la internacional, sea directamente el C158 sea la norma europea que aquella inspira de forma directa, como la CSE. El error de las doctrinas de suplicación social en España – justicia territorial autonómica – ha sido manifiesto al respecto. Un claro ejemplo lo encontramos en la STSJ de Cataluña, 1 de marzo 2016 (rec. 6039/2015), según la cual, al margen de lo que pueda derivarse de la doctrina de los órganos de control de las normas internacionales aplicables – tanto la Carta Social Europea como el C158, que no refiere, sorprendentemente –, la clave estaría en la constitucionalidad de la medida.

⁴⁴ Informe de 6 de noviembre de 2007, aprobado por el Consejo de Administración, en la 300^a Reunión.

⁴⁵ Informe aprobado por el Consejo de Administración, en la 321^a Reunión, junio de 2014, § 246.

Y ello porque, «*si bien se niega que las Conclusiones del CEDS [...] tengan carácter vinculante para los tribunales judiciales de este país* [⁴⁶], [...] podemos admitir que [...] pueden [...] inspirar las decisiones que pueda adoptar un órgano judicial con relación a los preceptos de aquélla fijando el sentido pretendido en su ambigua redacción [...], pero [...] no parece que la cuestión deba resolverse en el sentido propugnado en las referidas Conclusiones por mor del principio de seguridad jurídica, si se tiene presente que el contrato [...] ha sido declarado constitucionalmente válido, por lo que no podemos declarar la nulidad de dicha cláusula cuando el contrato [...] se ha firmado cumpliendo la legislación vigente».

Aunque la derogación de este contrato – polémico – acaba con el problema concreto, sí que ilustra bien los errores cometidos en la materia por los tribunales nacionales, por lo que ha de servir de experiencia para mejorar la respuesta jurídica ante eventuales casos futuros. Sirve, además, para ilustrar las graves deficiencias del control de convencionalidad de órganos como la CEACR, no obstante su notable autoridad y prestigio, en la medida en que este instrumento de garantía eludió resolver de forma concreta la reclamación presentada a tal fin. También la OIT ha de mejorar sus técnicas de control, corrigiendo el exceso de autocomplacencia, y sin perjuicio de reconocer sus limitaciones intrínsecas, dada su naturaleza tripartita y la fervorosa defensa que se hace en el sector patronal de la libertad contractual en este ámbito.

3.2.2. El control judicial de la causa de despido – por razones de empresa – incorpora, en todo caso, el juicio de suficiencia, valorativa, no sólo fáctica

Mucho más éxito ha tenido, aunque tampoco resultara única o principal razón de ser de esta línea jurisprudencial nacional reactiva a la devaluación legislativa patria, la invocación de los arts. 4 y 9 del C158. Con ello se pretendía – y se logró – evitar que, en la práctica judicial, se eliminarán los juicios valorativos, finalistas o de suficiencia causal realizados por los jueces en relación a los despidos por causas empresariales (económicas, organizativas, tecnológicas, productivas o análogas), como pretenden los

⁴⁶ Tanto el TS como los Tribunales Superiores de Justicia (ITSSJ) en España – de forma análoga a como lo hace la doctrina constitucional italiana – niegan valor vinculante a la doctrina del CEDS: «España únicamente ha ratificado la Carta primitiva de Turín y el Protocolo de 1988, pero no la Carta Revisada [...], por consiguiente, no resultaría vinculante para nuestro país resoluciones como las que cita el recurrente como infringidas» (STSJ Castilla-León, 25 de marzo de 2015, rec. 60/2015).

empresarios y concedió el Gobierno español. Referencias legales que apelan «a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos», u otras análogas, implica hacer juicios de razonabilidad económica ajenos a la jurisdicción, a juicio del legislador español. En ellas se llama a “proyecciones de futuro” de difícil o “imposible prueba”, generando inseguridad jurídica y sobrecostes para el empleador – el legislador empresarial asume la crítica empresarial –, por lo que se entendió más conveniente depurar los textos de las leyes de tales contenidos subjetivos (valorativos).

La mayoría constitucional, plasmada en la citada STC 8/2015, no entendió vicio jurídico alguno en tal eliminación legislativa, que incluso consideró acertada, contando incluso con el favor del art. 9 C158, como ya vimos. Pero no por ello validó la pretensión empresarial de desligar el control judicial de juicios valorativos, para agotarlo en constatar la concurrencia de los hechos, los elementos materiales que conforman la causa. Para tal mayoría del TC la validez constitucional de tal reforma legal, en relación al art. 9 C158, residiría en la continuidad, pese a la depuración de la letra de la ley, de una facultad de control jurisdiccional pleno, sin excluir el juicio de razonabilidad del despido desde su causalidad (juicio de suficiencia causal), sí el de oportunidad empresarial, evitando injerencias debidas en la libertad de empresa (en el mismo sentido la STS 741/2018, 11 de julio). No es de la misma opinión el voto particular de esta sentencia, para el cual «*la vigente ordenación legal sobre los despidos económicos, colectivos e individuales, choca de manera frontal con preceptos del Convenio 158 OIT. Es patente la incompatibilidad de dicha ordenación con su art. 9.1*, que establece que los órganos [...] ante los que el trabajador puede recurrir [...] han de estar facultados para [...] analizar la suficiencia de la causa acreditada y [...] la proporcionalidad o ajuste entre la suficiencia de la causa acreditada y la justificación de la terminación del contrato» (voto particular a la STC 8/2015, 22 de enero).

Sin embargo, en línea con la mayoría constitucional, anticipando su posición, tanto el TS como la Audiencia Nacional (AN), prefirieron optar por una técnica de integración de la más que clara contradicción entre la norma nacional y la internacional, corrigiendo el exceso de la ley, que plantear un conflicto irreconciliable entre las normas de diversos niveles, el nacional y el internacional universal. Conviene precisar, una vez más, que no siempre el recurso a esta norma internacional sirve de garantía de efectividad del principio de suficiencia justificativa de la causa. En este sentido, el TS español mantiene algunas posiciones bastante discutibles, por restrictivas, en torno a la eficacia de este estándar internacional en el

derecho de defensa frente al despido no suficientemente justificado de modo concreto o individual. A tal fin invoca el art. 9.3 del Convenio, que considera fuente atributiva al Estado del poder de limitar el alcance del control de existencia de la causa de empresa respecto de un trabajador individual, en la medida en que suele pertenecer a la esfera de la discrecionalidad – que no arbitrariedad – del empleador la – oportunidad de – selección entre varios afectados (STS 24 de noviembre de 2015, RCUD 1681/14). Ahonda así en la línea restrictiva de la transparencia individual de la causa de despido por razones de empresa (SSTS 856/2016, 18 de octubre; 2 de julio de 2018, RCUD 2250/16, 998/2018, 29 de noviembre, etc.). En estos casos, la invocación de la norma internacional no ha servido para mejorar las garantías de defensa. De este modo, sin perjuicio de las señaladas ambigüedades interpretativas, dentro de una valoración global de la comprensión del impacto de los arts. 4 y 9 C158 favorable a su sentido garantita, vemos como los Tribunales españoles tienden a una constante invocación de tales preceptos para solidificar su control de suficiencia, pero a ese mismo resultado pueden llegar por caminos internos – constitucionales o de principios generales –, como ya se indicó. Un uso de refuerzo interpretativo, más que directo, exclusivo o determinante, que es la línea más identificable en la experiencia española, al igual que en otras europeas. Así sucederá, ya en el plano de las garantías procedimentales, con el deber de consultar a la representación laboral para proceder a un despido colectivo legítimo (art. 13 del Convenio y Recomendación n. 166 de 1982, sobre terminación de la relación de trabajo). Aunque, una vez más, la mayor intensidad de esta reinterpretación de la norma nacional conforme a un estándar internacional más exigente se vincula a la existencia de una norma comunitaria (Directiva 98/59/CE) y a una expansiva jurisprudencia del TJUE en tal sentido, las simultáneas invocaciones de diversos preceptos del Convenio n. 158 ofrecen un valor práctico innegable. Así, por ejemplo, la STS 18 de julio de 2014, rec. 303/13 invoca el art. 4 C158 para reforzar el deber empresarial de precisar criterios de selección, a fin de no vaciar de utilidad el derecho a la negociación de buena fe de las medidas (FJ Sexto, punto 3).

3.2.3. Tutela real frente a causas de despido prohibidas: un caso de éxito (garantía de indemnidad), otro de fracaso (prohibición de despedir por enfermedad)

Justamente este predominante uso del C158, no tanto como fuente directa

y principal para la decisión judicial sino más bien como instrumento útil para reforzar la aplicación de la ley nacional, aunque ni la solución traiga causa del C158 ni resulte imprescindible para lograr el mismo resultado jurídico, lo hallaremos en dos líneas de doctrina judicial españolas de mucho interés y relativas a la revigorización de sendas causas prohibidas de despido en el C158. Aunque nos parece adecuado tratarlas ambas de forma conjunta, realmente el resultado, de momento, es notablemente diferente, más bien opuesto, exitoso en un caso, fallido, a día de hoy, en otro. En primer lugar, y por exponer brevemente el caso exitoso, entiendo destacable, la evolución expansiva que ha experimentado, en el Derecho de precedentes jurisprudenciales español, una garantía que aparece innominada en el art. 5.c C158 y que en España se ha desarrollado de forma intensa, bajo la denominación de “garantía de indemnidad”. Con ella se ofrece una tutela de estabilidad real (seguridad en el empleo plena), al determinar la sanción de nulidad, con sus consecuentes garantías reforzadas (readmisión obligatoria, salarios de tramitación e indemnización adicional *ex art.* 183 LRJS), de todo despido que traiga causa de una reclamación presentada por el trabajador frente a su empleador.

El origen – constitucional, luego asumida por el TS, y desarrollado expansivamente por las doctrinas de los tribunales territoriales – es anterior al C158, pues apeló a ella la STC 11/1981 (si bien en relación a la represión por ejercer el derecho de huelga) y su fundamento jurídico es netamente constitucional (derecho a la tutela judicial efectiva *ex art.* 24 CE). Pero su actual contenido amplio no se entiende sin el refuerzo de la norma social internacional. El TC incluyó, en virtud del canon hermenéutico internacional *ex art.* 10.2 CE, la referida garantía innominada del art. 5.c C158. Los desarrollos, tanto de su ámbito subjetivo como objetivo – integra reclamaciones no judiciales –, apoyados en la garantía de inversión de la carga probatoria (el trabajador solo debe probar meros indicios, siendo el empleador el que quede obligado a probar que el despido obedece a causas justificativas, art. 96 LRJS), recientes se han producido de la mano de las doctrinas de TTSSJ y todos ellos coinciden en exaltar el valor de la referencia internacional (ej. STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife 352/2019, 8 de abril, razona, respecto del concepto normativo de la garantía de indemnidad⁴⁷).

En definitiva, se trata de una suerte de *tutela preventiva* orientada a evitar

⁴⁷ De interés también la STSJ Cataluña, 3765/2019, 12 de julio (aunque en el caso concreto desestima la existencia de indicios de la vulneración de esta garantía, así como de la prohibición de despedir por razones de enfermedad equivalente a la discapacidad).

que tengan lugar efectos disuasorios para el acceso a la justicia para el trabajador. Se refuerza de este modo también otra finalidad del C158 (art. 9): la efectividad de la tutela judicial frente a los despidos injustificados, más si se trata de despidos con causa prohibida.

Precisamente, el segundo caso de intento jurisdiccional nacional de recurrir a la norma internacional que prohíbe ciertas causas de despido, a fin de propiciar una tutela de seguridad o estabilidad real (nulidad y readmisión obligatoria, con indemnización adicional de daños, así como salarios de tramitación, se insiste), frente a la devaluación de garantías llevada a cabo para los despidos asentados en tal causa por la reforma laboral (2012), tiene que ver con el art. 6 C158. Este precepto internacional prohibiría constituir como causa justificada de despido la «ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión». Sin embargo, en virtud de los denominados despidos objetivos (vinculados a la pérdida de rendimiento del trabajador por reducción de su capacidad, no por voluntad, o a bajas intermitentes de los trabajadores en virtud de los efectos de enfermedades crónicas y duraderas, *ex art. 52.c ET*), tanto la ley como la doctrina constitucional han creado un caldo de cultivo favorable a que la enfermedad y sus bajas asociadas se convierta en una causa recurrente de despido en España. A menudo tales despidos son declarados improcedentes, esto es, sin causa justa, pero con ello no se evitan los despidos, solo se monetiza la salud de las personas, en favor del rendimiento productivo y de las razones de productividad empresarial.

Reaccionando contra ese estado de cosas, varios juzgados de instancia social tomaron la decisión de corregir tal situación, para lo que invocaron tanto el art. 6 C158 como las normas comunitarias prohibitivas de los despidos basados en la discapacidad. En España, al igual que en el resto de países de la Unión Europea, dado que es una construcción asumida por el TJUE, se asume la diferencia entre “enfermedad” y “discapacidad”. El despido basado en la primera podría estar injustificado, sino se prueba una causa objetiva, no la mera ausencia de salud de la persona trabajadora, pero daría lugar a la indemnización – el empleador elegirá si readmite o indemniza, a su voluntad, sabiendo que si no readmite se ahorrará los salarios de tramitación, un fuerte incentivo a no readmitir –, mientras que el basado en la segunda sería discriminatorio, por lo que se calificaría como nulo. Pues bien, este puñado de sentencias de instancia social no obtuvo éxito con su invocación del art. 6 C158, siendo revocadas en todos los casos por los Tribunales Superiores de Justicia, como sucediera con las sentencias que pretendieron hacer primar el límite de la razonabilidad del periodo de prueba sobre la libertad legislativa (ej. STSJ Cataluña 4753/2014, 1 de julio). Se repite la historia, perdiendo la partida judicial

los niveles más proclives a la primacía de la norma internacional.

Cierto, esta batalla judicial por corregir tan pernicioso estado de cosas implicó algunos cambios de estado del arte jurisprudencial en la materia, por cuanto se consiguió crear una nueva categoría intermedia, las enfermedades asimiladas o equivalentes a la discapacidad, que sí dan lugar, en caso de estar en la base de un despido, a la nulidad (estabilidad real). En unos casos se declarará la nulidad, si concurre tal causa asimilada a la discapacidad, y en otros no, si la enfermedad que está en la base de la decisión empresarial de despido no es de incierta y larga duración⁴⁸. Sin poder entrar ahora en el fondo de esta interesante doctrina (reafirmada pero complicada al mismo tiempo por la reciente STJUE 11 de septiembre 2019, C-397/18, *Nobel Plastiques*), lo que ahora interesa reseñar es que el efecto garantista, si bien modulado o parcial, no se ha debido a la norma de la OIT, sino al Derecho de la UE. Ahora bien, sí se ha establecido una tendencia a referirlas conjuntamente a fin de reforzar su vigencia mutua, aun sin conseguir en muchos casos ese efecto de estabilidad real perseguido (ej. STSJ Galicia 26 de julio de 2019, rec. 2124/2019).

3.3. De la “liberalización” de las causas a la “devaluación” de los costes del despido: los intentos por hacer del Convenio OIT n. 158 un dique de contención

3.3.1. Las iniciativas judiciales para corregir las leyes españolas de reducción del coste del despido: otra historia de fracaso, de momento

La crítica empresarial explícita al modelo de protección frente al despido injustificado *ex C158*, implícitamente acogida por varias reformas laborales recientes, desde luego la española, pero también otras (francesas, italianas, irlandesas, portuguesas, griegas, etc., tras la crisis de 2008), no solo apuntaba a la eliminación de la inseguridad jurídica generada por la – pretendida – rigidez de las causas y de su control judicial – invasivo de la libertad de empresa –, también directamente a sus costes. Por eso, una línea de tendencia común a todos esos procesos de reforma es la rebaja del derecho indemnizatorio previsto como principal remedio frente al

⁴⁸ Para un reciente resumen de doctrina jurisprudencial – constitucional, ordinaria, comunitaria – de interés la STSJ Galicia, 592/2019, 19 de julio y la STSJ Andalucía\Sevilla 5 de abril 2018 (rec. 1184/2017).

despido injustificado (arbitrario), afectando a sus diversas componentes y según las tradiciones y experiencias de cada país. En España, la reforma de 2012 afectó a ese coste de múltiples modos, uno de ellos directo, con la rebaja de la indemnización por despido improcedente de 45 a 33 días de salario por año de servicio prestado. Otros más indirecto y alambicado, pero muy importante: la eliminación de los salarios de tramitación para el caso en que, declarado improcedente (*sin causa justa*) el despido, el empleador opte por indemnizar.

Naturalmente, una rebaja de las garantías de seguridad económica de este tipo frente a los despidos sin causa no podía dejar indiferente. De nuevo, ciertos jueces de instancia social apelaron a la norma internacional para corregir esta regresión. Y, una vez más, fracasaron ante la rigidez de la doctrina constitucional, ajena, al menos en sus decisiones mayoritarias – siempre con fundados votos particulares de gran solvencia jurídica, pero escaso éxito práctico –, a la pujanza garantista que los niveles jurisdiccionales inferiores hallaron en el C158, al que infundieron una nueva primavera garantista frente al invierno regulador nacional. De nuevo el TC, erróneamente, se erigió en decisor del juicio de convencionalidad *ex art. 10 C158* (aunque, como vimos, este juicio no le corresponda al TC, sino a la jurisdicción ordinaria). A su entender la ley nacional que reduce el coste del despido arbitrario, eliminando los citados salarios de tramitación para los supuestos en los que el empleador opte por la extinción del contrato en el supuesto de despido improcedente (se mantienen si opta por la readmisión o el despido es nulo: arts. 56.1 ET y 110.1 LRJS), no choca con el art. 10 del Convenio.

Al respecto, recordará el TC la amplísima libertad de opción legislativa que tal precepto internacional concede, según se indicó. En consecuencia, si cabe en la lógica del Convenio de la OIT la libre opción por la readmisión o la indemnización, se ejercería una libertad de elección entre vías distintas de garantía que también implicarían consecuencias diversas. Ni la norma internacional ni la norma constitucional relativa a la igualdad de trato quedarían en entredicho por tal decisión legislativa, al mediar criterios de objetividad y razonabilidad que justificaría la diferencia de tratamiento en un caso (readmisión) y otro (indemnización). Tampoco quedaría menguado el nivel de exigencia del art. 10 C158, que califica la protección económica o de seguridad económica como “adecuada”, en la medida, una vez más, en que la propia norma internacional no delimitaría estrictamente el nivel de intensidad de esa protección. Más aun, ni siquiera sería exigible la indemnización si media otras formas de reparación (ej. seguro).

Aunque no le faltan razones al TC español para alcanzar una conclusión

de este tipo, dada la extrema flexibilidad de esta norma internacional, no por ello cabe descartar, sin más, otros argumentos que bien podrían haber conducido a la solución contraria. Precisamente, es en este ámbito – garantías de protección indemnizatoria adecuada – donde otras experiencias judiciales vecinas a la española, presentan prácticas mucho más abiertas en esta pugna entre la norma de garantías sociales internacional y la norma de devaluación de costes laborales nacional. Si estas asumen y promueven un modelo de crecimiento económico y de obtención de la ventaja competitiva muy discutible, como es el basado principalmente en la rebaja de costes laborales, con la consiguiente desprotección de la seguridad económica de las personas trabajadoras injustamente despedidas, la norma internacional lo cuestiona.

3.3.2. La ilegitimidad constitucional de los sistemas de indemnizaciones cerradas: el caso exitoso italiano

En el ámbito de la experiencia jurídico-laboral italiana, destaca la [Sentencia de su Corte Constitucional n. 194/2018](#)⁴⁹. En ella se declara la ilegitimidad constitucional del art. 3.1, del Decreto Legislativo 23/2015 (conocida *Jobs Act*) – modificado en 2018 –, en el que se establecía, en síntesis, un sistema de indemnizaciones tasadas y diferenciadas según la fecha de contratación (*célebre contrato de trabajo basado en un sistema de tutela indemnizatoria creciente*). Sin poder entrar en un mínimo detalle de los razonamientos de tan relevante sentencia constitucional, en lo que concierne de manera estricta al objeto de este estudio, lo más destacado de la decisión constitucional italiana es que responde a una triple revalorización del sentido del límite jurídico frente al legislador.

De un lado, reemerge el primado de la razón social que anida en el derecho social fundamental al trabajo, en sí mismo considerado y como una forma de manifestación del derecho al pleno desarrollo de la personalidad humana (arts. 4 y 35 de la Constitución Italiana). Una clave valorativa esencial en el esquema de la protección del Convenio OIT n. 158. De otro, la reclamación de una mayor atención, tomada en serio, a la necesidad de que la indemnización por despido no se de cualquier entidad decidida por el legislador, sino que resulte adecuada a los daños y perjuicios realmente causados, así como a un efecto disuasorio de las medidas compensatorias. En cierta medida subyace la clásica idea del

⁴⁹ Un comentario sintético, pero preciso, en M. CHIODI, [*La sentenza della Corte Costituzionale n.194/ 2018: contenuto, natura ed effetti*](#), en [*Lavoro Diritti Europa*, 2019, n. 1](#).

despido como ultima ratio, que debe primar formas de gestión propias de la flexibilidad interna (devaluación de condiciones de trabajo en situaciones de crisis o dificultades de empresa) frente a la externa (despido). Finalmente, para llevar a cabo esa relectura, una clave fundamental es la reinterpretación de las normas nacionales conforme a las internacionales (arts. 3, igualdad, 4, derecho al trabajo, 76 y 117, «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali», de la Constitución italiana en relación con el art. 24 de la Carta Social Europea).

El resultado será la ilegitimidad constitucional de un sistema uniforme indemnizatorio, que deberá ser sustituido por otro de personalización del daño real sufrido por el despido al que se ve sometido por decisión empresarial. Así⁵⁰: «All'interno di un sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell'impresa, la discrezionalità del giudice risponde, infatti, all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore, pure essa imposta dal principio di egualanza. La previsione di una misura risarcitoria uniforme, indipendente dalle peculiarità e dalla diversità delle vicende dei licenziamenti intimati dal datore di lavoro, si traduce in un'indebita omologazione di situazioni che possono essere – e sono, nell'esperienza concreta – diverse».

Como puede verse, la opción del máximo intérprete constitucional italiano se sitúa en las antípodas de lo que reclama la crítica empresarial: se abre la veda a la inseguridad jurídica, a las notables diferencias indemnizatorias, a la imprevisibilidad de costes del despido, etc. Aquí la certidumbre sobre el coste sí se torna exigencia de rigidez reguladora (uniformidad). En cambio, para la Corte, el imperativo constitucional de justicia social resarcitoria por despidos (injustos) sacrificaría, y no viceversa, la seguridad jurídica y, con ello, la certeza sobre el cálculo económico tan ansiado por los empleadores y asumido históricamente por la norma laboral, cómoda con el sistema de indemnizaciones tasadas, tiene la desventaja de la escasez de la cuantía, pero la ventaja de que no requiere prueba del daño real. El equilibrio del sistema de protección pasaría, pues, por la garantía de una indemnización “adecuada” a la entidad real del daño sufrido por la terminación unilateral de la relación de trabajo, a decisión del empleador,

⁵⁰ «Dentro de un sistema equilibrado de protecciones, ponderado con los valores de la empresa, la discrecionalidad del juez responde, en efecto, a la necesidad de personalización del daño sufrido por el trabajador, también impuesto por el principio de igualdad. La previsión de una medida resarcitoria uniforme, al margen de las peculiaridades y de las diversas vicisitudes concurrentes en los despidos ordenados por el empleador, se traduce en una homologación indebida de situaciones que pueden ser – y son, en la experiencia práctica – diferentes».

así como útil de desplegar un efecto disuasorio en el empleador⁵¹. Ciento, aquí no se recurre al Convenio OIT n. 158, sino al art. 24 CSE revisada. No será por falta de oportunidad, en la medida en que el Tribunal que remitió la cuestión de legitimidad constitucional (el Tribunal de Roma) sí invocó el Convenio. Pero la Corte Constitucional italiana rechazó este canon de constitucionalidad, porque Italia no lo ha ratificado, como se evidenció ut supra: «Questa convenzione internazionale, che ha vocazione costituzionale, nello spirito dell'art. 35, terzo comma, Cost., non è stata ratificata dall'Italia, pertanto non è da ritenersi vincolante, né può integrare il parametro costituzionale evocato, poiché l'art. 117, primo comma, Cost., fa riferimento al rispetto dei “vincoli” derivanti dagli “obblighi internazionali”».

Sin entrar ahora en mayores consideraciones sobre esta posición hermenéutica, sí es oportuno recordar la crítica más arriba efectuada al excesivo optimismo de los órganos de control de cumplimiento del Convenio OIT n. 158, entusiastas con el pretendido uso del mismo en el seno de los Tribunales de Justicia de todo el mundo, sean o no sus países ratificadores de aquél, a modo de principios de equidad universal en el tratamiento del despido. Ya vemos que la Corte Constitucional italiana, aun en una sentencia proclive a relecturas sociales frente a las leyes liberalizadoras (*prima el derecho al trabajo como un derecho fundamental, inherente a la dignidad y libertad de la persona humana*), en modo alguno se siente concernida por esa visión universalista del Convenio. Sin ratificación, no hay obligación estatal, tampoco empresarial.

En cambio, recurrirá como parámetro de control de legitimidad constitucional de la ley enjuiciada el art. 24 CSE revisada, pues Italia, a diferencia de España, sí la ha ratificado. Como se recordará, este precepto establece que, a fin de garantizar la efectividad del derecho de las personas trabajadora a protección en caso de despido, los Estados se comprometen a tres obligaciones básicamente. De un lado, a reconocer: «a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas

⁵¹ Por eso concluye: «un “importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio”, non realizza un equilibrato componimento degli interessi in gioco: la libertà di organizzazione dell’impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall’altro. Con il prevedere una tutela economica che può non costituire un adeguato ristoro del danno prodotto, nei vari casi, dal licenziamento, né un’adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare ingiustamente, la disposizione censurata comprime l’interesse del lavoratore in misura eccessiva, al punto da risultare incompatibile con il principio di ragionevolezza. Il legislatore finisce così per tradire la finalità primaria della tutela risarcitoria, che consiste nel prevedere una compensazione adeguata del pregiudizio subito dal lavoratore ingiustamente licenziato».

en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio». De otro, a reconocer igualmente «b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una *indemnización adecuada* o a otra reparación apropiada». Finalmente, se comprometen también a garantizar «que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial».

Como puede comprobarse el contenido del art. 24 CSE es sustancialmente idéntico a las obligaciones análogas previstas en el C158, siendo el tenor literal de ambas garantías, en especial, por lo que aquí interesa, la relativa a una indemnización adecuada, un calco del art. 10 C158. Ya tuvimos la oportunidad de recordar que el contenido de la CSE revisada procede estrictamente de la integración en el mismo de la norma social internacional, dando fin a una laguna histórica de la considerada auténtica Constitución Social Europea. Parece claro, pues, que la interpretación – expansiva – que del mismo se haga tiene plena validez y total eficacia en relación a la comprensión del art. 10 C158, pese a contar con órganos de control e interpretación diversos, si bien ambos inspirados en una lógica de garantías y en criterios de hermenéutica expansiva. Será esa interpretación expansiva del Comité Europeo de Derechos Sociales la que seguirá la Corte Constitucional italiana, pese a no considerar que su doctrina tenga valor jurisdiccional propiamente y por tanto no es directamente vinculante, pues sí que resulta útil como criterio interpretativo, aun no fuente directa (su Sentencia 120/2018, reconoce su autoridad interpretativa, pese a no ser directamente vinculantes).

A tal fin, cita expresamente la decisión del CEDS adoptada en la queja colectiva n. 106/2014 (Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales contra Finlandia). En ella se concluye que la indemnización es adecuada cuando la compensación tanto sirve para atender de manera razonable el perjuicio concreto sufrido por el trabajador despedido sin causa justa cuanto para disuadir al empleador de decisiones de despido arbitrarias. Por lo tanto, la adecuación deberá vincularse a este doble parámetro:

- a) la congruencia con los daños reamente sufridos por sufrir un despido injusto;
- b) la capacidad de desplegar un razonable efecto disuasorio para prevenir decisiones de este tipo en el futuro.

La Corte constitucional italiana termina reconociendo expresamente la inspiración del art. 24 CSE en el Convenio OIT n. 158. Aquí debemos pararnos en el análisis de esta interesante sentencia, por razones de limitación espacial. No sin antes insistir en la centralidad que tiene más allá del caso concreto para abrir un nuevo tiempo de puesta en cuestión, conforme al juicio de convencionalidad, la validez y eficacia de aquellas

leyes que se orientan por reglas y principios basados única o principalmente en razones económicas (productivas). Sin duda la crítica empresarial se cebará con esta decisión, en la medida en que representa lo contrario a lo que postulan. No por casualidad son estas resistencias empresariales las que dificultan aun hoy la ratificación por España de la CSE revisada, y por Italia del Convenio OIT n. 158, aunque se pueda llegar a resultados análogos por una u otra vía. La integración de la doctrina expansiva de los órganos de control del cumplimiento de estos instrumentos internacionales también es una clave fundamental para el éxito de este relectura de las leyes nacionales a través de los modernos sistemas de protección multinivel de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Precisamente, la patronal internacional también dirigió sus críticas directamente a la CEARC, por propiciar lecturas expansivas del Convenio OIT n. 158.

3.3.3. La batalla judicial por el derecho a una indemnización adecuada de terminación de la relación de trabajo sin justa causa en Francia: un ejemplo de Resistencia

Tratándose de un problema global, máxime en un espacio común de cultura jurídica y social, también civil, el de la Unión Europea, esta misma batalla jurídica por la última palabra en relación al derecho a una indemnización adecuada por el despido injusto, conocerá también otros frentes. Ahora nos referimos a la experiencia francesa. Esta no es tan halagüeña como la narrada para Italia, dado que la Corte de Casación francesa parece inclinarse a favor de la soberanía nacional representada en la ley – de rebajas – en detrimento del imperio de las normas internacionales. Sin embargo, su posición conoce de férreas resistencias judiciales.

En efecto, en la convicción de que en el actual mundo globalizado e integrado debe predominar un modelo de control difuso de la legitimidad supra-legal de las leyes (típico de la cultura anglosajona), en vez del más tradicional concentrado en un órgano único (propio de la cultura jurídica continental), los diversos niveles inferiores de la jurisdicción social tienden a no plegarse a los dictados de sus jerarquías jurisdiccionales si entienden que sus doctrinas no son acordes con los estándares internacionales que rigen, como normas de Derecho interno, en su país. El juicio de convencionalidad, para imponer el orden de la norma internacional, primaria, incluso frente al imperio de la ley nacional, se abre camino por doquier. Precisamente, en lo que concierne a las indemnizaciones tasadas

por despido injusto o abusivo («plafonnement des indemnités pour licenciement abusif»), decenas de fallos o pronunciamientos de los *Conseils de Prud'hommes*, así como de diversos Tribunales de Apelación, defendieron desplazar la norma interna por la internacional (art. 10 C158 en relación al art. 24 CSE revisada). La razón, por enésima vez, es la pérdida de garantías del pasado, suprimidas por reformas de austeridad y productivismo nacionales (art. L1235-3 del *Code du travail*), en este caso la conocida como la “escala Macron” (los daños se tasan entre uno y veinte meses de salario bruto, de acuerdo con la antigüedad y el tamaño de la empresa).

Sin embargo, la Corte de Casación francesa, en una decisión no jurisdiccional, por tanto no vinculante, sino a través de una opinión emitida en consulta, con la autoridad que ello tiene, decidió la conformidad de tal escala indemnizatoria con el Convenio de la OIT (opiniones de 17 de julio de 2019, n. 1512 y n. 1513)⁵². No obstante, el Tribunal de Apelación de Reims (cap. Empresa, 25 de septiembre de 2019, n. 19/00003), ha entendido que, si bien es cierto que, siguiendo la doctrina de la Corte de Casación francesa, el sistema escalado no ha de tenerse como disconforme, en sí mismo, a la norma internacional, sí que puede llegar a serlo, en cada caso concreto, si se constata judicialmente, mediante la correspondiente prueba, un efecto nocivo desproporcionado en los derechos económicos de las personas trabajadoras despedidas. Consecuentemente, se asumiría también, como en la causa, un juicio concreto de proporcionalidad o razonabilidad, atendiendo, como en última instancia asumiría la citada Corte Constitucional italiana, a un principio de personalización ad caso de la reparación. El control de convencionalidad propio de la jurisdicción ordinaria no puede prescindir de evaluar, pues, si la escala indemnizatoria tasada, conlleva sacrificios o cargas desproporcionadas en el caso concreto, lo que exigirá, lógicamente, hacer análisis costes/beneficios de la medida, tanto para el empleador como para el trabajador (balance de los costes globales del despido).

Naturalmente, el Tribunal, insistirá que en tal – mutado – modelo, el resarcimiento ya no puede ser automático, debiendo ser el trabajador el que inste ese juicio de conformidad con el sistema internacional de indemnización adecuada – aunque debe recordarse que la CEACR si ha aceptado que se fije mediante sistemas objetivados, por tanto, tasados –, probando que, en su caso, se han producido daños mayores que los resarcidos por el sistema legal tasado. El juez no está obligado de oficio a

⁵² Vid. T. COUSTET, *Le barème Macron est conforme aux accords internationaux, selon la Cour de cassation*, en *Dalloz Actualité*, 18 julio 2019.

establecerlo. El Tribunal prefigura o conforma, así, una profunda brecha en el sistema, pues queriendo fijar una posición transaccional, intermedia, entre la mecánica de la Corte de Casación, y la plenamente abierta de la personalización generalizada de la indemnización, crea una notable incertidumbre, abocando la solución al casuismo. Pero esto es lo que quieren evitar los legisladores, en línea con lo que demandan los empleadores – seguridad jurídica y rigidez indemnizatoria (previsibilidad del cálculo) –, pues encarece el despido como técnica normalizada de gestión adaptativa a las necesidades cambiantes⁵³.

Todo un ejemplo, pues, de nueva “resistencia jurídica” a la colonización o invasión de un espacio de regulación de derechos sociales fundamentales por la lógica económica pura. No creo que la suerte esté echada. Veremos el desenlace final, si es que hoy existe esta clave, en un mundo “líquido” en el que todo, como el río de Heráclito, fluye, nada permanece quieto, más ante la complejidad del contemporáneo sistema de protección multinivel de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, con su ventajas (inamismo) e inconvenientes (imprevisibilidad de las decisiones)⁵⁴.

4. Observaciones finales: ¿revisión o revalorización?

Pese a tratarse de un Convenio sobre un tema absolutamente nuclear en las relaciones de trabajo, el bajo número de ratificaciones, la elevada frecuencia de exclusiones (art. 2) y la significativa flexibilidad tanto en sus métodos de aplicación como en sus garantías, hace que permanezcan constantes, e incluso se agraven en épocas de crisis económica y de empleo, las preocupaciones para la vigencia real de este sistema complejo de garantías (liberales y sociales; procedimentales o reflexivas; sustantivas y formales: causa, reparación, etc.) de protección frente al despido. Asimismo, aunque, como resaltan los diversos órganos de la OIT una y otra vez, tales garantías conforman un orden de equilibrio transaccional bien construido entre los intereses del empleador y los intereses del trabajador, el desencuentro de posiciones es total. De ahí que no haya sido posible hasta el momento proponer revisión alguna.

Tradicionalmente ese equilibrio (que tiene una fuerte componente jurídica: protección tanto del derecho al trabajo – seguridad en el empleo – como

⁵³ Vid. T. COUSTET, [Barème Macron: la cour d'appel de Reims ouvre une brèche](#), en [Dalloz Actualité](#), 26 septiembre 2019.

⁵⁴ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 696 ss.

de la libertad de empresa – valor de la flexibilidad de gestión –, ambos componentes del interés social al mayor volumen de empleo posible, también de calidad) se ha articulado básicamente en relación a la causa. Aunque se suele poner énfasis en la dimensión garantista de este principio, por tanto a favor de la tutela de las razones de la persona del trabajador, en realidad ha venido sirviendo también bien, pese a las críticas continuadas de rigidez, a las razones de empresa. La filosofía del Convenio atiende claramente al imperativo de productividad inherente al principio de sostenibilidad mercantil de las empresas. De ahí que la causa se dé no solo en relación a la conducta y capacidad de las personas trabajadoras, sino al rendimiento o utilidad económica del trabajo, de ahí que no sólo las crisis graves de empresa den lugar a la causa extintiva, sino también las dificultades o necesidades de funcionamiento sostenible. La eliminación de toda exigencia de intervención de autoridad pública en sentido decisorio, a favor de soluciones dialogadas, lejos de resultar un factor de rigidez constituye una garantía de gestión anticipada e inteligente.

Nada hay, pues, rígido en la regulación del Convenio, dado que se articula sobre una constante gama de opciones de regulación legislativa, a fin de favorecer las adaptaciones a las tradiciones y experiencias socio-laborales de cada Estado, siempre que se respeten, claro, los principios básicos que lo inspiran y que se reducen a la exigencia de una justa real y seria. Ni la exigencia de causa justificativa ni la garantía de control judicial de suficiencia de aquella son entendidas de forma unilateral, sino como estricta racionalidad jurídica y económica de todo el sistema. De ahí que los Tribunales, como ilustra bien el caso español, hayan seguido anclando su práctica sobre las pautas de equilibrio del sistema, pese a que el legislador ha querido dar un giro en tal enfoque, eliminando todo elemento de juicio valorativo distinto a la verificación fáctica de las causas de despido, cada vez más envueltos en – pretendidos – automatismos, a fin de facilitar el control, liberalizando la causa y mejorando la previsibilidad de la decisión.

Pero ni siquiera este imperativo de causalidad razonablemente justificada se concibe de forma rígida. Solo un puñado reducido de causas es prohibitivo del despido, sin que en ningún caso sea impuesto un modelo de estabilidad real, permitiéndose generalizar el modelo de estabilidad obligacional (tutela débil o monetizada). Precisamente, también en relación a esta vía de tutela monetaria de la pérdida – arbitraría – del empleo por iniciativa del empleador el Convenio OIT n. 158 ha querido construir un marcado equilibrio. Ni la indemnización prevista como garantía normalizada es obligada en todos los casos, bastando con que

medie una forma de aseguramiento (seguro de empleo), facilitando su socialización, ni es incompatible con él un sistema de indemnización tasada.

También en esta cualidad ha venido centrándose – pese a la persistente, e irracional, crítica empresarial – una de las virtudes más relevantes del sistema para los empleadores: la seguridad jurídica que le proporciona la tasación indemnizatoria, salvo casos de despidos con violación de los derechos fundamentales, facilitando la previsibilidad de su coste – incluso aunque fuese declarado improcedente – y también desincentivando la conflictividad, mayor sin duda cuando hay expectativas de una mayor indemnización si depende de decisiones judiciales⁵⁵. Naturalmente, lo que se gana en seguridad jurídica – para los empleadores, si bien los trabajadores tienen la ventaja de no tener que probar los daños, facilitando que se alcance un cobro más inmediato, aún reducido también –, se pierde en equidad. Queda claro que hay situaciones en las que los daños creados por decisiones de despido, sobre todo si son injustas – sin causa racional – superan con creces la tasación legal.

Precisamente, respecto de esta cuestión parece haberse abierto varias brechas en diferentes países europeos, que han puesto en cuestión el sistema de indemnizaciones tasadas. Y ello por no responder al equilibrio de finalidades básicas que a tal derecho de seguridad económica tiene le atribuido, tanto por las normas internacionales como por la interpretación de sus órganos de control. Si la cuantía fijada, a la baja en las sucesivas reformas legales – España, Italia, Francia, etc. –, busca garantizar que sea viable el ajuste empresarial (fiel de la balanza correspondiente a la razón de empresa), tiende a alejarse de las otras dos:

- la reparación de daños por despido arbitrario en cuantía coherente con el mismo – cualidad de adecuada –, exigido por el fiel de la balanza de la razón protectora de las necesidades del trabajador, de un lado;
- el efecto disuasorio de decisiones basadas en la arbitrariedad, imperativo del interés social en juego (razón de protección del empleo), de otro.

Esta necesidad de recuperar el equilibrio subyace a la decisión constitucional italiana, ilegitimando el sistema de contratos con indemnizaciones a escala creciente pero estándar, como está presente tal requerimiento – típico del sentido del límite jurídico – en la corriente judicial francesa que trata de asentar ese mismo modelo en atención a la primacía de la norma internacional. Vuelven a converger, pues, varios

⁵⁵ Que el sistema de indemnización tasadas debe tenerse como «un valor digno de ser preservado» en P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, *op. cit.*, p. 409.

años después, la norma social europea – art. 24 CSE revisada – y la norma social universal – art. 10 C158 –, habiendo sido esta inspiración de aquélla. Aunque en España no ha habido movimiento judicial de este tipo, no es impensable, a juzgar por otras experiencias (razonabilidad causal, periodo de prueba, etc.).

Naturalmente, estas corrientes de política jurisprudencial del derecho a la protección frente al despido se mueven en un sentido contrario al de las políticas del derecho legislado, así como de las propuestas de la contemporánea ciencia económica, que buscan modelos de mayor eficiencia, en línea con lo experimentado por determinados países. Países que no tienen ratificado, lógicamente, el C158 y que lucen exitosos en la protección del empleo, si bien bajo fórmulas más dinámicas (“flexi-seguras”), como Suiza, Austria, Dinamarca, etc. De ahí que, por doquier, se propongan alternativas al sistema convencional C158. El acento no se pondría en la conservación del puesto, sino en la promoción de oportunidades, ocupacionales y de garantía de ingresos, para que se mantenga una relación de empleabilidad continuada, optimización de los períodos de transición entre unos empleos y otros: reducción al mínimo de los tiempos de inactividad, siempre bajo cobertura prestacional y de formación profesional. Asimismo, frente al pago inmediato de indemnizaciones a la finalización, se favorecería unos modos de cumplimiento de la obligación basado en la creación de fondos capitalizados, a fin de favorecer la decisión de gestión empresarial sin eliminar el derecho resarcitorio.

Por supuesto, la OIT no permanece ajena a esa evolución. Y en sus múltiples estudios, informes, notas, etc. al respecto, tiende a hacer balance del impacto económico del C158. Al respecto, concluye que no hay evidencias suficientes sobre la superioridad, en términos de eficiencia, de unos modelos sobre otros. Por lo tanto, no es la evidencia científica lo que tiende a promoverlos, sino el juego de poderes político-económicos. Además, parece claro que, bien entendidos: «la flexibilidad y la seguridad no son conceptos opuestos, sino complementarios, cuyo fundamento se encuentra en un nivel de protección adecuada que mantenga el bienestar social y refuerce el comportamiento eficaz de las empresas. En este sentido, las disposiciones del Convenio no son restrictivas, sino que establecen una base mínima común para adoptar una legislación sobre protección del empleo que no comprenda umbrales cuantitativos»⁵⁶.

En definitiva, una vez más, la solución no está en más desregulación, sino

⁵⁶ Vid. OIT, [Nota sobre el Convenio n.º 158 y la Recomendación n.º 166 sobre la terminación de la relación de trabajo](#), cit., p. 29.

en volver a la arena político-jurídica y restablecer el equilibrio entre fines y medios, teniendo en cuenta que la norma laboral debe atender a la función distributiva (protección) tanto como a la productiva (rendimiento). Hoy la segunda tiende a imponerse a la primera. Por eso, «recuperar el espíritu de la Declaración de Filadelfia» es reponer la economía (eficiencia) al servicio de la justicia social (dignidad humana y bienestar social⁵⁷). En ese camino de progreso, preservar los trazos del delicado equilibrio afanosamente construido por el C158 en cada tiempo histórico – el nuestro debe ser digitalmente responsable – constituye una necesidad de validez inmarcesible.

5. Bibliografía

- ALDE, [Estabilidad en el empleo y protección del trabajador en el caso de despido: el marco jurídico europeo y propuestas de debate para posibles nuevas reformas en España](#), Hay Derecho, 2016
- ALONSO OLEA M., *Sobre la forma de despido en relación con el Convenio de la OIT, núm. 158 (Ginebra, 1982), sobre la terminación de la relación de trabajo*, en *Documentación Laboral*, 1986, n. 20, pp. 43-50
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO A., [Informe sobre la regulación del despido en Europa](#), en *Temas Laborales*, 2009, n. 99, pp. 259-297
- CHIODI M., [La sentenza della Corte Costituzionale n.194/ 2018: contenuto, natura ed effetti](#), en [Lavoro Diritti Europa, 2019, n. 1](#), pp. 1-10
- COUSTET T., [Barème Macron: la cour d'appel de Reims ouvre une brèche](#), en [Dalloz Actualité](#), 26 septiembre 2019
- COUSTET T., [Le barème Macron est conforme aux accords internationaux, selon la Cour de cassation](#), en [Dalloz Actualité](#), 18 julio 2019
- CRUZ VILLALÓN J., *La regulación del despido en Europa*, Tirant lo Blanch, 2012
- [El secreto del mercado laboral más eficaz del mundo: producir menos universitarios](#), en *Prevención Integral*, 12 octubre 2019
- GARCÍA NINET J.I., *El Convenio 158 OIT sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y su cumplimiento por España*, en [Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2015, n. 117](#), pp. 39-73
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI P., *El coste del despido*, Lex Nova, 2014

⁵⁷ *Vid.* A. SUPIOT, [Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008](#), cit., pp.174-175.

- HOFER H., SCHUH U., WALCH D., *Effects of the Austrian Severance Pay Reform*, Austrian Center for Labor Economics and the Analysis of the Welfare State, 2011
- ILO, OECD, WORLD BANK, *G20 Labour Markets in 2015: Strengthening the Link between Growth and Employment*, 2015
- LYON-CAEN G., *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, 1995
- MELLA MÉNDEZ L., *El impacto de los convenios de la OIT sobre retribución, tiempo de trabajo, seguridad y salud y terminación del contrato en el derecho español: puntos críticos*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 434, pp. 57-95
- MONEREO PÉREZ J.L., *Artículo 30. Protección en caso de despido injustificado*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Comares, 2012
- MURO I., *¿Desempleo masivo en la próxima crisis? Por favor, otra vez, no*, en *Economistas Frente a la Crisis*, 2 junio 2019
- OIT, *Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, 2019
- OIT, *Aplicación de las normas internacionales de Trabajo, 2018. Informe III (Parte A)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018
- OIT, *Instrumentos sobre despido. Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166)*, TMEE/C.158-R.166/2011, 2011
- OIT, *Informe final. Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y de la Recomendación correspondiente (núm. 166)*, TMEE/C.158-R.166/2011/2, 2011
- OIT, *Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo*, 2009
- OIT, *Protección contra el despido injustificado. Informe III (Parte 4B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 82^a Reunión, 1995
- OIT, *Estudio general de los Informes relacionados con la Recomendación sobre terminación de la relación de trabajo*, 1963
- ROJAS MIÑO I., *La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido*, en *Ius et Praxis*, 2014, vol. 20, n. 1, pp. 91-122
- SALCEDO BELTRÁN M.C., *Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 434, pp. 153-188

SAN PEDRO CORRAL M., *Convenio 158 OIT. Comentarios a los artículos 1 y 7*, en *Actualidad Laboral*, 1987, n. 1, pp. 241-246

SCHWAB K. (ed.), [The Global Competitiveness Report 2017-2018](#), World Economic Forum, 2017

SUPIOT A., *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010

SUPIOT A., [Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008](#), en [Revista Internacional del Trabajo](#), 2010, vol. 129, n. 2, pp. 165-177

UGT, ["La mochila austriaca". Qué es y qué efectos tiene](#), 2019

VALDÉS DAL-RÉ F., *La flexibilidad del mercado de trabajo. Teoría e Ideología*, en J.J. CASTILLO (ed.), *El trabajo del futuro*, Editorial Complutense, 1999

Convenios fundamentales

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre el trabajo forzoso 1930 (núm. 29)

Josune LÓPEZ RODRÍGUEZ*

RESUMEN: El trabajo forzoso u obligatorio ha estado presente a lo largo de la Historia y, en la actualidad, sigue constituyendo un problema alarmante a nivel mundial. En 1930, la OIT aprobó el Convenio 29 sobre el trabajo forzoso, un instrumento fundamental en la lucha contra este fenómeno. Partiendo de estas premisas, el objetivo del presente estudio radica en analizar el alcance del Convenio 29, prestando atención, asimismo, a su actualización mediante la aprobación del Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, de 1957, y el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso.

Palabras clave: OIT, Convenio 29, trabajo forzoso u obligatorio, Protocolo 2014.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Análisis del Convenio 29 sobre el trabajo forzoso. 2.1. Aproximación a los antecedentes. 2.2. Alcance del Convenio 29. 2.3. Actualización del Convenio 29: el Convenio 105 y el Protocolo 29. 3. A modo de conclusión. 4. Bibliografía.

* Profesora Doctora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto e investigadora del grupo de investigación reconocido por el Gobierno Vasco Cooperativismo, fiscalidad, fomento, relaciones laborales y protección social.

Forced Labour Convention 1930 (No. 29)

ABSTRACT: Forced or compulsory labour has existed all throughout History and, nowadays, it is still a serious problem around the world. In 1930, the ILO approved the Convention 29 concerning forced labour, an essential instrument regarding the fight against this phenomenon. From these premises, the main purpose of this study consists in analysing the scope of the Convention 29, paying attention also to the update of the Convention by means of the approval of the Convention 105 concerning the abolition of forced labour, of 1957, and the Protocol of 2014 to the Forced Labour Convention.

Key Words: ILO, Convention 29, forced or compulsory labour, Protocol of 2014.

1. Introducción

El trabajo forzoso es un fenómeno que, de una forma u otra, ha estado presente a lo largo de toda la Historia. Si bien pudiera pensarse, en un principio, que la expresión “trabajo forzoso u obligatorio” se corresponde con épocas pasadas, las cifras sobre su situación actual demuestran que este viejo fenómeno sigue subsistiendo de manera alarmante. En concreto, la OIT y la Walk Free Foundation calculan que, en el momento presente, alrededor de 24,9 millones de personas son víctimas de trabajo forzoso en el mundo¹.

Sin duda alguna, estos datos evidencian que la actuación internacional promovida hasta ahora para prevenir y suprimir el trabajo forzoso no ha sido suficiente y que, como consecuencia, resulta imprescindible promover acciones eficaces para avanzar hacia la erradicación de esta grave violación de derechos humanos. Así se establece, ciertamente, en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada mediante la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 25 de septiembre de 2015, en cuyo Objetivo 8.7 se urge a los Estados a «adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso».

A tal fin, como paso preliminar, es importante echar la vista atrás y valorar la trascendencia de los esfuerzos efectuados por la comunidad internacional hasta el momento para prevenir y combatir esta lacra. En esta tarea resulta fundamental analizar el alcance del Convenio 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso, adoptado en 1930, pues este constituye uno de los instrumentos internacionales por excelencia en la lucha contra este fenómeno. Y es, precisamente, en este cometido en el que se centra el presente trabajo.

Partiendo de estas premisas, en los siguientes apartados se llevará a cabo un análisis y comentario del Convenio 29 sobre el trabajo forzoso, de 1930. Antes de realizar dicho estudio, se repasarán brevemente los antecedentes de la lucha internacional contra el trabajo forzoso. Asimismo, tras el análisis del Convenio 29, se procederá a poner de relieve cómo se ha actualizado este instrumento para adaptarse a las circunstancias cambiantes y a la rápida evolución del trabajo forzoso u obligatorio.

¹ OIT, WALK FREE FOUNDATION, *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna. Trabajo forzoso y matrimonio forzoso*, 2017, p. 10.

2. Análisis del Convenio 29 sobre el trabajo forzoso

2.1. Aproximación a los antecedentes

La lucha internacional contemporánea contra el trabajo forzoso se remonta a comienzos del siglo XX².

Pues bien, con la aprobación del Pacto de la Sociedad de Naciones, firmado en Versalles el 28 de junio de 1919, los miembros de la Sociedad se comprometieron a esforzarse «en asegurar y mantener condiciones de trabajo equitativas y humanas para el hombre, la mujer y el niño, tanto en sus territorios como en todos los países a los que se extendieran sus relaciones comerciales e industriales» (cfr. artículo 23.a). Cabe advertir, sin embargo, que el texto no se refirió explícitamente a la prohibición del trabajo forzoso.

Pocos años después, la Convención sobre la Esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 en el seno de la Sociedad de Naciones, cuyo principal objetivo radicaba en prevenir y reprimir la trata de esclavos y en suprimir de manera progresiva la esclavitud en todas sus formas, contempló de manera expresa la problemática del trabajo forzoso. Así, en el Preámbulo de la Convención se puso de manifiesto que una de las razones que motivó su elaboración fue la necesidad de impedir que el trabajo forzoso se convirtiera en una condición análoga a la de la esclavitud³. Más concretamente, en el articulado, las Altas Partes contratantes reconocieron que el recurso al trabajo forzoso u obligatorio podía tener graves consecuencias y se comprometieron, cada una de ellas en lo que concernía a los territorios sometidos a su soberanía, jurisdicción, protección, dominio o tutela, a adoptar las medidas necesarias para evitar que el trabajo forzoso llevara consigo condiciones análogas a la esclavitud (cfr. artículo 5). Ahora bien, este instrumento internacional no recogió una prohibición absoluta del trabajo forzoso u obligatorio al permitir su imposición para fines de pública utilidad (cfr. artículo 5.1.). Más aún, en el texto no se prohibió de manera contundente el recurso al trabajo forzoso u obligatorio para fines distintos a los de utilidad pública. Precisamente, en los territorios en los que el trabajo forzoso u obligatorio existía para otras finalidades distintas a las de pública utilidad, las Altas Partes contratantes se comprometieron a esforzarse en ponerle término tan

² S. OLARTE ENCABO, *La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esclavitud, servidumbre y trabajo forzado. Análisis crítico desde la perspectiva laboral*, en *Temas Laborales*, 2018, n. 145, p. 62.

³ Vid. J. ALLAIN, R. HICKEY, *Property and the definition of slavery*, en *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, vol. 61, n. 4, p. 919.

pronto como fuera posible, y que, mientras persistiera, se emplearía solamente a título excepcional, con una remuneración adecuada y bajo la condición de que no pudiera imponerse un cambio del lugar habitual de residencia (cfr. artículo 5.2.). Sin desvalorizar la relevancia de estas estipulaciones en la lucha contra el trabajo forzoso, debe señalarse que las mismas fueron excesivamente débiles y ambiguas.

Así las cosas, la subsistencia del trabajo forzoso llevó a la Sociedad de Naciones a solicitar a la OIT el fomento de distintas acciones para abordar esta problemática⁴. En cumplimiento de este mandato, la OIT adoptó el 28 de junio de 1930 el Convenio n.º 29 sobre el trabajo forzoso u obligatorio, el cual entró en vigor el 1 de mayo de 1932. Este instrumento constituye uno de los ocho convenios fundamentales de la OIT y «el único convenio anterior a la Segunda Guerra Mundial que trata verdaderamente de un derecho humano»⁵. Desde la entrada en vigor de este instrumento hasta la actualidad, el trabajo forzoso u obligatorio ha sido uno de los ejes de la acción de la OIT⁶. Ello quedó patente en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada el 18 de junio de 1998, en la que se recogió «la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio» como uno de los principios básicos que deben respetarse en el ámbito laboral (cfr. apartado 2.b).

Con el fin de complementar las disposiciones del Convenio 29, la OIT adoptó en la misma fecha, el 28 de junio de 1930, la Recomendación n.º 35 sobre la imposición indirecta del trabajo. En términos generales, el principal objetivo de la Recomendación consistía en exponer los principios más apropiados para orientar la política de los Estados Miembros en sus esfuerzos por evitar toda imposición indirecta que pudiera resultar demasiado gravosa para las poblaciones de los territorios en los que fuera aplicable el Convenio 29.

Tras la adopción del Convenio 29 en 1930, la proscripción del trabajo forzoso ha sido incluida en numerosos instrumentos internacionales y regionales⁷. A este respecto, en el seno de la OIT se ha reconocido que

⁴ F. CAVAS MARTÍNEZ, *Trabajo libre, trabajo digno: revisando viejas ideas a propósito de un reciente informe de la OIT sobre el trabajo forzoso en el mundo*, en *Aranzadi Social*, 2001, n.º 5, p. 92.

⁵ J.L. GIL Y GIL, *Justicia social y acción normativa de la OIT*, en *esta Revista*, 2015, vol. 3, n.º 4, p. 29. Sobre el carácter fundamental del convenio, véase Y. MANEIRO GONZÁLEZ, *Los Convenios de la OIT en el Derecho español*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, n.º 117, p. 262.

⁶ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, *La libertad de trabajo y la interdicción del trabajo forzoso*, en *Relaciones Laborales*, 2011, n.º 1, p. 4.

⁷ Para profundizar en esta cuestión, puede consultarse J. LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Trabajo forzado u obligatorio: el significado contemporáneo de un viejo fenómeno a la luz de la jurisprudencia del*

«en Derecho internacional existe hoy una norma que prohíbe imperativamente todo recurso al trabajo forzoso y de que el derecho de no ser obligado a realizar un trabajo o un servicio es uno de los derechos humanos»⁸. En otras palabras, «la prohibición del trabajo forzoso ha devenido una norma imperativa del Derecho internacional de los derechos humanos y es reconocimiento y garantía de una libertad consustancial a la persona humana»⁹.

2.2. Alcance del Convenio 29

A grandes rasgos, el Convenio 29 sobre el trabajo forzoso está compuesto por 33 artículos que van precedidos de un Preámbulo.

En virtud del artículo 1.1, los Estados Miembros de la OIT que ratificasen el Convenio se obligaban a suprimir, «lo más pronto posible», el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas. Ciertamente, la expresión “lo más pronto posible” denota que el Convenio no planteó una supresión inmediata y absoluta del trabajo forzoso u obligatorio, dejando «la concreción de la prohibición en el aire»¹⁰. En este sentido, se determinó que el trabajo forzoso u obligatorio podría emplearse, durante un período transitorio, solamente para fines públicos y a título excepcional (cfr. artículo 1.2.). Precisamente, se encomendó al Consejo de Administración de la OIT examinar la posibilidad de suprimir sin nuevo aplazamiento el trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas tras un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Convenio (cfr. artículo 1.3).

De este modo, en el articulado del Convenio, entre los artículos 3 y 26, se establecieron las condiciones y garantías para el empleo del trabajo forzoso u obligatorio con fines públicos y a título excepcional durante un período transitorio. En dicho período temporal, el artículo 25 cobró especial importancia en tanto determinaba que «exigir ilegalmente trabajo forzoso u obligatorio será objeto de sanciones penales, y todo Miembro

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2018, n. 48, pp. 376-379.

⁸ OIT, [Informe de la Comisión de Encuesta instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la observancia por Myanmar del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 \(núm. 29\)](#), 1998, p. 60, § 203. En un sentido similar, véase M. RODRÍGUEZ-PÍNERO Y BRAVO FERRER, *op. cit.*, p. 4.

⁹ *Idem*.

¹⁰ M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, [No se ve, no se toca y sin embargo, existe: la esclavitud hoy. Hacia una reconceptualización del trabajo esclavo](#), en *Lan Harremanak*, 2017, n. 35, p. 403.

que ratifique el presente Convenio tendrá la obligación de cerciorarse de que las sanciones impuestas por la ley son realmente eficaces y se aplican estrictamente».

Dicho esto, una de las aportaciones más significativas del Convenio 29 fue, ciertamente, la inclusión de una definición sobre el trabajo forzoso u obligatorio que sigue vigente en la actualidad. En concreto, en el artículo 2 se recogió la definición del trabajo forzoso u obligatorio y, asimismo, se enumeraron cinco supuestos que quedan fuera del alcance de la expresión “trabajo forzado u obligatorio”.

Por un lado, en lo que al significado del trabajo forzoso u obligatorio se refiere, el artículo 2.1 del Convenio determina que «la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente». A partir de esta definición, puede deducirse que el concepto de trabajo forzoso u obligatorio se compone de tres elementos principales, a saber: la realización de un trabajo o servicio; la exigencia de dicho trabajo o servicio bajo la amenaza de una pena cualquiera; y la ejecución del trabajo o servicio de manera involuntaria¹¹. En concreto, la labor realizada por los órganos supervisores de la OIT desde la adopción del Convenio ha ayudado a delimitar el alcance de estos elementos¹².

En primer lugar, el trabajo forzoso u obligatorio implica la ejecución de un trabajo o servicio. Cabe advertir que la definición internacional integra el servicio dentro de la expresión “trabajo forzoso u obligatorio”, debiendo éste reunir «las notas de ajenidad y productividad en sentido amplio»¹³. A este respecto, la OIT ha puntualizado que, para que un trabajo o servicio sea considerado forzoso u obligatorio, resulta irrelevante la legalidad o ilegalidad del trabajo o servicio en cuestión según la legislación nacional aplicable y no es necesario que la actividad efectuada esté reconocida oficialmente como actividad económica¹⁴.

¹¹ T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Trata de personas y explotación laboral. Reflexiones sobre la realidad práctica*, en *La Ley Penal*, 2014, n. 109, p. 3; A.B. VALVERDE CANO, *Trata de seres humanos con fines de explotación laboral: la problemática de las definiciones*, en F.M. FERRANDO GARCÍA, E. BAS PEÑA (dirs.), *La trata de seres humanos: protección de las víctimas*, Laborum, 2018, p. 190.

¹² OIT, [Una alianza global contra el trabajo forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe I \(B\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 93^a Reunión, 2005, p. 5.

¹³ E. POMARES CINTAS, *El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 2011, n. 13, p. 21.

¹⁴ OIT, [Una alianza global contra el trabajo forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe I \(B\)](#),

En segundo lugar, el trabajo forzoso u obligatorio conlleva la imposición del trabajo o servicio bajo la amenaza de una pena cualquiera. En aras de comprender el alcance de este elemento, resulta importante concretar el significado de la palabra “amenaza” y de la expresión “pena cualquiera” en este contexto. Así, según las directrices emanadas de la OIT, el término “amenaza” debe entenderse en sentido amplio, de modo que la misma puede adoptar muy diferentes formas. Si bien la modalidad más extrema de amenaza entraña violencia física o, incluso, amenazas de muerte dirigidas a la víctima o a sus familiares, debe tenerse en consideración que existen formas más sutiles de amenaza de naturaleza psicológica¹⁵. Respecto de la expresión “pena cualquiera”, la palabra “pena” debe interpretarse en sentido extenso como «cualquier sanción o pena infligidas por personas o por cualquier organismo»¹⁶. Por su parte, el adjetivo “cualquiera” revela que la pena con la que se amenaza no tiene por qué consistir en sanciones penales y que, en este sentido, puede radicar en la pérdida de derechos y privilegios¹⁷.

En tercer lugar, el trabajo forzoso u obligatorio supone la ejecución del trabajo o servicio de manera involuntaria, es decir, en contra de la libertad de elección de la persona¹⁸. En concreto, la ausencia de voluntariedad en la asunción del trabajo no abarca únicamente los casos en los que la prestación del trabajo o servicio se origina en contra de la voluntad de la persona, sino que también comprende los supuestos en los que, tras la aceptación voluntaria del trabajo, la persona no puede revocar su consentimiento¹⁹.

Con base en estos elementos, cabe concluir que el trabajo forzoso u obligatorio constituye un grave atentado contra la dignidad y la libertad de la persona. Al mismo tiempo, el trabajo forzoso vulnera otros derechos fundamentales y supone un atentado contra los derechos de ciudadanía social²⁰.

Por otro lado, el apartado segundo del artículo 2 describe cinco casos

cit., p. 6.

¹⁵ *Ibidem*, p. 5.

¹⁶ J. ALLAIN, *125 años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana*, en E. PÉREZ ALONSO (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 159.

¹⁷ OIT, *Erradicar el trabajo forzoso. Informe III (Parte 1B). Estudio general relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 96^a Reunión, 2007, p. 20.

¹⁸ K. SKRIVANKOVA, *Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation*, Joseph Rowntree Foundation, 2010, p. 6.

¹⁹ T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *op. cit.*, p. 3.

²⁰ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, *op. cit.*, p. 15.

concretos que, si bien pueden cumplir los elementos constitutivos del trabajo forzoso u obligatorio, quedan explícitamente fuera de su alcance, a saber:

- a) cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;
- b) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;
- c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
- d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población;
- e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos²¹.

En suma, cabe concluir que «do que caracteriza el trabajo forzado no es la naturaleza del trabajo mismo [...], sino la naturaleza de la relación entre la persona que realiza el trabajo y la persona que lo exige, y que se caracteriza por la coerción y la falta de consentimiento válido»²². Por consiguiente, el trabajo forzoso u obligatorio no es sinónimo de la realización de un trabajo o servicio en malas condiciones laborales; precisamente, lo que exige el trabajo forzoso u obligatorio es que el trabajo o servicio en cuestión se efectúe bajo coerción²³. Ello no obstante, cabe matizar que, en la práctica, el trabajo forzoso u obligatorio suele

²¹ *Ibidem.*, pp. 8-9.

²² T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *op. cit.*, p. 3.

²³ E. LÓPEZ RUBIA, *Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado*, en I. ORDEÑANA GEZURAGA (dir.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi, 2014, p. 109.

implicar unas pésimas condiciones laborales.

2.3. Actualización del Convenio 29: el Convenio 105 y el Protocolo 29

La elaboración y adopción del Convenio 29 sobre el trabajo forzoso se enmarcó en un contexto histórico determinado en el que predominaba, fundamentalmente, la explotación de mano de obra en las colonias. En aquel momento, «el problema que más preocupaba a la comunidad internacional era la remanente imposición de trabajo forzoso u obligatorio a poblaciones nativas durante el período colonial»²⁴.

Sin embargo, desde la entrada en vigor de este instrumento hasta el momento presente, el trabajo forzoso ha ido adoptando nuevas manifestaciones y ha ido desarrollándose en un contexto cambiante²⁵. Lejos de conseguir el resultado esperado por el Convenio 29, esto es, la progresiva supresión del trabajo forzoso u obligatorio, este fenómeno ha continuado expandiéndose. Si bien es cierto que determinadas formas de trabajo forzoso han sido eliminadas o, cuanto menos, reducidas, lo cierto es que otras formas de trabajo forzoso han aumentado considerablemente e, incluso, han aparecido nuevas formas de explotación de los seres humanos²⁶.

De este modo, los constantes cambios en las estructuras socioeconómicas y la progresiva transformación del trabajo forzoso han conllevado la necesidad de actualizar las disposiciones del Convenio 29.

Ciertamente, a partir de la segunda mitad de la década de 1940, se produjo una creciente imposición de trabajo forzoso por razones políticas²⁷. Asimismo, la comunidad internacional empezó a percibir la utilización por parte de algunos Estados del trabajo forzoso con fines económicos en

²⁴ R. GARCÍA SCHWARZ, *Trabajo forzoso*, en A. BAYLOS GRAU, C. FLORENCIO THOMÉ, R. GARCÍA SCHWARZ (coords.), *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 2070; G. MALINVERNI, *Article 4*, en L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dirs.), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 1999, p. 180.

²⁵ En profundidad, *vid. OIT, Alto al trabajo forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe I (B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 89^a Reunión, 2001, pp. 9-13.

²⁶ D. DE LA VILLA DE LA SERNA, *Los Protocolos de la Organización Internacional del Trabajo y el Protocolo de 2014 relativo al trabajo forzoso*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, n. 112, p. 295.

²⁷ F. CAVAS MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 93; R. GARCÍA SCHWARZ, *op. cit.*, p. 2071.

contra de sus propias poblaciones²⁸. Como consecuencia de estos nuevos desafíos, varias décadas después de la entrada en vigor del Convenio 29, la OIT adoptó un nuevo Convenio internacional para conseguir la supresión inmediata del trabajo forzoso, a saber, el Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso. Este instrumento, el cual entró en vigor el 17 de enero de 1959, completa la regulación del Convenio 29 y pretende suplir sus lagunas²⁹. En virtud de este nuevo Convenio, los Estados Miembros de la OIT que lo ratificasen se obligaban «a tomar medidas eficaces para la abolición inmediata y completa del trabajo forzoso u obligatorio» (cfr. artículo 2).

El Convenio 105 no proporcionó una nueva definición del trabajo forzoso u obligatorio, entendiéndose, por consiguiente, que avala y comparte el concepto establecido en el Convenio 29³⁰. En cambio, lo que hizo el nuevo Convenio fue enumerar cinco situaciones concretas en las que los Estados Miembros que lo hubieran ratificado se comprometían a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio (cfr. artículo 1), a saber:

- a) como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por no tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido;
- b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico;
- c) como medida de disciplina en el trabajo;
- d) como castigo por haber participado en huelgas;
- e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa³¹.

Evidentemente, los Convenios 29 y 105 desempeñan un papel fundamental en la lucha contra el trabajo forzoso u obligatorio. Ello no obstante, los vacíos patentes en su aplicación requieren la adopción de medidas adicionales adaptadas a las circunstancias presentes, sobre todo, teniendo en consideración que las formas de trabajo forzoso están en constante evolución.

En la actualidad, «la mayor parte de los peligros contra la libertad de trabajo no provienen de imposiciones de los poderes públicos [...], sino

²⁸ J. ALLAIN, *op. cit.*, pp. 160-161.

²⁹ J.F. LOUSADA AROCHENA, *Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: la ONU y la OIT*, en *Lan Harremanak*, 2018, n. 39, p. 164.

³⁰ Vid. T. GARCÍA SEDANO, *El concepto de Trabajo Forzoso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *esta Revista*, 2018, vol. 6, n. 4, p. 173.

³¹ Consultense G. MALINVERNI, *op. cit.*, p. 181, y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, *op. cit.*, pp. 9-10.

de las economías privadas»³². Tal y como se ha señalado en el apartado introductorio, según los datos proporcionados por la OIT y la Fundación *Walk Free*, alrededor de 24.9 millones de personas están en situación de trabajo forzoso u obligatorio en el momento actual. En concreto, de este total de víctimas, se calcula que aproximadamente el 83% son explotadas en la economía privada (de entre las cuales alrededor del 64% son víctimas de trabajo forzoso en actividades económicas como la agricultura, la construcción, el trabajo doméstico o la manufactura y el 19% son víctimas de explotación sexual forzada), mientras que el 17% son víctimas de trabajo forzoso u obligatorio impuesto por el Estado³³.

Así las cosas, ante la persistencia del trabajo forzoso y su alarmante presencia en las economías privadas, el 11 de junio de 2014 la OIT aprobó el Protocolo 29 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, que entró en vigor el 9 de noviembre de 2016. El Protocolo ha sido complementado por la Recomendación 203 sobre el trabajo forzoso, adoptada en la misma fecha.

Tras descartar inicialmente la aprobación de un nuevo Convenio sobre esta materia, y tras someter a encuesta de los Estados Miembros la posible adopción de un Protocolo completado por una Recomendación o la simple aprobación de una Recomendación, al final se optó por adoptar un Protocolo complementado por una Recomendación³⁴. Al respecto, debe recordarse que los Protocolos son «normas vinculantes abiertas a la ratificación de los Estados miembros, por lo que la principal diferencia con los Convenios estriba en que no son regulaciones sistemáticas *ex novo* sobre una determinada materia, sino regulaciones limitadas a la revisión o a la modificación parcial de un Convenio preexistente»³⁵.

La adopción de este instrumento en pleno siglo XXI evidencia la ineeficacia de las medidas adoptadas hasta el momento para erradicar este fenómeno y pone de manifiesto, al mismo tiempo, que el trabajo forzoso u obligatorio no constituye un problema secundario y marginal, sino que es un verdadero problema estructural a nivel mundial.

En el Preámbulo del Protocolo se reconoce que «la prohibición de la utilización del trabajo forzoso u obligatorio forma parte de los derechos fundamentales, y que el trabajo forzoso u obligatorio constituye una violación de los derechos humanos, atenta contra la dignidad de millones de mujeres, hombres, niñas y niños, contribuye a perpetuar la pobreza y es un obstáculo para la consecución del trabajo decente para todos». Al hilo

³² M. RODRÍGUEZ-PÍÑERO Y BRAVO FERRER, *op. cit.*, p. 15.

³³ OIT, WALK FREE FOUNDATION, *op. cit.*, p. 29.

³⁴ D. DE LA VILLA DE LA SERNA, *op. cit.*, pp. 295-296.

³⁵ *Ibidem*, p. 293.

de esta última cuestión, en tanto el trabajo decente comprende el «trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social»³⁶, el trabajo forzoso u obligatorio se considera «la antítesis del trabajo decente»³⁷.

Más concretamente, el Protocolo reafirma la definición de trabajo forzoso u obligatorio contenida en el Convenio 29 (cfr. artículo 1.3.) e insta a los Estados Miembros a «adoptar medidas eficaces para prevenir y eliminar su utilización, proporcionar a las víctimas protección y acceso a acciones jurídicas y de reparación apropiadas y eficaces, tales como una indemnización, y sancionar a los autores del trabajo forzoso u obligatorio» (cfr. artículo 1.1.).

3. A modo de conclusión

La erradicación del trabajo forzoso, reto de la comunidad internacional desde los albores del siglo XX, sigue constituyendo un desafío pendiente en pleno siglo XXI. Durante este tiempo, la OIT ha mostrado un compromiso firme para alcanzar la abolición de esta grave violación de derechos humanos, bien a través de la aprobación de distintos instrumentos jurídicos, bien a través de la implementación de acciones concretas. Sin duda alguna, la adopción en 1930 del Convenio 29 sobre el trabajo forzoso constituyó un hito en la lucha contra este fenómeno. Desde entonces, el trabajo forzoso u obligatorio ha ido cambiando y adoptando nuevas manifestaciones, lo que ha hecho necesario revisar y actualizar dicho texto. En este contexto, tanto el Convenio 105 de 1957, como el Protocolo de 2014, han pretendido suplir las carencias del Convenio 29.

Sin desmerecer las actuaciones promovidas hasta la fecha por la OIT, las cifras sobre la magnitud actual del trabajo forzoso u obligatorio en el mundo advierten que este fenómeno constituye un problema estructural alarmante que requiere la adopción de acciones efectivas y urgentes, ello en consonancia con los Objetivos establecidos en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

³⁶ A.P. BAYLOS GRAU, *Sobre el trabajo decente: la formación del concepto*, en J.L. MONEREO PÉREZ, A. MÁRQUEZ PRIETO (dirs.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad de trabajo. Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, p. 307.

³⁷ T. GARCÍA SEDANO, *En las antípodas del trabajo decente: el trabajo forzoso*, en *Lan Harremanak*, 2018, n. 39, p. 15.

4. Bibliografía

ALLAIN J., *125 años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana*, en E. PÉREZ ALONSO (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, 2017

ALLAIN J., HICKEY R., *Property and the definition of slavery*, en *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, vol. 61, n. 4

BAYLOS GRAU A.P., *Sobre el trabajo decente: la formación del concepto*, en J.L. MONEREO PÉREZ, A. MÁRQUEZ PRIETO (dirs.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad de trabajo. Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016

CAVAS MARTÍNEZ F., *Trabajo libre, trabajo digno: revisando viejas ideas a propósito de un reciente informe de la OIT sobre el trabajo forzoso en el mundo*, en *Aranzadi Social*, 2001, n. 5

DE LA VILLA DE LA SERNA D., *Los Protocolos de la Organización Internacional del Trabajo y el Protocolo de 2014 relativo al trabajo forzoso*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, n. 112,

GARCÍA SCHWARZ R., *Trabajo forzoso*, en A. BAYLOS GRAU, C. FLORENCIO THOMÉ, R. GARCÍA SCHWARZ (coords.), *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2014

GARCÍA SEDANO T., *El concepto de Trabajo Forzoso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2018, vol. 6, n. 4

GARCÍA SEDANO T., *En las antípodas del trabajo decente: el trabajo forzoso*, en *Lan Harremanak*, 2018, n. 39

GIL Y GIL J.L., *Justicia social y acción normativa de la OIT*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2015, vol. 3, n. 4

LÓPEZ RODRÍGUEZ J., *Trabajo forzado u obligatorio: el significado contemporáneo de un viejo fenómeno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2018, n. 48

LÓPEZ RUBIA E., *Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado*, en I. ORDEÑANA GEZURAGA (dir.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi, 2014

LOUSADA AROCHENA J.F., *Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: la ONU y la OIT*, en *Lan Harremanak*, 2018, n. 39

MALINVERNI G., *Article 4*, en L.-E. PETITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dirs.), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 1999

MANEIRO GONZÁLEZ Y., *Los Convenios de la OIT en el Derecho español*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, n. 117

OIT, *Erradicar el trabajo forzoso. Informe III (Parte 1B). Estudio general relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 96^a Reunión, 2007

OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe I (B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 93^a Reunión, 2005

OIT, *Alto al trabajo forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe I (B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 89^a Reunión, 2001

OIT, *Informe de la Comisión de Encuesta instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la observancia por Myanmar del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)*, 1998

OIT, WALK FREE FOUNDATION, *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna. Trabajo forzoso y matrimonio forzoso*, 2017

OLARTE ENCABO S., *La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esclavitud, servidumbre y trabajo forzado. Análisis crítico desde la perspectiva laboral*, en *Temas Laborales*, 2018, n. 145

POMARES CINTAS E., *El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 2011, n. 13

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS T., *Trata de personas y explotación laboral. Reflexiones sobre la realidad práctica*, en *La Ley Penal*, 2014, n. 109

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER M., *La libertad de trabajo y la interdicción del trabajo forzoso*, en *Relaciones Laborales*, 2011, n. 1

SKRIVANKOVA K., *Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation*, Joseph Rowntree Foundation, 2010

URRUTIKOETXEA BARRUTIA M., *No se ve, no se toca y sin embargo, existe: la esclavitud hoy. Hacia una reconceptualización del trabajo esclavo*, en *Lan Harremanak*, 2017, n. 35

VALVERDE CANO A.B., *Trata de seres humanos con fines de explotación laboral: la problemática de las definiciones*, en F.M. FERRANDO GARCÍA, E. BAS PEÑA (dirs.), *La trata de seres humanos: protección de las víctimas*, Laborum, 2018

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación 1948 (núm. 87)

Aránzazu ROLDÁN MARTÍNEZ*

RESUMEN: El presente trabajo analiza el tratamiento de la libertad sindical en uno de los dos convenios específicos sobre la materia, el Convenio n. 87. Se trata de un texto normativo de extraordinaria importancia dentro del ordenamiento jurídico internacional, ya que recoge y define las facultades que integran la libertad sindical y de asociación, uno de los cuatro derechos fundamentales de la OIT. Tomando como base la doctrina emanada del Comité de Libertad Sindical se analizará el alcance y contenido de la libertad sindical tanto en su dimensión individual como colectiva.

Palabras clave: Libertad sindical, derecho de sindicación, Comité de libertad sindical, Convenio OIT n. 87, normas internacionales del trabajo.

SUMARIO: 1. Un poco de historia: desde el reconocimiento inicial de la libertad sindical hasta su consideración como derecho fundamental de la OIT. 2. Necesidad de mecanismos especiales de control en materia de libertad sindical. 3. Evolución en el reconocimiento y aplicación del principio de libertad sindical. 4. Objeto, estructura y derechos protegidos por el Convenio n. 87. 4.1. Objeto y estructura del Convenio. 4.2. La dimensión individual de la libertad sindical: el derecho de trabajadores y empleadores a constituir asociaciones y de afiliarse al de su elección. 4.3. La dimensión colectiva de la libertad sindical: el derecho de autoorganización y actuación. 4.3.1. El derecho de autoorganización. 4.3.2. El derecho de actuación. 5. Bibliografía.

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Europea de Madrid.

Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention 1948 (No. 87)

ABSTRACT: The present paper analyses the treatment of freedom of association in one of the two specific conventions on the subject, Convention no. 87. It is a normative text of extraordinary importance within the international legal order, since it includes and defines the basic rights that make up freedom of association as a constitutional principle of the ILO. Based on the doctrine emanating from the Committee on Freedom of Association, we will analyse the scope and content of the rights of this freedom, individual and collective.

Key Words: Freedom of association, protection of the right to organise, Committee on Freedom of Association, ILO Convention No. 87, international labour standards.

1. Un poco de historia: desde el reconocimiento inicial de la libertad sindical hasta su consideración como derecho fundamental de la OIT

Tras sucesivos intentos para constituir un movimiento sindical internacional¹, el principio de libertad sindical se enunció por primera vez a nivel mundial en 1919, en el preámbulo de la Constitución de la OIT, donde se enuncia, entre las condiciones susceptibles de mejorar las condiciones de trabajo y de garantizar la paz, «el principio de libertad sindical»². En esta afirmación se ha encontrado «la constitucionalización a nivel de normativa internacional del derecho fundamental de libertad sindical»³. Posteriormente, tras un período caracterizado por el retroceso de la democracia en Europa, el triunfo de dictaduras que suprimieron las organizaciones sindicales y patronales o las sometieron al control del Estado y el estallido de la segunda guerra mundial, se puso de manifiesto la importancia y trascendencia de crear un cuerpo normativo a nivel internacional con la finalidad no sólo de evitar las violaciones de un derecho calificado como fundamental, sino también por considerar que las organizaciones de empleadores y trabajadores desempeñaban un papel fundamental para conseguir la estabilidad política y el desarrollo socio-económico de la población⁴. De esta forma, la Declaración relativa a los Fines y Objetivos de la OIT (Declaración de Filadelfia) de 1944 reafirmó los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial hizo mención a que «la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante». La Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), en su 30^a Reunión, adoptó una resolución sobre la libertad sindical y la protección del derecho de organización y de negociación colectiva, que estableció los principios que debían servir de base a la reglamentación internacional, y, finalmente, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su segundo período de sesiones, hizo suyos estos principios y solicitó de la OIT la continuación de todos sus esfuerzos a fin

¹ Para un conocimiento más profundo de la génesis y desarrollo del movimiento sindical internacional, *vid.* H. DUNNING, *Orígenes del Convenio núm. 87 sobre libertad sindical y derecho de sindicación*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 1998, vol. 117, n. 2, pp. 167-187.

² Entre los métodos y principios que las reglamentaciones de trabajo de todos los países deberían tratar de aplicar, el art. 427 del Tratado de Versalles consideró de especial importancia y urgencia «el derecho de asociación para todos los fines que no sean contrarios a las leyes, tanto para los asalariados como para los patronos».

³ I. GARCÍA NINET, J. YANINI BAEZA, *Sentido e impacto de los convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1997, vol. 117, n. 2, p. 65.

⁴ *Ibidem*, p. 56.

de hacer posible la adopción de uno o varios convenios internacionales. El Convenio se adoptó por la CIT en la 31^a Reunión convocada en San Francisco, el 9 de julio de 1948⁵, entrando en vigor el 4 de julio de 1950. Sólo unos meses después, la ONU aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, que se inspira directamente en el Convenio 87 y proclama en el artículo 23.4 que «toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses». La doctrina⁶ ha llamado la atención sobre la tardanza en obtener un concreto respaldo normativo por parte de un derecho que la propia Constitución había reconocido como fundamental. Los motivos deben encontrarse en las mismas resistencias de los trabajadores a su regulación internacional, por el temor a que ello pudiera implicar la apertura de una vía de injerencia en la independencia de las organizaciones sindicales. A ello se une que en aquél momento histórico la principal preocupación, compartida con las organizaciones de empleadores de países desarrollados preocupados por evitar un *dumping social*, se dirigía a mejorar las difíciles condiciones de trabajo y vida de los trabajadores.

La producción normativa no se detuvo en este convenio. En 1949 se aprobó el convenio OIT n. 98 sobre sindicación y negociación colectiva, que se centra más en la prohibición de los actos de injerencia de los poderes privados sobre la libertad sindical. Ambos convenios tienden a considerarse como un todo⁷, si bien, este estudio se centrará exclusivamente en el primero⁸.

Pero hubo que esperar al final de la guerra fría, a la década de 1990, para que, en medio de la creciente preocupación por las consecuencias de la globalización y la liberalización del comercio, se adoptaran medidas decisivas con miras al reconocimiento expreso de determinados principios y derechos como una categoría específica. En 1998 la CIT adoptó la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales

⁵ En 1977, como consecuencia del cambio político, España adoptó una nueva ley sindical 19/1977, de 1º de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, y ratificó los Convenios n. 87 y n. 98. En el preámbulo de la nueva ley se destaca la influencia que habían ejercido los principios y la actividad de la OIT.

⁶ I. GARCÍA NINET, J. YANINI BAEZA, *op. cit.*, pp. 55-56.

⁷ H. DUNNING, *op. cit.*, p. 182.

⁸ El ámbito material de la libertad sindical es más extenso, porque ha ido incluyendo nuevas agregaciones parciales a este tema, como la que recoge el Convenio n. 141 de 1975 sobre las organizaciones de trabajadores rurales, el Convenio n. 84 de 1947 sobre el derecho de asociación en territorios no metropolitanos, el Convenio n. 135 de 1971 sobre representantes de los trabajadores, el Convenio n. 151 de 1978 sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública y el Convenio n. 154 de 1981 sobre el fomento de la negociación colectiva.

en el trabajo y su seguimiento⁹. En ella se señala expresamente que todos los Miembros tienen el compromiso, derivado de su mera pertenencia a la OIT, de respetar y hacer realidad de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de los convenios fundamentales «principios que se refieren a la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva». La Declaración introdujo una jerarquización de los convenios existentes en dos categorías: los convenios fundamentales, entre los que se incluye los Convenio n.º 87 y n.º 98, y los Convenios técnicos, que podrían calificarse de ordinarios¹⁰.

2. Necesidad de mecanismos especiales de control en materia de libertad sindical

En 1951 la OIT llegó a la conclusión de que, además de los procedimientos de control periódicos de las normas, el principio de libertad sindical requería un procedimiento de control específico para garantizar su cumplimiento en los países que no habían ratificado los convenios pertinentes. Con este fin, se instauró un procedimiento especial destinado a examinar las quejas por violación de la libertad sindical, incluso en relación con los Estados que no han ratificado los convenios pertinentes. El procedimiento desembocó en la constitución del Comité de Libertad Sindical (CLS) del Consejo de Administración. Sus pronunciamientos gozan de gran legitimidad ya que tiene una composición tripartita, con tres representantes de los gobiernos, tres de los empleadores y tres de los trabajadores. El Comité se reúne tres veces al año para examinar las quejas sobre violaciones de libertad sindical que recibe de las organizaciones de trabajadores y, también por las de los empleadores¹¹. Estas últimas representan un número sustancialmente menor, si bien es cierto que han aumentado en los últimos años.

Desde su creación, el CLS ha ido confeccionando una sólida doctrina, que se ha calificado de “cuasi jurisprudencia”, que complementa los Convenios 87 y 98 y ha contribuido a enriquecer el contenido de los

⁹ Conferencia Internacional del Trabajo, 86^a Reunión, 1998.

¹⁰ Como explica Ojeda Avilés, la Declaración «como mecanismo promocional de los derechos básicos tuvo un enorme impacto, porque el número de ratificaciones de los convenios fundamentales [...] ascendieron meteóricamente al máximo nivel» (A. OJEDA AVILÉS, *Del mundialismo a la globalización. Un balance de los convenios OIT y su proyección futura*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2019, n.º 434, p. 31).

¹¹ *Vid.* OIT, [Libertad sindical](#), en www.ilo.org.

principios relativos a la libertad sindical enunciados en su Constitución¹². En el caso de los países que han ratificado el Convenio n.º 87, este procedimiento especial de control se une al sistema de control periódico que prevé el examen de las memorias de los gobiernos por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y la Comisión Tripartita de Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CAS) de la Conferencia Internacional del Trabajo¹³.

3. Evolución en el reconocimiento y aplicación del principio de libertad sindical

El Convenio n.º 87 sigue siendo el convenio fundamental con menor número de ratificaciones: 155 de los 187 Estados miembros. Más de la mitad de la población mundial se concentra en países que no han ratificado los convenios sobre la libertad de asociación y la libertad sindical, y sobre la negociación colectiva, entre ellos EE.UU, India y China¹⁴. Resulta especialmente preocupante este dato, si se tiene en cuenta que hace referencia a uno de los nueve convenios fundamentales.

Desde el último Informe Global dedicado a la libertad de asociación y la libertad sindical, que data de 2008¹⁵, se ha experimentado una evolución desigual tanto en relación con el reconocimiento y la protección de esos derechos como con su aplicación efectiva. Como se destaca en el Informe VI de la CIT de 2012, *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: del compromiso a la acción* (pp. 20-25), los principales problemas residen:

- 1) en la existencia de un contexto donde en general no se respetan el derecho a la vida y las libertades públicas. Las regiones de América

¹² I. GARCÍA NINET, J. YANINI BAEZA, *op. cit.*, p.72.

¹³ Existe una amplia convergencia de opiniones entre el CLS y la CEACR que se explica principalmente por una necesidad de coherencia entre ambos órganos en relación con los principios fundamentales consagrados en los Convenios n.º 87 y n.º 98. Así, con frecuencia la Comisión de Expertos se remite en sus observaciones a los informes del CLS que tratan sobre problemas específicos relacionados con la libertad sindical en uno u otro país, e inversamente el CLS señala a la atención de la Comisión de Expertos los aspectos legislativos de los casos que examina, o se basa en los principios establecidos por la propia Comisión. *Vid. OIT, Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Informe III (Parte 1B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 101^a Reunión, 2012, p. 18.

¹⁴ *Vid. OIT, Ratificaciones de Convenios fundamentales por país*, en www.ilo.org.

¹⁵ OIT, *La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe I (B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 97^a Reunión, 2008.

Latina, Europa Central y Oriental, y África son ejemplos de ese pasado todavía reciente, pero hoy en día, la atención se ha desplazado hacia el mundo árabe¹⁶;

- 2) aunque es menos frecuente que antes, el monopolio sindical impuesto por la legislación sigue aplicándose en todos los continentes, lo cual priva a gran número de trabajadores del derecho de constituir las organizaciones que estiman convenientes. Además, en un número aún menor de países están prohibidas todas las formas genuinas de organización de trabajadores;
- 3) a veces, aun cuando la legislación no restringe la libertad de organización, la violencia y la intimidación pueden llegar a producir los mismos resultados¹⁷. Aunque los niveles de violencia e intimidación fueron considerablemente inferiores a los registrados en períodos anteriores, la Confederación Sindical Internacional (CSI) informó que en 2019 fueron asesinados 53 sindicalistas¹⁸;
- 4) determinadas categorías de trabajadores, como los trabajadores de la Administración pública, los trabajadores agrícolas, los trabajadores de las zonas francas industriales, los trabajadores migrantes, especialmente aquéllos en situación irregular, los trabajadores domésticos y los trabajadores por cuenta propia, se ven privados, total o parcialmente, de los derechos de sindicación y negociación colectiva en gran número de países¹⁹;
- 5) si no se previene y penaliza, la discriminación antisindical – percibida o real – puede desvirtuar cualquier ejercicio efectivo de la libertad sindical. La frecuencia con que se cometen actos de discriminación antisindical y la insuficiente protección frente a tales actos son un motivo constante de preocupación, como lo demuestra el hecho de que el 24 por ciento de los alegatos presentados ante el CLS entre 2007

¹⁶ Según el [*Índice Global de los derechos de la CSI 2019. Los peores países del mundo para los trabajadores*](#), 2019, la región de Oriente Medio y Norte de África (OMNA) sigue siendo la peor del mundo en lo que respecta a los derechos fundamentales en el trabajo. Egipto disolvió todos los sindicatos independientes y Arabia Saudita continúa manteniendo a millones de trabajadores y trabajadoras migrantes en situación de esclavitud moderna.

¹⁷ Un movimiento sindical realmente libre e independiente no se puede desarrollar en un clima de violencia e incertidumbre (OIT, [*La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*](#), 2018, §§ 86 y 89).

¹⁸ CSI, [*op. cit.*](#)

¹⁹ Según el [*Índice Global de los derechos de la CSI 2019*](#), cit., el número de países que excluyen trabajadores del derecho a formar o afiliarse a un sindicato aumentó, pasando de 92 en 2018 a 107 en 2019. En todas las regiones del mundo se incrementaron las exclusiones de trabajadores, con el mayor incremento registrado en Europa, donde el 50% de los países ahora excluyen a grupos de trabajadores de la legislación, frente al 20% en 2018.

y 2011 se refiriesen a ese tipo de vulneraciones;

- 6) la disminución paulatina de la afiliación sindical y de la densidad sindical, siendo este último el porcentaje que computa el índice de afiliación sindical en relación con el número total de empleados. El [Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo](#)²⁰ señala que a lo largo de las últimas dos décadas ha ido decayendo el número de afiliados en los sindicatos. El informe destaca entre las muchas razones que explican este descenso, los cambios estructurales en la economía (véase el descenso en el empleo productivo), los ataques de los empleadores a los sindicatos que provocan disgregación, las transformaciones demográficas, el aumento del desempleo, las reformas del mercado de trabajo, la gobernanza y el porcentaje cada vez mayor de las formas atípicas de empleo. Se plantea, asimismo, el problema de si el actual modelo de sindicalismo surgido durante la época de la producción en serie creada por Ford, a principios del siglo XX, es adecuado al modelo actual de economía de plataformas.

4. Objeto, estructura y derechos protegidos por el Convenio n. 87

4.1. Objeto y estructura del Convenio

El Convenio es muy escueto. Se estructura en cuatro partes.

La parte I lleva por título *La libertad sindical* e incluye los artículos 1-10. El artículo 1 dispone que todo miembro de la OIT para el cual esté en vigor el Convenio se aplica a poner en práctica sus disposiciones. No obstante, hay que recordar que el Convenio no sólo obliga a los Estados que lo han ratificado sino a todos los países, ya que la libertad sindical es un principio establecido en la Constitución y en la Declaración de Filadelfia que toda Estado acepta cuando decide ser miembro de la OIT²¹.

La parte I es, sin duda alguna, la más importante del Convenio, ya que delimita la titularidad del derecho (arts. 2 y 9) y el contenido de la libertad sindical, que se proyecta en:

- una dimensión individual, que incluye el derecho de trabajadores y empleadores a constituir las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a la de su elección (art. 2);
- una dimensión colectiva, que incluye el derecho de autoorganización y

²⁰ OIT, 2017, p. 45.

²¹ Véase OIT, [La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical](#), cit., § 44.

actuación de dichas organizaciones (art. 3) y el derecho de las organizaciones de trabajadores y empleadores a constituir las federaciones y confederaciones, nacionales o internacionales que estimen conveniente y de afiliarse a ellas (art. 5).

El Convenio no agota todos los aspectos de la libertad sindical, sino que se centra «en los más esenciales, al tatar sobre todo de proteger los atentados contra la libertad sindical que tienen su origen en los poderes públicos. Además, el Convenio contempla la libertad sindical en su faceta jurídico-política, como libertad frente a los poderes públicos, freno de injerencias estatales y contrapeso a los excesos de poder»²². Esta es la nota que diferencia el Convenio n. 87 del Convenio n. 98, ya que este último se dirige fundamentalmente a preservar la libertad sindical frente a las injerencias de los particulares.

La faceta de la libertad sindical como libertad pública aparece reflejada de forma muy clara en el artículo 3.2. cuando establece que «Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal», pero está presente a lo largo del articulado de la parte I: se considera contrario al Convenio la exigencia de autorización administrativa previa para constituir organizaciones de empleadores y trabajadores (art. 2) o para que éstas constituyan federaciones o confederaciones (art. 5); tampoco por vía administrativa se podrá suspender o disolver dichas organizaciones (art.4); la adquisición de personalidad jurídica de las organizaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limiten la aplicación de los artículos 2, 3 y 4 del Convenio (art. 7); finalmente, aunque al ejercer los derechos que les reconoce el Convenio, los trabajadores, empleadores y sus organizaciones están obligados a respetar la legalidad vigente, la legislación nacional no puede menoscabar ni ser aplicada de forma tal que «vulnera, imposibilite o impida el contenido de la libertad sindical tal como viene recogida en la norma internacional» (art. 8.2)²³.

La parte II lleva por título *Protección del derecho de sindicación*. Incluye un único artículo el 11 que dispone que «todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación».

²² N.P. GARCÍA PIÑEIRO, *Las Asociaciones empresariales en el Derecho español*, Consejo Económico y Social, 2005, p. 180.

²³ A. BAYLOS GRAU, *Las normas internacionales del trabajo: la importancia de la dimensión colectiva y el alcance universal de los derechos laborales*, en *Cuadernos de Información Sindical*, 2019, n. 57, pp. 34-35.

La parte III lleva por título *Disposiciones diversas*. Incluye los artículos 12 y 13, que hacen referencia a los territorios no metropolitanos.

La parte IV lleva por título *Disposiciones finales* e incluye los artículos 14 a 21, que describen los procedimientos de ratificación del convenio, el plazo de entrada en vigor, la vigencia mínima de diez años, y el procedimiento de denuncia.

Von Potobosky destaca entre los méritos del Convenio el haber obtenido un consenso general sobre los derechos básicos que integran el principio de libertad sindical y el de definirlos jurídicamente²⁴. Para Dunning lo que el Convenio OIT n.º 87 hace, y ahí radica su mérito, es «traducir ese principio en derechos sustantivos que puedan cobrar fuerza jurídica y llevarse a la práctica», y, además, lo hace de forma muy clara, prácticamente en tres artículos, lo que ha facilitado su invocación por los trabajadores de todo el mundo²⁵.

4.2. La dimensión individual de la libertad sindical: el derecho de trabajadores y empleadores a constituir asociaciones y de afiliarse al de su elección

El artículo 2 garantiza que «los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas». Lo primero que llama la atención es que la libertad sindical, que es una modalidad específica del derecho de asociación, se reconozca tanto a los trabajadores como a los empleadores, estableciendo el Convenio «una equiparación del régimen jurídico de las organizaciones de trabajadores y empresarios al otorgarles a ambas la titularidad del derecho a la libertad sindical»²⁶. Ahora bien, ello no significa necesariamente que la libertad que se reconoce a los empleadores suponga

²⁴ G. VON POTOBSKY, *El Convenio núm.87, su impacto y la acción de la OIT*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 1998, vol. 117, n.º 2, p. 217.

²⁵ H. DUNNING, *op. cit.*, p. 182. Carrizosa Prieto explica que la normativa de la OIT, adopta «el modelo que se venía perfilando en los ordenamientos europeos; esto significa que apuesta por reconocer y desarrollar de forma contundente y explícita el conjunto de facultades que engloban los derechos de libertad sindical y que tutela su contenido de forma directa e inmediata sin necesidad de acudir al derecho de igualdad o a la prohibición de discriminación» como ocurre en el modelo anglosajón (E. CARRIZOSA PRIETO, *Los modelos de tutela del derecho de libertad sindical en el ámbito internacional*, en *esta Revista*, 2015, vol. 3, n.º 3, p. 7).

²⁶ N.P. GARCÍA PIÑEIRO, *op. cit.*, p. 181.

el derecho a crear sindicatos, sino que se articula a través del derecho de asociación²⁷. En este sentido García Piñeiro²⁸ llama la atención sobre la utilización de la expresión “*freedom of association*” en la versión inglesa de los textos fundamentales de la OIT, «concepto muy general que no evoca fórmula jurídica concreta, comprendiendo sin duda a todos los actores del mercado de trabajo. Además, el término organización utilizado por el artículo 10 del Convenio número 87 OIT significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender sus respectivos intereses, de lo que se deduce que el fomento y defensa de los intereses de sus afiliados es lo que distingue y caracteriza a las organizaciones de trabajadores y empleadores, independientemente de cómo se llamen éstas».

El derecho se reconoce a todos los trabajadores y empleadores sin distinción, aunque el artículo 9 permite a los Estados que no extiendan las garantías del convenio a las fuerzas armadas y miembros de la policía, siendo esta la única excepción permitida²⁹. La expresión “sin ninguna distinción” significa que se reconoce la libertad sindical sin discriminación de ninguna clase debida a la ocupación, al sexo, al color, a la raza, a las creencias, a la nacionalidad, a las opiniones políticas, a la naturaleza temporal o indefinida del vínculo laboral, a la condición de trabajador de empresa privada o de funcionario o agente de los servicios públicos, etc.³⁰. El término “trabajadores” se entiende en sentido amplio, incluyendo, por tanto, a los trabajadores en período de prueba³¹, a los inmigrantes, tanto documentados como indocumentados³², a los jueces³³ y a los trabajadores

²⁷ En este sentido, el art. 7 de la Constitución Española habla de «asociaciones de empresarios». Señala al respecto Ojeda Avilés que los empresarios quedan apartados de la libertad sindical, lo que no significa que tengan cerradas otras vías distintas del sindicalismo para unirse en la defensa de sus intereses comunes. Para entenderlo «nos basta con acudir a los textos internacionales, donde el sindicalismo se considera frecuentemente como especie del asociacionismo; dicho de otra manera, todos los ciudadanos pueden crear asociaciones de variado tenor, a despecho de que los sindicatos se reserven para los trabajadores» (A. OJEDA AVILÉS, *La libertad sindical*, en *Revista de Política Social*, 1979, n. 121, pp. 360-361).

²⁸ N.P. GARCÍA PIÑEIRO, *op. cit.*, p. 186.

²⁹ Respecto de los miembros de las fuerzas armadas que podrían ser excluidos de la aplicación del Convenio deberían ser definidos de manera restrictiva. *Vid.* OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, cit., § 344.

³⁰ *Ibidem*, § 315.

³¹ *Ibidem*, § 392.

³² *Ibidem*, § 321. En lo que respecta a la concesión de derechos sindicales a los extranjeros, el requisito de reciprocidad no es aceptable según el art. 2 del Convenio OIT núm. 87 (*ibidem*, § 325). Así se reconoce también en la Resolución relativa a un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada

autónomos y profesionales independientes³⁴. Sin embargo, el Comité de Libertad Sindical no considera que el hecho de conferir a los desempleados y a los jubilados únicamente el derecho a afiliarse a un sindicato y participar en su funcionamiento, con sujeción a las reglas de la organización de que se trate, sea contrario a los principios de la libertad sindical³⁵.

Respecto de la constitución de organizaciones, la libertad se garantiza mediante la prohibición de que el Estado pueda exigir una autorización previa. Las principales quejas se han planteado respecto al establecimiento por las leyes de determinados requisitos formales como condición indispensable para adquirir personalidad jurídica. En su informe a la CIT de 1948, la Comisión de Libertad Sindical y de Relaciones de Trabajo declaró que «los Estados quedan libres para fijar en su legislación las formalidades que les parezcan propias para asegurar el funcionamiento normal de las organizaciones profesionales. Por consiguiente, las formalidades prescritas en las reglamentaciones nacionales acerca de la constitución y del funcionamiento de las organizaciones de trabajadores y de empleadores, así, por ejemplo, las de registro del sindicato o depósito de sus estatutos, son compatibles con las disposiciones del Convenio, a condición, claro está, de que esas disposiciones reglamentarias no se

adoptada por la CIT en su 92^a Reunión de 2004.

³³ OIT, [La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical](#), cit., § 352. En España, sin embargo, el art. 127.1 de la Constitución establece que «Los Jueces y Magistrados así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales». Compartimos la opinión de Ojeda Avilés de que dado que el Convenio OIT n. 87 no les excluye «debería reconocerse a las asociaciones previstas por el artículo 127 de la Constitución una autonomía muy cercana a la sindical», como se hace con las asociaciones empresariales (A. OJEDA AVILÉS, [La libertad sindical](#), cit., p. 364). En el mismo sentido se manifiestan I. GARCÍA NINET, J. YANINI BAEZA, *op. cit.*, p. 83.

³⁴ OIT, [La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical](#), cit., §§ 387, 388 y 389. En España el art. 19 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, reconoce el derecho a afiliarse al sindicato o asociación empresarial de su elección (en los términos establecidos en la legislación correspondiente, reenviando, por tanto, a la regulación establecida en la Ley Orgánica de Libertad Sindical y en la Ley 19/1977) y a afiliarse y fundar asociaciones profesionales específicas de trabajadores autónomos sin autorización previa. Explica Álvarez cuesta que el primer derecho (afiliarse a un sindicato) es una manifestación de libertad sindical, pero disminuida, porque tienen prohibido fundar sindicatos para la defensa de sus intereses propios (H. ÁLVAREZ CUESTA, [Los autónomos ante la encrucijada: sus opciones para afiliarse o asociarse](#), en *LegalToday*, 17 noviembre 2008).

³⁵ OIT, [La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical](#), cit., §§ 395 y 412.

hallen en contradicción con las garantías previstas en el Convenio núm. 87». Así, una disposición que establece que los trabajadores de determinados centros industriales no podrán formar asociaciones de trabajadores durante los tres meses posteriores al inicio de la producción comercial de estos centros contraviene el artículo 2 del Convenio³⁶. Otra forma de limitar la creación de organizaciones es estableciendo un número mínimo de fundadores, habiéndose considerado que el legislador puede exigirlo, pero no puede ser en número tan alto que impida en la práctica la creación de organizaciones sindicales³⁷. Se crea una situación análoga a la exigencia de una autorización administrativa cuando la ley concede a las autoridades competentes facultades más o menos discrecionales para decidir si la organización cumple los requisitos descritos para su inscripción en un registro, pero también cuando el procedimiento de inscripción es complicado y largo³⁸.

La autoridad administrativa no debería poder denegar la inscripción en el registro de una organización sólo por estimar que podría dedicarse a actividades que pudieran sobrepasar el marco de las actividades sindicales normales³⁹. El control normal de la actividades de los sindicatos debería efectuarse a posteriori por el juez⁴⁰.

Respecto del derecho a afiliarse a una organización previamente constituida, el único requisito que podría exigirse es la condición de observar sus estatutos (art. 2). Incluye el derecho de los trabajadores de poder afiliarse simultáneamente a varios sindicatos, por ejemplo, un sindicato de rama y a un sindicato de empresa⁴¹.

El Convenio no ha querido hacer de la pluralidad sindical una obligación, limitándose a exigir que ésta sea posible en todos los casos⁴². Dicho pluralismo se traduce en el derecho de los trabajadores de crear, en un clima de plena seguridad, organizaciones independientes no sólo de todo

³⁶ *Ibidem*, § 425.

³⁷ *Ibidem*, § 435. Así, por ejemplo, el número mínimo de 30 trabajadores para la constitución de sindicatos sería admisible en los casos de sindicatos de industria, pero dicho número mínimo debería reducirse en el caso de los sindicatos de empresa, para no obstaculizar la creación de estas organizaciones, sobre todo cuando el país tiene una importantísima proporción de pequeñas empresas y la estructura sindical se basa en el sindicato de empresa (*ibidem*, § 439).

³⁸ *Ibidem*, § 450. Así se ha considerado razonable el plazo de un mes para registrar una organización sindical (*ibidem*, § 465), pero no el plazo de tres meses, cuando no se advertían obstáculos que justificaran esa demora (*ibidem*, § 466).

³⁹ *Ibidem*, § 451.

⁴⁰ *Ibidem*, § 462.

⁴¹ *Ibidem*, § 547.

⁴² *Ibidem*, § 489.

partido político, sino también de las que ya existen⁴³, de modo que la existencia de una organización sindical en un sector determinado no debería constituir un obstáculo para la constitución de otra organización si los trabajadores así lo desean⁴⁴. Aunque la unidad del movimiento sindical nunca pueda venir impuesta mediante ley, lo que sí puede hacer el Estado es alentar a los sindicatos para que se asocien voluntariamente y formen organizaciones sindicales fuertes y unidas⁴⁵.

El libre ejercicio del derecho de constituir sindicatos y afiliarse a los mismos implica la libre determinación de la estructura y la composición de esos sindicatos⁴⁶. Incluye también el derecho de los trabajadores de constituir organizaciones a nivel de empresa además de las organizaciones de nivel superior a las que ya pertenecen⁴⁷.

4.3. La dimensión colectiva de la libertad sindical: el derecho de autoorganización y actuación

4.3.1. El derecho de autoorganización

La vertiente colectiva de la libertad sindical se reconoce en el derecho de autoorganización, regulado en el artículo 3, que incluye: el derecho de las organizaciones de redactar sus estatutos y reglamentos, de elegir libremente sus representantes, de organizar su administración y sus actividades y de formular su programa de acción, debiendo las autoridades públicas abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

a) Derecho de las organizaciones a redactar sus estatutos y reglamentos

De conformidad con el Convenio n.º 87, los sindicatos deberían tener derecho a incluir en sus estatutos los objetivos pacíficos que estimen necesarios para la defensa de los derechos e intereses de sus afiliados⁴⁸. Las disposiciones legislativas que regulan detalladamente el funcionamiento interno de las organizaciones de trabajadores y de empleadores entrañan graves riesgos de injerencia por las autoridades

⁴³ *Ibidem*, § 475.

⁴⁴ *Ibidem*, § 477.

⁴⁵ *Ibidem*, § 485.

⁴⁶ *Ibidem*, § 502.

⁴⁷ *Ibidem*, § 505.

⁴⁸ *Ibidem*, § 561.

públicas. En caso de que su adopción fuera considerada indispensable por las autoridades, estas disposiciones deberían limitarse a establecer un marco general, dejando a las organizaciones la mayor autonomía posible para regir su funcionamiento y administración. Las restricciones a este principio deberían tener como únicos objetivos garantizar el funcionamiento democrático de las organizaciones y salvaguardar los intereses de sus afiliados. Por otra parte, debería preverse un recurso ante un órgano judicial, imparcial e independiente, a fin de evitar todo riesgo de injerencia excesiva o arbitraría en el libre funcionamiento de la organización⁴⁹.

b) Derecho a elegir libremente a sus representantes

Este derecho implica que la organización de las elecciones sindicales debería corresponder exclusivamente a las organizaciones sindicales, debiendo abstenerse las autoridades de toda intervención ya sea en el transcurso de las elecciones o respecto de las condiciones de elegibilidad, reelección o destitución de los representantes⁵⁰. La competencia para anular las elecciones sindicales debería corresponder exclusivamente a una autoridad judicial independiente, única que pueda asegurar con suficientes garantías el derecho de defensa y el debido proceso⁵¹.

c) Derecho a organizar su administración

Ha preocupado especialmente la regulación de la administración financiera, suscitándose quejas en relación con las subvenciones y el descuento empresarial de la cuota sindical. Respecto de las subvenciones, hay que tener en cuenta que los diversos sistemas de subvenciones a las organizaciones de trabajadores producen consecuencias diferentes según la forma que revistan, el espíritu según el cual hayan sido concebidos y aplicados y la medida en que tales subvenciones se concedan en virtud de textos legales precisos o dependan exclusivamente de la discreción de los poderes públicos. Por esta razón, las repercusiones que dicha ayuda financiera pueda tener sobre la autonomía de las organizaciones sindicales no pueden ser apreciadas a la luz de principios generales, pues se trata de una cuestión de hecho que debe ser examinada en cada caso⁵². Con relación a las cuotas, es doctrina del CLS que no pueden ser impuestas por

⁴⁹ *Ibidem*, §§ 563 y 564.

⁵⁰ *Ibidem*, § 590.

⁵¹ *Ibidem*, § 649.

⁵² *Ibidem*, § 687.

ley, correspondiendo únicamente a los estatutos sindicales⁵³.

d) Disolución y suspensión de las organizaciones

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa (art. 4), considerándose que la cancelación o exclusión del registro de una organización por el registrador de sindicatos equivale a su suspensión o disolución por vía administrativa⁵⁴. Sólo pueden disolverse de manera voluntaria o por vía judicial⁵⁵. El CLS ha valorado la conformidad al Convenio de disposiciones legales que prevén la disolución por número insignificante de afiliados, señalando que no puede ser considerado de por sí una violación del ejercicio de derechos sindicales, siempre que la disolución vaya acompañada de las garantías legales necesarias para impedir toda posibilidad de abuso en la interpretación de tal disposición, a saber el derecho a recurrir ante un tribunal de justicia⁵⁶. La disolución es una medida extrema y el recurso a ella por haberse fallado judicialmente que algunos dirigentes o miembros de las mismas han realizado actividades ilegales (piqueteros violentos, irregularidades en la gestión financiera, etc.) constituye una clara violación de los principios de la libertad sindical⁵⁷.

e) Derecho de las organizaciones de trabajadores y de empleadores de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas

Aunque el artículo 5 no diga expresamente que dichas federaciones o confederaciones puedan ser de carácter internacional, se desprende de lo que se dice a continuación, cuando se indica que toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores. Precisamente, la solidaridad sindical internacional, que constituye uno de los objetivos básicos de todo movimiento sindical, ha inspirado la norma contenida en el artículo 5.

⁵³ *Ibidem*, § 688. Son compatibles con los Convenios n. 87 y n. 135 tanto las legislaciones que imponen la acreditación o prueba de la afiliación de los miembros de un sindicato para realizar la retención en nómina de las cotizaciones sindicales, como las legislaciones que establecen que basta para que se realice dicha retención que el sindicato entregue la lista de afiliados (*ibidem*, § 691).

⁵⁴ *Ibidem*, §§ 988-992.

⁵⁵ *Ibidem*, §§ 986-987.

⁵⁶ *Ibidem*, §§ 983-985.

⁵⁷ *Ibidem*, §§ 995-1001.

4.3.2. El derecho de actuación

El artículo 3 garantiza el derecho de las organizaciones de trabajadores y empleadores de organizar libremente sus actividades y de formular su programa de acción, lo que significa que tienen derecho a entregarse a actividades lícitas en defensa de sus intereses profesionales⁵⁸. La cuestión más polémica es la relativa a si dentro de sus actividades lícitas se incluye el recurso a la huelga, sentadas, manifestaciones, protestas... Aunque el Convenio no menciona expresamente el derecho de huelga, a partir del artículo 3 del Convenio y del 10 que establece como objeto de dichas organizaciones «fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores» tanto el CLS⁵⁹ como la CEACR⁶⁰, han reconocido en numerosas ocasiones el derecho de huelga como derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones, como medio de defensa de sus intereses económicos y sociales y han delimitado el ámbito en que debe emarcarse su ejercicio, elaborando un cuerpo de principios sobre el derecho de huelga que precisa el alcance de las disposiciones mencionadas⁶¹. Cabe afirmar, pues, que en la normativa de la OIT se configura el derecho de huelga como un derecho derivado comprendido en el contenido del derecho de libertad sindical⁶². Interesa recordar que el CLS tiene composición tripartita y en ella están presentes los representantes de las organizaciones de empleadores que, a lo largo de 60 años no pusieron en cuestión el reconocimiento del derecho de huelga. Sin embargo, en la Conferencia del año 2012 el grupo de empleadores se negó a aceptar una lista de 25 países a ser examinados por la Comisión de Aplicación de Normas que incluyera algún caso que involucrara el derecho de huelga. Para llegar a esta conclusión, el Grupo de Empleadores hizo,

⁵⁸ *Ibidem*, § 716.

⁵⁹ *Ibidem*, §§ 751-978. Ya en 1927, la OIT reconocía explícitamente la existencia del derecho a la huelga, vinculándolo directamente a la libertad sindical.

⁶⁰ *Vid. OIT, Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Informe III (Parte 1B)*, cit., § 117.

⁶¹ B. GERNIGON, A. ODERO, H. GUIDO, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, OIT, 2000, p. 8.

⁶² I. GARCÍA NINET, J. YANINI BAEZA, *op. cit.*, p. 90. El constituyente español, sin embargo, ha querido resaltar la naturaleza de derecho fundamental, del derecho de huelga, otorgándole en el § 2 del art. 28 un reconocimiento diferenciado del derecho de libertad sindical (reconocido en el apartado 1 del mismo precepto).

entre otras, las siguientes afirmaciones⁶³:

- 1) el mandato de los Expertos es hacer comentarios acerca de la “aplicación” de los convenios, no “interpretarlos”. Únicamente la Corte Internacional de Justicia puede proporcionar una interpretación definitiva;
- 2) el estudio general y el informe anual de la Comisión de Expertos no son documentos convenidos ni vinculantes de los mandantes tripartitos de la OIT.

En concreto, la supervisión de las normas de trabajo no atañe a la Comisión de Expertos, sino a los mandantes tripartitos de la OIT⁶⁴. En 2019 el conflicto todavía no se ha resuelto⁶⁵.

Además de la reciente controversia en torno al derecho de huelga, quizá el tema que haya causado mayor preocupación, sea la posibilidad de desarrollar actividades que podrían considerarse de carácter político. En este sentido, el CLS considera que las disposiciones que prohíben de manera general las actividades políticas de los sindicatos para la promoción de sus objetivos específicos son contrarias a los principios de

⁶³ Vid. ILO, [Employers' Statement in the Committee on the Application of Standards of the International Labour Conference on 4 June 2012](#), 2012; OIT, [Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia. Extractos de las actas](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 101^a Reunión, 2012, §§ 82-90.

⁶⁴ Tras la CIT de 2013, se intentó en varias ocasiones llegar a un consenso entre los grupos de trabajadores y empleadores bajo los auspicios del gobierno suizo que actuó de mediador. Estas conversaciones no lograron ningún resultado. La situación llegó a un punto crítico en la sesión de la CIT de 2014 cuando la Comisión de Aplicación de Normas no pudo realizar su trabajo debido a la disputa en curso sobre la interpretación del Convenio n.º 87 con relación al derecho de huelga (fuente: INTERNATIONAL TRANSPORT WORKERS' FEDERATION, [El Convenio n.º 87 de la OIT y el derecho de huelga](#), Nota informativa ITF, 16 diciembre 2014; vid. también CSI, [Resumen ejecutivo de la nota informativa de la CSI sobre el derecho de huelga](#), 2 junio 2014). En 2018 las Actas de la Comisión de Aplicación de Normas reflejan que el grupo de empleadores se mantiene en su postura. Además, expresaron su preocupación por las frecuentes referencias de la CEACR a los casos examinados por el CLS, reiterando que ambos organismos tienen fundamentos jurídicos y mandatos distintos (OIT, [Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia. Actas 2018](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018, § 46).

⁶⁵ Confirma la dirección asumida por la doctrina del CLS, la Sentencia de un Tribunal Supremo de tradicional anglosajona – Tribunal Supremo de Canadá, [Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan](#), 30 enero 2015, n.º 2015 SCC 4 – que consideró que una ley que negaba el derecho de huelga para cierto número de trabajadores y trabajadoras del sector público, sin ningún otro mecanismo alternativo, era inconstitucional. Al tomar su decisión, el Tribunal reafirmó que el derecho de huelga está protegido por el Convenio OIT n.º 87 sobre la libertad sindical, así como por otros tratados internacionales.

libertad sindical⁶⁶.

Por último, se ha planteado si es contraria al Convenio n. 87 la promoción legal de organizaciones que se consideran más representativas.

El espíritu del Convenio n. 87 reclama un trato imparcial de las autoridades con todas las organizaciones sindicales aunque sean críticas con las políticas sociales y económicas del poder ejecutivo, así como evitar represalias por la realización de actividades sindicales legítimas⁶⁷. Todo trato favorable o no favorable por parte de las autoridades públicas a un sindicato en particular en comparación con otros sindicatos, de no estar basado en criterios de representatividad objetivos previamente establecidos – como la afiliación – y de ir más allá de ciertos derechos preferenciales vinculados con la negociación colectiva y la consultar con los gobiernos o, incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales, constituiría un acto de discriminación que podría poner en peligro el derecho de los trabajadores a establecer organizaciones de su preferencia y afiliarse a éstas⁶⁸. Quiere ello decir que la distinción entre sindicatos en función de su representatividad, no debería tener por consecuencia el privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto por el Convenio n. 87⁶⁹. Respecto de la forma de medir la representatividad, los Convenios n. 87 y n. 98 son compatibles tanto con los sistemas que prevén un sistema de representación sindical para ejercer los derechos sindicales colectivos que se basan en el grado de afiliación sindical con que cuentan los sindicatos, como con los sistemas que prevén que dicha representación sindical surja de elecciones generales entre los trabajadores o funcionarios, o los que establecen una combinación de ambos sistemas⁷⁰.

5. Bibliografía

ÁLVAREZ CUESTA H., [Los autónomos ante la encrucijada: sus opciones para afiliarse o asociarse](#), en [LegalToday](#), 17 noviembre 2008

⁶⁶ OIT, [La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical](#), cit., § 725.

⁶⁷ [Ibidem](#), § 514.

⁶⁸ [Ibidem](#), § 515.

⁶⁹ [Ibidem](#), § 525.

⁷⁰ [Ibidem](#), § 531.

BAYLOS GRAU A., *Las normas internacionales del trabajo: la importancia de la dimensión colectiva y el alcance universal de los derechos laborales*, en *Cuadernos de Información Sindical*, 2019, n. 57

CARRIZOSA PRIETO E., *Los modelos de tutela del derecho de libertad sindical en el ámbito internacional*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2015, vol. 3, n. 3

CSI, *Índice Global de los derechos de la CSI 2019. Los peores países del mundo para los trabajadores*, 2019

CSI, *Resumen ejecutivo de la nota informativa de la CSI sobre el derecho de huelga*, 2 junio 2014

DUNNING H., *Orígenes del Convenio núm. 87 sobre libertad sindical y derecho de sindicación*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 1998, vol. 117, n. 2

GARCÍA NINET I., YANINI BAEZA J., *Sentido e impacto de los convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1997, vol. 117, n. 2

GARCÍA PIÑEIRO N.P., *Las Asociaciones empresariales en el Derecho español*, Consejo Económico y Social, 2005

GERNIGON B., ODERO A., GUIDO H., *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, OIT, 2000

ILO, *Employers' Statement in the Committee on the Application of Standards of the International Labour Conference on 4 June 2012*, 2012

INTERNATIONAL TRANSPORT WORKERS' FEDERATION, *El Convenio núm. 87 de la OIT y el derecho de huelga*, Nota informativa ITF, 16 diciembre 2014

OIT, *Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia. Actas 2018*, Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018

OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 2018

OIT, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, 2017

OIT, *Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia. Extractos de las actas*, Conferencia Internacional del Trabajo, 101^a Reunión, 2012

OIT, *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa. 2008. Informe III (Parte 1B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 101^a Reunión, 2012

OIT, *Informe VI. Principios y derechos fundamentales en el trabajo: del compromiso a la acción*, Conferencia Internacional del Trabajo, 101^a Reunión, 2012

OIT, *La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y*

derechos fundamentales en el trabajo. Informe I (B), Conferencia Internacional del Trabajo, 97^a Reunión, 2008

OIT, Libertad sindical, en www.ilo.org

OIT, Ratificaciones de Convenios fundamentales por país, en www.ilo.org

OJEDA AVILÉS A., *Del mundialismo a la globalización. Un balance de los convenios OIT y su proyección futura*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2019, n. 434

OJEDA AVILÉS A., La libertad sindical, en *Revista de Política Social*, 1979, n. 121

VON POTOSKY G., *El Convenio núm.87, su impacto y la acción de la OIT*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 1998, vol. 117, n. 2

Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva 1949 (núm. 98)

Carolina TUPINAMBÁ*

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar la modificación de la Consolidación de las Leyes de Trabajo presentada por la ley n. 13467/2017, en relación con las innovaciones en el contexto de la negociación colectiva.

Palabras clave: Jerarquía de normas laborales, negociación colectiva, convenio colectivo, acuerdo colectivo, ultraactividad, diálogo de las fuentes.

SUMARIO: 1. El papel de la negociación colectiva en Brasil. 2. Las reformas laborales como tendencia mundial. 3. La jerarquía de las normas en derecho laboral antes de la reforma. 4. La negociación colectiva y sus especies en Brasil. 5. La jerarquía de las normas laborales en el escenario brasileño posterior a la reforma. El prestigio de lo negociado. 6. La prohibición de la ultraactividad de las negociaciones laborales colectivas. 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

* Maestra en Derecho Procesal por la Universidad Estatal de Río de Janeiro; Doctora en Derecho Procesal por la Universidad Estatal de Río de Janeiro; Doctora en Derecho Laboral por la Universidad de San Pablo; Posdoctora del Programa de Posdoctorado en Democracia y Derechos Humanos – Derecho, Política, Historia y Comunicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra; Profesora Adjunta de Proceso Laboral y Práctica Laboral de la Universidad Estatal de Río de Janeiro; Profesora Asistente de Derecho Laboral de la Universidad Federal del Estado de Río de Janeiro; Miembro de la Academia Brasileña de Derecho Laboral; Abogada.

Right to Organise and Collective Bargaining Convention 1949 (No. 98)

ABSTRACT: This article aims to analyse the amendment of the Consolidation of Labour Acts introduced by Act No. 13467/177, regarding innovations in the scope of collective bargaining.

Key Words: Hierarchy of labour standards, collective bargaining, collective negotiation, collective agreement, dialogues between sources of law.

1. El papel de la negociación colectiva en Brasil

La negociación colectiva ilustra el proceso de autocomposición de intereses específicos de los actores sociales. A través de esta, los representantes legítimos de los trabajadores y los empleadores buscan el entendimiento para concluir convenios o acuerdos colectivos, en los cuales se establecerán las condiciones de trabajo con la aplicación conjunta de contratos individuales.

La Constitución Federal (CF) consagra la negociación colectiva en varias disposiciones (artículos 7, incisos VI, XIII, XIV, XXVI, 8, inciso VI, y 114, §§ 1 y 2) como un medio para resolver conflictos laborales colectivos que prevalezcan, incluso, ante la solución jurisdiccional de dilemas (§ 2, artículo 114, CF).

Además, la negociación colectiva aparece en varios otros textos legales, por ejemplo, en la Declaración sociolaboral del Mercosur. Los Convenios n. 87 y n. 98, así como varias Recomendaciones de la OIT, la Ley n. 9601/98, el Decreto n. 1572/95, la Ordenanza del MTb (Ministerio de Trabajo) n. 817/95, entre otros preceptos de la CLT (Consolidación de las Leyes de Trabajo).

Los Convenios n. 98 y n. 154, la Recomendación n. 163 y las resoluciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT consideran el derecho a negociar como un elemento esencial de la libertad sindical. El propósito de la negociación es lograr mejores condiciones de trabajo para la clase trabajadora. En el peor de los casos, la negociación se presta a la preservación de empleos, aunque con restricción parcial y temporal de los derechos laborales.

En particular, el Convenio OIT n. 154 de 1981, sobre negociación colectiva, ratificado por Brasil, prescribe la necesidad de medidas para promover la negociación colectiva. Del mismo año y con el mismo tema de objeto, la Recomendación n. 163 establece que, entre las medidas de promoción, se encuentran las relacionadas al acceso a la información por parte de los trabajadores y de sus órganos de representación.

En Brasil, la negociación colectiva del trabajo presupone, por un lado, la presencia de un sindicato profesional como representante legítimo de la clase trabajadora y, por otro lado, el sindicato patronal (convenio colectivo de trabajo) o la propia empresa (acuerdo colectivo de trabajo).

La Constitución de 1988 innova en relación con la negociación colectiva y establece la posibilidad de flexibilización de las relaciones de trabajo, lo que dará como resultado la reducción o la reconfiguración autónoma, negociadas colectivamente, de los derechos laborales vigentes, con el objetivo de preservar los empleos en tiempos de crisis económica. En este

escenario, dada la eventual demora en la adaptación de la legislación laboral a la realidad actual, la negociación colectiva siempre ha representado un mecanismo importante para la prevención de conflictos. En cualquier caso, la flexibilización de las condiciones de trabajo implica, por lo general, la reducción de los derechos laborales a través de la negociación colectiva con el objetivo de disminuir los costos y permitir al empleador una economía real o, simplemente, superar períodos de crisis, en los que la continuidad de la actividad empresarial y el mantenimiento de puestos de trabajo son los mayores activos para defender.

Por otro lado, la desregulación pura y simple, en otras palabras, el trabajo desprotegido, viola la Constitución Federal en la medida en que la Carta garantiza una lista mínima de derechos de carácter irrenunciables. La cuestión es saber si un determinado derecho será, o no, parte de este nivel mínimo.

La propia Constitución ya ha enumerado excepciones al permitir la flexibilización de las condiciones de trabajo en el artículo 7 para casos específicos:

- 1) «irreductibilidad del salario, excepto lo dispuesto en un convenio o acuerdo colectivo» (inciso VI);
- 2) «duración del trabajo normal no superior a ocho horas por día y cuarenta y cuatro horas semanales; se permite la compensación de horario y la reducción de la jornada, mediante acuerdo o convenio colectivo» (inciso XIII);
- 3) «jornada de seis horas para el trabajo realizado en turnos rotativos, salvo negociación colectiva» (inciso XIV).

La cuestión central era si la flexibilización derivada de la negociación colectiva y prevista en la Constitución Federal se limitaría a cuestiones salariales (artículo 7, inciso VI) y jornada de trabajo (incisos XIII y XIV), o si podría alcanzar otros derechos laborales.

El Tribunal Superior del Trabajo (TST), por momentos, le daba más importancia a lo negociado en detrimento de lo legislado; en otros, se mostraba recalcitrante, contrario a la flexibilización de la legislación laboral en ciertos asuntos, en particular, *respecto al descanso, la salud y la seguridad del trabajador*. Presentando la complejidad del problema, se transcribe una parte de la doctrina de Vólia Bomfim: «La flexibilización es posible y necesaria, siempre que las normas establecidas por esta, a través de convenio o acuerdo colectivo, según lo dispuesto en la Constitución o en la forma determinada por la ley, se analicen en dos aspectos: respeto a la dignidad del ser humano que trabaja para mantener el empleo y reducción de los derechos solo en casos de necesidad económica comprobada, cuando está destinada a la supervivencia de la empresa. Si no

se alcanza este objetivo mínimo, que el trabajador conquistó con mucho esfuerzo a lo largo de la historia, el acuerdo o convenio colectivo se deberán considerar inconstitucionales, ya que los valores más altos son aquellos protegidos por los derechos fundamentales, después de todo, los principios guían la aplicación del derecho»¹.

En resumen, la extracción del objeto de una posible negociación laboral, necesariamente, enfrentará dogmas y conceptos relevantes de la legislación laboral, como el principio de protección, el principio de la norma más favorable y la irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Parece que la reforma laboral vigente en Brasil desde noviembre de 2017 ha traído más seguridad y previsibilidad con respecto a la delimitación del posible campo de la negociación colectiva, permitiendo un escenario más concreto que el Convenio OIT 98.

A este respecto, la Comisión de Aplicación de Normas de la OIT, incluso, ha solicitado que el gobierno brasileño considere cualquier necesidad de cambios en la Ley n. 13467/2017 que implementó la reforma laboral en Brasil. La comisión estaba, justamente, examinando si la reforma laboral habría violado el Convenio 98 del que Brasil es signatario.

La conclusión presentada en la Conferencia Internacional del Trabajo en julio de 2019, en Ginebra, fue que el gobierno brasileño debería continuar analizando los impactos de la reforma para decidir, en el futuro, en conjunto con las entidades de trabajadores y empleadores, si las adaptaciones son realmente necesarias.

Aprobada por la OIT en 1949 y ratificada por Brasil en 1952, durante el gobierno de Getúlio Vargas, el Convenio 98 establece normas para proteger los derechos de los trabajadores, como la afiliación sindical y la participación en la negociación colectiva.

De hecho, una denuncia presentada ante la OIT afirmó que los cambios en las leyes laborales en Brasil habrían violado el Convenio 98. La denuncia fue presentada por la Central Unificada de Trabajadores (CUT), con el apoyo de otros sindicatos, antes de que la ley fuera aprobada por el Congreso Nacional.

El principal cuestionamiento de los sindicatos está relacionado con si la legislación establece o no que los acuerdos firmados después de la negociación colectiva entre empleadores, empleados y sus respectivos sindicatos pueden sobreponerse a determinados aspectos previstos en la Consolidación de las Leyes de Trabajo, de modo que prevalezca lo negociado sobre lo legislado.

¹ V. BOMFIM CASSAR, *Direito do Trabalho*, Impetus, 2011, p. 46.

2. Las reformas laborales como tendencia mundial

En efecto, la Ley n. 13467, publicada el 13 de julio de 2017, promovió cambios en varias disposiciones de la Consolidación de las Leyes de Trabajo, con el pretexto de tratar de adaptarla al avance socioeconómico y tecnológico al que ha llegado la sociedad brasileña, a través de la modernización de los modos de producción y relaciones laborales.

El escenario de la reforma no es exclusivo de nuestro país. El estudio producido por los investigadores Adascalieti y Pignatti Morano² indica que las reformas legislativas laborales se llevaron a cabo en 110 países entre 2008 y 2014.

La base común observada en las diversas iniciativas de reforma fue aumentar la competitividad de las economías y crear puestos de trabajo, especialmente en el contexto de crisis severas y estancamiento económico con desempleo.

En el 55% de los casos, las reformas alcanzaron a toda la población y tuvieron carácter permanente, produciendo un cambio a largo plazo en la regulación del mercado laboral en el mundo. Esto se debe a una tendencia general hacia la desregulación registrada en las economías desarrolladas, en particular en los Estados miembros de la Unión Europea, y a un refuerzo de la legislación laboral en los países en desarrollo.

Las economías desarrolladas, incluida la Unión Europea, los países de Europa central y del sudeste y de la Comunidad de Estados Independientes, se preocuparon, principalmente, por las reformas de la legislación en materia de contratos permanentes, como en Portugal y España. En comparación, la mayoría de las economías en desarrollo se han preocupado por las reformas en el ámbito de la negociación colectiva que, en muchos casos, han sido un proceso de fortalecimiento institucional de los sindicatos.

Siguiendo la tendencia mundial de los países en desarrollo, la Ley n. 13467/17 innova en términos respecto a la negociación colectiva, destacando este método de resolución de conflictos.

² D. ADASCALITEI, C. PIGNATTI MORANO, *Drivers and effects of labour market reforms: Evidence from a novel policy compendium*, en *IZA Journal of Labor Policy*, 2016, vol. 5, n. 15 (último acceso 20 diciembre 2017).

3. La jerarquía de las normas en derecho laboral antes de la reforma

El “viejo” derecho laboral tenía una legislación inflexible en la que los derechos no podían negociarse, ya que la presunción de hiposuficiencia del trabajador era la clave del sistema.

Dada la lógica de un empleado que debe ser protegido de su empleador, cualquier norma o condición contractual debe interpretarse de tal manera que beneficie al trabajador tanto como sea posible, llegando al punto, muchas veces, de infantilizarlo.

La lógica del derecho laboral ha cambiado drásticamente a partir de la reforma que rompió los paradigmas históricos al eliminar, de la tutela del Estado, parte de la regulación de las relaciones laborales, valorando la autonomía entre empleados y empleadores para que sea más conveniente para ambos.

Anteriormente, el artículo 8 de la CLT anunciaaba que los principios del derecho laboral serían filtros para la aplicación de normas que no estaban expresadas en la Consolidación de las Leyes de Trabajo. Ahora no. El texto pasa a aclarar que el derecho común será una fuente subsidiaria del derecho laboral y que en el examen de los acuerdos o convenios colectivos, la Justicia Laboral analizará exclusivamente la conformidad de los elementos esenciales a nivel jurídico, sujeto a lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley n. 10406 del 10 de enero de 2002 (Código Civil), y limitará su actuación teniendo en cuenta el principio de la mínima intervención en la autonomía de la voluntad colectiva.

La directriz central de la legislación laboral era la protección del trabajador, ya que el empleado no tendría la misma igualdad legal que su empleador. Por lo tanto, el propósito del derecho laboral sería lograr una verdadera igualdad sustancial entre las partes y, para ese fin, es necesario proteger a la parte más débil de la relación, el empleado. Esa fue la coherencia. Era el hilo de la madeja. La lente por la cual todo fue leído y la lógica por la cual todo fue entendido. Hoy, ya no.

Ante este supuesto desequilibrio existente en la relación entre empleado y empleador, se estableció el principio de protección al trabajador para equilibrar las relaciones laborales. El principio de protección al trabajador siempre se ha caracterizado por una intensa intervención estatal brasileña en las relaciones entre empleado y empleador, lo que limita en gran medida la autonomía de la voluntad de las partes.

El principio de protección al trabajador, fundamento y base del antiguo derecho laboral, se basaba en subprincipios, a saber:

- 1) principio de interpretación *in dubio pro operario*;

- 2) principio de prevalencia de la norma más favorable para el trabajador;
- 3) principio de prevalencia de la condición más beneficiosa para el trabajador.

El subprincipio *in dubio pro operario* consistía en la idea de que, ante la duda entre más de una interpretación atribuida a una misma norma jurídica del derecho, la hermenéutica debería adoptar la que fuera más beneficiosa para el trabajador – hiposuficiente – sea cual fuere.

Si bien este subprincipio se centró en la interpretación de la norma, el de norma más favorable indicaba cuál sería la norma aplicable al trabajador. Frente a numerosas reglas, de diversos orígenes: Poder Legislativo, Poder Judicial, sindicatos, particulares, etc., es natural que surjan determinados conflictos de las fuentes más variadas, lo que haría prevalecer la norma jurídica más beneficiosa para el trabajador, aunque fuese, jerárquicamente, de un grado inferior³.

En virtud del principio de protección, por lo tanto, *en derecho laboral*, la pirámide jerárquica se construyó de manera variable, ubicándose en su vértice la norma más cercana al objetivo de proteger al trabajador, es decir, la norma más favorable para el trabajador, que no siempre era la Constitución Federal, dependiendo del tema en cuestión. En resumen, como dijo Hoffmann: «la matriz teleológica del Derecho Laboral apunta hacia la solución de las relaciones laborales de acuerdo con un sentido social de restaurar, hipotéticamente, un equilibrio no verificable, en el plano de la relación material concreta; con el objetivo de mejorar las condiciones sociales de los trabajadores prevalecerá, en el prisma jerárquico, la norma que mejor exprese y responda a este objetivo teleológico orgánico y constitutivo»⁴.

La condición más beneficiosa explicitaba que las condiciones laborales más positivas en comparación con las establecidas genéricamente por las leyes laborales pasarían a formar parte del contrato de trabajo, y cualquier modificación perjudicial sería simplemente nula.

Por lo tanto, la jerarquía de normas era dinámica, dependiendo del

³ «La regla de acuerdo con la cual se aplica, “en caso de duda, la interpretación más favorable para el trabajador” no debe considerarse una norma protectora contra el más fuerte, ya que su esencia es otra. Nos informa que, ante la oposición entre los valores humanos y los intereses materiales de la economía, la justicia impone la supremacía de los primeros. Una consideración final: la idea de protección de clase por parte del Estado burgués ofende la dignidad del trabajador, porque este no es un niño que cede ante su tutor». *Vid. M. DE LA CUEVA, El nuevo derecho mexicano del trabajo*, Porrúa, 2018, pp. 274 ss., *apud* A. SAYÃO ROMITA, *Os Princípios do Direito do Trabalho ante a realidade*, en *Revista LTr*, 2010, vol. 74, n. 9.

⁴ F. HOFFMANN, *O Princípio da Proteção ao Trabalhador e a Atualidade Brasileira*, LTr, 2003, p. 96.

análisis, en cada caso, de lo que era mejor para el trabajador.

4. La negociación colectiva y sus especies en Brasil

Ideológicamente, negociar de forma colectiva, en grupo, demuestra más fuerza para obtener mejores condiciones que si la negociación es solo entre patrón y empleado. De hecho, precisamente en esta línea de razonamiento, la nueva ley solo permitió un mayor poder de negociación individual, es decir, sin la presencia del sindicato, para los llamados “hiperempleados”, aquellos que ganan más del doble del límite del Régimen General de Previsión Social, conforme el artículo 444, párrafo único⁵.

La negociación colectiva es la forma principal de ajuste de intereses entre los sindicatos de trabajadores y los sindicatos de empleadores o entre estos y los empleadores directamente. Su objetivo es establecer condiciones de trabajo que respondan a los intereses mutuos de las empresas y los trabajadores, siendo una herramienta esencial para modernizar las relaciones laborales y aumentar la competitividad.

La norma colectiva es el género, cuyas especies son:

- 1) convenio colectivo de trabajo;
- 2) acuerdo colectivo de trabajo. Los conceptos de las dos especies de negociación mencionados anteriormente se insertan en el artículo 611 de la CLT, encabezado y § 1⁶.

⁵ CLT, art. 444: «Las relaciones contractuales de trabajo pueden ser objeto de libre estipulación entre las partes interesadas en la medida en que no contravengan las disposiciones de protección laboral, los contratos colectivos que les sean aplicables y las decisiones de las autoridades competentes. [...] La libre estipulación a la que se refiere el encabezado de este artículo se aplica a las hipótesis previstas en el artículo 611-A de esta Consolidación, con la misma efectividad legal y preponderancia sobre los instrumentos colectivos, en el caso de un empleado que posea un diploma de nivel superior y que perciba un salario mensual igual o superior al doble del límite máximo de beneficios del Régimen General de Seguridad Social».

⁶ CLT, art. 611, §§ 1 y 2: «Convenio Colectivo de Trabajo es el acuerdo de carácter normativo, por el cual dos o más sindicatos representativos de categorías económicas y profesionales estipulan condiciones de trabajo aplicables, en el marco de las respectivas representaciones, a las relaciones individuales de trabajo. [...] Los sindicatos que representan categorías profesionales pueden celebrar acuerdos colectivos con una o más empresas de la categoría económica correspondiente, que estipulan las condiciones de trabajo, aplicables dentro de la empresa o en las relaciones laborales respectivas. [...] Las Federaciones y, en su defecto, las Confederaciones que representan categorías económicas o profesionales podrán celebrar convenios colectivos de trabajo para regir las relaciones de las categorías vinculadas a ellas, que no estén organizadas en sindicatos,

Dado el análisis realizado sobre el principio de la norma más favorable, la negociación colectiva antes del advenimiento de la Ley n. 13467/17 era importante en la medida en que podía establecer normas más favorables para los trabajadores que los previstos por la ley. Las estipulaciones que de otra manera podrían ser contrarias a la ley, reduciendo puntualmente un derecho para que otro sea provisto como compensación, no eran consideradas válidas por la Justicia Laboral.

Ahora, el propósito de una negociación es precisamente lograr que las partes lleguen a un consenso, restringiendo eventualmente algunos derechos para obtener otros beneficios. Resulta que, si el principio predominante era el de la norma más favorable para los empleados, la lógica de la negociación, en sí misma, perdería su esencia: no sería válido para un sindicato patronal o para los empleadores, por acuerdo y convenio colectivo, respectivamente, promover el diálogo con el sindicato de trabajadores, ya que solo lo positivo para el empleado se consideraría válido.

Esta lógica desalentó la elección de la resolución de conflictos a través de la negociación colectiva. Por lo tanto, el propio empleado terminó teniendo sus derechos limitados a aquellos regulados por la ley que, al ser generales, no tendrían proximidad a la realidad de esa relación laboral en sí.

5. La jerarquía de las normas laborales en el escenario brasileño posterior a la reforma. El prestigio de lo negociado

La interpretación y el *modus operandi* del “principio de protección” frente a la pluralidad de escenarios existentes estaba resultando ineficiente, obsoleto e inconstitucional.

La ley n. 13467/2017 restauró el alcance real del artículo 7, inciso XXVI, de la Constitución Federal⁷, que se ocupa del reconocimiento de acuerdos y convenios colectivos de trabajo, así como del derecho a la autonomía plena de negociación de los actores sociales, ya que respeta la voluntad colectiva/individual en detrimento de la norma legal.

Con esto, el legislador de la reforma aniquiló el “principio de protección al trabajador”, ya aceptado como ilusorio, debido a que:

1) no se ajusta a la Constitución, que coloca en el mismo nivel, como

dentro del alcance de sus representaciones».

⁷ Constitución Federal, art. 7, XXVI: «Los derechos de los trabajadores urbanos y rurales, así como otros destinados a mejorar su condición social, son [...] reconocimiento de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo».

fundamento del Estado, la valoración del trabajo y de la libre iniciativa; 2) la sociedad ya no corresponde al *locus* de un sistema binario, dicotómico o hermético de empresas ricas y empleados pobres que merecen una protección total.

Por el contrario, una característica sorprendente de la contemporaneidad es la complejidad de la interacción del Estado con los individuos y entre ellos. Un sistema duro que tenga como premisa una hiposuficiencia que no siempre es real, no podría resolver los conflictos sociales de manera eficiente, ni promovería, de manera disciplinaria, la regulación de los estrangulamientos entre el capital y el trabajo.

Para que la empresa y el trabajador escaparan de la verdadera neurosis que era el modelo descrito de intervención estatal en las relaciones laborales, que encarecía todo el circuito, la solución encontrada fue la negociación colectiva como fuente creadora de normas más adherentes a la realidad. En este sentido, Barassi argumenta: «La preeminencia de la ley imperativa (destinada a compensar la debilidad socioeconómica del trabajador) se justifica fácilmente cuando se aplica a la estipulación individual. Pero, cuando la entidad sindical entra en escena, el individuo deja de ser débil. La debilidad del empleado cesa cuando, en su lugar, negocia el sindicato, cuya característica esencial es ejercer contrapoder frente al empleador (que tiene, por naturaleza, poder económico). Equilibrado los platos de la balanza mediante la negociación colectiva, la inderogabilidad de la ley ya no está justificada. Por lo tanto, la estipulación *in pejus* está justificada, ya que el sindicato asegura ventajas colectivas más relevantes en ciertos casos al sacrificar determinados derechos patrimoniales para obtener, por ejemplo, la garantía de los empleos existentes»⁸.

La ley n. 13467/2017 revirtió la lógica protecciónista y de principios de la legislación laboral, por ejemplo, cuando determinó, en el artículo 620 de la CLT⁹, la prevalencia del acuerdo colectivo sobre el convenio. Por supuesto, solo cuando el acuerdo colectivo no contenga derechos menos favorables para el trabajador que el convenio colectivo.

Con la Ley n. 13467/17 se introdujo el artículo 611-A en la CLT, que establece que el convenio colectivo o el acuerdo colectivo de trabajo prevalecerán sobre la ley cuando, entre otros, aborden determinados temas enumerados en la disposición. El texto, modificado por la medida provisional n. 808, afirma, además, que la enumeración de los derechos enumerados en los incisos del artículo sería meramente ejemplificativa.

⁸ L. BARASSI, *Il diritto del lavoro. I. Le fonti – il rapporto di lavoro – Le qualifiche*, Giuffrè, 1957, p. 119 (resaltado nuestro).

⁹ CLT, art. 620: «Las condiciones establecidas en un acuerdo colectivo de trabajo prevalecerán siempre sobre las estipuladas en un convenio colectivo de trabajo».

En este contexto, el encabezado del artículo 611-A de la CLT¹⁰ permite una amplia flexibilización, aumentando la gama de derechos previstos por la ley que pueden reducirse o suprimirse. La siguiente disposición prohíbe la negociación de derechos tomados como indisponibles¹¹.

¹⁰ CLT, art. 611-A: «El convenio colectivo y el acuerdo colectivo de trabajo, respetando los incisos III y VI del encabezado del artículo 8 de la Constitución, prevalecen sobre la ley cuando, entre otros, prevén sobre: I – acuerdo sobre la jornada laboral, respetando los límites constitucionales; II – base anual de horas; III – intervalo entre jornadas, respetando el límite mínimo de treinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV – adhesión al Programa de Seguro-Empiego (PSE), que se trata en la Ley n.º 13.189 del 19 de noviembre de 2015; V – plan de cargos, salarios y funciones compatibles con la condición personal del empleado, así como la identificación de puestos que se encuadren como funciones de confianza; VI – regulación empresarial; VII – representante de los trabajadores en el lugar de trabajo; VIII – teletrabajo, régimen de sobreaviso y trabajo intermitente; IX – remuneración por productividad, incluyendo propinas percibidas por el empleado, y remuneración por desempeño individual; X – modalidad de registro de jornada laboral; XI – intercambio de días feriados; XII – encuadramiento del grado de insalubridad y prórroga de la jornada en lugares insalubres, incluida la posibilidad de contratar expertos, excluyendo la licencia previa de las autoridades competentes del Ministerio de Trabajo, siempre que respeten, plenamente, las normas de salud, higiene y seguridad previstas por la ley o las normas reglamentarias del Ministerio de Trabajo; XIII – prórroga de la jornada en ambientes insalubres, sin licencia previa de las autoridades competentes del Ministerio de Trabajo; XIV – premios de incentivos en bienes o servicios, eventualmente otorgados en programas de incentivos; XV – participación en los beneficios o resultados de la empresa. Párrafo 1. En el examen del convenio colectivo o acuerdo colectivo de trabajo, la Justicia Laboral respetará las disposiciones del párrafo 3 del artículo 8 de esta Consolidación. Párrafo 2. La ausencia de indicación expresa de contrapartidas recíprocas en un convenio colectivo o acuerdo colectivo no dará lugar a su nulidad porque no caracteriza un vicio del negocio jurídico. Párrafo 3. Si se acuerda una cláusula que reduzca el salario o la jornada, el convenio colectivo o el acuerdo colectivo de trabajo deberá prever la protección de los empleados contra el despido injustificado durante la vigencia del instrumento colectivo. Párrafo 4. En caso de que sea aplicable una acción de anulación de una cláusula de un convenio o acuerdo colectivo de trabajo, cuando exista una cláusula compensatoria, esta también deberá ser anulada, sin repetir la parte ilícita. Párrafo 5. Los sindicatos que suscriban convenios colectivos o acuerdos colectivos de trabajo participarán, como litisconsortes necesarios, en una acción colectiva que tiene como objeto la anulación de las cláusulas de estos instrumentos, quedando prohibida la apreciación por acción individual».

¹¹ CLT, art. 611-B: «Constituye objeto ilegal de un convenio colectivo o acuerdo colectivo de trabajo, exclusivamente, la supresión o reducción de los siguientes derechos: I – normas de identificación profesional, incluidas las anotaciones en la Cédula de Trabajo y Seguridad Social; II – seguro de desempleo, en caso de desempleo involuntario; III – valor de los depósitos mensuales y de la indemnización por despido del Fondo de Garantía de Tiempo de Servicio (FGTS); IV – salario mínimo; V – valor nominal del aguinaldo; VI – remuneración por trabajo nocturno superior al del trabajo diurno; VII – protección del salario de acuerdo con la ley; su retención dolosa constituye un delito; VIII – salario familiar; IX – descanso semanal remunerado; X – remuneración

Surgen dos consecuencias prácticas importantes de los cambios destacados anteriormente:

- 1) el fin del principio de prevalencia de la norma más favorable;
- 2) el debilitamiento del principio de indisponibilidad de los derechos legales laborales.

La reforma hizo el derecho laboral más privativo y revirtió la pirámide laboral. Si anteriormente se aplicaba este dinamismo en las normas laborales, es decir, la norma jerárquicamente inferior se aplicaría si otorgara un beneficio mejor que lo previsto en la norma superior, con la reforma, los acuerdos colectivos están por encima de los convenios colectivos en la pirámide y el dinamismo de las fuentes del derecho laboral han perdido su lugar.

En resumen, combinando los nuevos artículos 8, 611-A y 620 de la CLT, la nueva jerarquía de las principales fuentes del derecho laboral brasileño

por servicio extraordinario superior de, al menos, el 50% (cincuenta por ciento) más de lo normal; XI – número de días de vacaciones adeudadas al empleado; XII – gozo de vacaciones anuales remuneradas con, al menos, un tercio más que el salario normal; XIII – licencia de maternidad con una duración mínima de ciento veinte días; XIV – licencia de paternidad en los términos establecidos por la ley; XV – protección del mercado laboral de la mujer, mediante incentivos específicos, de conformidad con la ley; XVI – aviso anticipado proporcional al tiempo de servicio, siendo el mínimo de treinta días, según los términos de la ley; XVII – normas de salud, higiene y seguridad en el trabajo establecidas por la ley o las normas reglamentarias del Ministerio de Trabajo; XVIII – remuneración adicional por actividades dolorosas, insalubres o peligrosas; XIX – jubilación; XX – seguro contra accidentes laborales, a cargo del empleador; XXI – acción, con respecto a créditos derivados de relaciones laborales, con un plazo de prescripción de cinco años para los trabajadores urbanos y rurales, hasta el límite de dos años después de la terminación del contrato de trabajo; XXII – prohibición de cualquier discriminación con respecto al salario y los criterios de admisión del trabajador discapacitado; XXIII – prohibición del trabajo nocturno, trabajo peligroso o insalubre para menores de dieciocho años y de cualquier trabajo para menores de diecisésis años, excepto como aprendiz, a partir de los catorce años; XXIV – medidas legales de protección para niños y adolescentes; XXV – igualdad de derechos entre el trabajador con vínculo laboral permanente y el trabajador independiente; XXVI – libertad de asociación profesional o sindical del trabajador, incluido el derecho a no sufrir, sin su previo consentimiento expreso, ningún cobro ni descuento salarial establecido en un convenio colectivo o acuerdo colectivo de trabajo; XXVII – derecho de huelga, correspondiéndoles a los trabajadores decidir la oportunidad de ejercerlo y los intereses que deben defender a través de esta; XXVIII – definición legal de servicios o actividades esenciales y disposiciones legales para satisfacer las necesidades impostergables de la comunidad en caso de huelga; XXIX – impuestos y otros créditos de terceros; XXX – las disposiciones previstas en los artículos 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 y 400 de esta Consolidación. Párrafo único. Las reglas sobre la duración del trabajo e intervalos no se consideran como normas de salud, higiene y seguridad laboral para los fines de lo establecido en este artículo».

pasa a ser la siguiente:

- 1) Constitución;
- 2) acuerdo colectivo;
- 3) convenio colectivo;
- 4) legislación ordinaria.

La estructura reconoce a la negociación colectiva, representando la posibilidad de estimular y proteger las herramientas de negociación.

Por lo tanto, la nueva redacción del artículo 620 de la CLT privilegia la autonomía privada colectiva, otorgando a las entidades sindicales un mayor prestigio en su conjunto, en el aspecto valorativo del Convenio 98 de la OIT. En otras palabras, las condiciones acordadas en el acuerdo colectivo de trabajo prevalecerán sobre las estipuladas en el convenio colectivo, partiendo del supuesto de que, dado que el acuerdo es un acto jurídico celebrado entre sindicatos y empresas, las cláusulas que se pueden acordar por esta vía estarán más cercanas a la realidad de las partes que las establecidas en un convenio, que están destinadas a toda una categoría.

En esta realidad, antes de la reforma, frente a la existencia de un convenio y un acuerdo colectivo aplicables al mismo trabajador, que regulan de manera diferente un determinado asunto o, incluso, con partes más beneficiosas y otras menos favorables que la otra norma en comparación, se debería respetar la que fuese más favorable al empleado, teniendo en cuenta el criterio de comparación de acuerdo con las teorías atomista, conglobamiento e intermedia.

Básicamente, la teoría atomista es el criterio de interpretación e integración de las normas que tiene en cuenta el beneficio aislado contenido en cada norma, reuniéndolas, acumulándolas en una sola. La teoría del conglobamiento, por otro lado, se ocupa de la norma como un todo, respetando su conjunto. Aplica, exclusivamente, después de la confrontación, la que sea más favorable para el trabajador, en su bloque, ignorando la otra. La teoría intermedia, o el conglobamiento por institución, a su vez, no interpreta sumando los beneficios de ambas normas con respecto al mismo grupo de asuntos, ni ignorando una norma en pro de la otra, en su conjunto. Selecciona los institutos existentes entre las dos normas para compararlas y, a partir de ahí, elegir exclusivamente la más beneficiosa de cada norma para aplicarla al trabajador.

Antes de la reforma, prevalecía la teoría del conglobamiento por institución.

Sin embargo, con el nuevo artículo 620 de la CLT, se abren dos posibilidades, a saber la aplicación de los acuerdos, con una separación total de los convenios, ya que, como se ha superado el principio de la norma más favorable, no habría más bases para justificar la teoría del

conglobamiento por institución, o la aplicación de los convenios, solo en casos omitidos por los acuerdos. Dada la existencia de fundamentos que respaldan ambas posibilidades, la jurisprudencia eventualmente definirá el camino que prevalecerá.

Por último, sobre la necesidad de contrapartida en la negociación colectiva, el § 3 del artículo 611-A de la CLT lo garantizó solo en los casos en que se acuerde una cláusula que reduzca el salario o la jornada. En estos casos, la norma colectiva deberá prever la protección de los empleados contra el despido injustificado durante la vigencia del instrumento colectivo.

Por lo tanto, la tesis encontrada en las sentencias anteriores del TST, según la cual el retiro de ventajas por norma colectiva solo sería válida si hubiese una contrapartida compensatoria, se desmorona. Por cierto, el § 2 del mismo artículo se expresó en este sentido: «la inexistencia de indicación expresa de contrapartidas recíprocas en convenio colectivo o acuerdo colectivo no dará lugar a su nulidad porque no caracteriza un vicio del negocio jurídico».

6. La prohibición de la ultraactividad de las negociaciones laborales colectivas

La Consolidación de las Leyes de Trabajo siempre ha prohibido que las normas colectivas tengan una vigencia superior a los dos años. Sin embargo, en el escenario de término de la vigencia del convenio colectivo o acuerdo colectivo, existía la incertidumbre acerca de los derechos de los trabajadores previstos en estos instrumentos contractuales. ¿Perderían la eficacia? ¿Seguirían aplicándose hasta que surgiera una nueva norma colectiva?

Inicialmente, la doctrina, en su mayor parte, argumentaba que la ultraactividad se limitaría a la voluntad de las partes y al plazo legal. Así, de hecho, no podría exceder de dos años, en el caso de convenios o acuerdos colectivos, o cuatro, para hipótesis de sentencias normativas. La jurisprudencia también siguió esta lógica. Inicialmente, así lo establecía el Pronunciamiento n. 277 del Tribunal Superior del Trabajo¹²: «Las condiciones laborales logradas en virtud de una sentencia normativa son efectivas dentro del plazo firmado, y no integran, de forma definitiva, los contratos».

¹² Redacción original, Res. 10/1988, DJ 1, 2 y 3 de marzo de 1988; Pronunciamiento mantenido, Res. 121/2003, DJ 19, 20 y 21 de noviembre de 2003.

En 2009, el enunciado fue modificado¹³: «I – Las condiciones laborales logradas en virtud de una sentencia normativa, convenio o acuerdo colectivo son efectivas dentro del plazo firmado, y no integran, de forma definitiva, los contratos individuales de trabajo. II – Se exceptúa la regla establecida en el punto I, en el período comprendido entre el 23.12.1992 y el 28.7.1995, en el que estuvo vigente la Ley 8.542, derogada por la Medida Provisional n. 1709, convertida en Ley n. 10192 del 14 de febrero de 2001».

La modificación reveló que el Tribunal Superior del Trabajo habría reconocido la posibilidad jurídica de incorporar cláusulas normativas en el contrato de trabajo durante el estricto período de la compleja vigencia de la Ley n. 8542/92¹⁴, la que establecía, entre otros puntos, lo siguiente: «La política salarial nacional, respetando el principio de irreductibilidad, se basa en la libre negociación colectiva y se regirá por las normas establecidas en esta ley. [...] Las cláusulas de los acuerdos, convenios o contratos colectivos integran los contratos individuales de trabajo y *solo se podrán reducir o suprimir mediante posterior acuerdo, convenio o contrato colectivo de trabajo*. [...] Las condiciones de trabajo, así como las cláusulas salariales, incluidos los aumentos reales, las ganancias de productividad laboral y los pisos salariales proporcionales a la extensión y complejidad del trabajo, se fijarán en un contrato, convenio o acuerdo colectivo, laudo arbitral o sentencia normativa, teniendo en cuenta, entre otros factores, la productividad y rentabilidad del sector o de la empresa»¹⁵.

De hecho, la evolución del enunciado mencionado fue paulatina. Poco a poco, el Tribunal Superior del Trabajo fue flexibilizando su intolerancia a la ultraactividad de las normas colectivas¹⁶. Algunos juicios relevantes, incluidas las subsecciones, venían dejando espacio para el reconocimiento de los efectos de la ultraactividad de las normas acordadas. A pesar de la antigua redacción del Pronunciamiento n. 277, el Tribunal incluso reconoció la validez de un acuerdo que preveía, expresamente, la

¹³ En la sesión del Tribunal Pleno el 16 de noviembre de 2009, Res. 161/2009.

¹⁴ La ley fue atacada por medidas provisionales que, a su vez, fueron atacadas en una acción de inconstitucionalidad en la que se otorgó una medida cautelar y se juzgó el mérito en sentido opuesto.

¹⁵ Art. 1, §§ 1 y 2, derogados por la Ley 10192 del 14 de febrero de 2001 (resaltado nuestro).

¹⁶ La Directriz Jurisprudencial n. 41 de la SBDI-1 – Subsección I especializada en Conflictos Individuales – ilustra la historia que se está relatando, estableciendo que se han cumplido todos los supuestos para la adquisición de estabilidad derivada de un accidente o enfermedad profesional, incluso durante la vigencia del instrumento normativo, el empleado gozaría de estabilidad aún después del término de la vigencia de este.

incorporación definitiva, al contrato de trabajo, de la indemnización por tiempo de servicio en caso de despido sin justa causa: «La existencia de una cláusula normativa que crea una indemnización por tiempo de servicio y la incorporación de esta ventaja en los contratos de trabajo vigentes durante la vigencia del acuerdo colectivo, *incluso si la rescisión contractual ha tenido lugar después de que se haya aplicado la norma colectiva, requiere el cumplimiento de lo acordado colectivamente de conformidad con lo establecido en el artículo 7, XXVI*, dado que las partes han decidido incorporar en sus contratos individuales de trabajo la indemnización por tiempo de servicio en caso de despido sin justa causa. Recurso de embargos conocido y concedido»¹⁷.

En mayo de 2011, la Sección Especializada en Conflictos Colectivos extendió la vigencia, específicamente, de las sentencias normativas: «La sentencia normativa es efectiva, desde su término inicial hasta que la sentencia normativa, el convenio colectivo de trabajo o el acuerdo colectivo posterior produzca su revocación, expresa o tácita, respetando, sin embargo, el plazo legal máximo de cuatro años de vigencia»¹⁸.

En septiembre de 2012, la redacción del Pronunciamiento n.º 277 se modificó¹⁹, envolviendo la cadena de ultraactividad limitada por revocación a cláusulas normativas: «Las cláusulas normativas de los acuerdos colectivos o los convenios colectivos forman parte de los contratos laborales individuales y solo pueden modificarse o suprimirse

¹⁷ E-RR-4924900-11.2002.5.24.0900, 15 de abril de 2010, Subsección I especializada en Conflictos Individuales, DEJT 30 de abril de 2010 (resaltado nuestro). El Supremo Tribunal Federal (STF) negó la repercusión general del caso: «1. El Supremo Tribunal Federal, en los autos de la apelación interlocutoria n.º 731.954 RG/BA, ha dictaminado que no existe una repercusión general con respecto a la incorporación en el contrato individual de trabajo de las ventajas conferidas por los acuerdos o convenios colectivos de trabajo. Por lo tanto, al decidir la Cuestión de orden en la apelación interlocutoria n.º 791.292 RG/PE, se estableció el entendimiento de que el artículo 93, IX, de la Constitución Federal requiere que la sentencia o decisión se justifique, aunque sea sucintamente, sin determinar, sin embargo, que se deba presentar un examen detallado de cada una de las alegaciones o pruebas, ni que los fundamentos de la decisión sean correctos. 2. La decisión que niega el seguimiento del Recurso extraordinario por falta de repercusión general y/o convergencia de la sentencia recurrida para la comprensión del STF de un asunto con repercusión general reconocida es coherente con la sistemática instituida por la Enmienda Constitucional n.º 45/2004 y la Ley n.º 11.418/2006. 3. Apelación que se desestima» (Ag-ED-E-RR-4924900-11.2002.5.24.0900, 1º de agosto de 2011, Órgano especial, DEJT 9 de septiembre de 2011).

¹⁸ Precedente n.º 120 de la TST Sentencia Normativa.

¹⁹ La reciente redacción del Pronunciamiento 277 del Tribunal Superior del Trabajo entró en vigencia a partir de su publicación, sin aplicación retroactiva. Ver RR-1308100-19.2006.5.09.016.

mediante la negociación colectiva de trabajo»²⁰.

El cambio fue cuestionado en el Supremo Tribunal Federal, en ADPF (Argumento de incumplimiento de precepto fundamental) 323. En una medida preliminar, el ministro Gilmar Mendes ordenó la suspensión de todos los procesos y efectos de las decisiones en el ámbito de la Justicia Laboral que hayan discutido la aplicación de la ultraactividad de convenios y acuerdo colectivos.

Con la nueva redacción del artículo 614, § 3 de la CLT²¹, la discusión sobre la constitucionalidad o no del pronunciamiento mencionado pierde el objeto, ya que se prohibió, taxativamente, la ultraactividad en la negociación colectiva y el pacto de una cláusula que establezca un plazo adicional de vigencia del convenio o acuerdo colectivo de trabajo, superior a dos años.

Este cambio fue de crucial importancia, ya que las negociaciones que fuesen muy buenas para los empleados terminaban desalentando a los sindicatos de trabajadores a renegociar, ya que los derechos otorgados a los empleados no perderían su efectividad.

Por otro lado, no se incentivaba a los empleadores a negociar, ya que los derechos otorgados en un plazo de dos años podrían prolongarse por mucho más tiempo. Obviamente, la actividad empresarial está intrínsecamente vinculada a las variaciones económicas, por lo que un derecho otorgado en un periodo de vigencia contractual puede no ser económicamente sostenible en la próxima negociación.

7. Conclusión

Este artículo analizó los cambios introducidos por la ley 13467/17 con respecto a la negociación colectiva y la jerarquía de las normas laborales derivadas de esta.

El cambio en la legislación laboral brasileña, en una estrecha síntesis, hizo que el principio de la norma más favorable al trabajador, aplicada en las

²⁰ Precedente n. 277 del TST (redacción modificada en la sesión del Tribunal Pleno realizada el 14 de septiembre de 2012, Res. 185/2012).

²¹ CLT, art. 614: «Los sindicatos o las compañías que realizan los acuerdos promoverán, en conjunto o por separado, dentro de los 8 (ocho) días posteriores a la firma del Convenio o Acuerdo, el depósito de una copia del mismo, para fines de registro y archivo, en el Departamento Nacional del Trabajo, en el caso de un instrumento nacional o interestatal, o en los organismos regionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en los demás casos. [...] No se permitirá estipular una duración del convenio colectivo o acuerdo colectivo superior a más de dos años, quedando prohibida la ultraactividad».

relaciones laborales, fuera reemplazado por la siguiente jerarquía de fuentes:

- 1) derechos previstos en la Constitución Federal;
- 2) acuerdo colectivo;
- 3) convenio colectivo;
- 4) legislación ordinaria.

Con el advenimiento de la reforma, el acuerdo colectivo se superpone con los convenios colectivos y la propia ley, y la justificación de esto es muy razonable: debido a que es una negociación entre la empresa y el sindicato de trabajadores, las normas que se aplicarán estarán mucho más en línea con la realidad de esos empleados. Solo tendría sentido aumentar el poder de la negociación colectiva si los instrumentos colectivos se aplicaran como prioridad. De lo contrario, la modificación no saldría de lo teórico, ya que se negociaría colectivamente, pero la vieja lógica jerárquica solo permitiría aplicar las cláusulas acordadas de forma positiva para el empleado. El escenario parece perfectamente coherente con el alcance del Convenio n. 98.

Parece que la nueva jerarquía de fuentes significa que el principio de la realidad, tan estimado por el derecho laboral, puede ponerse en práctica de manera efectiva. Como resultado, los sindicatos, en vista de la nueva jerarquía de normas laborales, han ganado una inmensa relevancia y, en este escenario, la modificación laboral requerirá sindicatos fuertes, conscientes de sus roles y en línea con los intereses de los trabajadores para negociar normas justas y, al mismo tiempo, de protección.

Lamentablemente, los sindicatos en Brasil aún no están preparados para tal cambio de paradigma, especialmente porque están insertados en un contexto desactualizado de unidad sindical, que puede ser el tema de un artículo futuro que trate específicamente sobre este drama nacional.

8. Bibliografía

ADASCALITEI D., PIGNATTI MORANO C., *Drivers and effects of labour market reforms: Evidence from a novel policy compendium*, en *IZA Journal of Labor Policy*, 2016, vol. 5, n. 15 (último acceso 20 diciembre 2017)

BARASSI L., *Il diritto del lavoro. I. Le fonti – il rapporto di lavoro – Le qualifiche*, Giuffrè, 1957

BAZALIA SALES G., *Ultratividade das Normas Coletivas. Origem, evolução e recente decisão proferida pelo STF*, en *Migalhas*, 8 marzo 2017 (último acceso 20 diciembre 2017)

BOMFIM CASSAR V., *Direito do Trabalho*, Impetus, 2011

DE LA CUEVA M., *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, Porrúa, 2018

HOFFMANN F., *O Princípio da Proteção ao Trabalhador e a Atualidade Brasileira*, LTr, 2003

SAYÃO ROMITA A., *Os Princípios do Direito do Trabalho ante a realidade*, en Revista LTR, 2010, vol. 74, n. 9

USHAKOVA T., *La protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios en el marco de la ONU: Un intento fallido de regulación universal*, en J.L. GIL Y GIL (Dir.), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica. Compromisos de la OIT*, Juruá, 2013

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre igualdad de remuneración 1951 (núm. 100)

José María RÍOS MESTRE*

RESUMEN: La igualdad entre hombres y mujeres es una meta de la máxima importancia en los derechos sociales. Esta aspiración se manifiesta a muy diversos niveles: derecho de la Unión Europea, derecho comparado, derecho nacional. La jurisprudencia desarrolla los conceptos normativos. No siempre de la forma más amplia. Además de los instrumentos normativos es preciso tener en cuenta los mecanismos de tutela del derecho a la igualdad en la remuneración ya que suponen alcanzar cotas de igualdad efectiva y no meramente material.

Palabras clave: Igualdad, remuneración, mujeres, derecho europeo.

SUMARIO: 1. El principio de igualdad en el ámbito internacional y en el derecho de la Unión Europea. 2. Igualdad de remuneración en el derecho comparado y en el derecho de la Unión Europea. 3. La tutela del derecho a la igualdad en la remuneración. 3.1. Eficacia de las Directiva 75/117 y 2006/54 entre particulares. 3.2. La intervención del sindicato en defensa de la igualdad de remuneración. 4. Conclusiones y propuestas. 5. Bibliografía.

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.

Equal Remuneration Convention 1951 (No. 100)

ABSTRACT: Equality between men and women is a very important goal. We try to accomplish it at different levels: European law, comparative law, national law. The Courts develop criteria to apply the norms. These criteria are not always forward looking. Also, it is very important to enforce the norms because it guarantees true equality.

Key Words: Equality, pay, women, European law.

1. El principio de igualdad en el ámbito internacional y en el Derecho social de la Unión Europea

Tras los desgarradores efectos de los totalitarismos en Europa en los años 30 y la flagrante contienda de la II Guerra Mundial, los ciudadanos europeos clamaron por una reconstrucción pacífica en la que no cupiesen nuevos conflictos bélicos entre las naciones europeas.

Este movimiento formó parte de los cimientos de la construcción de la Unión Europea. El rechazo de la guerra y el deseo de paz vinieron de forma conjunta con un reconocimiento generalizado por parte de toda una generación de juristas de que una reverencia ilimitada hacia el positivismo podía conducir de nuevo hacia los horrores experimentados en la década de los años 30 y en las Guerras Mundiales.

Era preciso garantizar unos derechos inherentes a la condición del ser humano, insoslayables por las legislaciones nacionales. En una búsqueda por intentar prevenir la repetición de los terribles errores cometidos por las potencias nacionales, se buscaron fórmulas de reconocer el derecho natural positivizándolo mediante mecanismos de Derecho Internacional como fueron dentro del sistema de Naciones Unidas la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En Europa la situación política, económica y moral existente tras la debacle de la II Guerra Mundial solo permitía la recuperación mediante la reconstrucción y cooperación entre estados. El primer paso fue la creación del Consejo de Europa en 1949 para una integración política. En términos económicos la actual Unión Europea se desarrolló a partir del llamado Plan Schuman. El citado Plan Schuman preveía la fusión de la producción de lo que en aquellos momentos eran las principales necesidades militares, carbón y hierro, para asegurar que no se usarían para promover la guerra. Partiendo de esta idea, se propuso dar el control de estos sectores de la economía a una autoridad internacional independiente que tendría el poder de fijar los precios y asegurar el cumplimiento de las reglas de la competencia. Sin perjuicio de que el plan original únicamente preveía la cooperación de Francia y Alemania, se amplió al resto de Europa occidental. Los Tratados resultantes apuntaron hacia la construcción de una Europa federal.

Como se ha señalado, además de los aspectos económicos, existía en el ámbito europeo un deseo colectivo de proteger los valores y principios asociados de forma indisoluble con el ser humano.

En el marco europeo se ha de reseñar en primer lugar el Convenio para la

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH) que fue firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950. El CEDH recoge en su art. 14 una prohibición de discriminación en la que encontramos los siguientes factores de discriminación: sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

En segundo lugar cabe resaltar la Carta Social Europea (en adelante CSE) que fue suscrita en Turín en 18 noviembre de 1961. El art. 2 CSE hace referencia a derecho a una remuneración equitativa cuyo contenido va referido principalmente al incremento del salario en relación con el nivel de vida. No obstante se incluye la alusión a un factor de discriminación como es reconocer a los trabajadores de ambos sexos una remuneración igual por un trabajo de igual valor.

En tercer lugar se ha de reseñar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (en Europea (en adelante la Carta) que se suscribió originariamente en 7 de diciembre de 2000. Posteriormente suscrita en Estrasburgo en 12 de diciembre de 2007. Debe tenerse en cuenta el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea, en su versión consolidada tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, que establece lo siguiente: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de abril de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones».

La Carta posee un Título III dedicado en su integridad a la Igualdad. El Título III está encabezado por el art. 20 que recoge el principio general de igualdad ante la Ley. A continuación el art. 21.1 establece la prohibición de discriminación incluyendo los diversos factores discriminatorios. La discriminación por razón de sexo encuentra especial desarrollo en el art. 23. Como lógico corolario el n.º 2 del art. 21 prohíbe la discriminación por motivos de nacionalidad. El art. 22 establece el respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística. Finalmente se protege a tres grupos especialmente vulnerables como son los niños, las personas mayores y las personas con discapacidad, respectivamente en los arts. 24, 25 y 26 de la

Carta.

El artículo 157 TFUE (antiguo art. 147) es la base en materia de igualdad de remuneración. Dicho precepto impone a los estados miembros el deber de asegurar el principio de igualdad de remuneración entre trabajadores de ambos sexos.

En el ámbito de la OIT tenemos el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración entre mano de obra masculina y femenina. El principio que recoge este Convenio es igual remuneración por trabajo de igual valor. En el presente trabajo se va a estudiar el principio de igualdad en la remuneración desde una perspectiva de Derecho Europeo y derecho comparado. Asimismo se analiza la tutela de dicho derecho a la igualdad de la remuneración. Finalmente se formulan unas concisas conclusiones y propuestas.

2. Igualdad de remuneración en el derecho comparado y en el derecho de la Unión Europea.

La importancia del art. 157 se manifestó inicialmente en el caso *Defrenne*¹. La Sra. Defrenne era una azafata empleada por la compañía Sabena Airlines. Aunque realizaba el mismo trabajo que un azafato varón cobraba menos. La Corte reconoció el principio de igualdad de remuneración. El ámbito de aplicación de la norma coincide con el concepto de trabajador por cuenta ajena (caso *Lawrie-Blum*)². El concepto de remuneración ha sido interpretado de forma muy amplia, incluyendo baja por incapacidad temporal (caso *Rinner-Kühn*)³, indemnizaciones por despido colectivo o prejubilaciones voluntarias en dicho contexto de crisis (casos *Barber* y *Ten Oever*)⁴, indemnización por despido improcedente (caso *Seymour-Smith*)⁵, horas extraordinarias (caso *Elsner-Lakeberg*)⁶, etc. Sin embargo, no

¹ STJUE de 8 de abril de 1976, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, asunto 43-75.

² STJUE de 3 de julio de 1986, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, asunto 66/85.

³ STJUE de 13 de julio de 1989, *Ingrid Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*, asunto 171/88.

⁴ SSTJUE de 17 de mayo de 1990, *Douglas Harvey Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, asunto C-262/88, y de 6 de octubre de 1993, *Gerardus Cornelis Ten Oever c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf*, asunto C-109/91.

⁵ STJUE de 9 de febrero de 1999, *Regina c. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez*, asunto C-167/97.

⁶ STJUE de 27 de mayo de 2004, *Edelstrand Elsner-Lakeberg c. Land Nordrhein-Westfalen*, asunto C-285/02.

constituyen remuneración las prestaciones de Seguridad Social a las que son de aplicación la Directiva 79/7⁷.

El término de comparación plantea muchos interrogantes. En el Reino Unido podemos consultar varios fallos. La demandante puede determinar cual es el sujeto de la comparación (*Ainsworth v. Glass Tubes and Componentes Ltd* de 1977). La búsqueda del concreto término de comparación ha resultado en ocasiones difícil en aquellas áreas en las que la mujer está generalmente retribuida de forma más baja, en particular oficinas, textil, catering, etc. Este problema ha conducido a elegir como término de comparación un hombre cuyo contrato de trabajo ya se ha extinguido. En *Macarth Ltd v. Smith* (1980) se interpretó la norma de forma restrictiva excluyendo esta posibilidad. *Diocese of Hallam Trustee v. Connaughton* (1996) optó por la interpretación amplia permitiendo elegir a un sucesor como sujeto de la comparación. Sin embargo, *Walton Centre for Neurology and Nuerosurgery NHS Trust v. Bewley* (2008) retomó el criterio estricto. Otra cuestión es si el sujeto de la comparación debe trabajar en la misma empresa; *Galloway Council v. North* (2009) interpretó el principio de forma flexible siempre que ambas empresas estuvieran sujetas al mismo convenio colectivo⁸. En Alemania se ha optado por una interpretación mucho mas flexible. Se parte de la consideración que una representante de comercio de la industria textil cobrará menos que un representante de comercio de la industria química que emplea sobre todo hombres. Tomando en consideración esta idea el término de comparación es el conjunto de la economía⁹.

3. La tutela del derecho a la igualdad en la remuneración

3.1. Eficacia de las Directiva 75/117 y 2006/54 entre particulares

En litigios entre particulares cuando se demuestra que la norma nacional de que se trate es contraria al principio general de no discriminación por razón de la edad, se ha de ponderar dicho principio con los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, y llegar a la conclusión de que los mencionados en segundo lugar deben prevalecer sobre el primero. En este contexto, cabe preguntarse si, al realizar esta ponderación, puede o debe tenerse en cuenta que los Estados miembros

⁷ C. BARNARD, *EU Employment Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 301-302.

⁸ S. HONEYBALL, *Employment Law*, Oxford University Press, 2010, p. 279.

⁹ W. DAUBLER, *Arbeitsrecht*, Bund, 2002, p. 298.

tienen el deber de reparar el perjuicio ocasionado a los particulares por la incorrecta transposición de las directivas.

A este respecto, en primer lugar, debe recordarse la reiterada jurisprudencia con arreglo a la cual, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales deben resolver un litigio entre particulares en el que se pone de manifiesto que la normativa nacional controvertida es contraria al Derecho de la Unión, corresponde a los referidos órganos jurisdiccionales nacionales asegurar la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión y garantizar su pleno efecto¹⁰.

Si bien es verdad que, en el caso de un litigio entre particulares, el TJUE ha declarado, de modo reiterado, que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, en su calidad de tal, ser invocada contra dicha persona¹¹, no es menos cierto que el TJUE también ha declarado repetidamente que la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el ámbito de sus competencias, las autoridades judiciales¹².

De ello se deduce que, al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de ese Derecho y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que ésta persigue y, por lo tanto, atenerse al artículo 288, § 3, TFUE¹³.

Ciertamente, el TJUE ha declarado que el principio de interpretación conforme del Derecho nacional tiene determinados límites. Así, la

¹⁰ En este sentido, las SSTJUE de 5 de octubre de 2004, *Bernhard Pfeiffer* (C-397/01), *Wilhelm Roith* (C-398/01), *Albert Süß* (C-399/01), *Michael Winter* (C-400/01), *Klaus Nestvogel* (C-401/01), *Roswitha Zeller* (C-402/01) y *Matthias Döbele* (C-403/01) c. *Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, y de 19 de enero de 2010, *Seda Kücükdeveci* c. *Swedex GmbH & Co. KG*, asunto C-555/07.

¹¹ En particular, las SSTJUE de 26 de febrero de 1986, *M.H. Marshall* c. *Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, asunto 152/84, de 14 de julio de 1994, *Paola Faccini Dori* c. *Recreb Srl*, asunto C-91/92, y *Pfeiffer y otros*, cit.

¹² En este sentido cabe traer a colación las SSTJUE de 10 de abril de 1984, *Sabine von Colson* y *Elisabeth Kamann* c. *Land Nordrhein-Westfalen*, asunto 14/83, punto 26, y *Kücükdeveci*, cit.

¹³ SSTJUE *Pfeiffer y otros*, cit., y *Kücükdeveci*, cit.

obligación del juez nacional de utilizar como referencia el Derecho de la Unión cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional¹⁴.

En estas circunstancias, debe precisarse que la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si ésta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva¹⁵.

Por lo tanto, un tribunal nacional que remite una cuestión al TJUE no puede, en el litigio principal, considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional de que se trata de conformidad con el Derecho de la Unión, por el mero hecho de que, de forma reiterada, ha interpretado esa norma en un sentido que no es compatible con ese Derecho.

Cabe resaltar que, aun suponiendo que un órgano jurisdiccional nacional, que conoce de un litigio en el que se discute sobre el principio general de igualdad de género, se encuentra en efecto imposibilitado de interpretar el Derecho nacional que sea conforme a esa Directiva, le corresponde al menos garantizar, en el ámbito de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio¹⁶.

Por otra parte, se desprende del caso *Association de médiation sociale*¹⁷, que el principio de no discriminación por razón de la edad confiere a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal que – aun en los litigios entre particulares – obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a abstenerse de aplicar las normas nacionales incompatibles con dicho principio. En caso de que se considere que no puede garantizar una interpretación conforme de la norma nacional de que se trata, el tribunal nacional debe dejar la norma no conforme sin aplicar.

Respecto a la cuestión de cuáles son las obligaciones que del principio de protección de la confianza legítima se derivan para un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares, debe

¹⁴ Véanse las SSTJUE de 15 de abril de 2008, *Impact c. Minister for Agriculture and Food y otros*, asunto C-268/06, de 24 de enero de 2012, *Maribel Domínguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique y Préfet de la région Centre*, asunto C-282/10, y de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT y otros*, asunto C-176/12.

¹⁵ STJUE de 13 de julio de 2000, *Centrosteel Srl c. Adipol GmbH*, asunto C-456/98.

¹⁶ STJUE *Küçükdevreçi*, cit., punto 51.

¹⁷ Mencionado en nota 14.

ponerse de relieve que ese órgano jurisdiccional no puede basarse en dicho principio para seguir aplicando una regla de Derecho nacional contraria al principio general de no discriminación.

Por lo demás, en cualquier caso la protección de la confianza legítima no puede invocarse para denegar al particular – que ha ejercitado la acción que lleva al TJUE a interpretar que el Derecho de la Unión se opone a la norma de Derecho nacional de que se trate – el beneficio de esta interpretación¹⁸.

3.2. La intervención del sindicato en defensa de la igualdad de remuneración

La doctrina constitucional legitimadora de la comparecencia sindical en proceso que tenga por objeto un conflicto individual posee una doble etiología. De un lado la iniciación por el sindicato del procedimiento de conflicto colectivo y de otro la impugnación de actos administrativos que afectan de algún modo a los intereses de los trabajadores.

En la época en que comenzó la gestación de la referida doctrina¹⁹, la legitimación para instar la iniciación de un conflicto colectivo de trabajo correspondía, por la parte social, únicamente a los representantes de los trabajadores en el ámbito correspondiente al conflicto, por propia iniciativa o a instancia de sus representados (art. 18.1.a, Real Decreto-Ley 17/1977, sobre relaciones de trabajo). La interpretación excesivamente restrictiva del precepto por la justicia ordinaria motivó la intervención del Tribunal Constitucional.

En relación con la impugnación de actos administrativos que afectaban a los intereses de los trabajadores, se produjo asimismo una interpretación demasiado rigorista de los arts. 28 y 32 de la entonces vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por los tribunales ordinarios. Ello provocó nuevamente la búsqueda de la tutela ante el Alto Tribunal por las organizaciones sindicales.

El Tribunal Constitucional reelaboró su doctrina tomando como referencia sus propias resoluciones, con independencia su pertenencia a una u otra de las dos cuestiones expuestas. Esta reelaboración ha permitido la construcción de una doctrina unitaria sobre el acceso del sindicato al proceso en general y, en particular, sobre la legitimación del

¹⁸ Casos *Defrenne*, cit., y *Barber*, cit.

¹⁹ La primera Sentencia que aborda la cuestión data de 29 de noviembre de 1982 (STC 70/1982 (RTC 1982\70)).

sindicato en procesos sobre conflictos individuales de trabajo.

En su primera resolución sobre el acceso del sindicato al proceso, el Tribunal enjuicia un supuesto de planteamiento de conflicto colectivo sobre retribución de horas extraordinarias por sindicato en los servicios públicos de salud. El Tribunal elabora una novedosa construcción sobre las clases de representación. La función del sindicato no consiste únicamente en representar a los trabajadores a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación de Derecho privado²⁰.

El TC entiende que la formulación de la representación exclusivamente como actuación en lugar de otro por la voluntad del representado o de la ley no se puede considerar totalmente satisfactoria, de manera que al lado de estas clases de representación pueda situarse la *representación institucional*. Esta representación puede adoptar bien forma *explícita* mediante la adhesión voluntaria del interesado bien forma *implícita* cuando el ordenamiento jurídico confiere a un ente la defensa y gestión de los derechos e intereses de categorías o grupos de personas.

El planteamiento de los arts. 7 y 28 CE conduce a concluir que dentro del ámbito de actuación de los sindicatos tienen *capacidad genérica* para representar los intereses de los trabajadores. Sin perjuicio de ello se hace preciso señalar que no basta no con la simple condición de organización sindical para que la relación jurídica procesal pueda quedar regularmente constituida. Ha de tratarse de un sindicato que tenga una *relación directa con el objeto del litigio* por su *implantación en el ámbito del conflicto*, porque la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad²¹.

El concepto de *implantación* no puede ser confundido con el de *representatividad* en el sentido que éste último es valorado por el ET para atribuir legitimación para la negociación colectiva de eficacia general o para la representación institucional. De forma que si bien cuando un sindicato reúna los requisitos de representatividad necesarios en el ámbito de que se trate poseerá implantación suficiente, lo contrario no es exacto. La implantación cabe relacionarla asimismo con los *fines de la concreta organización sindical* según se recoja en sus estatutos y con el *nivel de afiliación*. La *implantación* constituye la medida para constatar la existencia de un vínculo o conexión entre la organización sindical y el conflicto²².

²⁰ STC 70/1982, cit.

²¹ STC 210/1994 que enjuiciaba un supuesto en el que una organización sindical instó judicialmente el encuadramiento de un grupo de trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social que hasta el momento figuraban en el Régimen Especial Agrario.

²² STC 37/1983 dictada en un supuesto sobre legitimación para plantear conflicto colectivo.

La constante revisión de la idea de vínculo o conexión entre la organización sindical y el objeto del proceso introduce nuevos elementos que perfilan los instrumentos conceptuales anteriormente expuestos. La legitimación del sindicato ha de localizarse en la noción de *interés profesional* o *económico*. Este interés viene identificado con la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio, y no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial²³.

Asimismo el interés debe ser *cualificado* y *específico*, esta condición se cumple cuando la ventaja o utilidad se hace extensible a los afiliados al sindicato y a otros trabajadores en caso de prosperar la acción entablada²⁴. La *intervención anterior* del sindicato en la Mesa de negociación contribuye a sustentar la legitimación del sindicato²⁵.

La *intensidad de la proyección general* o el *contenido de generalidad* contribuyen igualmente a la constatación de la legitimación de la organización sindical²⁶. La mayor intensidad puede provocarla la alegación de discriminación²⁷. El *contenido de generalidad* se refuerza cuando la ventaja o utilidad repercute a la totalidad del personal y no a personas concretas²⁸.

En cuanto a la concreta materia de defensa del derecho a la igualdad en la remuneración son constantes los procesos iniciados por las organizaciones sindicales. Cabe citar por todas la STS 11 octubre 2018 que analiza un plus de productividad de distinta cuantía para hombres y mujeres.

4. Conclusiones y propuestas

La conclusión más importante es la diferencia en el grado efectivo de tutela según nos estemos refiriendo a instrumentos normativos o a

²³ STC 101/1996 dictada en un supuesto de impugnación, vía contencioso-administrativa, de un acuerdo sobre dotación de plazas de profesorado universitario.

²⁴ STC 7/2001.

²⁵ En el supuesto analizado por la citada STC 101/1996 el acuerdo impugnado se dictó por la Junta de Gobierno de la Universidad, trayendo causa de las actuaciones de una Mesa de Negociación en las que participaba el sindicato impugnante. El acuerdo de la Junta desconoce parcialmente las actuaciones de la Mesa de Negociación; motivando por ello la impugnación por el sindicato.

²⁶ STC 24/2001.

²⁷ La STC 24/2001, cit., analizaba la legitimación de una organización sindical para impugnar, vía contencioso-administrativa, las bases de una convocatoria de concurso-oposición para la provisión de plazas de bomberos. El sindicato impugnante denunciaba la infracción del derecho a la igualdad por razón de sexo debido a que se establecían unas pruebas físicas únicas con independencia del sexo.

²⁸ STC 84/2001.

operadores jurídicos como el sindicato. Los instrumentos normativos son positivos (y la base necesaria) pero las dificultades de interpretación les restan valor material. De otro lado, la posibilidad de intervención de los sindicatos provoca resultado positivos materiales.

La propuesta de *lege ferenda* es avanzar creando sujetos que estén dotados de amplias competencias en materia de igualdad pero que a la vez tengan su ámbito de actuación acotado. En este sentido sería positivo establecer, al igual que ocurre con los delegados de prevención, uno o varios delegados de igualdad en el ámbito empresarial.

5. Bibliografía

BARNARD C., *EU Employment Law*, Oxford University Press, 2012

DAUBLER W., *Arbeitsrecht*, Bund, 2002

HONEYBALL S., *Employment Law*, Oxford University Press, 2010

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso 1957 (núm. 105)

Mauricio César ARESE*

RESUMEN: El convenio 105 sobre abolición del trabajo forzoso de la Organización Internacional del Trabajo, complementario del convenio 29 sobre trabajo forzoso, constituye una especialización de esta norma dirigida, fundamentalmente, a la actividad estatal. Se vincula con el núcleo central de Derechos Humanos e integra al concepto de Derechos Humanos Laborales. Por lo tanto, el derecho a trabajar en libertad y dignidad, sin trabajo forzoso es un derecho humano laboral. Pero a su vez, se encuentra comprendido dentro de la idea de *jus cogens* laboral, debido a su antigua, amplia, y completa consagración en normas de derechos fundamentales de carácter general y del Derecho del Trabajo. También se vincula y complementa con el Convenio 190 y la Recomendación 206 sobre violencia y acoso en el trabajo (2019) porque el trabajo forzoso en su diversidad de situaciones, constituye también un acto de violencia laboral. La amplia cantidad de hipótesis de transgresión de trabajo libre del Convenio 105 poseen plena potencia en pleno Siglo XXI, valga la redundancia. Su erradicación definitiva es tarea esencial para un justo futuro del trabajo.

Palabras clave: Trabajo forzoso, derechos humanos laborales, *jus cogens* laboral, violencia; huelga.

SUMARIO: 1. El derecho fundamental de libertad y dignidad personal. 2. Una deuda en materia de derechos humanos. 3. El concepto de trabajo forzoso del Convenio n. 105. 4. Integración de la prohibición del trabajo forzoso dentro del concepto de derechos humanos laborales y *jus cogens* laboral. 5. Trabajo forzoso y Convenio OIT n. 190. 6. Modalidades de trabajo forzoso del Convenio n. 105. 6.1. Ámbito de aplicación. 6.2. Sin excepciones automáticas. 6.3. Como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido. 6.4. Como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico. 6.5. Como medida de disciplina en el trabajo. 6.6. Sanciones que implican trabajo obligatorio como castigo por infringir la disciplina del trabajo o por haber participado en huelgas. 6.7. Como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa. 7. Breves conclusiones. 8. Bibliografía.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, post doctorado, profesor e investigador de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

Abolition of Forced Labour Convention 1957 (No. 105)

ABSTRACT: Agreement 105 on the abolition of forced labour of the International Labour Organization, complementary to agreement 29 on forced labour, constitutes a specialization of this norm directed, fundamentally, to state activity. It is linked to the central nucleus of Human Rights and integrates the concept of Labour Human Rights. Therefore, the right to work in freedom and dignity without forced labour is a human labour right. But at the same time, it is included within the idea of labour jus cogens, due to its old, broad, and complete consecration in norms of fundamental rights of a general nature and of Labour Law. It is also linked and complemented with Convention 190 and Recommendation 206 on violence and harassment at work (2019) because forced labour in its diversity of situations also constitutes an act of labour violence. The large number of hypotheses of transgression of free labour of Convention 105 have full power in the XXI century, regardless of redundancy. Its definitive eradication is an essential task for a just future of work.

Key Words: Forced labour, labour human rights, labour jus cogens, violence; strike.

1. El derecho fundamental de libertad y dignidad personal

La lucha por el reconocimiento como de persona y de ciudadanía en libertad hace a la esencia de los derechos humanos. Cuando una persona es sometida a trabajos forzados en cualquiera de sus variantes, es decir desde las más clásicas y conocidas hasta las más sutiles o encubiertas, en las diversidad de formas en que puede expresarse, increíblemente en pleno siglo XXI¹, se está hablando de la violación de derechos fundamentales muy antiguos como la libertad personal, la dignidad y la posibilidad de desarrollar un proyecto de vida autónomo².

La libertad es un presupuesto nuclear de la vida en sociedad democrática³. Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la libertad con respecto al trabajo forzoso u obligatorio es piedra angular del concepto de trabajo decente y uno de los derechos humanos más básicos entre los que le competen⁴. En suma, y aunque lo obvio suele ser invisible, el derecho a no ser sometido al trabajo forzoso es un derecho humano⁵, no sólo un derecho humano laboral.

Sin embargo, su definitiva supresión enfrenta increíbles fuerzas retrógradas, de naturaleza económica, política y también cultural. De hecho uno de los últimos estudios de la OIT sobre trabajo forzoso, subdividió las manifestaciones del trabajo forzoso a los fines de su cuantificación en trabajo forzoso como explotación económica, sexual e impuesto por el Estado, incluyendo también el matrimonio forzoso y otras práctica similares⁶. Si bien la esclavitud y el trabajo forzoso son prácticas absolutamente repudiadas y no resisten el avance de la cultura mundial, existen “tradiciones” ligadas a la servidumbre doméstica y la crianza de niños, por ejemplo, difíciles de erradicar⁷.

La emigración de millares de personas, un fenómeno absolutamente actual en más de un continente, suele incluir el trabajo forzoso y la trata de personas. Por lo tanto, lamentablemente, se trata de una verdadera

¹ Ver por ejemplo, G. VELLOSO, M. NEVES FAVA (coord.), *Trabalho Escravo Contemporâneo*, LTr-Anamatra, 2006.

² C. ARESE, *Derechos Humanos Laborales*, Rubinzel Culzoni, 2014, p. 195.

³ J.-M. SERVAIS, *Derecho Internacional del Trabajo*, Heliasta, 2011, p. 132.

⁴ OIT, [Dar un rostro humano a la globalización](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 101^a Reunión, 2012, p. 109.

⁵ OIT, Reunión Tripartita de expertos sobre trabajo forzoso y trata de personas con fines de explotación laboral, 2013, p. 43.

⁶ OIT, *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna: trabajo forzoso y matrimonio forzoso*, 2017.

⁷ A. BRONSTEIN, *Derecho Internacional del Trabajo*, Astrea, 2013, p. 216.

hecatombe⁸, pero a la vez, un fracaso en materia de derechos humanos. No por redundancia normativa o enunciativa, la declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo de 2019, se fijó como objetivo «erradicar el trabajo forzoso y el trabajo infantil, promover el trabajo decente para todos y fomentar la cooperación transfronteriza, inclusive en áreas o sectores de alta integración internacional».

2. Una deuda en materia de derechos humanos

El primer principio general que se fijó para la OIT en el art. 427 del Tratado de Paz de Versalles de 1919 fue precisamente dictado sobre la base de un principio fundamental: «el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o como un artículo de comercio». Si quién produce el trabajo es el hombre, su cosificación mediante la supresión de la libertad personal, resultó inadmisible desde un comienzo de la existencia de OIT.

El concepto aparece también en la Convención sobre la Esclavitud de 1926 de la Sociedad de las Naciones vigente hasta hoy. Se definió a la esclavitud como la «condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos», es decir, se la considera una mercancía o cosa. Pero además, avanzó en la condición laboral no libre. En su art. 5 se indica: «Las Altas Partes contratantes reconocen que el recurso al trabajo forzoso u obligatorio puede tener graves consecuencias y se comprometen, cada una en lo que concierne a los territorios sometidos a su soberanía, jurisdicción, protección, dominio (suzeraineté) o tutela a tomar las medidas pertinentes para evitar que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud»⁹.

⁸ OIT, *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna: trabajo forzoso y matrimonio forzoso*, cit., p. 9: «Se estima que en cualquier momento dado de 2016, 40,3 millones de personas han estado sometidas a la esclavitud moderna. Esta cifra incluye 24,9 millones en trabajo forzoso y 15,4 millones en matrimonio forzoso. Esto significa que en el mundo hay 5,4 víctimas de la esclavitud moderna por cada 1.000 personas. 1 de cada 4 víctimas de la esclavitud moderna son niños. De los 24,9 millones de personas atrapadas en el trabajo forzoso, 16 millones son explotadas en el sector privado, por ejemplo, en el trabajo doméstico, la industria de la construcción o la agricultura; 4,8 millones de personas son víctimas de la explotación sexual forzosa; y 4 millones de personas se encuentran en situación de trabajo forzoso impuesto por el Estado. El trabajo forzoso afecta en forma desproporcionada a las mujeres y niñas, que representan el 99 por ciento de las víctimas en la industria sexual comercial y el 58 por ciento en otros sectores».

⁹ Continua la disposición: «Se entiende: 1. Que la reserva de las disposiciones transitorias

Con estos precedentes y acompañando el proceso de descolonización mundial, en 1930, OIT puso en vigencia el Convenio 29 sobre trabajo forzoso, seguido por los convenios 50, 64 y 65 sobre trabajadores indígenas y varias recomendaciones, luego dejados de lado. Durante esa época el trabajo forzoso se relacionaba con un fenómeno de carácter colonial.

Luego de la Segunda Guerra mundial se tomó conciencia sobre el uso de diversos tipos de trabajo forzoso, pero en este caso dispuesta por los Estados. Nuevos estudios Comité Especial del Trabajo Forzoso conformado entre las Naciones Unidas y la OIT revelaron diversos tipos de trabajo forzoso como medio de coerción política, castigo por infracción de la disciplina laboral y con fines económicos. Estas amplias investigaciones condujeron a la adopción, en 1957, del Convenio n. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, destinado a la abolición de la movilización obligatoria y de la utilización del trabajo forzoso con fines económicos, el trabajo forzoso como medio de coerción política o de castigo en diversas circunstancias.

Cuatro décadas después, OIT elevo el objeto de esos convenios a principios y derechos fundamentales en el trabajo en la declaración de 1998. No obstante el tiempo ya transcurrido de vigencia, las modalidades comprendidas en este convenio no es menor.

Según OIT, «hubo un promedio de 4.1 millones de personas en trabajo forzoso impuesto por el estado en promedio en 2016». Se incluyeron a ciudadanos reclutados por las autoridades estatales para participar en tareas agrícolas o de construcción con fines de desarrollo económico, reclutas militares obligados a llevar a cabo tareas de naturaleza no militar; personas obligadas a prestar servicios comunitarios no decididos por sus comunidades sin beneficios para estas; presos obligados a trabajar contra su voluntad fuera de las excepciones aceptadas por los órganos de control de la OIT¹⁰.

Con todo, este convenio 105 poseía a agosto de 2019, un total 175

enunciadas en el apartado segundo siguiente, el trabajo forzoso u obligatorio no podrá exigirse más que para fines de pública utilidad. 2. Que en los territorios en los cuales el trabajo forzoso u obligatorio existe aún para otros fines que los de pública utilidad, las Altas Partes contratantes se esforzarán en ponerle término tan pronto como sea posible, y que, mientras subsista ese trabajo forzoso u obligatorio, no se empleará sino a título excepcional, con una remuneración adecuada y a condición de que no pueda imponerse un cambio del lugar habitual de residencia. 3. Y que, en todo caso, las Autoridades Centrales competentes del territorio interesado asumirán la responsabilidad del recurso al trabajo forzoso u obligatorio».

¹⁰ OIT, *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna: trabajo forzoso y matrimonio forzoso*, cit., p. 11.

ratificaciones; 12 países no lo han ratificado. Es decir, ha tenido un altísimo grado de aceptación a nivel mundial.

3. El concepto de trabajo forzoso del Convenio n. 105

Los Convenios 29 y 105 tienen el mismo objeto, se complementan recíprocamente y poseen una aplicación concurrente, salvo que el segundo se dirige a cuatro formas específicas de trabajo forzoso y el resto de sus disposiciones son de carácter instrumental. Su aplicación concurrente debería contribuir a la total eliminación del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas¹¹. Es el convenio 29 el que incluye el concepto de trabajo forzoso como «todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente» (art. 2 del Conv. 29).

Es remarcar que la expresión «bajo la amenaza de una pena cualquiera» no significa que se vaya a aplicar una sanción penal; la sanción podría revestir la forma de una pérdida de derechos o privilegios. Estas situaciones pueden además incluir casos de trata de seres humanos y prácticas similares a la esclavitud, los cuales son términos similares pero no idénticos desde el punto de vista legal. La legislación internacional establece que exigir a alguien el trabajo forzoso es un crimen, y debe ser castigado a través de penas que reflejen la gravedad del delito.

La OIT ha detallado los seis elementos que revelan la existencia del trabajo forzoso: 1. Violencia física o sexual; 2. Restricción de movimientos del trabajador; 3. Servidumbre por deudas/trabajo servil que se da cuando una persona pasa a ser la garantía o fianza de un préstamo. 4. Retención de los salarios o negativa tajante a pagar al trabajador. 5. Confiscación de pasaportes y documentos de identidad. 6. Amenaza de denuncia a las autoridades¹².

El elemento del consentimiento o voluntariedad es clave en la apreciación de los casos y ha motivado precisiones por parte de la Comisión de

¹¹ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización*, cit., p. 109.

¹² Vid. OIT, *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación*, 2006, p. 17, “servidumbre por deudas”: «Estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o sino se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios» (Convención suplementaria de las Naciones Unidas sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956), art. 1.a).

Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de OIT. No existe tal voluntariedad cuando el trabajo se consigue con los siguientes medios: «amenazas, uso de la fuerza, otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder, vulnerabilidad y/o pago o cobro de salarios o prestaciones para conseguir el consentimiento de una persona que avasalla a otra para que se someta a la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción con fines de explotación»¹³.

Ahora bien, según la CEACR el ámbito de aplicación del Convenio 105, está vinculado con libertades civiles, pero no se refiere a la libertad de pensamiento o expresión u otras libertades civiles, ni regula en general cuestiones de disciplina del trabajo o huelgas. El objeto del Convenio es asegurar que no se utilice ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio en las circunstancias especificadas en el Convenio. Por lo tanto, afirma aquel órgano de OIT, cuando las sanciones aplicables a los delitos cometidos en relación con la expresión de opiniones políticas, la disciplina laboral o la participación en huelgas no entrañen la obligación de trabajar, las disposiciones sustantivas que reglamentan dichos delitos quedarán excluidas del ámbito de aplicación del Convenio¹⁴.

4. Integración de la prohibición del trabajo forzoso dentro del concepto de derechos humanos laborales y *jus cogens* laboral

Se decía del carácter complementario del Convenio 105 respecto del Convenio 29 y por lo tanto, tanto el Protocolo relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 como la Recomendación 203 sobre el trabajo forzoso (medidas complementarias), ambos de 2014, adquieren igual naturaleza. Es que en el prólogo del protocolo se alude específicamente al Convenio 105 y realiza una actualización de la pertinencia de la aplicación de normas de OIT¹⁵ y del sistema mundial de Derechos Humanos¹⁶

¹³ *Ibidem*, p. 22.

¹⁴ OIT, [Dar un rostro humano a la globalización](#), cit., p. 139, y OIT, [Erradicar el trabajo forzoso](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 96^a Reunión, 2007, p. 84.

¹⁵ «Recordando las normas internacionales del trabajo pertinentes, en particular el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), el Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182), el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97), el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975

vinculadas con la cuestión del trabajo forzoso. Obviamente, se relaciona también con normas de otros sistemas regionales de Derechos Humanos. Pues bien, el grado de aceptación normativa mundial y regional de la prohibición del trabajo forzoso, integra al derecho a un trabajo libre de este flagelo como un Derecho Humano Laboral (DHL) y a la vez, el concepto de *jus cogens* laboral. En efecto, desde el primer aspecto y tal como se reseña, el derecho a la libertad y al respeto de la dignidad que significa la prohibición absoluta del trabajo forzoso, cabe plenamente dentro de la consagración de derechos humanos relativos a la persona que se portan y manifiestan en las relaciones laborales. Esas líneas de valores, principios y reglas se consolida en la idea de DHL, es decir, los derechos atinentes a la simple condición humana o de persona y que se expresan en el ámbito del trabajo dependiente, lo que implica el desarrollo específico e integrado de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, un campo en que es posible y necesaria la idea de derechos humanos. En este punto, confluyen los derechos fundamentales o derechos humanos reconocidos a todos los seres humanos con los específicos laborales de igual rango supra ordenados a nivel de reglas internacionales y constitucionales. El trabajador es portador de ciudadanía laboral, es decir, sus derechos ciudadanos y sus derechos laborales con rango supra normado¹⁷.

(núm. 143), el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189), el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), el Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), y el Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129), así como la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), y la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008)».

¹⁶ «Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención sobre la esclavitud (1926), la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956), la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (2000), el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (2000), el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (2000), la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990), la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006)».

¹⁷ Ver sobre este el concepto de Derechos Humanos Laborales en C. ARESE, *op. cit.*, p. 33; M.F. CANESSA MONTEJO, *El sistema interamericano de Derechos Humanos y la protección de los derechos humanos laborales*, Palestra, 2014, p. 174, y M.F. CANESSA MONTEJO, *Los Derechos Humanos Laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*, Plades, 2007, p.

A su vez la definición del *jus cogens* consagrada en el art. 53 y 64 del Tratado de Viena sobre Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados es igualmente aplicable al derecho en cuestión¹⁸. Es una máxima categoría jurídica como un derecho necesario fundado en los principios, valores y ética fundamentales le da a la prohibición del trabajo forzoso una solidez ineduludible¹⁹. La existencia de un *jus cogens laboral*, es

12; J.L. UGALDE, *Derechos Fundamentales en el Contrato de Trabajo*, Thompson Reuters, 2014; C.A. CARBALLO MENA, W. SANGUNETI RAYMOND, *Derechos fundamentales del trabajador y la libertad de empresa*, Universidad Católica Andrés Bello, 2014; M. PALOMEQUE LÓPEZ, M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, Ramón Areces, 2012, p. 105; J.A. SAGARDOY BENGOECHEA, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, 2005, p. 11; A. PEDRAJAS MORENO, *Despido y derechos fundamentales*, Trotta, 1992, p. 20; G.P. ROJAS RIVERO, *Libertad de expresión del trabajador*, Trotta, 1991, p. 7; Ó. ERMIDA URIARTE, *Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo*, en H. BARRETTO GHIONE, *Investigación sobre la aplicación de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo en Uruguay*, OIT, 2006; H.-H. BARBAGELATA, *El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*, FCU, 2009, p. 223; V. ABRAMOVICH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2004; F. VALDES DAL RÉ, *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*, en AA.Vv., *XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2 al 5 de setiembre de 2003*, Montevideo, Uruguay. Libro de informes generales, Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003, p. 42.

¹⁸ Art. 53 del Tratado de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados: «Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*jus cogens*”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter»; art. 64: «Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (“*jus cogens*”). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará».

¹⁹ Explica el concepto, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade: «La emergencia y consagración del *jus cogens* en el Derecho Internacional contemporáneo atienden a la necesidad de un mínimo de verticalización en el ordenamiento jurídico internacional, erigido sobre pilares en que se fusionan lo jurídico y lo ético. El *jus cogens* se incorporó en definitiva al universo conceptual del derecho internacional contemporáneo a partir de la inclusión, entre las bases de nulidad y extinción de tratados, de las normas imperativas del derecho internacional general, en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados». Destaca que «la emergencia y consagración del *jus cogens* evocan las nociones de orden público internacional y de una jerarquía de normas jurídicas, así como la prevalencia del *jus necessarium* sobre el *jus voluntarium*; el *jus cogens* se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo, la cual, en fin, toma conciencia de sí misma, y de los principios y valores fundamentales que la guían» (voto concurrente del juez Antônio Augusto Cançado Trindade en la [Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados](#), de la Corte

decir, esa recepción generalizada de determinados derechos en normas internacionales pero dentro de trabajo, es aceptada desde hace tiempo²⁰. Es más, como toda materia inherente a derechos humanos, se encuentra en constante expansión²¹. Sin embargo, en tanto no existe ninguna definición concreta de cuales son los derechos que podrían ingresar taxaticamente, en el concepto de *jus cogens*, se intentan diversidad de conclusiones. Sin embargo, un repaso del repertorio de normas, jurisprudencia, doctrina y estudios sobre trabajo forzoso conduce como conclusión inedubrible que se encuentra aquí matérica de *jus cogens* laboral²².

Interamericana de Derechos Humanos). Ver también R. GIALDINO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Abeledo Perrot, 2013, p. 277.

²⁰ Ver C. ARESE, *op. cit.*, p. 46; A. BRONSTEIN, *op. cit.*, p. 47, y A. BRONSTEIN, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho*, en *Revista de Derecho y Seguridad Social*, 2014, vol. II, n. 2; H.-H. BARBAGELATA, *op. cit.*, p. 305; A. ISLAS COLÍN, *Normas imperativas de derecho laboral de los derechos humanos*, en *Perfiles de las Ciencias Sociales*, 2015, vol. 3, n. 5, p. 11; M.F. CANESSA MONTEJO, *Labour Human Rights and the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, en J.R. BELLACE, B. TER HAAR (ed.), *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights Law*, Edward Elgar, 2019, p. 334 (versión en castellano: *Los derechos humanos laborales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, gentileza del autor), y M.F. CANESSA MONTEJO, *El ius cogens laboral en el ordenamiento internacional*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2007, n. 14, p. 72. En estas obras indica que para reunir la condición de *jus cogens*, se deben reunir tres condiciones: son normas imperativas del Derecho Internacional general; son normas aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional y son normas inderogables que sólo pueden ser sustituidas por otra norma. Imperativa en su conjunto. Sostiene que en el listado de normas imperativas se destacan entre los derechos humanos laborales: la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la discriminación racial. Entiendo que estos dos derechos humanos laborales están recogidos en normas imperativas de Derecho Internacional general.

²¹ *Vid. voto “Tibi”* de Cançado Trindade y [Opinión Consultiva OC-18/03](#), cit.; R. GIALDINO, *op. cit.*, p. 284.

²² M.F. CANESSA MONTEJO, *Labour Human Rights and the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, cit., advierte que si bien no existe un pronunciamiento judicial estableciendo que la prohibición general del trabajo forzoso u obligatorio se encuentra recogida en una norma de *jus cogens*, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales resalta que la violación de la prohibición del trabajo forzoso configura un crimen contra la humanidad. En sentido estricto, la jurisprudencia internacional apunta que algunas determinadas modalidades de la prohibición del trabajo forzoso se encuentran recogidas por normas imperativas. En conclusión, algunas modalidades de la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio se encuentran recogidas en normas de *jus cogens*, tales como: la prohibición de la esclavitud, prácticas análogas a la esclavitud y otras formas ilícitas de trabajo obligatorio, y la trata de personas con fines de explotación. De este modo, la intersección entre la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre con la prohibición del trabajo forzoso sería el contenido protegido por las normas de *jus cogens*.

5. Trabajo forzoso y Convenio OIT n. 190

En la 108^a Conferencia Internacional, la OIT aprobó el Convenio 190 sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo, acompañado por la Recomendación 206. En el concepto violencia y acoso en el mundo del trabajo, se «designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y b) la expresión “violencia y acoso por razón de género” designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual» (art. 1)²³.

Tal concepto es amplio y a completar, en cuanto a casos y circunstancias, por los órganos de control de OIT así como por la jurisprudencia y doctrina. En tal sentido, el art. 5 del convenio se indica: «Con objeto de prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, todo Miembro deberá respetar, promover y llevar a efecto los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a saber, la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, así como fomentar el trabajo decente y seguro».

Por otra parte, según OIT, la violencia física y la coacción psicológica se utilizan a veces para obligar a las personas a aceptar trabajo forzoso, según la definición dada en el Convenio n. 29 y la credibilidad y el impacto de las amenazas que se utilicen para obligar a una persona a efectuar un trabajo deben evaluarse desde la perspectiva del trabajador, teniendo en cuenta sus características personales y su situación. Abusar de una persona en situación de vulnerabilidad es una forma de coacción psicológica empleada a menudo para arrancar el consentimiento de las víctimas de trabajo forzoso²⁴.

De tal forma, en una primera visión sobre el nuevo convenio y las diversas formas de manifestación del trabajo forzoso incluidas en el

²³ C. ARESE, *El convenio 190 de OIT sobre violencia y acoso laboral. Un destello de futuro*, en imprenta en *Revista Derecho Laboral Actualidad*, 2019.

²⁴ OIT, *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*, 2017, p. 36.

Convenio general 29 como en el 105, pueden encuadrar cómodamente en las definiciones centrales del Convenio 190 y su recomendación 206. Es sólo una aproximación a la nueva norma.

6. Modalidades de trabajo forzoso del Convenio n. 105

6.1. Ámbito de aplicación

El art. 1 del Convenio 105, como se dijo, establece los tipos especiales de trabajo de trabajo forzoso u obligatorio: «(a) como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; (b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; (c) como medida de disciplina en el trabajo; (d) como castigo por haber participado en huelgas; (e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa».

No obstante, los relevamientos de OIT extienden casuísticamente, esas hipótesis. En el documento de OIT *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna: trabajo forzoso y matrimonio forzoso*, de 2017, a los fines de estudio, el trabajo forzoso impuesto por las autoridades estatales se ha clasificado en seis categorías principales: 1. Abuso del servicio militar obligatorio, cuando los reclutas se ven obligados a trabajar para tareas que no son de carácter puramente militar. 2. Obligación de realizar un trabajo más allá de las obligaciones cívicas normales. 3. Abuso de la obligación de participar en servicios comunales menores, cuando estos servicios no están en el interés directo de la comunidad y no se han beneficiado de la consulta previa de los miembros de dicha comunidad. 4. Trabajo penitenciario Obligatorio trabajo penitenciario de los presos en prisión preventiva o en detención administrativa. 5. El trabajo penitenciario obligatorio exigido en beneficio de particulares, empresas o asociaciones fuera de las excepciones permitidas por los órganos de control de la OIT. El trabajo penitenciario obligatorio exigido a personas bajo ciertas circunstancias, como el castigo por opiniones políticas urgentes, Disciplina laboral o participación pacífica en huelgas. Trabajo obligatorio con fines de desarrollo económico y 6. Reclutamiento forzoso de niños por parte de los gobiernos²⁵.

²⁵ OIT, *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna: trabajo forzoso y matrimonio forzoso*, cit., p. 60.

6.2. Sin excepciones automáticas

Es de remarcar que conforme lo expresa la CEARC²⁶, la condición complementaria de Convenio 105 respecto del 29, indica que no incorpora, *ipso jure*, ninguna de las disposiciones de este último²⁷. Las excepciones del artículo 2, § 2, del Convenio n.º 29 «a los efectos del presente Convenio» no se apliquen automáticamente al Convenio núm. 105. Agrega que en lo que atañe a la excepción relativa al trabajo penitenciario o de otras formas de trabajo obligatorio exigido en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, es necesario examinar la legislación y la práctica nacionales para cerciorarse de que los regímenes de trabajo penitenciario no se conviertan en métodos de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico, lo cual está prohibido en el Convenio n.º 105. Lo mismo indica respecto de los otros incisos del art. 1 del convenio.

²⁶ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización*, cit., p. 139.

²⁷ «2. Sin embargo, a los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio no comprende: (a) cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar; (b) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo; (c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado; (d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población; (e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos».

6.3. Como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido

En el informe de la CEACR ante la Conferencia de OIT de 2019 así como en el informe de 2018, se abordaron varios casos relativos a este inciso del Convenio 105 y que resultan ilustrativos a los fines de actualizar el estado de esta norma. Se incluye el caso de Argelia, ratificando el llamado de atención que viene realizando sobre las disposiciones de la ley n. 12-06 relativa a las asociaciones (12 de enero de 2012). Asimismo, indicó que, en virtud del artículo 39 de dicha ley, la asociación puede ser objeto de una suspensión de actividades o de una disolución «en caso de injerencia en los asuntos internos del país o de vulneración de la soberanía nacional» y que, según el artículo 46, «todo afiliado a una asociación o dirigente de una asociación que aún no esté registrada o autorizada, o haya sido suspendida o disuelta, que continúe actuando en su nombre», puede ser castigado con una multa o una pena de prisión de entre tres y seis meses. La Comisión señaló que, con base en las disposiciones antes citadas de la ley n. 12-06, pueden imponerse penas de prisión y, por lo tanto, también trabajo penitenciario a las personas que al expresar ciertas opiniones políticas o manifestar una oposición ideológica al orden político, social o económico establecido no han respetado las limitaciones al derecho de asociación previstas por la ley.

En el caso de Burundi se ocupó de las observaciones de la Confederación de Sindicatos de Burundi (COSYBU), relativas a la imposición de penas de prisión que conllevan la obligación de trabajar como sanción por expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido. Igualmente, la comisión trató la situación de Botswana pidió que no se impongan penas de prisión que conlleven trabajo obligatorio como castigo por infringir la disciplina del trabajo de tal modo que afecte al funcionamiento de servicios esenciales que no cumplen los criterios de servicios esenciales en el sentido estricto del término.

Desde 1964, la CEACR se ocupa de Egipto y en los informes de los años 2018 y 2019 se vuelve sobre las penales que conllevan trabajo penitenciario obligatorio (en virtud de los artículos 16 y 10 del Código Penal), en situaciones cubiertas por el artículo 1, a), del Convenio, y, en particular varios artículos de Código Penal que criminalizan diversas formas del ejercicio de la libertades de opinión y reunión. Similar observación se realizó para Guinea e Indonesia respecto de disposiciones

que obligan a trabajar como castigo por expresión de una oposición ideológica.

La imposición de penas de trabajo obligatorio es objeto de observaciones también para Kuwait e Indonesia por expresión de opiniones o puntos de vista políticos opuestos al orden político, social o económico establecido.

En cuanto a la China Región Administrativa Especial de Hong Kong el informe 2018 realizó un extenso repaso de la legislación que contempla la imposición de prisión con trabajo penitenciario obligatorio en diversidad de situaciones vinculadas con la libertad de expresión y de manifestarse públicamente. Resaltó los casos de represión de tales expresiones.

Finalmente, también aparecen referidos especialmente Camboya y Libia en lo relativos a disposiciones penales que reprimen con pena de prisión igualmente con trabajo obligatorio por varias formas del ejercicio de la libertad de expresión.

6.4. Como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico

En la Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical de 2018²⁸, se subraya que las «infracciones a la disciplina en el trabajo punibles con sanciones que conllevan trabajo obligatorio» como el «régimen de educación por el trabajo» con respecto a personas que ya han sido liberadas constituye una forma de trabajo forzoso y una medida de detención administrativa de personas no condenadas por los tribunales e incluso, en ciertos casos, no susceptibles de ser sancionadas por los órganos judiciales. Agrega: «Esta forma de detención y de trabajo forzoso constituye sin duda alguna una violación de las normas fundamentales de la OIT que garantizan el respeto de los derechos humanos, y cuando se aplica a personas que han realizado actividades de carácter sindical, una violación manifiesta de los principios de la libertad sindical».

También considera que el sometimiento de trabajadores al régimen de educación por el trabajo sin condena judicial es una forma de detención administrativa que constituye una violación de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto es esencial para el ejercicio de los derechos sindicales, como lo señaló la Conferencia Internacional del Trabajo en 1970²⁹.

Asimismo, en el informe 2019 de la CEACR, se reiteró el caso de Eritrea

²⁸ OIT, [*La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*](#), 2018, § 149.

²⁹ [*Ibidem*](#), § 150.

al observar que amplio abanico de actividades exigidas al conjunto de la población en el marco del cumplimiento de la obligación de prestar un servicio nacional y la obligación de servicio nacional, a la que están sujetos todos los ciudadanos con edades comprendidas entre los 18 y los 40 años durante un período indefinido, consiste en reconstruir el país, luchar contra la pobreza y fortalecer la economía nacional y, en consecuencia, contradice abiertamente el objetivo enunciado por el Convenio n. 105, que en su artículo 1, b), prohíbe hacer uso de ninguna forma de trabajo obligatorio «como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico». Igualmente, Mozambique fue analizado por la CEACR en 2019 porque los artículos 10, 12, 13, y 14 de la ley sobre defensa de la economía prevén penas de prisión (que comportan la obligación de trabajar) por faltar de diversas maneras a las obligaciones económicas enunciadas en las instrucciones, directivas, procedimientos, etc., que rigen, en particular, la preparación y la ejecución del plan estatal nacional.

6.5. Como medida de disciplina en el trabajo

Según la CEACR esta prohibición abarca la aplicación de medidas destinadas a conseguir el servicio que se desea del trabajador por medio de una obligación legal (ya sea mediante coacción física o amenaza de una pena), o la aplicación de sanciones por infracción a la disciplina en el trabajo que conlleven la obligación de trabajar. Agrega que en la inmensa mayoría de los países no existen disposiciones legales que autoricen el trabajo forzoso u obligatorio como medida de disciplina en el trabajo, ya que las infracciones a la disciplina en el trabajo redundan únicamente en la aplicación de sanciones disciplinarias o de otra índole (por ejemplo de carácter pecuniario) que no conllevan obligación alguna de trabajar³⁰. No obstante, esta forma de trabajo forzoso se continua registrando como da cuenta el Informe de la misma CEACR de 2018 reiterando las observaciones que viene realizando desde hace muchos sobre Angola en su Marina Mercante pero que se encuentra en numerosos países según informes anteriores³¹. En el caso, Código Penal y Disciplinario de la Marina Mercante está en contradicción con el Convenio en la medida en que permiten imponer penas de prisión (que entrañan trabajo obligatorio) por faltas disciplinarias cometidas en el trabajo que no ponen en peligro la

³⁰ OIT, [Dar un rostro humano a la globalización](#), cit., p. 144.

³¹ [Ibidem](#), p. 146.

seguridad del buque ni la vida o la salud de las personas a bordo.

6.6. Sanciones que implican trabajo obligatorio como castigo por infringir la disciplina del trabajo o por haber participado en huelgas

El plexo de convenios y recomendaciones de la OIT no tratan de manera expresa del derecho de huelga, salvo la excepción contenida precisamente en el art. 1, inc. d, del Convenio 105. No se encuentra expresamente mencionado en la Constitución de OIT, ni en la Declaración de Filadelfia, la Declaración de Principios y derechos fundamentales de OIT de 1998. Sin embargo, la ausencia de normas expresas no debe llevar a inferir, que la OIT desconozca el derecho de huelga o se exima de garantizar un ámbito de protección al ejercicio del mismo³². De hecho, el Comité de Libertad Sindical ha dedicado gran parte de sus miles de dictámenes al derecho de huelga y ha estimado «es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones únicamente en la medida en que constituya un medio de defensa de sus intereses económicos»³³. A su vez, la CEACR agrega que tampoco está específicamente reconocido en los Convenios n. 87 y n. 98, parece darse por sentado en el informe elaborado para la primera discusión del Convenio n. 87³⁴. No es necesario aclarar que este derecho posee reconocimiento explícito en la Carta de Derechos Humanos de Naciones a través del art. 8, 1, d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos según el art. 8, 1 b. del Protocolo de San Salvador. Sin embargo, continúa motivando controversia en seno de OIT³⁵.

³² B. GERNIGON, A. ODERO, H. GUIDO, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, OIT, 2000, p. 7.

³³ OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, cit., p. 145.

³⁴ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización*, cit., y OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, Conferencia Internacional del Trabajo, 81^a Reunión 1994, § 142.

³⁵ Frente a la controversia planteada por el grupo de empleadores contra los criterios de la CEACR enunciados, los que fueron respondidos por el grupo de trabajadores, en 2015, se arribó a un acuerdo entre la Confederación Sindical Internacional (CSI) y la Organización Internacional de Empleadores (OIE), en virtud del cual el Consejo de Administración suspendió la toma de decisión respecto de acudir o no a la Corte Internacional de Justicia con sede en La Haya, en procura de una opinión consultiva que ponga fin a la discusión abierta por el mencionado grupo empresarial en cuanto consideran que el derecho de huelga no integra el contenido del Convenio OIT n. 87, sobre libertad sindical.

Desde ya que el CLS indica que «el uso de la fuerza armada y la movilización de huelguistas con el fin de acabar con una huelga de reivindicaciones profesionales, salvo en el caso de los servicios esenciales o en circunstancias de la más alta gravedad, constituyen una violación grave de la libertad sindical»³⁶.

De tal forma, la disposición del Convenio 105 se dirige a la prohibición del trabajo forzoso, pero a la vez, resulta un medio de protección de la huelga conforme los alcances indicados.

Así y todo, se continúan reiterando las observaciones en los informes de la CEACR de 2018 como en los casos de Estados Unidos (2018) motivada por la legislación general de Carolina del Norte que habilita la “sanción comunitaria” y de ser reincidente una “sanción activa”, es decir a una pena de prisión, por el ejercicio de la huelga de empleados público; de Marruecos por imposición de penas de prisión que entrañan la obligación de trabajar como castigo por haber participado en huelgas y de Tanzania (2018) en la sanción por huelgas ilegales incluye la prisión que además implica trabajo obligatorio. Se agregan igualmente los casos de Belice, Mozambique y Pakistán que habilitan sanciones de prisión por huelgas.

6.7. Como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa

La CEACR advirtió estos casos de trabajo forzoso «parecen ser sumamente raros». Indica que existe un extenso conjunto de garantías constitucionales y legislativas en relación con la igualdad de los ciudadanos. Con todo, se tomó nota de varios casos en que determinadas formas de trabajo forzoso afectaban únicamente a determinados grupos, o en que el trabajo obligatorio se imponía como sanción en casos de violación de disposiciones legislativas discriminatorias³⁷.

Estados Unidos fue objeto de observaciones por parte de la CEACR en su informe a la Conferencia Internacional del Trabajo 2018 relativa a la «sobrerrepresentación de los afroamericanos y de los latinos e hispanos en la población reclusa de las prisiones de los Estados Unidos», a lo que se agrega la obligación de trabajar. Inclusive cuando se imponen con más severidad condenas que llevan trabajo obligatorio a algunos grupos definidos en términos raciales, sociales, nacionales o religiosos, se contraviene lo dispuesto en el Convenio.

³⁶ OIT, [La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical](#), cit., p. 176.

³⁷ OIT, [Dar un rostro humano a la globalización](#), cit., p. 148.

Luego de ponderar una larga serie de precedentes, así como medidas adoptadas por los estados y particular, la Comisión instó al Gobierno a proseguir sus esfuerzos para velar por que se adopte la legislación federal que aborda esta cuestión; alentó al Gobierno a que prosiga y redoble sus esfuerzos a nivel estatal para aplicar políticas y prácticas orientadas a detectar y reducir las desigualdades respecto a las minorías raciales y étnicas en el sistema de justicia penal a fin de asegurarse de que no se impongan con más severidad penas que conllevan trabajo obligatorio a algunas minorías raciales y étnicas.

7. Breves conclusiones

En el siglo XXI y en el Centenario de OIT causa escozor continuar hablando de trabajo forzoso, en este caso, el del Convenio 105 vinculado en primer lugar a los derechos humanos civiles y políticos como la libertad de expresión y reunión y al trato digno e igualitario. Estos derechos son parte de la primera generación de derechos humanos que comenzaron a plasmarse en normas en forma de declaraciones hace casi dos siglos y medio y tienen existencia positiva aceptada por la conciencia jurídica mundial, hace más de 70 años. Cuesta pensar que se tenga que volver permanentemente sobre este asunto.

Pero además, el trabajo forzoso aparece aquí involucrado también con cuestiones meramente económicas y disciplinarias, ciertamente violentas e irrationales a esta altura de la expansión de los derechos humanos en general y de los derechos humanos laborales en particular. En este punto, se alude también a un derecho fundamental que a la vez es gestor de derechos como es la huelga. Por supuesto, jamás se puede aceptar como motivo para un minuto de trabajo forzoso u obligatorio.

En fin, OIT propone revitalizar el contrato social mundial según concluyó la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de OIT en el documento *Trabajar para un futuro más prometedor*³⁸. No hay dudas de que ese pacto incluye la supresión del trabajo forzoso. Pero para asegurar un futuro justo, con contenido humano para el trabajo, se necesita, antes que nada, dejar en el pasado el trabajo forzoso.

³⁸ COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, 2019, p. 58.

8. Bibliografía

- ABRAMOVICH V., COURTIS C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2004
- ARESE C., *El convenio 190 de OIT sobre violencia y acoso laboral. Un destello de futuro*, en imprenta en Revista Derecho Laboral Actualidad, 2019
- ARESE C., *Derechos Humanos Laborales*, Rubinzal Culzoni, 2014
- BARBAGELATA H.-H., *El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*, FCU, 2009
- BRONSTEIN A., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho*, en Revista de Derecho y Seguridad Social, 2014, vol. II, n. 2
- BRONSTEIN A., *Derecho Internacional del Trabajo*, Astrea, 2013
- CANESSA MONTEJO M.F., *Labour Human Rights and the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, en J.R. BELLACE, B. TER HAAR (ed.), *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights Law*, Edward Elgar, 2019
- CANESSA MONTEJO M.F., *El sistema interamericano de Derechos Humanos y la protección de los derechos humanos laborales*, Palestra, 2014
- CANESSA MONTEJO M.F., *El ius cogens laboral en el ordenamiento internacional*, en Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2007, n. 14
- CANESSA MONTEJO M.F., *Los Derechos Humanos Laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*, Plades, 2007
- CARBALLO MENA C.A., SANGUNETI RAYMOND W., *Derechos fundamentales del trabajador y la libertad de empresa*, Universidad Católica Andrés Bello, 2014
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, [Trabajar para un futuro más prometedor](#), OIT, 2019
- ERMIDA URIARTE Ó., *Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo*, en H. BARRETTO GHIONE, [Investigación sobre la aplicación de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo en Uruguay](#), OIT, 2006
- GERNIGON B., ODERO A., GUIDO H., [Principios de la OIT sobre el derecho de huelga](#), OIT, 2000
- GIALDINO R., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Abeledo Perrot, 2013
- ISLAS COLÍN A., [Normas imperativas de derecho laboral de los derechos humanos](#), en [Perfiles de las Ciencias Sociales, 2015, vol. 3, n. 5](#)
- OIT, [La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical](#), 2018
- OIT, *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*, 2017

OIT, *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna: trabajo forzoso y matrimonio forzoso*, 2017

OIT, *Reunión Tripartita de expertos sobre trabajo forzoso y trata de personas con fines de explotación laboral*, 2013

OIT, [Dar un rostro humano a la globalización](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 101^a Reunión, 2012

OIT, [Erradicar el trabajo forzoso](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 96^a Reunión, 2007

OIT, *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación*, 2006

OIT, [Libertad sindical y negociación colectiva](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 81^a Reunión 1994

PALOMEQUE LÓPEZ M., ÁLVAREZ DE LA ROSA M., *Derecho del Trabajo*, Ramón Areces, 2012

PEDRAJAS MORENO A., *Despido y derechos fundamentales*, Trotta, 1992

ROJAS RIVERO G.P., *Libertad de expresión del trabajador*, Trotta, 1991

SAGARDOY BENGOCHEA J.A., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, 2005

SERVAIS J.-M., *Derecho Internacional del Trabajo*, Heliasta, 2011

UGALDE J.L., *Derechos Fundamentales en el Contrato de Trabajo*, Thompson Reuters, 2014

VALDES DAL RÉ F., *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*, en AA.VV., *XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2 al 5 de setiembre de 2003, Montevideo, Uruguay. Libro de informes generales*, Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003

VELLOSO G., NEVES FAVA M. (coord.), *Trabalho Escravo Contemporâneo*, LTr-Anamatra, 2006

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958 (núm. 111)*

Juan Pablo MALDONADO MONTOYA**

RESUMEN: El Convenio 111 es importante porque: a) superando el tratamiento parcial para materias concretas y sujetos especiales, es el primero instrumento que a nivel internacional prohíbe la discriminación con carácter general en el mundo del trabajo, precediendo a los adoptados por las Naciones Unidas; b) no solo se ocupa de la discriminación en las condiciones de trabajo, sino también en la admisión en el empleo y el acceso a los medios de formación profesional, tanto por lo que se refiere a los trabajadores subordinados como a los trabajadores por cuenta propia; c) si bien parte de una concepción de igualdad inserta en la idea de igualdad de trato y de oportunidades, pone las bases para superarla y deja la puerta abierta para que los estados establezcan medidas de acción positiva; d) pone el foco en la discriminación indirecta; e) aunque fija el elenco clásico de causas de discriminación a combatir (raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social), invita a los legisladores nacionales a añadir otras. La eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación es una de las cuatro categorías de principios y derechos fundamentales recogidos en la Declaración de la OIT sobre derechos y principios fundamentales en el trabajo y seguimiento, de 1998, de aplicación universal y que todos los Miembros de la OIT han de respetar aun cuando no hayan ratificado los convenios sobre los mismos. La eliminación de la discriminación cobra especial trascendencia en el contexto de la globalización, se integra desde hace tiempo en la idea de trabajo decente y es hoy uno de los objetivos de desarrollo sostenible.

Palabras clave: Discriminación, igualdad, desigualdad, empleo, ocupación.

* El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto I+D+i FEM 2017-83006-R, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo regional (FEDER, UE) y dirigido por Ruth Mateos de Cabo.

** Profesor Ordinario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad CEU San Pablo.

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. Sujetos protegidos. 3. Concepto de discriminación. 4. Motivos de discriminación indebida. 4.1. Causas expresamente recogidas en el convenio. 4.1.1. Sexo. 4.1.2. Religión y opinión política. 4.1.3. Raza, color, origen nacional. 4.1.4. Origen social. 4.2. Causas no recogidas en el Convenio 111. 4.3. Concurrencia de causas. 5. Formulación y aplicación de las políticas nacionales. 6. Igualdad, en el horizonte. 7. Bibliografía.

Discrimination (Employment and Occupation) Convention 1958 (No. 111)

ABSTRACT: The 111 convention is relevant because: a) overcoming parcial treatment for specific areas and special subjects, it is the first international legal instrument that the ILO use to prohibits discrimination in general terms in the world of work; b) it also takes care of admissions to employment and access to professional training media, for both subordinate and self-employed workers; c) there is also a conception of equality that assumes equal treatment and opportunities, it sets the main base to overcome it, and it leads states to promote positive action measures; d) it focus the attention on indirect discrimination; e) it does not only focus on the classic causes of discrimination (race, skin colour, sex, religion, political opinion, nationality or social origin), it invites national legislators to add many other causes. The disposal of employment and occupancy discriminations, is one of the four categories and principles, and fundamental rights provided by de ILO's Declaration about right and employment fundamental rights and monitoring, in 1998. It has universal application and every ILO's member must respect it, even though the conventions have not yet been ratified. The elimination of discrimination takes on special relevance when it comes to globalization, it has been integrated in the decent employment concept since a long time, and today it is a sustainable development goal.

Key Words: Discrimination, equality, inequality, employment, occupation.

1. Antecedentes

Algunos convenios de la OIT anteriores al Convenio sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958, núm. 111) contenían cláusulas contra la discriminación, en relación a materias concretas o colectivos determinados. Este es el caso del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949, núm. 98): los trabajadores “deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo” (art. 2)¹.

Hay que destacar el Convenio sobre política social en territorios no metropolitanos (1947, núm. 82), cuyo artículo 12.2 establece que los acuerdos que se celebren con objeto de reglamentar las cuestiones de interés común que puedan surgir en relación con la aplicación de las disposiciones de dicho Convenio “deberán prever, para los trabajadores migrantes, el disfrute de una protección y de ventajas que no sean menores que las que disfruten los trabajadores residentes en la región del empleo”. De dicho Convenio, hay que resaltar aquí el artículo 18.1, conforme al cual “uno de los fines de la política social deberá ser el de suprimir toda discriminación entre los trabajadores fundada en motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato” en una serie de materias².

En el mismo sentido, el artículo 18.2, a tenor del cual, como regla general “deberán tomarse todas las medidas pertinentes a fin de reducir cualquier diferencia en las tasas de salarios que resulte de discriminaciones fundadas en motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato, elevando las tasas aplicables a los trabajadores peor

¹ Dicha protección se dirige especialmente contra todo acto que tenga por objeto *a)* sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; *b)* despedir a un trabajador o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.

² Esas materias son: *a)* legislación y contratos de trabajo, que deberán ofrecer un trato económico equitativo a todos los que residan o trabajen legalmente en el territorio; *b)* admisión a los empleos, tanto públicos como privados; *c)* condiciones de contratación y de ascenso; *d)* facilidades para la formación profesional; *e)* condiciones de trabajo; *f)* medidas de higiene, seguridad y bienestar; *g)* disciplina; *h)* participación en la negociación de contratos colectivos; *i)* tasas de salarios, las cuales deberán fijarse de acuerdo con el principio de salario igual por un trabajo de igual valor, en la misma operación y en la misma empresa, en la medida en que este principio esté admitido en el territorio metropolitano.

pagados”. Y todo ello, sin “menoscabo alguno a las medidas que la autoridad competente juzgue necesario u oportuno adoptar con objeto de proteger la maternidad, la salud, la seguridad y el bienestar de las trabajadoras” (art. 18.4).

En sentido parecido, el Convenio sobre los trabajadores migrantes (1949, núm. 97) prevé que “todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales” en relación con diversas materias (art. 6.1)³.

Antecedente es también el Convenio sobre igualdad de remuneración (1951, núm. 100), otro de los convenios fundamentales. El artículo 2.1 de este Convenio establece que “todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”.

Todos estos antecedentes se caracterizan por un tratamiento parcial y casuístico, par materias y sujetos especiales, pero ningún instrumento internacional adoptado con anterioridad al Convenio número 111 se ocupó de la discriminación en materia de ocupación y empleo. Es decir, dicho convenio extiende por primera vez el principio de igualdad de trato y de oportunidades a la política de empleo en su conjunto a través de un

³ Muy amplias: *a)* siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas(*i*) la remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores; (*ii*) la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos; (*iii*) la vivienda); *b)* la seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social), a reserva: (*i*) de acuerdos apropiados para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición; (*ii*) de disposiciones especiales establecidas por la legislación nacional del país de inmigración sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos, y sobre las asignaciones pagadas a las personas que no reúnen las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal; *c)* los impuestos, derechos y contribuciones del trabajo que deba pagar, por concepto del trabajo, la persona empleada; *d)* las acciones judiciales relacionadas con las cuestiones mencionadas en el presente Convenio.

acuerdo internacional⁴.

En el seno de la OIT, el antecedente de una fuente que siente dicho principio con carácter general lo encontramos en la Declaración de Filadelfia (1944) –incorporado a la Constitución de la OIT- cuando afirma que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”. Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, que bajo la idea recogida en su Preámbulo de iguales derechos de “todos los miembros de la familia humana” enuncia el principio de igualdad en diversos preceptos⁵. Especial significación tiene el salto que se da desde el tratamiento de la discriminación en sede de derechos humanos, donde por naturaleza rige el principio de igualdad entre los seres humanos, a su incorporación a las relaciones laborales, que al vertebrarse contractualmente están regidas -si bien debilitado- por el principio de la autonomía privada⁶. Adviértase que los avances en materia de igualdad y no discriminación en el ámbito del trabajo asalariado comportan nuevos límites tanto a la autonomía de la voluntad de las partes como a las facultades directivas del empresario. Dicho avance no entra en contradicción ni con el contrato de trabajo ni con el Derecho del Trabajo, cuyo desarrollo es posible contemplar “...como una progresiva limitación de los poderes del empresario sobre la relación de trabajo y, consiguientemente, sobre el trabajador mismo, parte en esa relación”⁷.

El Convenio número 111 ha alcanzado la ratificación -casi universal- por 175 países. Solo 12 de los 187 miembros de la OIT no lo han hecho. A hecha de hoy, las excepciones son: Brunei Darussalam, Estados Unidos, Islas Cook, Islas Marshall, Japón, Malasia, Myanmar, Omán, Palau, Singapur, Tonga y Tuvalu. En cualquier caso, es de recordar que la declaración de la OIT sobre *principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, de 1998⁸, afirma que los Miembros de la OIT tienen un

⁴ AA.VV., *La cuadragésima segunda reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 1958, vol. LVIII, n. 3, p. 288.

⁵ “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” (art. 1); “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.” (art. 7), y –más específico- artículo 23.2 “toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual” (art. 23.2).

⁶ F. MARINELLI, *Il divieto di discriminazione del lavoratore subordinato: ILO versus Unione europea*, en *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, v. 28, n. 1, p. 203.

⁷ M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6^a ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 523.

⁸ Adoptada en la 68^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 18 de junio de

compromiso, que se deriva de su mera pertenencia a la Organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y conforme a la Constitución de la OIT, los principios relativos a los derechos fundamentales objeto de los convenios que han sido reconocidos como fundamentales, entre los que se encuentra el número 111 y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. En consecuencia, y como la Declaración de 1998 establece, la “eliminación de la discriminación en el empleo y ocupación” es una de las cuatro categorías de principios y derechos fundamentales, de aplicación universal, que son objeto de seguimiento anual por la OIT, tanto en los Miembros de la Organización que han ratificado los convenios correspondientes como en los que no lo han hecho.

2. Sujetos protegidos

No existe disposición alguna en el Convenio 111 que restrinja su ámbito de aplicación en función de personas o sectores de actividad. Y es que el objetivo del Convenio es proteger a todas las personas frente a la discriminación en el empleo y la ocupación. En consecuencia, el Convenio 111 se aplica a todos los trabajadores, en su más amplio sentido: nacionales y extranjeros, de cualquier rama de actividad, del sector privado y del público, de la economía formal e informal⁹.

Muchas de las dificultades de aplicación del Convenio 111 están relacionadas por el hecho de que fácilmente las legislaciones laborales internas de los Miembros excluyen a determinadas categorías y grupos de trabajadores; los más frecuentes: funcionarios públicos, ciertos trabajadores agrícolas, trabajadores ocasionales, trabajadores por cuenta propia, trabajadores de la economía informal, extranjeros, domésticos¹⁰. También suele ocurrir con los miembros del poder judicial, de las fuerzas armadas, de la policía y otros colectivos regidos por un estatuto o ley específica. Por ello, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones recuerda que los Miembros tienen la obligación de garantizar y promover la aplicación de los principios contenidos en el

1998, y revisada el 15 de julio de 2010.

⁹ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización: Estudio general sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008*, Conferencia Internacional del Trabajo, 101^a reunión, Informe III (parte 1B), OIT, Ginebra, 2012, p. 327.

¹⁰ La Recomendación 111 contiene disposiciones concretas sobre los trabajadores migrantes.

Convenio 111 a “todos los trabajadores”, no sólo los incluidos en la legislación laboral¹¹.

3. Concepto de discriminación

Según el artículo 1 del Convenio 111, a los efectos del mismo, “el término discriminación comprende: *a)* cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación; *b)* cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el Miembro interesado, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores, cuando dichas organizaciones existan , y con otros organismos apropiados”. A la vista de la anterior definición, se entiende que existe discriminación “siempre que una persona no disfrute plenamente –por razones que no se debieran tener en cuenta- de las mismas oportunidades o el mismo trato del que gozan otras personas” en cuanto al empleo y ocupación¹².

A. El concepto de discriminación a que el Convenio se refiere alcanza no solo las actitudes negativas o de rechazo, más o menos evidentes, sino también aquellas otras más sutiles y discretas que dan preferencia -o postergan- a unos sobre otros por aquellas indebidas razones. Tiene además vocación omnicomprensiva, de tal manera que no se circumscribe a la legislación y prácticas de los estados¹³, sino a “cualquier distinción, exclusión o preferencia” sea cual sea su autor y el medio operativo. Alcanza por tanto a particulares e interlocutores sociales, y a normas, contratos (individuales y colectivos), órdenes y prácticas¹⁴.

¹¹ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización...*, op. cit., pp. 329-331.

¹² C. ROSSILLION, *La OIT y la eliminación de la discriminación en el empleo*, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 1987, n. 76, p. 13.

¹³ Según el apartado 5 de la Recomendación 111, “todo Miembro debería derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones o prácticas administrativas que sean incompatibles con esta política”.

¹⁴ En este sentido, las letras *c), d), e) y f)* del apartado 2 de la Recomendación 111 (complementaria del Convenio 111): “*c)* todos los organismos oficiales deberían aplicar una política de empleo no discriminatoria en todas sus actividades; *d)* los empleadores no deberían practicar ni tolerar discriminaciones al contratar, formar, ascender o conservar en el empleo a cualquier persona o al fijar sus condiciones de trabajo; al llevar a la práctica este principio, los empleadores no deberían ser objeto de ninguna obstrucción o

B. La expresión “que tenga por efecto” implica que para que exista discriminación no se exige la existencia de intencionalidad. Basta con que se produzca un efecto discriminatorio para que exista discriminación. Puede por tanto concluirse que existe discriminación sin necesidad de desplegar indagación alguna sobre si hubo intención consciente de discriminar, y que se ha producido discriminación sin que exista un autor claramente identificable; así ocurre por ejemplo cuando la discriminación es estructural, resultado de cómo la sociedad y el mercado de trabajo operan y están ordenados, formal o informalmente¹⁵.

C. Queda proscrita no solo la discriminación directa, sino también la indirecta. Es directa cuando las normas, prácticas o políticas excluyen o dan preferencia a ciertas personas por el mero hecho de pertenecer a un determinado colectivo. La discriminación indirecta se refiere a situaciones, regulaciones o prácticas aparentemente neutras pero que, en realidad, crean desigualdades con respecto a personas que tienen determinadas características; lo que ocurre cuando idénticas condiciones, tratamientos o criterios se aplican a todos peros sus consecuencias tienen un impacto sumamente desfavorable en algunos por motivos basados en su raza, color, sexo, religión, etc., sin que estén debidas directamente por los requerimientos del empleo¹⁶. Ejemplo típico de discriminación directa -y burda- es la oferta pública de un puesto de trabajo en la que se excluyen candidatos de un determinado sexo, raza, color, etc. Ejemplos de discriminación indirecta son: la exigencia de acudir a cursos de formación fuera de la jornada de trabajo (discrimina a trabajadores con responsabilidades familiares), o cuando la legislación establece una inferior remuneración por un mismo trabajo o por trabajo de igual valor o protección al personal doméstico en comparación la establecida para el resto de los trabajadores asalariados (perjudica a mujeres y minorías étnicas, raciales o a extranjeros, que fácilmente son los en mayor

intervención, directa o indirecta, por parte de personas u organizaciones; e) en las negociaciones colectivas y en las relaciones de trabajo, las partes deberían respetar el principio de igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, y cerciorarse de que los contratos colectivos no contengan cláusulas de carácter discriminatorio en relación con el acceso a los medios de formación, ascenso o conservación del empleo o condiciones de trabajo; f) las organizaciones de empleadores y de trabajadores no deberían practicar ni tolerar discriminación alguna respecto a la afiliación en las mismas, a la conservación de dicha afiliación o a la participación en los asuntos sindicales”.

¹⁵ T. TEKLÈ, *Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958* (No. 111), en E. ALES, M. BELL, O. DEINERT, S. ROBIN-OLIVIER (eds.), *International and European Labour Law: A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2018, p. 614.

¹⁶ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización...*, op. cit., p. 333.

porcentaje ocupan esos puestos de trabajo)¹⁷, o exigencias de estatura para acceder a determinadas ocupaciones (van en detrimento de los candidatos mujeres o de determinadas etnias) cuando estas exigencias no son calificaciones exigidas para estas ocupaciones.

La política contra discriminación indirecta es mucho más compleja que la que la directa exige. La igualdad de trato y de oportunidades es básica para combatir la discriminación directa, pero aplicada en sentido estricto y sin matices puede consolidar y agravar discriminaciones indirectas¹⁸. El ejemplo más claro es el de las mujeres en la empresa amoldada desde sus orígenes a la medida de trabajadores varones (que apenas asumían deberes de cuidado de la familia). Un aliado indispensable para detectar y actuar correctamente frente a discriminaciones indirectas -muchas de ellas imperceptibles- son las estadísticas. La principal dificultad de las actuaciones contra la discriminación indirecta es cómo combatirla sin introducir nuevas discriminaciones y nuevos colectivos perjudicados¹⁹.

Aunque el Convenio número 111 nació como respuesta a las pautas de tratamiento diferenciado y exclusión de que eran objeto ciertos grupos; en 1958, la lucha contra la discriminación en el empleo y la ocupación se concebía como la tarea de garantizar el mismo trato a todas las personas, en función de sus capacidades y méritos, proscribiendo así las diferencias basadas en estereotipos o prejuicios hacia ciertos grupos, el mismo Convenio contempla algunas posibilidades que pudiera parecer que van en distinto sentido. Así ocurre con el artículo 1.2 del Convenio, conforme al cual “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación” (*infra*, 3. E). De hecho, para algunos autores la previsión del artículo 5.2, como excepción, de medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, “generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial”, parecía reforzar en realidad

¹⁷ Informe del Director General de la OIT sobre *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, 96^a Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007, p. 9.

¹⁸ J.A. GRISOLIA, R.D. HIERREZUELO, *La discriminación en el derecho del trabajo: el caso argentino*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del Empleo*, 2013, vol. 1, n. 1, p. 3, advierten del riesgo que supone centrar el análisis de las prácticas sociales en las víctimas de prácticas discriminatorias y en dirigir el análisis a preguntar por qué la sociedad discrimina a dichos colectivos, pues de esta manera las conductas discriminatorias se normalizan.

¹⁹ Véase, M. TOMEI, *Análisis de los conceptos de discriminación e igualdad en el trabajo*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2003, vol. 122, n. 4, pp. 443 y ss.

la legitimidad del patrón social dominante²⁰.

Lo que realmente supone el ensanchamiento del principio de igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación es la proscripción de la discriminación indirecta²¹. Además, a pesar del inconveniente antes expuesto, la posibilidad de medidas especiales de protección o asistencia contempladas en el artículo 5 deja la puerta abierta a los estados para establecer medidas de acción positiva y marca el rumbo a seguir.

Las medidas a las que se refiere el artículo 5 del Convenio pueden ser de dos tipos: *a)* El artículo 5.1 establece que las “medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran discriminatorias”. Ejemplos son medidas especiales en relación con: los trabajadores con responsabilidades familiares, pueblos indígenas, trabajadores de edad, personas con discapacidad, personas que viven con el VIH/sida y la protección de la maternidad. *b)* Cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, al edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial que, previa consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores cuando dichas organizaciones existan, cada país defina como no discriminatorias (art. 5.2 del Convenio)²². La consulta previa a las organizaciones de

²⁰ Al concebirse como excepciones a la norma de igualdad de trato y de oportunidades, estas medidas refuerzan los estereotipos sobre una desigualdad natural de las personas pertenecientes a grupos que precisan un trato diferenciado, así como alimentan prejuicios contra ellas (C. SHEPPARD, *Normas antidiscriminatorias internacionales y desigualdad laboral: la igualdad, un concepto en expansión*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2012, vol. 131, n. 1-2, p. 6).

²¹ En este sentido, el Informe del Director General de la OIT sobre *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, op. cit., p. 18: “El concepto de discriminación indirecta pone al descubierto los prejuicios inherentes a una gran variedad de instituciones, normas y prácticas prevalecientes en el lugar de trabajo. Los locales de trabajo están construidos en principio para trabajadores sin discapacidades físicas. En los lugares de trabajo, los horarios, incluidos los de las reuniones de trabajo, suelen fijarse atendiendo al modelo de jornada masculina, en que se hace caso omiso de las responsabilidades inherentes a la crianza de los hijos. Estas prácticas pueden impedir de hecho la participación de los trabajadores que deben retirarse del trabajo a una hora determinada para recoger a sus hijos de la guardería (...”).

²² Hay que tener presente el párrafo 6 de la Recomendación 111, conforme al cual “la aplicación de la política de no discriminación no debería menoscabar las medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o

empleadores y trabajadores se concibe como garantía de que las medidas especiales se adopten proporcionalmente a la naturaleza y alcance de la protección que deba depararse o de la discriminación efectiva²³.

La Comisión de Expertos hace hincapié en la necesidad de que la maternidad requiere un trato diferenciado para lograr una verdadera igualdad, de tal manera que se debería garantizar la protección de la maternidad para que las mujeres puedan ejercer de madres sin sufrir en el mercado de trabajo. Ahora bien, la Comisión advierte que las medidas de protección para las mujeres adoptadas por varios países que van más allá de la maternidad son discriminatorias. Se refiere a medidas destinadas a proteger a las mujeres en general por su sexo, basándose en percepciones estereotipadas de sus capacidades y del papel que les corresponde en la sociedad, que resultan contrarias al Convenio y suponen un obstáculo para la contratación y el empleo de las mujeres: prohibición general del trabajo nocturno para las mujeres, limitaciones de las horas de trabajo basadas únicamente en el sexo, la o las exclusión de las mujeres de determinadas ocupaciones o sectores por razón tan solo de su sexo²⁴.

De la misma manera que las medidas especiales previstas en el artículo 5 del Convenio no se consideran discriminatorias por obedecer a la finalidad de proteger a grupos vulnerables, tampoco lo son las medidas positivas, es decir, aquellas medidas que tiene por finalidad promover la igualdad de oportunidades de determinados grupos sociales claramente definidos que son objeto de prácticas discriminatorias caracterizadas, y que son aplicables durante todo el tiempo en que esos grupos sociales no estén de hecho en condiciones de ejercer sus derechos de igualdad de trato y no discriminación. Estas medidas se incardinan en las políticas que los países han de adoptar para promover la igualdad de oportunidades y de trato prevista en el artículo 2 del Convenio, conforme a las condiciones y las prácticas nacionales²⁵.

D. La discriminación prohibida en el Convenio 111 es la que opera “en el empleo y la ocupación”, términos que –en palabras del art. 1.3- “incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de

cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia social”.

²³ OIT, *Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111*, Conferencia Internacional del Trabajo, 83^a reunión, Informe III (Parte 4B), OIT, Ginebra, 1996, p. 45. Una vez adoptadas, estas medidas especiales deberían examinarse periódicamente, para verificar que siguen teniendo sentido y son eficaces.

²⁴ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización...*, op. cit., pp. 372 y 373.

²⁵ OIT, *Igualdad en el empleo y la ocupación...*, op. cit., pp. 130 y 131.

trabajo”. Adviértase la amplitud de las materias a las que se extiende y que el apartado 2 b) de la Recomendación 111 detalla: (i) acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación; (ii) acceso a los medios de formación profesional y admisión en un empleo de su propia elección, basándose en la aptitud individual para dicha formación o empleo; (iii) ascenso de acuerdo con la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona; (iv) seguridad en el empleo; (v) remuneración por un trabajo de igual valor; (vi) condiciones de trabajo, entre ellas horas de trabajo, períodos de descanso, vacaciones anuales pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, servicios sociales y prestaciones sociales en relación con el empleo. Hay que tener presente el Convenio sobre la terminación de la relación laboral (1982, núm. 158), que entre los motivos que no constituyen causa justificada para la terminación de la relación de trabajo incluye -art. 5 d)- “la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social²⁶.

E. El artículo 1.2 del Convenio se encarga de aclarar que “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”. Aunque no parece fácil encontrar muchos supuestos en que eso pueda ocurrir, existen. Así, por ejemplo, no parece que se incurra en la discriminación prohibida al exigir la condición de creyente para ocupar el puesto de profesor de religión en un centro educativo privado o incluso público; si se incurriría en discriminación si se exige dicho requisito para cubrir en el mismo tipo de centro un puesto de trabajo que no tiene por función la de transmitir la fe. Tampoco se incurre en ella por exigir ser de un determinado sexo para ocupar un puesto que conlleva una proximidad física a otras personas o para trabajar en espectáculos públicos²⁷.

Asimismo, no se consideran como discriminatorias –art. 4- “las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esa actividad, siempre que dicha persona tenga derecho a recurrir a un Tribunal competente conforme a la práctica nacional”. Al respecto hay que hacer algunas consideraciones: primera, que estas medidas son posibles en consideración

²⁶ A lo que se suma la previsión del art. 8 del Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981, núm. 156), de tal manera que “la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo”.

²⁷ Informe del Director General de la OIT sobre *La igualdad en el trabajo: afrontar...*, op. cit., p. 10.

a actividades individuales, pero no por pertenecer a un grupo o colectivo; segunda, la noción de “seguridad del Estado” ha de interpretarse de manera estricta, sin que la simple manifestación de opiniones o de creencias religiosas, filosóficas o políticas sea suficiente para aplicar la cláusula de excepción, ni las personas que participen en actividades para expresar o demostrar oposición a los principios políticos establecidos por métodos no violentos estén excluidas de la protección del Convenio²⁸, y tercera, que –como advierte el art. 4- ha de existir la posibilidad de recurso por parte del afectado²⁹.

Y tampoco se consideran discriminatorias las medidas especiales previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 5 del Convenio, a las que ya nos hemos referido anteriormente (*supra*, 3. C).

4. Motivos de discriminación indebida

El artículo 1 *a)* del Convenio 111 fija un elenco de motivos de discriminación prohibidos: “raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social”. Dicha lista supone un mínimo, que desde un principio estaba llamada a ser ampliado por las legislaciones nacionales. De ahí que la letra *b)* del mismo artículo añada “cualquier otra (...) que podrá ser especificada por el Miembro interesado, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”.

4.1. Causas expresamente recogidas en el Convenio

Las causas indicadas en la letra *a)* del artículo 1 son: “raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social”. A ellas se refiere el *Informe sobre la Igualdad en el Trabajo: Afrontar los retos que se plantean*, de 2007³⁰, bajo el epígrafe “Formas de discriminación reconocidas desde antiguo”.

²⁸ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización...*, *op. cit.*, p. 370.

²⁹ Estas consideraciones, en C. ROSSILLION, *La OIT y la eliminación de la discriminación en el empleo*, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 1987, n. 76, p. 17.

³⁰ Informe del Director General de la OIT sobre *La igualdad en el trabajo...*, *op. cit.*, p. 10.

4.1.1. Sexo

Es seguramente esta causa de discriminación —que en la práctica posterga sobre todo a mujeres— la que merece mayor atención por las políticas de igualdad nacionales, que han experimentado un espectacular desarrollo, pero que sigue siendo insuficientes para atajar la que es una de las grandes cuestiones de nuestro tiempo.

La discriminación por razón de sexo comprende tanto las distinciones basadas en características biológicas como las diferencias de trato y de oportunidades que obedecen a funciones y responsabilidades que la sociedad atribuye a determinado sexo³¹. Esas distinciones se establecen explícita implícitamente en detrimento de las personas de uno o de otro sexo³².

Antecedente en este punto es el Convenio sobre igualdad de remuneración (1951, núm. 100). Aunque de los trabajos preparatorios del Convenio número 111 se deduce que la idea primigenia era que la cuestión concreta de la igualdad de retribución entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por trabajo de igual valor quedara al margen del Convenio 111³³, es inevitable su análisis conjunto, como de hecho viene haciendo la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en sus sucesivos análisis, que analizan el desarrollo de ambos convenios bajo un mismo epígrafe, de “Igualdad de Oportunidades y Trato”³⁴.

La discriminación por motivo de sexo incluye también las discriminaciones que obedecen al estado civil, la situación matrimonial o la familiar, las responsabilidades familiares, el embarazo y el parto³⁵. El acoso sexual es una forma particular de discriminación por razón de sexo, que los Miembros deben prohibir y tratar a través de medidas adecuadas. A estos efectos, el acoso sexual contiene varios elementos clave, según países: a) *Quid pro quo*, esto es, cualquier comportamiento -verbal, no verbal o físico- de naturaleza sexual -u otro comportamiento basado en el

³¹ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización...*, *op. cit.*, p. 348.

³² C. THOMAS, Y. HORII, *Equality of opportunity and treatment in employment and occupation*, en INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Fundamental Rights at Work and International Labour Standards*, Geneva, 2003, p. 62.

³³ Artículo 6 del Proyecto de Convenio sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación [Conferencia Internacional del Trabajo, 42^a reunión, Informe IV (2), “Discriminación en materia de empleo y ocupación”, Ginebra, OIT, 1975, p. 37].

³⁴ Nos remitimos aquí al artículo de este número especial de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y del Derecho al Empleo* que se ocupa del Convenio núm. 100.

³⁵ C. THOMAS, Y. HORII, *Equality of opportunity and treatment*, *op. cit.*, p. 62.

sexo- que afecte a la dignidad de las mujeres y de los hombres, que sea “no deseado, irrazonable y ofensivo para el destinatario”; el rechazo de una persona o la sumisión a ella que -explícita o implícitamente- fundamente una decisión que afecta al trabajo de esa persona; o *b)* Entorno de trabajo hostil, esto es, el comportamiento que crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el destinatario³⁶. Esta cuestión ha sido expresamente tratada en la Conferencia Internacional del Trabajo número 108, que con fecha 21 de junio de 2019 ha adoptado tanto el Convenio 190, sobre la eliminación de la violencia y el acoso (en el mundo del trabajo) como la Recomendación número 206, sobre el mismo tema.

4.1.2. Religión y opinión política

Se suelen identificar ambas causas de discriminación, religión y opinión política, por estar ambas estrechamente ligadas a la libertad de conciencia. Existen no obstante claras diferencias entre una y otra.

La referencia a la “religión” implica que el Convenio protege contra la discriminación basada tanto en: *a)* una determinada creencia religiosa o en su ausencia, como *b)* las manifestaciones externas de dichas creencias³⁷. En consecuencia, no se puede impedir el acceso a la educación o al empleo por tener o no determinadas creencias religiosas o por signos externos de la fe. La discriminación por razón de religión puede presentarse ligada a la discriminación por motivo de raza o etnia. Por otro lado, caben aquí excepciones por lo que se refiere a la cobertura de determinados puestos de trabajo en los que la creencia religiosa se entiende que es necesaria para la ejecución del trabajo (por ejemplo, profesor de una determinada religión cuyo objetivo es la transmisión de la fe).

La referencia a la las “opinión política” comporta la protección frente a discriminaciones motivadas por expresar o mostrar oposición a los principios y opiniones políticas establecidas. La excepción la encontramos En el acceso a determinados niveles de la función pública, que bien pudiera exigir candidatos cuyas ideas políticas no resultasen incompatibles con los valores inherentes a esa Administración pública.

³⁶ En este sentido, OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe General, III (Parte 1A)*”, 2003, p. 504.

³⁷ C. THOMAS, Y. HORII, *Equality of opportunity and treatment*, *op. cit.*, p. 62.

4.1.3. Raza, color, origen nacional

La actividad internacional encaminada a erradicar este tipo de discriminaciones es considerable. Hay que destacar la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965, así como diversos instrumentos que la complementan: la Declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia³⁸; la proclamación en diciembre de 2014 del Decenio Internacional para los Afrodescendientes por la Asamblea General de Naciones Unidas (2015-2024), y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, con la que se quiere combatir las desigualdades no solo dentro de los países sino también entre ellos, como uno de los grandes desafíos a los que hoy se enfrenta la humanidad.

A pesar de los avances y que la mayoría de las legislaciones nacionales prohíben la discriminación por razón de raza, color o ascendencia nacional, son muchos menos países los que adoptan medidas proactivas e integrales dirigidas a promover una igualdad sustantiva respecto de estos motivos. Las desigualdades afectan sobremanera a determinados grupos y a sus integrantes, debido a la raza, al color o a la ascendencia nacional. Estas causas de discriminación interactúan con otros motivos de discriminación prohibidos, como el origen social y la religión, y de manera muy perjudicial para mujeres y niñas (*infra*, 4.3)³⁹.

Este tipo de discriminación resulta especialmente persistente, al extenderse fácilmente durante generaciones incluso cuando se garantiza la igualdad de oportunidades⁴⁰.

A los efectos del Convenio, la discriminación por motivo de “raza” alcanza a cualquier discriminación contra comunidades lingüísticas o grupos minoritarios cuya identidad se basa en características religiosas o culturales, o que obedezcan al origen nacional o étnico. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones viene

³⁸ DURBAN, 2001.

³⁹ OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(A), 2019, p. 387.

⁴⁰ Este problema tiene que ver con su dificultad para adquirir “capital humano” que permita a los miembros de determinadas comunidades raciales o étnicas pasar desde los trabajos menos cualificados a los más cualificados, por lo que la mejor manera de reducir la discriminación de estos colectivos es a través de formación de calidad. En este sentido, M. FUGAZZA, *La discriminación racial. Teorías, hechos y planes políticos*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2003, vol. 122, n. 4, pp. 561 y ss.

examinando la discriminación basada en motivos de raza junto a la discriminación por motivos de color, dado que este último es una de las características étnicas que diferencia a los seres humanos.

La discriminación motivada por “ascendencia nacional” incluye la que obedece al lugar de nacimiento, la ascendencia o el origen extranjero de la persona⁴¹. La “ascendencia nacional” no se refiere a las distinciones entre personas de distintas nacionalidades, es decir, entre ciudadanos de un país y otro país, sino a las motivadas por el lugar de nacimiento de una persona, ascendencia u origen extranjero. De este modo, la protección frente a la discriminación por motivo de “ascendencia nacional” protege a los inmigrantes extranjeros que han adquirido la ciudadanía a través de naturalización o a ciudadanos que descienden de inmigrantes extranjeros, y a las personas comprendidas en grupos de extracción u origen nacional diferentes pero que viven en el mismo Estado⁴².

Aunque el artículo 1 *a)* del Convenio no hace mención expresa a la “nacionalidad”, tanto los nacionales como los no nacionales deberían estar protegidos contra la discriminación por los motivos previstos en el Convenio. Esto reza también para los inmigrantes en situación irregular. Los inmigrantes son particularmente vulnerables a los prejuicios y diferencias de trato en el mercado laboral, por motivos relacionados con la raza, el color y la ascendencia nacional⁴³.

Preocupación de la Comisión de Expertos es también el acoso racial, que se produce cuando una persona es objeto de una conducta física, verbal o no verbal basado en la raza que afecta su dignidad o que causa un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el destinatario. En este sentido, la Comisión aplaude los esfuerzos realizados en muchos países para hacer frente a la discriminación por razón de raza, color y ascendencia nacional, mediante varias medidas concretas, que incluyen: *a)* objetivos y cuotas en la educación, en la formación profesional y en el empleo; *b)* programas especiales de promoción del empleo; *c)* planes de acción centrados en grupos étnicos específicos, y *d)* el establecimiento de organismos especializados (unas veces con funciones de sensibilización y de promoción; otras, el tratamiento de las quejas de discriminación y la formulación de recomendaciones en materia de políticas). A pesar de todo, el impacto de las medidas adoptadas sigue siendo incierto en la

⁴¹ OIT, *Informe de la Comisión de Expertos...*, 2019, *op. cit.*, p. 387.

⁴² THOMAS C., HORII Y., *Equality of opportunity and treatment...*, *op. cit.*, p. 62.

⁴³ La OIT, *Dar un rostro humano a la globalización...*, *op. cit.*, p. 346, entiende que los gobiernos deben formular y seguir un apolítica nacional de igualdad que cubra a todos los trabajadores “incluyendo a los inmigrantes, con el fin de eliminar la discriminación contra ellos sobre la base de los motivos enumerados en el Convenio”.

mayoría de los casos, debido fundamentalmente a la ausencia de seguimiento regular y de evaluaciones periódicas, y a falta de estadísticas del empleo desglosadas por origen étnico. Inquietud de la Comisión de Expertos son asimismo las actitudes y los estereotipos discriminatorios basados en la raza, el color y la ascendencia nacional de los trabajadores y de las trabajadoras que “de manera desproporcionada” siguen dificultando su participación en la educación y los programas de formación profesional⁴⁴, así como el acceso a una más amplia gama de oportunidades de empleo, lo que da lugar a una persistente segregación ocupacional y a unas remuneraciones más bajas por un trabajo de igual valor, con frecuencia en la economía sumergida⁴⁵⁴⁶.

Se hace preciso un enfoque integral y coordinado, que incluya: *a)* la adopción medidas convergentes dirigidas a abordar las brechas en la educación, la formación y la capacitación, *b)* una orientación vocacional imparcial, *c)* reconocer y validar las calificaciones obtenidas en el extranjero, y valorar y *d)* reconocer los conocimientos y las habilidades tradicionales que pueden ser pertinentes para el acceso y los progresos en el empleo y para ejercer una ocupación. Es preciso asimismo allanar el acceso a los mecanismos de solución de conflictos a los que sufren discriminación por motivos de raza, color y ascendencia nacional⁴⁷.

⁴⁴ De ahí la recomendación de la Comisión de Expertos de poner en marcha programas de sensibilización y de educación para combatir prejuicios y estereotipos (OIT, *Informe de la Comisión de Expertos...*, 2019, *op. cit.*, p. 390).

⁴⁵ OIT, *Informe de la Comisión de Expertos...*, 2019, *op. cit.*, p. 388.

⁴⁶ En numerosos países, la actividad económica discurre en parte en la economía informal, en la que no se impone la regulación del Estado sino formas de ordenación social, que los trabajadores pueden incluso considerar natural, y que suele ser excluyente y discriminatoria. En realidad, en este tipo de economías solo una parte muy pequeña de los trabajadores se beneficia de las leyes antidiscriminatorias (B. HARRISS-WHITE, *La desigualdad en el trabajo en la economía informal. Cuestiones esenciales ejemplos*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2003, vol. 122, n. 4, pp. 507 y ss.). Al respecto, véase también M. MIÑARRO YANINI, *Migrantes y desplazados*, en C. GALA DURÁN, F.J. CALVO GALLEGOS (DIRS.) y J.M. MORALES ORTEGA (coord.), *Pobreza en la ocupación e instrumentos de reacción*, Murcia, Laborum, 2018, p. 384.

⁴⁷ OIT, *Informe de la Comisión de Expertos...*, 2019, p. 389. La Comisión de Expertos ha prevenido contra los obstáculos que de hecho impiden el acceso a la justicia a aquellos que son discriminados por motivos de raza, el color y la ascendencia nacional, (obstáculos de naturaleza incluso física, económica y lingüística), y propone mecanismos de solución de conflictos más accesibles, en los que la carga y el nivel de la prueba exigida no cierren su acceso a la justicia. En parecido sentido, se entiende que perseguir este tipo de discriminación sólo a través de procedimientos penales no es lo idóneo (por la sensibilidad de la cuestión, la mayor exigencia de prueba y la tendencia a contemplar únicamente las conductas más graves) e invita a seguir otras vías más efectivas. Igualmente, se ha de mejorar la capacidad de las autoridades encargadas de hacer cumplir

4.1.4. Origen social

La discriminación por motivos de origen social se refiere a “aquellas situaciones en las que la pertenencia de una persona a una clase, categoría socioprofesional o casta condiciona su futuro profesional, ya sea porque tiene vetado el acceso a ciertos empleos o actividades, o porque solo le ofrecen determinados empleos”⁴⁸. La discriminación por origen social alcanza también a la motivada por nacimiento o propiedad (art. 2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966), y con frecuencia se solapa con la discriminación por razón de raza -o etnia- y religión. Esas tres circunstancias, origen social, nacimiento y propiedad tienen en común que se refieren a un estatus impuesto a la persona que obedece a condiciones sociales, económicas y biológicas heredadas. Ejemplos son la ascendencia, el haber nacido fuera del matrimonio, ser adoptado, la pertenencia a una clase social, a una casta, la condición o no de propietario o arrendatario, la pobreza. Esta última -manifestación de “aporofobia”⁴⁹- es probablemente la más extendida⁵⁰.

Este tipo de discriminación opera incluso en sociedades en los que se considera que existe una elevada movilidad social⁵¹. La lucha contra este tipo de discriminación, que no es fácilmente reconocible, entraña enorme complejidad. Las medidas más adecuadas son las de naturaleza formativa, que no solo dependen del Estado, y que han de compatibilizarse con la libertad de educación de los padres y con la propia institución familiar, que no deben quedar neutralizadas en aras de una rigurosa igualdad formativa⁵².

la ley (inspectores de trabajo, jueces y tribunales, etc.), así como la de las organizaciones de trabajadores y empresarios, autoridades en materia de migración, entidades de colocación en el empleo y similares.

⁴⁸ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización...*, *op. cit.*, p. 358.

⁴⁹ Que la Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., define como “fobia a las personas pobres o desfavorecidas”.

⁵⁰ M.J. AGUILAR IDÁÑEZ, D. BURASCHI, *Discriminación por origen social*, en A. BAYLOS GRAU, C.F. THOMÉ, R.G. SCHWARZ (coords.), *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 745 y ss.

⁵¹ OIT, *Igualdad en el empleo y la ocupación...*, *op. cit.*, p. 17.

⁵² La polémica igualdad formativa *versus* libertad de educación, en B. BARRAGUÉ, *(Des)igualdad de oportunidades y movilidad social*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2016, n. 20, p. 170.

4.2. Causas no recogidas en el Convenio 111

El *Informe sobre la Igualdad en el Trabajo: Afrontar los retos que se plantean* (2007), bajo el epígrafe “Formas de discriminación recién reconocidas”, constata la existencia de discriminaciones que el Convenio 111 no recoge, como son las que obedecen a edad (tanto los más jóvenes como los más mayores), orientación sexual⁵³ y discapacidad e infección por el VIH/SIDA⁵⁴, que numerosos Miembros combaten en sus políticas y legislaciones internas.

Dicho Informe muestra su inquietud también por “manifestaciones incipientes de discriminación” derivadas de la posibilidad de obtener información sobre el estatus genético de la persona, y hasta del estilo de vida⁵⁵.

4.3. Concurrencia de causas

Mayor complejidad presentan los supuestos de doble y múltiple discriminación, en los que concurren varios motivos de discriminación. Supuestos muy frecuentes son los de conjunción de discriminación por motivos de raza, color, etnia u origen nacional con la discriminación por razón de sexo, que fundamentalmente afecta a mujeres migrantes, y con la discriminación por razón de religión y con la de origen social. Para estos supuestos, de discriminación múltiple, se hace preciso introducir medidas a favor de la diversidad, tanto por parte de los estados como de las empresas, que en ocasiones -tanto por razones de competitividad como de imagen en el mercado- acuden a estrategias de diversificación de plantillas⁵⁶.

⁵³ En 2012, la OIT puso en marcha el proyecto “Identidad de Género y Orientación Sexual: promoción de los derechos, la diversidad y la igualdad en el mundo del trabajo” (por sus siglas en inglés, PRIDE). En el marco de este proyecto, se realizan estudios sobre la discriminación contra los trabajadores y las trabajadoras lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT) en el trabajo alrededor del mundo, y exponen buenas prácticas para evitar su discriminación.

⁵⁴ Hay que tener presente la Recomendación OIT núm. 200, sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo, de 17 de junio de 2010.

⁵⁵ El hecho de que un individuo lleve una vida saludable, no fume, no tenga sobrepeso y similares se convierte cada vez más en factor determinante para obtener o mantener un empleo.

⁵⁶ E. LÓPEZ DE AHUMADA, *Igualdad y no discriminación de los trabajadores migrantes*, en M.E. MONSALVE CUELLAR (coord.), *Migraciones y su transversalidad: análisis multidisciplinar*, Cuenca, Aldebarán, 2018, pp. 425 y ss.

Esa complejidad es aún mayor en los casos de “discriminación interseccional”, expresión que se refiere –si bien no hay unanimidad doctrinal en cuanto a su significado⁵⁷– a un supuesto especial de discriminación múltiple especialmente dañino: la discriminación generada al interactuar varios motivos de discriminación operando de tal manera que sus consecuencias rebasan los derivados de la mera suma o yuxtaposición de dos o más causas de discriminación⁵⁸. Para avanzar en esta materia se hace preciso, además de una necesaria clarificación terminológica doctrinal y normativa, el desarrollo de políticas proactivas diseñadas para corregir las desigualdades estructurales e institucionales en el trabajo⁵⁹.

5. Formulación y aplicación de las políticas nacionales

La principal obligación de los Estados en relación con el Convenio 111 es la de “formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto” (art. 2). En principio, el Convenio deja un amplio margen de libertad a cada país en relación a dichos métodos, de tal manera que sean los más apropiados en función de su naturaleza y su oportunidad⁶⁰.

Sin embargo, esa flexibilidad concedida a cada país no puede traducirse en inactividad. Por ello, el artículo 3 del Convenio establece algunas obligaciones o contenido mínimo de las políticas de los Estados encaminadas a eliminar la discriminación en el empleo y la ocupación, sin perjuicio de poder hacerlo por métodos “adaptados a las circunstancias y las prácticas nacionales”. En concreto: *a) Tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y trabajadores y de otros organismos apropiados en la tarea de fomentar la aceptación y cumplimiento de esa política; b) Promulgar leyes y promover programas educativos que por su índole puedan garantizar la aceptación y*

⁵⁷ T. MAKKONEN, *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Abo Akademi University, 2002, pp. 9-12.

⁵⁸ Véase, A.M. CAVALCANTE, *Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad*, en *Journal of Feminist, Gender and Woman Studies*, 2018, n. 7, p. 18.

⁵⁹ En este sentido, C. SHEPPARD, *Multiple Discrimination in the World of the Work*, ILO, Geneva, 2011, p. 37.

⁶⁰ OIT, *Dar un rostro humano a la globalización..., op. cit.*, p. 328.

cumplimiento de esa política; *c)* Derogar las disposiciones legislativas y modificar las prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política; *d)* Llevar a cabo dicha política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional; *e)* Asegurar la aplicación de esa política en las actividades de orientación profesional, de formación profesional y de colocación que dependan de una autoridad nacional; *f)* Indicar en su memoria anual sobre la aplicación del Convenio las medidas adoptadas para llevar a cabo esa política y los resultados obtenidos.

La mayor parte del contenido de la Recomendación 111 versa precisamente sobre la formulación y aplicación de las políticas nacionales de no discriminación en el empleo y la ocupación. Hay que destacar atención prestada a la negociación colectiva, en un doble sentido. Por un lado, el párrafo 2 de la Recomendación afirma que la política nacional de no discriminación en el empleo y la ocupación debería ser aplicada no solo mediante medidas legislativas, sino también a través de “contratos colectivos entre las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores”, junto a otros métodos compatibles con las condiciones y políticas nacionales; por otro, el apartado *e*) del mismo párrafo previene contra la posibilidad de que los convenios colectivos operen en sentido contrario: “En las negociaciones colectivas y en las relaciones de trabajo, las partes deberían respetar el principio de igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, y cerciorarse de que los contratos colectivos no contengan cláusulas de carácter discriminatorio en relación con el acceso a los medios de formación, ascenso o conservación del empleo o condiciones de trabajo”.

6. Igualdad, en el horizonte

Transcurrido el tiempo (1999), la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación se integró en el concepto de trabajo decente. En la actualidad, “la igualdad de género y la no discriminación” se consideran cuestiones transversales en el marco de los 4 objetivos estratégicos⁶¹ reconocidos en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008⁶².

⁶¹ Esto es: promover el empleo en un marco institucional y económico sostenible, adoptar y ampliar medidas de protección social sostenibles a adaptadas a las circunstancias nacionales, promover el diálogo social y el tripartidismo, y respetar, promover y ampliar los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

⁶² Adoptada en la Conferencia Internacional del Trabajo, 99^a reunión, Ginebra, 2008.

Se presenta asimismo estrechamente relacionada a la reducción de las desigualdades, décimo de los 17 *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (ONU, 2015)⁶³, de entre cuyas metas hay que destacar aquí la 10.2, “potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición”, y la 10.3. “garantizar la igualdad de oportunidades y reducir la desigualdad de resultados, incluso eliminando la leyes, políticas y prácticas discriminatorias y promoviendo legislaciones, políticas y medidas adecuadas a ese respecto”.

A pesar de todas las políticas encaminadas a erradicar la discriminación en el empleo y en la ocupación, esta sigue existiendo. En ello incide la *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*: ‘La OIT conmemora su centenario en un momento (...) de desigualdades persistentes, que tienen profundas repercusiones en la naturaleza y el futuro del trabajo y en el lugar y la dignidad de las personas que se encuentran en dicho contexto’⁶⁴.

Si bien es cierto que las acciones afirmativas, encaminadas a facilitar el acceso a los niveles profesionales más altos de colectivos sociales históricamente infravalorados -el caso más claro es la política dirigida a romper el techo de cristal y favorecer el liderazgo femenino en las empresas- ha sido vista en ocasiones como una desviación de las reivindicaciones conjuntas de los trabajadores, el concepto de discriminación se ha ido ampliado, para incluir las desigualdades estructurales en el seno de la sociedad. A medida que esto ocurre la política contra la discriminación confluye con la lucha por el trabajo decente y contra la pobreza⁶⁵.

7. Bibliografía

AGUILAR IDÁÑEZ M.J., BURASCHI D., *Discriminación por origen social*, en A. BAYLOS GRAU, C.F. THOMÉ, R.G. SCHWARZ (coords.), *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 745-749

⁶³ Se presenta también relacionado con el Objetivo 5 (igualdad de género) y con el 4 (educación de calidad). Hay que destacar también el inciso final del Objetivo 8, que persigue “promover el crecimiento económico sostenido, *inclusivo* y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente *para todos*” (el subrayado es nuestro).

⁶⁴ Apartado I. A de la *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*, adoptada por la 108^a Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 21 de junio de 2019.

⁶⁵ C. SHEPPARD, *Normas antidiscriminatorias internacionales y desigualdad laboral: la igualdad, un concepto en expansión*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2012, vol. 131, n. 1-2, p. 19.

- ALONSO OLEA M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6^a ed., Madrid, Civitas, 2002
- AA.VV., *La cuadragésima segunda reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 1958, vol. 58, n. 3, pp. 255-296
- BARRAGUÉ B., *(Des)igualdad de oportunidades y movilidad social*, en *Annuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2016, n. 20, pp. 159-172
- CAVALCANTE A.M., *Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad*, en *Journal of Feminist, Gender and Woman Studies*, 2018, n. 7, pp. 15-25
- FUGAZZA M., *La discriminación racial. Teorías, hechos y planes políticos*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2003, vol. 122, n. 4, pp. 557-596
- GRISOLIA J.A., HIERREZUELO R.D., *La discriminación en el derecho del trabajo: el caso argentino*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del Empleo*, 2013, vol. 1, n. 1, pp. 1-15
- HARRISS-WHITE B., *La desigualdad en el trabajo en la economía informal. Cuestiones esenciales ejemplos*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2003, vol. 122, n. 4, pp. 507-518
- LÓPEZ DE AHUMADA E., *Igualdad y no discriminación de los trabajadores migrantes*, en M.E. MONSALVE CUELLAR (coord.), *Migraciones y su transversalidad: análisis multidisciplinar*, Cuenca, Aldebarán, 2018, pp. 407-439
- MAKKONEN T., *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Abo Akademi University, 2002
- MARINELLI F., *Il diritto di discriminazione dei lavoratori subordinato: ILO versus Unione europea*, en *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, vol. 28, n. 1, pp. 197-221
- MIÑARRO YANINI M., *Migrantes y desplazados*, en C. GALA DURÁN, F.J. CALVO GALLEGOS (dirs.) y J.M. MORALES ORTEGA (coord.), *Pobreza en la ocupación e instrumentos de reacción*, Murcia, Laborum, 2018, pp. 377-397
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*, adoptada por la 108^a Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 21 de junio de 2019
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, 2019, Informe III (A), Ginebra, 2019
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Dar un rostro humano a la globalización: Estudio general sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008, Conferencia Internacional del Trabajo, 101^a reunión, Informe III (parte 1B), OIT, Ginebra, 2012

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe sobre la igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, 96^a Conferencia Internacional del Trabajo, Informe I(B), Ginebra, 2007

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe General, III (1A), Ginebra, 2003

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111*, Conferencia Internacional del Trabajo, 83^a reunión, Informe III (Parte 4B), OIT, Ginebra, 1996

ROSSILLION C., *La OIT y la eliminación de la discriminación en el empleo*, en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1987, n. 76, pp. 5-27

SHEPPARD C., *Normas antidiscriminatorias internacionales y desigualdad laboral: la igualdad, un concepto en expansión*, en Revista Internacional del Trabajo, 2012, vol. 131, n. 1-2, pp. 1-22

SHEPPARD C., *Multiple Discrimination in the World of the Work*, ILO, Geneva, 2011

TEKLÈ T., *Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111)*, en E. ALES, M. BELL, O. DEINERT, S. ROBIN-OLIVIER (eds.), *International and European Labour Law: A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2018, pp. 612-630

THOMAS C., HORII Y., *Equality of opportunity and treatment in employment and occupation*, en INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Fundamental Rights at Work and International Labour Standards*, Geneva, 2003, pp. 57-87

TOMEI M., *Análisis de los conceptos de discriminación e igualdad en el trabajo*, en Revista Internacional del Trabajo, 2003, vol. 122, n. 4, pp. 441-459

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la edad mínima 1973 (núm. 138)

Jorge CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO*

RESUMEN: La OIT se ocupa, desde su origen, con el problema del trabajo infantil y juvenil y incluyó su erradicación entre los cuatro temas más relevantes y el Convenio n. 138 como uno de los siete fundamentales. Este convenio, adoptado por la OIT en 1973, no fija, de forma rígida una edad mínima para el trabajo, pero estipula que los Estados deberían elevarla progresivamente hasta un nivel que haga posible desarrollo físico y mental completo de los niños, sugiriendo 15 años como la edad mínima de admisión al trabajo en general. Otra cuestión demasiadamente importante sobre el Convenio n. 138 es el reconocimiento de que la abolición efectiva del trabajo infantil debería ocupar un lugar central en el desarrollo social y económico.

Palabras clave: Trabajo infantil, edad mínima.

SUMARIO: 1. Consideraciones introductorias. 2. Datos recientes de la situación del trabajo infantil en el mundo. 3. La importancia de las políticas nacionales para combatir el trabajo infantil. 4. Cláusulas de flexibilidad del Convenio n. 138. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía.

* Profesor de Derecho del Trabajo en la Fundação Getúlio Vargas – EAESP FGV. Miembro de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo. Decano de la Escuela Superior de Abogacía del Colegio de Abogados de São Paulo.

Minimum Age Convention 1973 (No. 138)

ABSTRACT: The ILO deals, from its origin, with the problem of child and youth labour and included its eradication among the four most relevant issues and the Convention No. 138 as one of the seven fundamentals. This agreement, adopted by the ILO in 1973, does not rigidly set a minimum age for work, but stipulates that States should progressively raise it to a level that makes possible full physical and mental development of children, suggesting 15 years as the minimum age for admission to work in general. Another issue that is too important about Convention No. 138 is the recognition that the effective abolition of child labour should occupy a central place in social and economic development.

Key Words: Child labour, minimum age.

1. Consideraciones introductorias

La OIT se ocupa, desde su origen, con el problema del labor infantil y juvenil. No obstante las dos convenciones más conocidas sean efectivamente las de número 138, sobre la edad mínima para admisión en cualquier empleo, y la de número 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, hay más de sesenta y una normas internacionales originadas en la OIT que de alguna manera se relacionan con el trabajo infanto-juvenil, como señaló Oris de Oliveira¹.

Si eso no fuera suficiente, la Organización Internacional del Trabajo ha incluido la erradicación del trabajo infantil entre los cuatro temas más relevantes y el convenio 138 como uno de los siete fundamentales en su Declaración de Principios de 1998. Solo para darle una idea de la importancia de esta información, Juan Raso Delgue relata esta declaración como «uno de los textos más importantes de la OIT»².

El trabajo de la OIT en esta área es muy importante, particularmente dados los aspectos positivos y negativos que la globalización ha traído al trabajo infantil. Si por un lado, alentó el dumping social, permitiendo a los países garantizar su competitividad en el mercado utilizando el trabajo de niños y adolescentes y pagando valores ridículos, por otro lado, permitió la idea de que el no trabajo es un derecho inherente a niños y adolescentes³.

El objetivo del Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), de la OIT es la abolición efectiva del trabajo infantil, entendido como trabajo que es peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los niños, o trabajo que interfiere con la educación obligatoria o para el cual los niños son simplemente demasiado jóvenes. El Convenio núm. 138 exige a los países que fijen una edad mínima de admisión al empleo o trabajo, y establezcan políticas nacionales para la eliminación del trabajo infantil⁴.

Este convenio, adoptado por la OIT en 1973, no fija, de forma rígida una edad mínima para el trabajo, pero estipula que los Estados deberían elevarla progresivamente hasta un nivel que haga posible desarrollo físico y mental completo de los niños, sugiriendo 15 años como la edad mínima de admisión al trabajo en general.

¹ O. DE OLIVEIRA, *O trabalho da criança e do adolescente*, LTr, 1994, pp. 43-61.

² J. RASO DELGUE, *La Organización Internacional del Trabajo*, en J. RASO DELGUE (dir.), *Derecho del Trabajo. I. Conceptos Fundamentales. Sujetos. Contrato de trabajo y su dinamismo*, Fundación de Cultura Universitaria, 2015.

³ E. RIBEIRO DOS SANTOS MINHARRO, *A criança e o adolescente no direito do trabalho*, LTr, 2003, p. 98.

⁴ OIT, [El Convenio núm. 138 de La OIT de un vistazo](#), 2018.

Como se entiende que los niños sólo estarán preparados para una vida laboral plena y productiva cuando tengan al menos una educación básica, importa a la OIT que sus miembros velen por que los niños estén escolarizados por lo menos hasta alcanzar esta edad. Por eso el Convenio núm. 138 exige que la edad a la cual un niño termina su educación obligatoria y la edad mínima de admisión al trabajo sea la misma⁵.

Una persona de 15 de años de edad sigue siendo un niño según el derecho internacional, que así lo considera todos hasta los 18 años. Se trata de alguien que continúa desarrollándose física y mentalmente y que es más vulnerable que los adultos a los peligros en el lugar de trabajo. Si el convenio acepta el trabajo en general de niños de menos de 18 años no permite que trabajen en actividades peligrosas, aquéllas que resulten peligrosas para la salud, la seguridad o la moralidad de los niños, sea por su naturaleza, sea por las condiciones en que se realicen⁶.

En una demostración de la flexibilidad necesaria por el reconocimiento de que sus miembros tienen realidades bastante distintas la Organización Internacional del Trabajo admite, sin embargo, que el trabajo peligroso sea, excepcionalmente, autorizado a partir de los 16 años, a condición que se protejan plenamente la salud, la seguridad y la moralidad de los jóvenes que los realizan, y de que éstos hayan recibido la instrucción o formación específica adecuada⁷.

Otra cuestión demasiadamente importante sobre el Convenio núm. 138 es el reconocimiento de que la abolición efectiva del trabajo infantil debería ocupar un lugar central en el desarrollo social y económico. Si es verdad que el establecimiento de una edad mínima es necesario para brindar protección jurídica esencial a los niños, también es importante decir que la simples aprobación de una ley no es suficiente para erradicar el trabajo infantil. Otras medidas que efectivamente aseguren la existencia de alternativas viables al trabajo infantil son fundamentales. Por eso la importancia de que los países miembros implementen políticas públicas estableciendo alternativas al trabajo infantil⁸.

Además de presentar datos recientes sobre la situación actual del trabajo infantil, este texto presentará un análisis de los aspectos más relevantes del convenio en cuestión.

⁵ [Idem](#).

⁶ [Idem](#).

⁷ [Idem](#).

⁸ [Idem](#).

2 Datos recientes de la situación del trabajo infantil en el mundo

Como bien observó Katia Magalhães Arruda, en 2010, la comunidad internacional adoptó un plan destinado a lograr para 2016 la eliminación de las peores formas de trabajo infantil⁹.

En 2017 la Oficina Internacional del Trabajo publicó una investigación sobre las estimaciones mundiales sobre el trabajo infantil en la que se ve que el objetivo no fue alcanzado. En el sector agrícola, el sector en que se concentra cerca de 71% del trabajo infantil, todavía había cerca de 108 millones de niños trabajando. En el sector de servicios el número era de 26 millones y en la industria, donde usualmente están los trabajos más peligrosos, de 18 millones¹⁰.

En el sitio de la OIT en la internet se puede ver algunos datos todavía más recientes y alarmantes. Según la información disponible, hay 218 millones de niños de entre 5 y 17 años ocupados en la producción económica en todo el mundo, entre los cuales 152 millones son víctimas del trabajo infantil y 73 millones, casi la mitad de ellos, están en situación de trabajo infantil peligroso. En términos regionales, 72 millones están en África; 62 millones en Asia y el Pacífico; 10,7 millones en las Américas; 1,1 millones en los Estados Árabes; y 5,5 millones en Europa y Asia Central. En términos de prevalencia, 1 de cada 5 niños de África (19,6%) están en situación de trabajo infantil, mientras que en otras regiones la prevalencia oscila entre el 3% y 7%: 2,9% en los Estados Árabes (1 de cada 35 niños); 4,1% en Europa y Asia Central (1 de cada 25); 5,3% en las Américas (1 de cada 19); y 7,4% en la región de Asia y el Pacífico (1 de cada 14)¹¹.

Si analizamos sus edades, se ve que casi la mitad de los 152 millones de niños víctimas del trabajo infantil tienen entre 5 y 11 años, mientras 42 millones (28%) tienen entre 12 y 14 años; y 37 millones (24%), entre 15 y 17 años¹².

En relación al género, 88 millones de niños en situación de trabajo infantil son varones y 64 millones son niñas. Según el sitio de la Organización Internacional del Trabajo, «los niños corren más riesgos que las niñas de verse involucrados en el trabajo infantil, pero esta apreciación puede deberse a que el trabajo de las niñas no siempre se declara, especialmente

⁹ K. MAGALHÃES ARRUDA, *A Convenção n. 182 da OIT e o desafio de eliminar as piores formas de trabalho infantil*, en R. ZANOTELLI DE ALVARENGA, L. DE MELLO REZENDE COLNAGO (coords.), *Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT Comentadas*, LTr, 2014, p. 191.

¹⁰ OIT, [Estimaciones mundiales sobre el trabajo infantil. Resultados y tendencias 2012-2016](#), 2017.

¹¹ Informaciones disponibles en OIT, [Trabajo infantil](#), en www.ilo.org.

¹² [Ibidem](#).

en el caso del trabajo infantil doméstico»¹³.

Algunos trabajos son inherentemente peligrosos y por ende, están prohibidos para los niños. Las circunstancias pueden dar lugar a que resulte peligroso un trabajo que habitualmente es seguro. Un ejemplo de esto es el trabajo nocturno, que interfiere con el sueño de los niños y puede hacer que sean más propensos a sufrir accidentes en el lugar de trabajo. Además, el hecho de que las jornadas de trabajo sean largas puede hacer que el trabajo sea peligroso; reconociendo esto, muchos países limitan el número de horas que pueden trabajar los niños de 15 a 17 años de edad.

Los países deben adoptar una legislación que especifique qué constituye trabajo peligroso a nivel nacional, previa celebración de consultas con las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

3 La importancia de las políticas nacionales para combatir el trabajo infantil

La OIT reconoce que el desarrollo social y económico es imprescindible para la abolición efectiva del trabajo infantil. En otro importante convenio sobre el tema, el de número 182, de 1999, que trata de las peores formas de trabajo infantil, la OIT prevé en su preámbulo que «el trabajo infantil se debe en gran parte a la pobreza, y que la solución a largo plazo radica en un crecimiento económico sostenido que culmine con el progreso social, en particular en la mitigación de la pobreza y en la educación universal»¹⁴.

Otras medidas que aseguren la existencia de alternativas viables al trabajo infantil son, por lo tanto, esenciales. Por eso la Organización Internacional del Trabajo creó un programa Internacional para la erradicación del trabajo infantil (IPEC) que dialogó con los países miembros que, por su vez, deberán establecer políticas públicas destinadas a alcanzar el mismo resultado.

A este respecto, la Recomendación núm. 146, que acompaña el Convenio número 138, establece que los planes y políticas nacionales deberían prever el alivio de la pobreza y la promoción de trabajos decentes para los adultos, a fin de que los padres no necesiten recurrir al trabajo infantil; la educación gratuita y obligatoria, y la facilitación de formación profesional; la extensión de la seguridad social y sistemas de registro de nacimientos, y

¹³ *Idem*.

¹⁴ OIT, [El Convenio núm. 138 de La OIT de un vistazo](#), cit.

facilidades adecuadas para la protección de los niños y adolescentes que trabajan, además de leyes que establezcan edades mínimas de admisión al empleo o trabajo.

No obstante el problema del trabajo infantil todavía estea presente, puesto que, como visto, sigue habiendo 152 millones de niños en situación de trabajo infantil, ya hay algunos datos para festejar. Se estima que desde el año 2000 este número ya ha disminuido más de un tercio, en gran parte en razón de una inteligente combinación de políticas gubernamentales, incluida la ratificación del Convenio núm. 138¹⁵.

México y el Brasil son frecuentemente mencionados como ejemplos de países donde los gobiernos han introducido «programas de transferencias en efectivo condicionadas» eficaces para combatir las causas profundas del trabajo infantil. En los dos casos los programas consisten básicamente en proporcionar estipendios a las familias desfavorecidas, para que los niños puedan seguir escolarizados y estar libres de trabajo infantil¹⁶. Esos programas son importantes porque, como bien observa Erotilde Minharro, «En muchos casos, la familia no encuentra otra forma de sobrevivir que el uso del trabajo infantil»¹⁷.

El gobierno brasileño creó en 1996 su *Programa de Erradicação do Trabalho Infantil*, conocido por la sigla PETI en el ámbito del Ministério de Previdência e Assistência Social (MPAS). El fue inicialmente lanzado en el estado de Mato Grosso do Sul, pero entre 1996 y 1998 fue ampliado para los estados de Pernambuco, Sergipe, Rondonia y Bahia, con la ayuda de la OIT y en 1999 para todos los demás estados¹⁸.

En 2005 fue instituido el SUAS, orgán que organiza la oferta de servicios socio asistenciales, pagos con repases regulares e automáticos, fundo a fondo, por piso de protección y con acciones programáticas como o SENTINELA fueran redimensionadas y incorporadas a los servicios continuados, siendo prestados nos CREAS¹⁹.

En 2011 el PETI fue incorporado en la Ley Orgánica de Asistencia Social, ratificando su carácter intersectorial, integrante del Programa Nacional de Asistencia Social, consolidado con acciones de transferencia de renta a las familias, trabajo social con familias, oferta de servicios socio asistenciales

¹⁵ [Idem](#).

¹⁶ [Idem](#).

¹⁷ E. RIBEIRO DOS SANTOS MINHARRO, *op. cit.*, p. 98.

¹⁸ Informaciones obtenidas en M. PEREIRA, [Gestão do PETI no SUAS](#), Encontro técnico de gestores da assistência social e coordenadores municipais das AEPETI, Maceió, 28 marzo 2019.

¹⁹ [Idem](#).

para niños y adolescentes²⁰.

En 2013 hubo una reordenación del Servicio Básico de Bonos de Vida y Fortalecimiento de la Protección Social, incluida la atención de niños y adolescentes en situaciones de trabajo infantil junto con otros grupos en situaciones vulnerables para evitar la segmentación, los estigmas y el intercambio de experiencias²¹.

El rediseño de PETI em 2014 tuvo como objetivo acelerar la lucha contra el trabajo infantil basado en el desarrollo de acciones estratégicas, el fortalecimiento de los servicios de asistencia social, la gestión y la agenda intersectorial²².

4 Cláusulas de flexibilidad del Convenio n. 138

Por reconocer que no todos los trabajos realizados por niños menores de 18 años es trabajo infantil que debe eliminarse, y que hay tipos de trabajo que pueden ser apropiados para la edad de un niño y, por lo tanto, si llevados a cabo con la protección adecuada pueden hasta mismo ser beneficiosos para su desarrollo, el convenio 138 dispone de diversas “cláusulas de flexibilidad”.

Mismo la edad mínima sugerida de 15 años para que un niño empece a disponer de una cláusula de flexibilidad. La Organización Internacional del Trabajo asegura a los países en desarrollo la posibilidad de establecer una edad mínima de 14 años como medida transitoria a medida que fortalecen sus sistemas educativos y economías. No todavía son muchos lo que la utilizan. 51 dentre los 171 Estados Miembros que han ratificado el Convenio núm. 138 han establecido en 14 años la edad mínima de admisión al empleo o trabajo desde que no realicen trabajos peligrosos y de que hayan finalizado la educación obligatoria²³.

Los niños que tengan entre 13 y 14 años de edad, mismo en el caso de países que establecen la edad mínima en 15 años, y los niños de 12 a 13 años de edad, en el caso de los países que la establecen a los 14, podrán realizar los llamados trabajos ligeros, así comprendidos los que no interfieren con la escolarización de los niños, o con su capacidad de beneficiarse de la misma, y que no son dañinos. Si optan por permitir los trabajos ligeros, los Estados deben determinar qué actividades se consideran trabajos ligeros, así como las horas y circunstancias en las que

²⁰ *Idem*.

²¹ *Idem*.

²² *Idem*.

²³ OIT, *El Convenio núm. 138 de La OIT de un vistazo*, cit.

éstos pueden llevarse a cabo²⁴.

Se cree que los trabajos ligeros pueden hasta mismo contribuir al desarrollo del niño y al bienestar de su hogar, así como pueden complementar su educación. Cerca de la mitad de los Estados que han ratificado el Convenio núm. 138 han optado por legalizar los trabajos ligeros de esta manera²⁵.

En más una demostración de flexibilidad, el Convenio número 138 permite que los países miembros de la OIT exclúan ciertas categorías de trabajo que no sean peligrosos del ámbito de aplicación del Convenio, desde que su aplicación plantea problemas especiales e importantes. De esta manera, los países en desarrollo pueden excluir ciertas ramas de actividad económica, pero no actividades de sectores como minería, construcción y agricultura comercial. Es posible, de todo modo, excluir de la incidencia del Convenio número 138 las explotaciones familiares que produzcan para el mercado local y no empleen regularmente trabajadores asalariados²⁶.

También es importante decir que el trabajo hecho en las escuelas y como parte de la educación o formación de los niños así como el trabajo efectuado en empresas por niños con más de 14 años que sea parte de un programa de aprendizaje aprobado por las autoridades gubernamentales, desde que no sea peligrosos, está permitido²⁷.

En Brasil, el régimen de aprendizaje es especial y está regulado en la Consolidación de las leyes laborales. El aprendizaje es uno de los tipos de trabajo educativo y, como tal, los requisitos pedagógicos relacionados con el desarrollo personal y social del estudiante deben prevalecer sobre el aspecto productivo. El aprendizaje implica un contrato de trabajo especial y presupone la creación de un programa de capacitación técnico-profesional metódico específico, compatible con el desarrollo físico, moral y psicológico del adolescente. La formación técnico-profesional se caracteriza por actividades teóricas y prácticas, organizadas metódicamente en tareas de complejidad progresiva desarrolladas en el lugar de trabajo²⁸.

También se flexibilizó el trabajo de niños y adolescentes en representaciones artísticas, que podrá ser hecho desde que con un permiso

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem.*

²⁸ M. PEDROSO GOULART, *A convenção sobre idade mínima e o direito brasileiro*, en L. BENTES CORRÊA, T.J. VIDOTTI (coords.), *Trabalho Infantil e Direitos Humanos. Homenagem a Oris de Oliveira*, LTr, 2005, p. 100.

de la autoridad nacional competente que defina el máximo número de horas y las condiciones de trabajo del niño²⁹.

Al ratificar el Convenio 138 Brasil optó por no utilizar las excepciones flexibilizadoras ya mencionadas, de modo que la edad de 16 años es la mínima para el ejercicio de cualquier trabajo, con una excepción que son los aprendices. Por eso algunos estudiosos defienden no ser posible autorizar el trabajo artístico infantil a los menores de 16 años, mismo en una interpretación sistemática que considere el Convenio 138 como una norma de nivel constitucional³⁰. Esa opinión, sin embargo, no tiene el respaldo de la jurisprudencia, que con frecuencia autoriza los niños, desde la edad más joven, a trabajar en esos espectáculos.

Por fin, el Convenio núm. 138 no prohíbe a los niños realizar tareas domésticas que no interfieran con su educación y no sean peligrosas y que no demande exceso de horas de trabajo³¹. E todo caso, después de ratificar el convenio de número 182, por medio del decreto 3.597, de 12 de septiembre de 2000, el gobierno brasileño editó el Decreto 6.481 que incluyó el trabajo doméstico en la relación de peores formas de trabajo infantil (Lista TIP).

5 Consideraciones finales

Los números enseñan que hubo una considerable mejoría en la situación del trabajo infantil a nivel mundial, pero que hay mucho todavía a ser hecho. La OIT tiene un papel preponderante en esta lucha en especial incentivando sus miembros a adoptar políticas concretas de erradicación de la pobreza y de distribución de renta que permita una salida efectiva e definitiva de los menores de su condición de trabajo.

6. Bibliografía

DE OLIVEIRA O., *O trabalho da criança e do adolescente*, LTr, 1994

MAGALHÃES ARRUDA K., *A Convenção n. 182 da OIT e o desafio de eliminar as piores formas de trabalho infantil*, en R. ZANOTELLI DE ALVARENGA, L. DE MELLO REZENDE COLNAGO (coords.), *Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT Comentadas*, LTr, 2014

²⁹ OIT, [El Convenio núm. 138 de La OIT de un vistazo](#), cit.

³⁰ En ese sentido es la opinión de S. REGINA CAVALCANTE, *Trabalho Infantil Artístico. Do Deslumbramento à Ilegalidade*, LTr, 2011, p. 79.

³¹ OIT, [El Convenio núm. 138 de La OIT de un vistazo](#), cit.

OIT, [El Convenio númer. 138 de La OIT de un vistazo](#), 2018

OIT, [Estimaciones mundiales sobre el trabajo infantil. Resultados y tendencias 2012-2016](#), 2017

OIT, [Trabajo infantil](#), en www.ilo.org

PEDROSO GOULART M., *A convenção sobre idade mínima e o direito brasileiro*, en L. BENTES CORRÊA, T.J. VIDOTTI (coords.), *Trabalho Infantil e Direitos Humanos. Homenagem a Oris de Oliveira*, LTr, 2005

PEREIRA M., [Gestão do PETI no SUAS](#), Encontro técnico de gestores da assistência social e coordenadores municipais das AEPETI, Maceió, 28 marzo 2019

RASO DELGUE J., *La Organización Internacional del Trabajo*, en J. RASO DELGUE (dir.), *Derecho del Trabajo. I. Conceptos Fundamentales. Sujetos. Contrato de trabajo y su dinamismo*, Fundación de Cultura Universitaria, 2015

REGINA CAVALCANTE S., *Trabalho Infantil Artístico. Do Deslumbramento à Ilegalidade*, LTr, 2011

RIBEIRO DOS SANTOS MINHARRO E., *A criança e o adolescente no direito do trabalho*, LTr, 2003

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil 1999 (núm. 182)

Francisco Javier ARRIETA IDIAKEZ*

RESUMEN: El comentario que en este estudio se realiza al Convenio núm. 182 de la OIT, sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, de 1999, parte del análisis del contexto en el que se aprueba, precisamente, para resaltar su importancia en el objetivo de abolir el trabajo infantil. A continuación, se abordan el carácter novedoso que supone para con la regulación previamente existente en materia de trabajo infantil y su contenido y alcance. Más concretamente, en lo que respecta al contenido, además de identificar las peores formas de trabajo infantil, se procederá a determinar el significado de aquellas formas que así lo precisen; y, en relación con el alcance del convenio, se centrará la atención en las buenas prácticas existentes en materia de acciones concretas para la eliminación del trabajo infantil.

Palabras clave: OIT, Convenio 182, peores formas de trabajo infantil.

SUMARIO: 1. Contextualización e importancia del Convenio núm. 182 de la OIT. 1.1. El Convenio de la OIT núm. 138, de 16 de junio de 1973, sobre la edad mínima. 1.2. La Convención sobre los Derechos del Niño. 13. La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. 1.4. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. 1.5. La Carta Social Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 2. Novedad, contenido y alcance del Convenio núm. 182 de la OIT. 2.1. Novedad que supone el Convenio núm. 182 de la OIT. 2.2. Contenido del Convenio núm. 182 de la OIT. 2.2.1. Las formas incuestionablemente peores de trabajo infantil. 2.2.2. El trabajo peligroso. 2.3. Alcance del Convenio núm. 182 de la OIT 3. Bibliografía.

* Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Deusto.

Worst Forms of Child Labour Convention 1999 (No. 182)

ABSTRACT: In this study, Convention no. 182 of the ILO concerning the prohibition and immediate action for the elimination of the worst forms of child labour, adopted in 1999, is commented. First of all, the context in which the Convention was adopted is analysed in order to highlight its importance regarding the aim of abolishing child labour. Secondly, its newness in comparison with the previous regulation on child labour, as well as its content and scope are analysed. With regard to the content, not only the worst forms of child labour are identified, but some of these forms are also described when it is necessary to understand its meaning. With respect to the scope of the Convention, the good practices regarding specific actions to eliminate child labour are mentioned.

Key Words: ILO, Convention 182, the worst forms of child labour.

1. Contextualización e importancia del Convenio núm. 182 de la OIT

El Convenio núm. 182 de la OIT, de 17 de junio de 1999, sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (en adelante Convenio OIT núm. 182), tal y como se establece en su preámbulo, obedece a «la necesidad de adoptar nuevos instrumentos para la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil (...), como complemento del Convenio y la Recomendación sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973, que siguen siendo instrumentos fundamentales sobre el trabajo infantil». Asimismo, entre sus recordatorios, trae a colación la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo, en su 86^a reunión, celebrada en 1998; y, más concretamente, en referencia a algunas de las peores formas de trabajo infantil, también se mencionan como otros instrumentos internacionales que las contemplan, el Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930, y la Convención suplementaria de las Naciones Unidas sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956.

Sin duda, estas referencias ayudan a comprender el contexto en el que se aprueba el Convenio OIT núm. 182, y deben considerarse como el punto de partida para su estudio, así como para la valoración de su importancia. Precisamente, a la luz de todo ello, y también de otras normas e instrumentos internacionales, cabe preguntarse qué novedad añade el Convenio OIT núm. 182 a todo lo previamente regulado sobre el trabajo infantil. En efecto, la respuesta a esta cuestión (*infra* 2) es la que dota de sentido a los comentarios que se realizan a continuación.

1.1. El Convenio de la OIT núm. 138, de 16 de junio de 1973, sobre la edad mínima

La importancia del Convenio OIT núm. 138 consiste en identificar dos de las tres categorías de trabajo infantil que deben abolirse. Esta matización resulta importante porque el término «trabajo infantil» no abarca todos los trabajos que realizan los niños, sino que se refiere a determinadas

categorías de trabajo infantil¹ ². Además, al referirse «al empleo o al trabajo» (cfr. artículo 1), extiende su aplicación tanto al trabajo por cuenta ajena, prestado en virtud de un contrato de trabajo, como al trabajo por cuenta propia o autónomo³.

Así, el Convenio OIT núm. 138, establece como primera categoría de trabajo infantil que debe abolirse todo trabajo que se realice por debajo de una determinada edad mínima. En ese sentido, se ha afirmado que dicho criterio «responde a dos deseos: el de proteger a los niños respecto de un trabajo que interfiera con su pleno desarrollo y la búsqueda de una eficiencia económica mediante mercados de trabajo de adultos que funcionen correctamente»⁴. De este modo, de cara a establecer una edad mínima para ingresar en el empleo o al trabajo, el Convenio OIT núm. 138 establece varias posibilidades. Más concretamente, como norma general, dicha edad mínima de admisión se fija en la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, en los 15 años (cfr. artículo 2.3). Y a continuación, se establece una serie de excepciones (cfr. artículos 2.4, 7 y 8) y exclusiones (cfr. artículos 4 y 6).

Y como segunda categoría de trabajo infantil que debe abolirse, el Convenio OIT núm. 138 establece que la edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no debe ser inferior a 18 años (cfr. artículo 3.1). La concreción de los tipos de empleo o de trabajo afectados por dicha prohibición quedan en manos de las legislaciones nacionales o de las correspondientes autoridades competentes de cada Estado Miembro (cfr. artículo 3.2)⁵. En cualquier caso, se faculta a dichas legislaciones o

¹ OIT, [Un futuro sin trabajo infantil. Informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del Director-General](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 90.a reunión 2002, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002, p. X del Resumen Ejecutivo.

² Las referencias realizadas en todo el trabajo a «niño» o «niños» incluyen también las referencias a «niña» o «niñas».

³ A. CAMARA BOTÍA, *Viejas y nuevas perspectivas sobre el trabajo infantil*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, 2004, n. 122, p. 4 (BIB 2004\334); F. LOZANO LARES, *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, Mergabrum, Sevilla, 2000, p. 94.

⁴ OIT, [Un futuro sin trabajo infantil. Informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del Director-General](#) (...), *op. cit.*, p. 7.

⁵ Conforme a la Recomendación OIT núm. 146, al determinar este tipo de empleo o trabajos se deberían tener plenamente en cuenta las normas internacionales de trabajo pertinentes, como las referentes a sustancias, agentes o procesos peligrosos (incluidas las radiaciones ionizantes), las operaciones en que se alcen cargas pesadas y el trabajo subterráneo. Además, la lista de dichos tipos de empleo o trabajos debería examinarse

autoridades para autorizar el empleo o el trabajo a partir de la edad de 16 años, siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que estos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente (cfr. artículo 3.3).

Con todo, el Convenio OIT núm. 138 deja sin regular o esclarecer una cuestión transcendente como la que constituye la autonomía de los menores de edad y su capacidad de decisión para trabajar. De entrada, es evidente que, conforme a la norma general, por debajo de la edad mínima fijada para la admisión al empleo o trabajo simplemente no existe posibilidad de realización de trabajo alguno por encontrarse prohibido. En efecto, la fijación de edades mínimas para acceder al mercado de trabajo tiene por finalidad principal la prohibición del trabajo, pero indirectamente también trata de evitar la explotación laboral infantil y tiende a la consecución del pleno desarrollo de la personalidad del menor y de su completa instrucción básica y profesional. Además, la concreción de una edad mínima de admisión al trabajo resulta esencial para todo régimen jurídico de protección del menor⁶. En todo caso, si pese a dicha prohibición el menor trabajara, cualquier tipo de relación jurídica, aun tácita, entre el mismo y el empleador resultaría anulable, con efectos *ex nunc*, es decir, con la posibilidad de presumirla como válida por el tiempo que el menor haya prestado sus servicios, a los solos efectos de evitar el enriquecimiento injusto del empleador y poder reclamar, en consecuencia, la retribución que pudiera corresponderle⁷. Y, en su caso, el menor también podría reclamar a su empleador, vía responsabilidad civil contractual, las consecuencias derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional⁸.

periódicamente y revisarse en caso necesario, teniendo en cuenta, en particular los progresos científicos y tecnológicos.

⁶ B. GARCÍA ROMERO, *La protección jurídico-laboral de los menores*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2001, n. 10, p. 8 (BIB 2001\1008).

⁷ F.J. ARRIETA IDIAKEZ, *Bases para el estudio del Derecho del Trabajo*, Madrid, Dykinson, 5^a edición, 2019, p. 114.

⁸ Debido a la existencia de un incumplimiento contractual absoluto (la propia inexistencia de contrato) *ex origen*, es decir, considerando las vulneraciones de las condiciones de Seguridad Social como consecuencia de la falta de un contrato de trabajo conforme a Derecho. Ciertamente, en estos supuestos no podría operar el principio de automaticidad de prestaciones, dado que los menores a los que se les prohíbe trabajar quedan al margen del ámbito de aplicación de la Seguridad Social. Precisamente el carácter de menor de edad al que se prohíbe trabajar impediría incluso la aplicación del Convenio OIT núm. 19, sobre la igualdad de trato (accidentes de trabajo), en el supuesto de menores extranjeros. Convenio este último que permite llevar a cabo una ficción jurídica de inclusión en la Seguridad Social, en todo caso, a todos los extranjeros, regulares e

Pero, al margen de dicha prohibición, surge la duda respecto a la autonomía de los menores y su capacidad de decisión en los supuestos en los que a pesar de superar la edad mínima fijada para trabajar o acceder al empleo carecen todavía de capacidad de obrar. Duda que también se produce respecto a los supuestos excepcionales en los que se permite trabajar a menores incluso por debajo de la edad mínima fijada como norma general para trabajar o acceder al empleo, como sucede, por ejemplo, con los menores que desempeñan actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario.

Comenzando por los supuestos en los que los menores, aun careciendo de capacidad de obrar, se encuentren por encima de la edad mínima fijada por debajo de la cual no cabe trabajar, puede resultar de interés considerar la normativa de Derecho Civil relativa, en primer lugar, a las relaciones paterno-filiales. Así, por ejemplo, atendiendo al Código Civil español, si bien se parte de la norma de que «los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados», a continuación, se establecen una serie de excepciones, entre las que, a los efectos aquí propuestos, debe resaltarse la consistente en «los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo a su madurez, pueda ejercitar por sí mismo». Igualmente, se dispone también con carácter general que «para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de este si tuviere suficiente juicio» (cfr. artículo 162). Por su parte, y como complemento de todo ello, en materia de contratos, el Código Civil establece que «no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes» (cfr. artículo 1263.1). Obviamente, todo ello debe llevar a la siguiente secuencia en el supuesto de los menores que no gocen de capacidad de obrar pese a encontrarse por encima de la edad mínima fijada para poder trabajar o acceder al empleo: en primer lugar, se requiere la autorización para contratar de los representantes legales del menor, con el objetivo de suplir la limitación que presenta su capacidad; y, en segundo lugar, el menor, que es quien debe celebrar el contrato de trabajo por tratarse de un contrato personalísimo, debe manifestar su consentimiento a tal efecto, en tanto que dicho consentimiento es un requisito esencial para la validez del contrato. En último término, todo ello viene a concretar lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto se refiere al derecho que tiene el niño a expresar su opinión y a que esta se tenga en

irregulares, a los solos efectos de la protección de los accidentes de trabajo.

cuenta en todos los asuntos que le afecten (cfr. artículo 12).

En lo que se refiere a los menores a los que excepcionalmente se permite trabajar incluso por debajo de la edad mínima fijada como norma general para trabajar o acceder al empleo, como sucede, por ejemplo, en las actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario, parece que las exigencias deben ser mayores, en atención al interés superior del niño al que se refiere el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En ese sentido, el artículo 8 del Convenio OIT núm. 138 contempla la posibilidad de que las autoridades competentes concedan permisos individuales para que los niños puedan desempeñar tales actividades; permisos que deberán limitar el número de horas del empleo o trabajo objeto de los mismos y prescribirán las condiciones en que pueda llevarse a cabo. Igualmente, en el ámbito de la Unión Europea, el artículo 5 de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo⁹, establece, por una parte, que la contratación de niños para actuar en tales actividades se someterá, en cada caso, a un procedimiento de autorización previa expedido por la autoridad competente¹⁰. A tal efecto, se ordena que los Estados miembros determinen, por vía legislativa o reglamentaria, las condiciones de trabajo de los niños, así como las modalidades del procedimiento de autorización previa, a condición de que las actividades: i) no puedan perjudicar la seguridad, salud o el desarrollo de los niños; y ii) ni puedan afectar a su asistencia escolar, a su participación en programas de orientación o de formación profesional aprobados por la autoridad competente o a sus aptitudes para que aprovechen la enseñanza que reciben. Ahora bien, se permite a los Estados miembros, respecto a los niños que hayan cumplido 13 años, autorizar, por vía legislativa o reglamentaria y en las condiciones que ellos estipulen, la contratación de niños para que actúen en tales actividades.

En ese sentido, en España, por ejemplo, el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos¹¹, establece tres pautas: (a) la autoridad laboral puede autorizar excepcionalmente la participación de menores de 16 años en espectáculos públicos, siempre que dicha participación no suponga un peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana; (b) la autorización mencionada debe solicitarse por los representantes legales

⁹ DOCE de 20 de agosto de 1994, L 216.

¹⁰ Debe matizarse que la Directiva entiende por «niño»: «todo joven menor de 15 años o que aún esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional» (artículo 3.b).

¹¹ BOE de 14 de agosto de 1985, núm. 194.

del menor, acompañando el consentimiento de este, si tuviera suficiente juicio, y la concesión de la misma deberá constar por escrito, especificando el espectáculo o la actuación para la que se concede; (c) concedida la autorización, corresponde al padre o tutor la celebración del correspondiente contrato, requiriéndose también el previo consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio; asimismo, corresponde al padre o tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato.

En el ámbito del deporte con el objetivo de evitar prácticas irregulares sobre reclutamiento y las transferencias internacionales de jóvenes jugadores debe estarse a lo preceptuado por el Reglamento de la FIFA sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores. En concreto, de lo establecido en los artículos 19 (relativo a la protección de menores) y 19 bis (relativo a la inscripción y notificación de la presencia de menores de edad en academias) se observa una preocupación para que prime ante todo el interés superior del niño. Sin embargo, no se recoge referencia alguna a la autonomía del menor y su capacidad de decisión, lo que es extensible a los supuestos de jóvenes deportistas nacionales. Así, debiendo primar el enfoque interpretativo garantista del menor, a los efectos de aclarar la situación planteada, en primer lugar, cabe señalar que no cabe la representación de los padres en los extremos que tienen que ver con el libre desarrollo de la personalidad de los menores deportistas. De ahí que deba tenerse en cuenta la voluntad del menor, en el sentido de que, si tiene juicio suficiente, muestre su deseo de hacer de la práctica deportiva su proyecto vital e inclinación por contratar con un club determinado. En segundo lugar, debe comprobarse por la autoridad laboral correspondiente que la actividad deportiva permite su desarrollo personal, es compatible con su educación y se desarrolla de manera segura para su integridad y su salud, física y psíquica¹².

¹² P. CONDE COLMENERO, *La tutela laboral de los deportistas menores a debate: cuestiones de actualidad en torno al reclutamiento y transferencia de jugadores*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 2017, n. 410, pp. 70-71. Con motivo de la anulación de un precontrato de trabajo celebrado para con un menor deportista a través de la representación de sus padres, por entender que el poder de representación de los padres no alcanza «a los ámbitos que supongan una manifestación del desarrollo de la libre personalidad del menor» puede consultarse la STS español, Sala de lo Civil, de 5 de febrero de 2013, núm. rec. 1440/2010, y para un comentario sobre la problemática jurídica que late en la misma véanse, igualmente, M. ABELEIRA COLAO, *El trabajo de los deportistas menores de edad*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, 2018, n. 207, pp. 164 y ss.; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA, *Precontratos de trabajo, menores de edad y deporte profesional: entre las dudas y las incertidumbres*, en *Justicia Laboral*, 2013, n. 55, pp. 3-8; y J.C. GARCÍA QUIÑONES, *Cláusula penal versus tutela del interés del menor en los precontratos de deportistas menores de edad*, en *Relaciones Laborales*, 2014, n. 3, pp. 1-15 (LA LEY 45/2014).

1.2. La Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, resulta de interés para contextualizar el Convenio OIT núm. 182 por varios motivos. En primer lugar, porque considera niño a «todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad» (artículo 1). Y, en segundo lugar, porque anticipa, de alguna manera, aunque sea en términos todavía demasiado vagos y confusos, la necesidad de considerar a las peores formas de trabajo infantil como tercera y nueva categoría de trabajo infantil que debe abolirse. En efecto, se establece que «los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social» (artículo 32). Sin lugar a duda, la referencia a estar protegidos contra la explotación económica desborda las dos categorías previamente fijadas por el Convenio OIT 138. No obstante, falta la determinación de lo que debe entenderse por dicha explotación económica¹³, aunque la conexión con otros artículos de la misma convención permite identificar algunas situaciones inherentes a la misma, como son los casos de los derechos del niño a no ser utilizado en la producción y el tráfico de estupefacientes y sustancias sictotrópicas (cfr. artículo 33), a ser protegido contra todas las formas de explotación y abuso sexuales (cfr. artículo 34), a no ser objeto de venta o de trata para cualquier fin (cfr. artículo 35) y a ser protegido contra todas las demás formas de explotación (cfr. artículo 36). Igualmente, resulta de interés el mandato fijado a los Estados Partes destinado a que adopten todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en los conflictos armados (cfr. artículo 38.2)¹⁴, y para que si

¹³ Ahondando en esta cuestión véase I. GARCÍA NINET, *Artículo 32.a). Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo*, en AA.VV., *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Editorial Comares, Granada, 2012, pp. 816-817.

¹⁴ No cabe olvidar que, posteriormente, el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, por el que se constituye la Corte Penal Internacional, incluye entre los crímenes de guerra «reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades» [artículo 8.2.b)xxvi)].

reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, procuren dar prioridad a los de más edad (cfr. artículo 38.3).

1.3. La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento

La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada el 18 de junio de 1998, dota de una especial importancia a la abolición efectiva del trabajo infantil, al considerarlo un derecho fundamental y hacer derivar de ello el compromiso de todos los Estados Miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios relativos al mismo, de respetarlo, promoverlo y hacerlo realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución de la OIT. En ese sentido, se ha reconocido que dicho derecho fundamental ha sido expresado y desarrollado bajo la forma de específicos derechos y obligaciones en los convenios reconocidos como fundamentales tanto dentro como fuera de la OIT. En concreto, entre dichos convenios, que han sido calificados con fundamentales y son conocidos bajo el término «normas fundamentales» en el trabajo, se encuentran el Convenio OIT núm. 138 y el Convenio OIT núm. 182¹⁵. Además, el hecho de que la abolición efectiva del trabajo infantil se considere como un derecho fundamental conlleva que se vincule directamente con la idea de trabajo decente¹⁶.

1.4. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible

Mediante la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 25 de septiembre de 2015 se aprobó el documento «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Como se advierte en su Preámbulo, se trata de «un plan de acción en favor de las

Asimismo, la edad de 15 años se eleva a 18 años, en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 25 de mayo de 2000 (cfr. artículos 1, 2 y 3). Y para el supuesto de que los Estados Partes permitan el reclutamiento voluntario de menores de 18 años se obliga a establecer medidas de salvaguarda (cfr. artículo 4).

¹⁵ OIT, *Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo*, Programa InFocus sobre la Promoción de la Declaración, Oficina Internacional del trabajo, Ginebra, 2^a edición, 2003, pp. 7 y 8.

¹⁶ Véase la Memoria *Trabajo Decente* del Director General de la OIT a la 87^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en junio de 1999, en Ginebra.

personas, el planeta y la prosperidad». Un plan que se dota de 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible que contienen un total de 169 metas. Precisamente, el Objetivo 8, bajo la rúbrica «Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos», establece dentro de su séptima meta «asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados, y de aquí a 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas». Por consiguiente, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible justifica y, si cabe, pone más de relieve, la importancia del Convenio OIT núm. 182.

1.5. La Carta Social Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

En el seno del Consejo de Europa, la Carta Social Europea, aprobada en Turín, el 18 de octubre de 1961 (en adelante CSE), en su artículo 7, se refería ya a las dos primeras categorías de trabajo infantil que debe abolirse, primero, al fijar una edad mínima de admisión al trabajo, y, segundo, aunque no llegue a prohibir el trabajo peligroso para los niños, al ordenar a las Partes Contratantes a comprometerse a fijar una edad mínima más elevada para la admisión al trabajo en ciertas ocupaciones consideradas peligrosas o insalubres, así como a proporcionar una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos los niños y los adolescentes, especialmente contra aquellos que, directa o indirectamente, deriven de su trabajo¹⁷. Al respecto, cabe destacar que el Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante CEDS) ha mostrado la necesidad de que exista un marco legal adecuado que identifique los trabajos potencialmente peligrosos, ya sea a través de un sistema de lista, ya sea a través de la definición del trabajo (Conclusiones 2006, Francia). Y en materia de protección frente a daños físicos y morales, en especial los derivados del trabajo, el CEDS centra principalmente la atención en la explotación sexual y en la explotación doméstica y laboral, con lo que, como se verá (*infra* 2), entra de lleno en las peores formas de trabajo infantil a las que se refiere el Convenio OIT núm. 182¹⁸. En relación con esto último, tampoco cabe desconocer que

¹⁷ La Carta Social Europea (revisada), promulgada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 no introduce alteración alguna en el contenido de dicho precepto.

¹⁸ Véase al respecto J. CABEZA PEREIRO, *Derechos de los niños y adolescentes a la protección. Artículo 7 de la Carta Social Europea*, en AA.VV., *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa (...)*, Editorial Comares, Granada, 2017, pp. 549 y 553-

cuando el trabajo infantil se encuadre en un supuesto de trabajo forzado, esclavitud o servidumbre, puede ser aplicable el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH)¹⁹.

Por su parte, en el ámbito de la Unión Europea, la Carta Fundamental de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000 (en adelante CDFUE) también se inspira en el artículo 7 de la CSE, cuando, en su artículo 32, se refiere a la prohibición del trabajo infantil. Ahora bien, su vínculo con el Convenio OIT núm. 182 no solamente se debe al hecho de que establezca, en clara referencia a las peores formas de trabajo infantil, que «los jóvenes admitidos a trabajar deberán (...) estar protegidos contra la explotación económica y contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social (...).». En efecto, hay que recordar como en virtud de lo establecido en el artículo 53 de la CDFUE, la regulación que esta contiene sobre el trabajo infantil debe interpretarse respetando lo establecido en los Convenios de la OIT, en el CEDH, en la CSE, y, por ende, en los pronunciamientos que sobre la misma realiza el CEDS, y en los convenios del Consejo de Europa que traen causa del desarrollo tanto del CEDH como de la CSE. En ese sentido, resulta del máximo interés resaltar que se impone una interpretación amplia del concepto de trabajo que utiliza el artículo 32 del CDFUE, por lo que el mismo debe incluir todos los sectores económicos, todo tipo de empresas, incluidos los negocios familiares, así como todas las formas de trabajo, remunerados o no. Además, todo este nivel de protección que deriva del artículo 53 de la CDFUE, conforme a lo establecido en los artículos 217, 218 y 207.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se proyecta sobre los acuerdos de libre comercio celebrados entre la Unión Europea y terceros Estados, los cuales deberán respetar necesariamente todo el acervo normativo que en torno al trabajo infantil se ha mencionado.

2. Novedad, contenido y alcance del Convenio núm. 182 de la OIT

2.1. Novedad que supone el Convenio núm. 182 de la OIT

El carácter novedoso del Convenio OIT núm. 182 se debe a que regula la tercera y hasta la fecha última categoría de trabajo infantil que debe

554.

¹⁹ M. LÓPEZ ESCUDERO, *Artículo 32. Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo*, en AA.Vv., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 553.

abolirse, a saber, la relativa a las peores formas de trabajo infantil, debiéndose diferenciar dentro de las mismas, por una parte, las formas incuestionablemente peores de trabajo infantil, y, por otra parte, el trabajo peligroso. Así, el hecho de considerar como niño a toda persona menor de 18 años (cfr. artículo 2) ofrece, de entrada, una garantía no prevista en los anteriores Convenios de la OIT. Ahora bien, dicha garantía se acota al señalar que la misma opera «a los efectos del presente Convenio, lo que debe entenderse conforme a los términos del artículo 1, cuando dispone que «todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia». Late en este convenio la necesidad de evidenciar que el trabajo infantil no solamente es un problema de países subdesarrollados y de países en vía de desarrollo o en transición, sino que también afecta de lleno a los países desarrollados. Así, como consecuencia de fenómenos, frecuentemente vinculados a las migraciones, como el tráfico o la trata de seres humanos y la mendicidad, han surgido nuevas formas de empleo que vulneran la dignidad y los derechos fundamentales de las personas en general, y de los menores de 18 años, en especial, teniendo en cuenta su vulnerabilidad particular ante un trabajo en condiciones de explotación a causa de su impotencia en comparación con los adultos y, por consiguiente, de su incapacidad para proteger sus propios intereses²⁰. Además, como consecuencia de las exigencias de la economía mundial y de la revolución tecnológica, se ha reactivado el fenómeno del trabajo infantil en países subdesarrollados y en desarrollo, dado que la globalización económica ha traído consigo, con demasiada frecuencia, que en aras a obtener mayores beneficios, las empresas de los países desarrollados recurran a la externalización o subcontratación externa de servicios a los países subdesarrollados o en vías de desarrollo cuyos costes son más baratos en general y además permiten o toleran la utilización de mano de obra infantil²¹. Asimismo, el trabajo infantil también presenta especialidades en el mundo de los espectáculos públicos y del deporte, y también se vincula a la prostitución y a la pornografía. En Europa el trabajo infantil tampoco ha desaparecido en las actividades económicas informales, en el ámbito de los negocios familiares, explotaciones

²⁰ OIT, *Un futuro sin trabajo infantil. Informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del Director-General*, op. cit., p. XI del Resumen ejecutivo y p. 14.

²¹ M.T. IGARTUA MIRÓ, I. MARÍN ALONSO, *Prohibición de trabajo infantil y protección del trabajo de los jóvenes en la Constitución Europea*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2005, n. 57, p. 528.

agrícolas, sector de la manufactura (v.gr. calzados, prendas de vestir o textil) y trabajo doméstico²². Por todo ello, es preciso identificar las peores formas de trabajo infantil, para, posteriormente, combatirlas con acciones concretas. Tanto el contenido como el alcance del Convenio OIT 182 obedecen a esas pretensiones, en la medida en que su razón de ser radica en consolidar la idea de que ciertas formas del trabajo infantil exigen una acción inmediata, urgente, que permita prohibirlas y eliminarlas²³. No en vano, las cifras de niños que padecen las consecuencias de las peores formas de trabajo infantil resultan alarmantes²⁴.

2.2. Contenido del Convenio núm. 182 de la OIT

Así, en lo que se refiere al principal contenido del Convenio OIT núm. 182 debe estarse a lo preceptuado por los artículos 3 y 4, diferenciándose las formas incuestionablemente peores de trabajo infantil, y el trabajo peligroso.

2.2.1. Las formas incuestionablemente peores de trabajo infantil

Con esta denominación se hace referencia a una serie de formas de trabajo infantil, que, en cualquier circunstancia, infringen la legislación nacional, por resultar fundamentalmente opuestas a los derechos humanos básicos del niño. Por tanto, quedan absolutamente prohibidas para todas las personas de menos de 18 años de edad²⁵. Pueden agruparse en tres grandes grupos [cfr. artículo 3, letras a), b) y c)]. Sin embargo, en todos

²² M. LÓPEZ ESCUDERO, *op. cit.*, p. 556.

²³ OIT, *Un futuro sin trabajo infantil. Informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del Director-General*, *op. cit.*, p. XI del Resumen ejecutivo y p. 8.

²⁴ En 2002 se estimaba que más de dos tercios de la cifra total de niños trabajadores, es decir, uno de cada 8 niños del mundo o un total de 180 millones de niños, eran explotados en las peores formas de trabajo infantil [*Un futuro sin trabajo infantil. Informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del Director-General*, *op. cit.*, p. XI del Resumen ejecutivo y p. 21]. En 2016, se calcula que 152 millones de niños aún son víctimas del trabajo infantil, y la mitad de ellos, de sus peores formas (OIT, *Estimaciones mundiales sobre el trabajo infantil: Resultados y tendencias 2012-2016*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2017, p. 20).

²⁵ OIT, *Un futuro sin trabajo infantil. Informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del Director-General*, *op. cit.*, p. XI del Resumen ejecutivo y pp. 11 y 34.

ellos, el Convenio se limita a identificar las formas incuestionablemente peores de trabajo infantil. Por lo que es preciso acudir a otras normas e instrumentos internacionales para concretar lo que debe entenderse por las mismas, y poder así combatirlas eficazmente, pues difícilmente pude combatirse algo que no se conoce²⁶.

(A) Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados²⁷.

Concretamente, la definición de esclavitud y de las prácticas análogas a la esclavitud puede extraerse de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 30 de abril de 1956²⁸. Así, la esclavitud es el estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todas o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad [cfr. artículo 7.a)]. Por su parte, respecto a las prácticas análogas a la esclavitud hay que estar a las definiciones dadas en el artículo 1. Así, la servidumbre por deudas se define como el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejercer autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios. La servidumbre de la gleba, que es probablemente a la que se refiere el Convenio OIT núm. 182, se define como la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a esta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición. Y la venta y la trata de niños que

²⁶ En ese sentido, requiriendo mayor concreción de las peores formas de trabajo infantil, y criticando el carácter meramente ejecutivo del Convenio OIT núm. 182, véase A. GONZÁLEZ AGUADO, *Respuesta jurídico-penal al trabajo de los menores de edad. Aplicación de las normas internacionales o comunitarias a supuestos no previstos en las normas internas*, en *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 58, pp. 60-61.

²⁷ Se ha discutido y criticado la no referencia a la participación voluntaria de los niños, y se ha defendido la mayor protección posible de los niños, abogando por una formulación amplia y no restrictiva como la que finalmente imperó (S. RUANO ALBERTOS, *La prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2000, n. 22, p. 144).

²⁸ En extenso sobre esta cuestión véase J. López Rodríguez, *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 144-146.

menciona el Convenio OIT núm. 182, encuentra su encaje en la referencia que la mencionada Convención realiza a toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de 18 años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven. Por su parte, la definición del trabajo forzoso u obligatorio se contempla en el Convenio OIT núm. 29, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 1930, cuando se establece que dicha expresión designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente (cfr. artículo 2.1). Asimismo, conforme a lo establecido por la Directiva 2011/36/UE, la mendicidad forzosa constituye una variante del trabajo forzoso u obligatorio.

(B) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas. Al respecto, de acuerdo con lo señalado en el artículo 2 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000, por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; y por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

(C) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal y como se definen en los tratados internacionales pertinentes.

2.2.2. El trabajo peligroso

Pese a que el trabajo peligroso ya se contempla en el Convenio OIT núm. 138, como segunda categoría del trabajo infantil que debe abolirse, su identificación como una de las formas de trabajo infantil da nueva urgencia a la acción dirigida a eliminarlo²⁹. En concreto, el Convenio OIT núm. 182 se refiere al mismo como el trabajo que, por su naturaleza o por

²⁹ OIT, [Un futuro sin trabajo infantil. Informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del Director-General](#), op. cit., p. XI del Resumen ejecutivo y p. 12.

las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe su salud, la seguridad o la moralidad de los niños [cfr. artículo 3.d)]³⁰. Ante la carencia de definiciones precisas y universales sobre qué debe entenderse por trabajo peligroso, por remisión del Convenio OIT núm. 182 (cfr. artículo 4.1), hay que estar a lo dispuesto por el artículo 3 de la Recomendación OIT núm. 190, en la medida en que los tipos de trabajo peligroso deben determinarse por la legislación nacional o por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, tomando en consideración las normas internacionales en la materia y, en particular, la mencionada Recomendación. Es más, la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, debe localizar dónde se practican ese tipo de trabajos (cfr. artículo 4.2).

De este modo, con el objetivo de determinar los tipos de trabajo peligroso, de acuerdo con el artículo 3 de la Recomendación OIT núm. 190, debería tomarse en consideración, entre otras cosas: (a) los trabajos en que el niño queda expuesto a abusos de orden físico, psicológico o sexual; (b) los trabajos que se realizan bajo tierra, bajo el agua, en alturas peligrosas o en espacios cerrados; (c) los trabajos que se realizan con maquinaria, equipos y herramientas peligrosos, o que conllevan la manipulación o el transporte manual de cargas pesadas; (d) los trabajos realizados en un medio insalubre en el que los niños estén expuestos, por ejemplo, a sustancias, agentes o procesos peligrosos, o bien a temperaturas o niveles de ruido o de vibraciones que sean perjudiciales para la salud; y (e) los trabajos que implican condiciones especialmente difíciles, como los horarios prolongados o nocturnos, o los trabajos que retienen injustificadamente al niño en los locales del empleador. En definitiva, toda medida legal a favor de los niños tiene como fundamento la mayor necesidad de tutela que precisan dado su mayor grado de vulnerabilidad al riesgo de origen laboral por razones subjetivas (falta de experiencia, y de desarrollo psico-físico completo, así como su inconsciencia ante los riesgos)³¹.

En todo caso, parece oportuno proceder a una actualización de los trabajos peligrosos para que los mismos puedan adaptarse a los cambios

³⁰ La utilización de la expresión «probable» significa que no es necesario realizar una investigación o recurrir a otro medio para demostrar que el trabajo provocará efectivamente una enfermedad o una lesión u ocasionará otros perjuicios, sino que, por el contrario, representan un riesgo considerable de que ocurra (OIT, *Informe mundial de 2015 sobre el trabajo infantil: Allamar el camino hacia el trabajo decente para los jóvenes*, Ginebra, 2015, p. 42).

³¹ B. GARCÍA ROMERO, *op. cit.*, p. 2.

tecnológicos y organizativos que se están produciendo en la actualidad. En este sentido, cabe realizar una interpretación *a sensu contrario* de lo señalado por la Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo, adoptada por la Conferencia en su centésimo octava reunión, en Ginebra, el 21 de junio de 2019, cuando se afirma que «la OIT debe orientar sus esfuerzos [entre otros aspectos] a: aprovechar todo el potencial del progreso tecnológico (...), para lograr trabajo decente y desarrollo sostenible y asegurar así la dignidad, la realización persona y una distribución equitativa de los beneficios para todos». Así, la mencionada interpretación *a sensu contrario* significaría que la OIT debe orientar, al mismo tiempo, todos sus esfuerzos para erradicar todo mal uso de los avances tecnológicos en el mundo del trabajo que conduzca a un trabajo no decente y, por ende, contrario a la dignidad de las personas, y que sea causa de precariedad, pobreza y desigualdades. Precisamente, conforme a dicha interpretación se advierte, en la actualidad, que en materia de trabajo infantil la utilización de nuevas tecnologías puede dar lugar a nuevas formas de trabajo forzoso, explotación, incluido el ciberacoso³², e incluso a nuevos tipos de esclavitud tecnológica³³. Sin duda, ello conduce a nuevas manifestaciones de las formas incuestionablemente peores de trabajo. Por consiguiente, conviene identificar aquellos trabajos en los que las nuevas tecnologías pueden constituir un trabajo peligroso para los niños³⁴. Y para ello resulta de gran valor el análisis realizado por la OIT en 2017, en el Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, al referirse al trabajo digital como una nueva forma de trabajo «invisível». Más concretamente, tras señalar que «los cambios tecnológicos y la digitalización están creando nuevas formas de trabajo invisible, como el “trabajo virtual” o el “trabajo digital”, se matiza que «en estas nociónes se incluyen actividades de la economía de ocupaciones transitorias o de colaboración abierta (*crowdsourcing*), entre ellas, las microtareas, las actividades de asistencia virtual, o una amplia gama de tareas que sustentan las actividades de las

³² Conviene recordar que en virtud del Convenio OIT núm. 190, sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, la violencia y el acoso en el mundo del trabajo pueden ocurrir «en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación» (artículo 3.d).

³³ M.L. VEGA RUIZ, *Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo*, en *IUSLabor*, 2019, n. 2, pp. 162-163.

³⁴ En este sentido, subrayando la posibilidad de que el trabajo tecnológico se relacione con el trabajo infantil, e incluso con el trabajo forzoso, véase H. ÁLVAREZ CUESTA, *El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro*, Implicaciones laborales de la industria 4.0, Colex, A Coruña, 2017, p. 103.

redes sociales». Igualmente, se concreta que «estos trabajadores son “invisibles” en el sentido de que su trabajo no tiene una ubicación propia y no suelen tener una relación de empleo reconocida»³⁵. En efecto, la precariedad de estos trabajadores “invisibles” trae causa de que obtienen la mayor parte de sus ingresos realizando prestaciones de servicios de forma esporádica, dependiendo de la llamada del cliente, de multitud de clientes, sin horario alguno ni ingreso mínimo a percibir, sin descansos y sin protección social. Además, dado que, en estos casos, el trabajo se realiza por internet, con frecuencia, se produce una desvinculación administrativa y física entre el prestador del servicio y la organización controladora y que mayor beneficio obtiene del servicio prestado por aquel³⁶. En último término, la inseguridad laboral y la mayor intensidad del trabajo, debido a que se difuminan los límites entre el lugar de trabajo y el hogar, y entre el tiempo dentro y fuera del trabajo, que resultan inherentes a este tipo de trabajos digitales acaban aflorando riesgos psicosociales³⁷. Como paradigma de estos trabajos, que también son realizados por menores de 18 años, cabe mencionar los denominados «limpiadores digitales» o «limpiadores de web»³⁸. Ahora bien, frente a la dispersión de los prestadores de servicios, sin conexión entre sí, a la que se ha hecho referencia, no cabe desconocer que existen auténticas fábricas en países en desarrollo que aglutinan a prestadores de servicios virtuales u *on line*, a bajo coste y que pueden llegar a trabajar hasta 12 horas diarias³⁹.

2.3. Alcance del Convenio núm. 182 de la OIT

El alcance del Convenio OIT núm. 182 se concreta a través de las buenas prácticas que cabe implementar en función de los programas de acción que todo Estado Miembro debe elaborar y poner en práctica para eliminar las peores formas de trabajo infantil (cfr. artículo 6 del Convenio OIT núm. 182, en relación con el artículo 2 de la Recomendación OIT núm.

³⁵ OIT, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2017, pp. 20-21.

³⁶ Al respecto, véase OIT, *Las formas atípicas de empleo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2015, pp. 4 y 5.

³⁷ OIT, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo (...)*, *op. cit.*, p. 22.

³⁸ M.L. VEGA RUIZ, *op. cit.*, p. 162. En concreto, sobre las tareas que realizan estos trabajadores véase <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47639076> (Última consulta: 20 de octubre de 2019).

³⁹ En torno a esta práctica véase V. DE STEFANO, *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*, en *Conditions of Work and Employment Series*, 2016, n. 71, p. 10.

190) y de las medidas que dichos Estados deben adoptar para garantizar la aplicación y el cumplimiento efectivos de las disposiciones por las que den efecto al Convenio OIT núm. 182 (cfr. artículos 7 y 8 del Convenio OIT núm. 182 y artículos 5 a 16 de la Recomendación OIT núm. 190)⁴⁰.

En primer lugar, debiera procederse en cada Estado Miembro a tipificar las peores formas de trabajo infantil, bien como delito en los casos más graves, bien como sanción administrativa en los casos menos graves⁴¹. Más concretamente, las formas incuestionablemente peores de trabajo infantil podrían servir para dotar de contenido a los que podrían denominarse delitos de explotación laboral, obviamente con tipos agravados en el caso de los niños, y que se caracterizan por presentar un mayor grado de afección a la dignidad de la persona, pues se impone la condición de trabajador a quien no puede serlo por carecer de libertad para ello, al no existir la voluntad para trabajar, dado que se prohíbe trabajar en dichas condiciones en términos de norma de derecho necesario absoluto y, por ende, tales formas de trabajar devienen ilícitos⁴². También es importante dotar de autonomía a dichos delitos de explotación laboral del delito de trata de seres humanos, aunque también este delito deba contener en su tipificación la finalidad de explotación laboral, pese a que la misma no tenga por qué llegar a materializarse. Igualmente podrían

⁴⁰ Por ejemplo, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 20 de octubre de 2016, en el caso trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, entiende que Brasil, en virtud del Convenio OIT núm. 182, una vez conocida la situación concreta de violencia y esclavitud a la cual un niño había sido sometido, y ante la posibilidad de que otros niños estuvieran en la misma condición, así como la gravedad de los hechos en cuestión, el Estado debió adoptar las medidas eficaces para poner fin a la situación de esclavitud identificada y para asegurar la rehabilitación e inserción social del niño, así como asegurar su acceso a la educación básica primaria, y de haber sido posible, a la formación profesional (cfr. apartado 333). En el ámbito del Consejo de Europa, conviene destacar la STEDH de 26 de julio de 2005 (caso Siliadin vs. France), dado que aunque no se refiera directamente al Convenio OIT núm. 185, si establece respecto a un caso de servidumbre padecido por una menor que la protección de Francia frente a la servidumbre debía de materializarse en una legislación disuasoria, en especial cuando la víctima sea una menor (cfr. apartado 148).

⁴¹ Siguiendo lo ya establecido en el caso Siliadin vs. France, la STEDH de 11 de octubre de 2012 (caso C.N. vs. France), ante un supuesto de trabajo forzado padecido por una menor, se dictamina que Francia vulnera el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prohíbe la esclavitud y el trabajo forzado, precisamente en lo que respecta a la obligación positiva del Estado de establecer un marco legislativo y administrativo para combatir eficazmente la servidumbre y el trabajo forzoso (v.gr. apartado 108).

⁴² Véase G. ACURIO SALAZAR, *Inspección laboral en materia de trabajo infantil en Perú*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2015, vol. 3, n. 2, p. 13.

considerarse delitos de explotación laboral algunas manifestaciones de los denominados trabajos peligrosos, en los supuestos de mayor afección a la dignidad de los niños, como puede ocurrir con determinados trabajos en los que el niño quede expuesto a abusos de orden físico, psicológico o sexual, o incluso en los supuestos de infracción de normas de prevención de riesgos laborales en actividades de por sí lícitas pero que entrañen peligro grave para su vida, salud o integridad física. Por el contrario, cuando no exista un peligro grave bastará con una sanción administrativa. Pero no basta con dicha tipificación porque su cumplimiento depende de muchos otros factores. Y, principalmente, hay que tener en cuenta que las situaciones cambian en los distintos Estados, dependiendo de si se trata de Estados subdesarrollados, en vías de desarrollo o desarrollados.

Efectivamente, la concienciación de que las peores formas de trabajo infantil atentan gravemente contra la dignidad de los niños y suponen una grave vulneración de los derechos humanos, necesita de la intervención de los gobiernos, de los empleadores y de sus representantes, de los representantes de los trabajadores y de distintos agentes sociales como las ONG especializadas en la materia. Claro está, su labor también variará en función del Estado de que se trate. Pero en todo caso, el trabajo infantil en sí, al impedir, normalmente, el acceso a la enseñanza, y, especialmente, sus peores formas, inciden negativamente en el bienestar y la paz social, impidiendo el progreso, según los casos, de países, regiones, comunidades y personas, que acaban siendo marginadas, excluidas socialmente, porque las peores formas de trabajo infantil conducen a la pobreza o, a la inversa, la pobreza conlleva a las peores formas de trabajo infantil⁴³.

Respecto a los Estados subdesarrollados y en vías de desarrollo, que se caracterizan, normalmente, por la ausencia de estructuras de gobierno para evitar no ya solamente las peores formas de trabajo infantil, sino incluso el propio trabajo infantil, resulta fundamental que las Federaciones Sindicales Internacionales y los empleadores que normalmente pertenecen a grandes multinacionales negocien y aprueben Acuerdos Marco Transnacionales, en los que se describan y prohíban los denominados trabajos peligrosos, y se establezca el compromiso de no acudir a las formas incuestionablemente peores de trabajo infantil, directamente, o indirectamente, a través de las cadenas nacionales y mundiales de suministro⁴⁴. No obstante, es importante determinar en tales acuerdos la

⁴³ OIT, *Un futuro sin trabajo infantil. Informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del Director-General*, op. cit., p. 12.

⁴⁴ Refiriéndose a los Acuerdos Marco Transnacionales más ambiciosos por abarcar a toda la cadena de suministro véase S. CANALDA CRIADO, *Acuerdos Marco y Derechos Sociales*,

forma en la que se va hacer el seguimiento y el control de su aplicación, pudiendo contar para ello con la ayuda del Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC)⁴⁵. Del mismo modo, resulta interesante que se aprueben programas de etiquetado social, con el fin de que los consumidores puedan constatar que los productos han sido elaborados respetando los Convenios OIT sobre trabajo infantil⁴⁶.

Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 178. Como ejemplo de un Acuerdo Marco Transnacional que va en esa línea en lo que respecta al trabajo infantil puede citarse el celebrado entre INDITEX e Industrial Global Union, de 8 de julio de 2014, relativo al cumplimiento de las normas internacionales del trabajo en la cadena de producción y distribución de Inditex. Así, en su quinto considerando, las partes se obligan a colaborar para velar por la aplicación de las Normas Internacionales de Trabajo, con mención especial a los Convenios OIT núms. 138 y 182, el Convenio de la ONU sobre los Derechos del Niño y las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. En lo que respecta a las normas adoptadas, Inditex se compromete a aplicar e insistir en el cumplimiento de las Normas Internacionales del Trabajo mencionadas en su cadena de producción y distribución, para todos los trabajadores, ya sean directamente contratados por Inditex o bien por sus fabricantes o proveedores externos (cfr. norma 2º). Y para reforzar todo ello, las partes acuerdan que las estipulaciones acordadas en dicho Acuerdo Marco Transnacional serán de aplicación a toda la cadena de producción y distribución de Inditex, incluso en aquellos lugares de trabajo en los que los sindicatos afiliados a IndustriaALL Global Union no tengan representación. En ese sentido, ambas partes se comprometen a informar a otros sindicatos en estos últimos lugares de trabajo acerca de las estipulaciones acordadas en el Acuerdo Marco Transnacional suscrito (cfr. norma 3º). Centrando la atención en el trabajo infantil, con el objetivo de dar mayor concreción a los compromisos adquiridos en el Acuerdo Marco Transnacional suscrito, las partes se remiten al Código de Conducta de Fabricantes y Proveedores del Grupo Inditex, que se adjunta en el Anexo I del Acuerdo (cfr. norma 4º). De este modo, el punto 2 de dicho Código de Conducta, bajo la rúbrica «Prohibición de trabajo infantil», dispone, en primer lugar, que «los fabricantes y proveedores no contratarán a menores de edad. Inditex define menor de edad a aquella persona con edad inferior a 16 años cumplidos. Si la legislación local establece un límite de edad superior, se respetará dicho límite». Al respecto, se matiza, además, que «los aspectos relacionados con la prohibición del trabajo infantil se desarrollarán según los Convenios 138 y 182 de la OIT». Y, en segundo lugar, el mencionado punto 2 del Código de Conducta dispone que «las personas con edades comprendidas entre 16 y 18 años cumplidos, se considerarán trabajadores juveniles. Estos no deberán trabajar en turnos nocturnos ni bajo condiciones peligrosas». Al respecto, se matiza también que «los aspectos relacionados con las condiciones laborales de los trabajadores juveniles se regirán por la Recomendación 190 de la OIT».

⁴⁵ El IPEC es un instrumento de gran valía de cara a la asistencia de planes nacionales de prevención y erradicación del trabajo infantil, que concretan las medidas de carácter legislativo, administrativo y promocional (W. SANGUINETI RAYMOND, *La implementación de las normas de la OIT en materia de trabajo infantil en América del Sur: panorama general y resultados más relevantes*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, n. 72, p. 22).

⁴⁶ Véase al respecto S. RUANO ALBERTOS, *El trabajo de los menores de edad: determinados aspectos de su tratamiento por la normativa internacional, comunitaria y nacional*, en *Tribuna Social*,

Programas que, a su vez, conviene que formen parte de Protocolos o Códigos de Conducta realizados con la participación de los representantes de los empleadores y de los trabajadores, así como de organizaciones de derechos humanos, y, a poder ser, con la implicación del gobierno en cuestión⁴⁷. Por otro lado, y teniendo en cuenta la importancia que tiene la enseñanza para el desarrollo personal y social de un país⁴⁸, conviene incentivar la creación de escuelas, la formación y mantenimiento del profesorado y la escolarización de los niños. Igualmente, cabe fomentar, a través de diversos programas de la OIT, como el Programa sobre Intensificación del Empleo mediante el Desarrollo de Pequeñas Empresas (SEED), puestos de trabajo de calidad para los adultos en detrimento del trabajo infantil y, en especial, de sus peores formas. En cualquier caso, estas dos últimas medidas requieren de una labor previa de información, sensibilización y movilización de los grupos interesados, incluidos los niños y sus familias. Finalmente, y con fundamento en la Recomendación OIT núm. 202, sobre los pisos de protección social, resulta esencial la protección frente a las principales causas que producen estado de necesidad en las familias más vulnerables, para evitar así que acudan al trabajo infantil y, lo que es más grave, a sus peores formas⁴⁹.

Por su parte, en los países desarrollados, dado que la mayor parte del trabajo infantil se desarrolla dentro del trabajo informal y, con frecuencia, coincidiendo dentro de formas de trabajo ilícitas tipificadas como delito, resulta primordial contar con suficiente información sobre los perfiles sociodemográficos más afectados por dichas formas de trabajo y sobre los trabajos más proclives a implementarlas. En último término, partiendo de dicha información es posible actuar a través de mecanismos de prevención. Y para ello resulta fundamental la labor a realizar por la Inspección de Trabajo y por la Fiscalía. Así, la Inspección de Trabajo debería dotarse de un plan de lucha contra el trabajo informal con el objetivo principal de hacerlo aflorar y rescatar a los niños implicados para su rehabilitación e inserción social. Y dentro de la Fiscalía convendría que

2001, n. 127, p. 41. Igualmente, véase J. HILOWITZ, *Consideraciones sobre el etiquetado social en la lucha contra el trabajo infantil*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 1997, vol. 116, n. 2, pp. 233-251.

⁴⁷ En su día, resultó novedoso el denominado «Harkin-Engel-Protocol» o «Protocolo sobre las plantaciones de cacao» (*Protocol for the Growing and Processing of Cocoa Beans and their Derivative Products in a Manner that Complies with ILO Convention 182 Concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour*, 2001).

⁴⁸ OIT, *Estimaciones mundiales sobre el trabajo infantil*: (...), *op. cit.*, pp. 50-51 y 55.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 56. Asimismo, véase A. NEPAL, M. NEPAL, ¿Sustituye el trabajo infantil al trabajo de los adultos? *Trabajo infantil y enfermedad del adulto en Nepal*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2012, vol. 131, n. 1-2, pp. 119-132.

existiera una coordinación entre todas aquellas fiscalías especializadas que pueden tener relación con el trabajo infantil, como son las relativas a siniestralidad laboral, extranjería y menores.

3. Bibliografía

ABELEIRA COLAO M., *El trabajo de los deportistas menores de edad*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, 2018, n. 207

ACURIO SALALZAR G., *Inspección laboral en materia de trabajo infantil en Perú*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2015, vol. 3, n. 2

ÁLVAREZ CUESTA H., *El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro*, Implicaciones laborales de la industria 4.0, Colex, A Coruña, 2017

ARRIETA IDIAKEZ F.J., *Bases para el estudio del Derecho del Trabajo*, Madrid, Dykinson, 5^a EDICIÓN, 2019.

CABEZA PEREIRO J., *Derechos de los niños y adolescentes a la protección. Artículo 7 de la Carta Social Europea*, en AA.VV., *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa (...)*, Editorial Comares, Granada, 2017

CAMARA BOTÍA A., *Viejas y nuevas perspectivas sobre el trabajo infantil*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, 2004, n. 122 (BIB 2004\334)

CANALDA CRIADO S., *Acuerdos Marco y Derechos Sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016

CONDE COLMENERO P., *La tutela laboral de los deportistas menores a debate: cuestiones de actualidad en torno al reclutamiento y transferencia de jugadores*, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 2017, n. 410

DE STEFANO V., *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*, en *Conditions of Work and Employment Series*, 2016, n. 71

GARCÍA NINET I., *Artículo 32.a). Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo*, en AA.VV., *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Editorial Comares, Granada, 2012

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., MERCADER UGUINA J.R., *Precontratos de trabajo, menores de edad y deporte profesional: entre las dudas y las incertidumbres*, en *Justicia Laboral*, 2013, n. 55

GARCÍA QUIÑONES J.C., *Cláusula penal versus tutela del interés del menor en los precontratos de deportistas menores de edad*, en *Relaciones Laborales*, 2014, n. 3 (LA LEY 45/2014)

- GARCÍA ROMERO B., *La protección jurídico-laboral de los menores*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2001, n. 10 (BIB 2001\1008)
- GONZÁLEZ AGUADO A., *Respuesta jurídico-penal al trabajo de los menores de edad. Aplicación de las normas internacionales o comunitarias a supuestos no previstos en las normas internas*, en *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 58
- HILWITZ J., *Consideraciones sobre el etiquetado social en la lucha contra el trabajo infantil*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 1997, vol. 116, n. 2
- IGARTUA MIRÓ M.T., MARÍN ALONSO I., *Prohibición de trabajo infantil y protección del trabajo de los jóvenes en la Constitución Europea*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2005, n. 57
- LÓPEZ ESCUDERO M., Artículo 32. *Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo*, en AA.VV., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008
- LÓPEZ RODRÍGUEZ J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016
- LOZANO LARES F., *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, Mergablum, Sevilla, 2000
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Un futuro sin trabajo infantil. Informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del Director-General](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 90.a reunión 2002, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo*, Programa InFocus sobre la Promoción de la Declaración, Oficina Internacional del trabajo Ginebra, 2ª edición, 2003
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe mundial de 2015 sobre el trabajo infantil: Allanar el camino hacia el trabajo decente para los jóvenes*, Oficina Internacional del trabajo, Ginebra, 2015
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Las formas atípicas de empleo*, Oficina Internacional del trabajo, Ginebra, 2015
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Estimaciones mundiales sobre el trabajo infantil: Resultados y tendencias 2012-2016*, Oficina Internacional del trabajo, Ginebra, 2017
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Oficina Internacional del trabajo, Ginebra, 2017
- NEPAL A., NEPAL M., *¿Sustituye el trabajo infantil al trabajo de los adultos? Trabajo infantil y enfermedad del adulto en Nepal*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2012, vol. 131, n. 1-2

RUANO ALBERTOS S., *La prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2000, n. 22

RUANO ALBERTOS S., *El trabajo de los menores de edad: determinados aspectos de su tratamiento por la normativa internacional, comunitaria y nacional*, en *Tribuna Social*, 2001, n. 127

SANGUINETI RAYMOND W., *La implementación de las normas de la OIT en materia de trabajo infantil en América del Sur: panorama general y resultados más relevantes*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, n. 72

VEGA RUIZ M.L., *Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo*, en *IUSLabor*, 2019, n. 2

Convenios de gobernanza

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la inspección del trabajo 1947 (núm. 81)

Gabriela MENDIZÁBAL BERMÚDEZ*

RESUMEN: La inspección del trabajo es una de las instituciones más importantes en materia laboral pues esta cuenta con la capacidad de hacer cumplir las normas laborales y de seguridad social sin la necesidad de acudir a los tribunales para hacer justicia. A nivel internacional la OIT ha cristalizado su labor a través de 4 convenios, 1 protocolo y 5 recomendaciones, siendo el más trascendente el Convenio 81 sobre la inspección del trabajo de 1947. Sin embargo, es una institución que no se ha consolidado en muchos países y que aún tiene áreas de oportunidad en la mayoría. Es por ello que en el presente artículo se realiza un estudio sobre el papel de la inspección de trabajo a nivel internacional, a partir del desarrollo histórico y la problemática actual, la estructura del Convenio n. 81 y las acciones recientes de la OIT.

Palabras clave: Inspección de trabajo, derechos laborales, seguridad social, trabajador.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco conceptual de la inspección del trabajo. 3. Desarrollo histórico de la inspección del trabajo. 4. Panorama general de la estructura del Convenio. 5. Problemática actual de la inspección del trabajo y las principales acciones de la OIT. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* Profesora-investigadora, titular C, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos en México.

Labour Inspection Convention 1947 (No. 81)

ABSTRACT: Labour inspection is one of the most important institutions in labour matters because it has the capacity to enforce labour and social security regulations without the need of going to court in order to seek for justice. Internationally, the ILO has crystallized its work through 4 conventions, 1 protocol and 5 recommendations, the most important being the Convention 81 on labour inspection of 1947. However, ILO is an institution that has not been consolidated in many countries and still has areas of opportunity in most of them. That is why this article focuses on carrying out a study on the role of labour inspection at the international level, based on the historical development and current problems, the structure of Convention No. 81 and the recent actions of the ILO.

Key Words: Labour inspection, labour rights, social security, worker.

1. Introducción

Desde hace más de un siglo la inspección del trabajo ha contribuido a la aplicabilidad de los derechos de los trabajadores frente a sus patrones alrededor del mundo. Se trata de una autoridad que cuenta con la capacidad de hacer cumplir las normas laborales y de seguridad social, mediante la imposición de sanciones con o sin la solicitud de intervención de los trabajadores y sin la necesidad de acudir a los tribunales para hacer justicia.

El tema de la inspección de trabajo es tan relevante que tanto el que tanto el Tratado de Versalles, como la propia Constitución de la Organización Internacional del Trabajo ya incluyeron normas al respecto y este organismo internacional tiene siete décadas promoviendo la ratificación de instrumentos internacionales entre sus miembros, que se han cristalizado en 4 convenios, un protocolo y 5 recomendaciones.

Uno de los instrumentos más importantes es el Convenio n. 81 de 1947 sobre la inspección del trabajo aplicable a los establecimientos industriales y comerciales, en vigor desde el 7 de abril de 1950, con 147 ratificaciones a agosto de del 2019¹.

El campo de acción de la inspección del trabajo varía de un país a otro, con base en su desarrollo, pero las principales funciones que desarrolla son: control; sanción; prevención y asesoramiento; y generación de información y éstas funciones se encuentran reguladas en disposiciones legislativas, administrativas y en contratos colectivos principalmente.

Es por ello que es necesario hacer un análisis del alcance de este convenio a 70 años de su entrada en vigor.

Por consiguiente, este artículo se compone de seis partes. La primera se ocupa del marco conceptual de la inspección del trabajo. La segunda se ocupa del desarrollo histórico de la inspección del trabajo hasta llegar a la entrada en vigor del convenio 81. La tercera presenta un panorama general de la estructura del convenio. La cuarta presenta un breve escenario de la problemática actual a la que se enfrenta la inspección del trabajo y las principales y más recientes acciones del a OIT en esta materia. Por último, el artículo cierra con las respectivas conclusiones y fuentes de investigación.

¹ OIT, [*Ratificación del C081 – Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 \(núm. 81\)*](#), en www.ilo.org (fecha de consulta 5 agosto 2019).

2. Marco conceptual de la inspección del trabajo

En cada país se han desarrollado de forma diversa los mecanismos de exigibilidad jurídica de los derechos sociales concedidos a los trabajadores, otorgados con motivo de su relación laboral. Dentro de esos mecanismos se encuentran los tradicionales: como los procesos judiciales, donde cualquier trabajador puede demandar a su contraparte para exigir el cumplimiento de sus derechos.

No obstante, y por tratarse de relaciones asimétricas, derivadas de la relación de trabajo entre patrón y trabajador, el Derecho ha desarrollado a través de la externalización, mecanismos que son ejecutados por autoridades en favor de los trabajadores, para coadyuvar al reconocimiento y protección de sus derechos laborales y de seguridad social. La inspección del trabajo es una autoridad que cuenta con la capacidad de hacer cumplir las normas laborales y de seguridad social, mediante la imposición de sanciones, con o sin la solicitud de intervención de los trabajadores y sin la necesidad de acudir a los tribunales para hacer justicia. La OIT determina que la inspección del trabajo es «una función pública de la administración del trabajo que vela por el cumplimiento de la legislación laboral en el centro de trabajo. Su papel principal es convencer a los interlocutores sociales de la necesidad de cumplir con la ley en el centro de trabajo y de su interés mutuo de que así sea, a través de medidas preventivas, educativas y, donde resulte necesario, coercitivas»².

Las funciones asignadas a las inspecciones del trabajo en el mundo están delimitadas por un objetivo común: la aplicación de las normas laborales para la mejora de las condiciones de trabajo y protección de los trabajadores.

Aunque cada país ha encomendado diversas funciones a la inspección de trabajo, acorde a sus necesidades, recursos y organización, se pueden resaltar de forma general las siguientes.

a) Control

El control del cumplimiento de las normas de trabajo se lleva a cabo a través de visitas a los centros de trabajo, debido a que la inspección *in situ* se realiza en función de:

- 1) la visión general del bienestar de los trabajadores;
- 2) el correcto cumplimiento de la normativa vigente;

² OIT, [Inspección del trabajo: lo que es y lo que hace. Guía para los trabajadores](#), 2011, p. 8 (fecha de consulta 6 agosto 2019).

- 3) en ocasión de verificación de casos temáticos específicos, por ejemplo trabajadores migrantes irregulares, trabajo infantil, salud materno infantil, etc.

b) Sanción

La OIT señala que en muchos sistemas de inspección del trabajo la principal sanción que se aplica es la multa administrativa, aunque también se cuenta con otros procedimientos sancionadores (administrativo, penal o civil); sin embargo, todas las sanciones pueden ser impugnadas en los tribunales. En algunos países, existen inspectores de la seguridad social que cuentan con sus propios procedimientos administrativos, disponen de la afiliación de carácter automático y de medios expeditivos de control de la aplicación de la normativa³.

c) Prevención y asesoramiento

El artículo 3, inciso b), señala que la inspección del trabajo debe facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales. Del análisis de este inciso se obtiene que la asesoría tiene un doble objetivo de protección: de un lado protege a los trabajadores mediante la difusión de sus derechos y del otro protege también a los patrones frente a las propias autoridades laborales judiciales, en virtud de proporcionar la información necesaria para contribuir al cumplimiento de sus obligaciones patronales.

d) Información

La generación de información es importante para el desarrollo de la planeación y mejora de la calidad de vida de los trabajadores. Por ello los instrumentos internacionales incluyen la publicación y comunicación de informes anuales que contemplan la legislación vigente, el personal que se ocupa de la inspección del trabajo, su competencia y actividades, así como los datos estadísticos de los accidentes y enfermedades laborales.

³ OIT, *Inspección del Trabajo. Estudio general relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), y al Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947, a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (minas y transporte), 1947 (núm. 82), al Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129), y a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 133)*, 2006, p. 4.

e) *Conocimiento*

Poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no contemplen específicamente las disposiciones legales existentes y en su caso las que estén incluidas en otras normas jurídicas, como los delitos.

3. Desarrollo histórico de la inspección del trabajo

La historia de la inspección del trabajo se puede dividir en tres etapas.

La primera es la que inicia con la separación de juzgador e inspector y se plasma en las primeras legislaciones laborales, dentro de las cuales destacan las siguientes:

- 1) las primeras normas laborales se establecieron en el Reino Unido. El *Moral and Health Act* fue aprobado el 22 de junio de 1802, dentro de ello se crea una inspección del trabajo rudimentaria: Comités voluntarios formados por personas notables de cada localidad, conformados por dos visitadores, un magistrado y una autoridad eclesiástica, mismos que eran nombrados por el juez de paz del condado⁴;
- 2) la ley anterior no fue efectiva y en 1833 igualmente en el Reino Unido se expide la Ley de Lord Althorp que tenía como objetivo la vigilancia de las condiciones de trabajo desarrolladas en las fábricas de manera oficial mediante inspectores de trabajo, *inicialmente limitando la función de los inspectores que tenían el estatuto de jueces de paz y podían poner sanciones*⁵;
- 3) en 1839 se creó la Ley de Prusia donde se estableció la inspección facultativa, realizada por una comisión bipartita entre la policía y los inspectores escolares⁶;
- 4) un antecedente de la inspección del trabajo en Alemania fueron los reglamentos de 9 de marzo de 1839 que versaban sobre la creación de

⁴ P. KURCZYN VILLALOBOS, *El trabajo de los niños. Realidad y legislación*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1997, n. 89, p. 565 (fecha de consulta 6 agosto 2019).

⁵ B. RAMÍREZ REYNOSO, *La inspección del trabajo en México*, en AA.VV., *Comunicaciones Mexicanas al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Caracas, 1982)*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984 (fecha de consulta 4 agosto 2019).

⁶ F. SUÁREZ GONZÁLEZ, *La inspección de trabajo*, en N. DE BUEN LOZANO, E. MORGADO VALENZUELA (coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 783 (fecha de consulta 4 agosto 2019).

- un sistema de inspección de fábricas para vigilar el trabajo de los trabajadores jóvenes en las industrias. Para 1853, los inspectores fueron autorizados para poder vigilar cuestiones en materia de seguridad y salud de los trabajadores jóvenes;
- 5) en 1872, el reino alemán de Prusia estableció un sistema de inspección de seguridad e higiene para el trabajo en general;
 - 6) España tiene precedentes desde el año 1859 al establecerse la vigilancia del trabajo en el giro de la minería, pero no es hasta el año de 1906 donde se implementa la inspección del trabajo, como un órgano técnico perteneciente al Instituto de Reformas Sociales⁷;
 - 7) en Francia, se creó la Ley de 19 de mayo de 1874 que tenía como objetivo la creación de un cuerpo especial de funcionarios para vigilar el cumplimiento de las leyes sociales. Dicho cuerpo se encontraba conformado por 15 inspectores nombrados y retribuidos por el Estado y otros 15 inspectores nombrados y retribuidos por los Consejos patronales⁸;
 - 8) el 15 de julio de 1878, en Alemania a través de una ley imperial se estableció que las inspecciones de las industrias en toda Alemania serían obligatorias sin importar la actividad que desarrollen;
 - 9) en 1883, el Kaiser Franz Joseph I sancionó la Ley relativa a la designación de los inspectores comerciales (*Gesetz betreffend die Bestellung von Gewerbeinspectoren*). Los primeros nueve inspectores comerciales – para todo el territorio del antiguo Imperio austriaco – empezaron sus funciones el 1º de febrero de 1884⁹;
 - 10) posteriormente surge la idea de nombrar delegados de seguridad elegidos entre los trabajadores. Esta idea se generaliza y se adopta por muchos países, sobre todo en la minería (Francia desde 1890, Bélgica, 1897 y los Países Bajos, 1906)¹⁰;
 - 11) en Hamburgo, la IX Conferencia de la Unión de Obreros Metalúrgicos reclama en mayo de 1909 una reorganización de la Inspección concediendo mayores atribuciones a los inspectores. Se solicita la entrada como inspectores de médicos y personas competentes en higiene industrial y también a los trabajadores para velar por el cumplimiento de las leyes protectoras y de accidentes de

⁷ D. BENEYTO CALABUIG, *La Inspección de Trabajo. Funciones, Actas y Recursos*, CISS, 2012. *Vid.* también [Inspección de trabajo](#), en [guiasjuridicas.voltersklunver.es](#).

⁸ F. SUÁREZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 784.

⁹ E.-E. SZYMANSKI, *Aufgaben und Zuständigkeit der Arbeitsinspektion und des Verkehrs-Arbeitsinspektors*, en *Berg- und Hüttenmännische Monatshefte*, 2010, vol. 155, n. 4, p. 182.

¹⁰ M.J. ESPUNY TOMAS, [Los colaboradores de la Inspección del Trabajo desde la historia](#), en [IUSLabor, 2007, n. 1](#) (fecha de consulta 5 agosto 2019).

trabajo¹¹.

La segunda etapa se caracteriza por el reconocimiento internacional de la inspección del trabajo.

La propia OIT desde su creación ya contemplaba la inspección del trabajo en sus dos documentos que le dieron vida, el Tratado de Versalles y su Constitución. El Punto 9 del art. 427 de la parte XIII del [Tratado de Versalles de 1919](#)¹² señala: «Cada Estado deberá asegurar un servicio de inspección, en el que se incluirá a las mujeres, a fin de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores».

Y el art. 10, § 2.b, de la [Constitución de la OIT](#)¹³ del mismo año determina las funciones de la Oficina: «A reserva de las instrucciones que pueda darle el Consejo de Administración, la Oficina [...] prestará a los gobiernos, cuando éstos la soliciten, toda la ayuda posible para elaborar una legislación basada en las decisiones de la Conferencia y para mejorar las prácticas administrativas y los sistemas de inspección».

Posteriormente el trabajo de la OIT cristalizó la inspección del trabajo en diversos instrumentos internacionales que han tenido repercusiones positivas en la legislación de los países miembros que han ratificado los convenios respectivos, como se verá en los apartados subsiguientes.

Los instrumentos que la OIT ha establecido en materia de inspección del trabajo son muy variados y se enlistan a continuación:

- a) Convenio n. 81 de 1947 sobre la inspección del trabajo aplicable a los establecimientos industriales y comerciales, en vigor desde el 7 de abril de 1950, con 147 ratificaciones a agosto del 2019¹⁴;
- b) Convenio n. 85 de 1947 sobre la inspección del trabajo (territorios no metropolitanos)¹⁵ en vigor desde el 26 de julio de 1955, con solo 11 ratificaciones y una denuncia¹⁶;
- c) Convenio n. 129 de 1969 sobre la inspección de trabajo en la agricultura, en vigor desde el 19 de enero de 1972, con 53 ratificaciones¹⁷;
- d) Convenio n. 178 de 1996 sobre la inspección del trabajo (gente de

¹¹ [Idem](#).

¹² Fecha de consulta 6 agosto 2019.

¹³ Fecha de consulta 5 agosto 2019.

¹⁴ OIT, [Ratificación del C081 – Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 \(núm. 81\)](#), cit.

¹⁵ Este convenio señala en su art. 9 que sus disposiciones dejan de aplicarse a un territorio cuando se le aplican las disposiciones del Convenio n. 81.

¹⁶ OIT, [Ratificación del C085 – Convenio sobre la inspección del trabajo \(territorios no metropolitanos\), 1947 \(núm. 85\)](#), en www.ilo.org (fecha de consulta 4 agosto 2019).

¹⁷ OIT, [Ratificación del C129 – Convenio sobre la inspección del trabajo \(agricultura\), 1969 \(núm. 129\)](#), en www.ilo.org (fecha de consulta 4 agosto 2019).

mar), en vigor desde el 22 de abril del 2000, con solo 15 ratificaciones¹⁸;

- e) Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo de 1947;
- f) Recomendación n. 5 de 1919 sobre la inspección del trabajo (servicios de higiene), retirada por la Conferencia en junio de 2000;
- g) Recomendación n. 20 de 1923, sobre la inspección del trabajo;
- h) Recomendación n. 81 de 1947, sobre la inspección del trabajo;
- i) Recomendación n. 82 de 1947, sobre la inspección del trabajo en las minas y transporte;
- j) Recomendación n. 133 de 1969, sobre la inspección del trabajo en la agricultura.

La tercera etapa denota una extensión de las funciones encomendadas a la inspección del trabajo y flexibiliza los mecanismos de control, de forma que se encuentran países que encomiendan el control de ciertas actividades laborales a organismos privados, en el caso de México encomienda a organismos privados y sociales a la capacitación de los inspectores, quienes son los encargados de vigilar el cumplimiento de la legislación laboral.

Las funciones de la inspección del trabajo se han extendido a lo largo de los años y han pasado del control de la simple aplicación de las normas del trabajo, a la asesoría, como mecanismo de prevención de accidentes de trabajo y enfermedades laborales, incluyendo hoy en día «los aspectos psicológicos y psicosomáticos de la relación laboral tales como el estrés, el acoso o el hostigamiento en el lugar de trabajo»¹⁹. También extienden sus funciones acorde a las necesidades regionales o locales, por ejemplo mientras que en Ghana, Tailandia o Ucrania ayudan a la protección de los trabajadores en relación a la pandemia del VIH/SIDA, en Noruega contribuyen al control de seguridad y salud de los niños que viven en las explotaciones agrícolas para que disminuyan los accidentes de tractores, etc.²⁰.

¹⁸ OIT, [Ratificación del C178 – Convenio sobre la inspección del trabajo \(gente de mar\), 1996 \(núm. 178\)](#), en www.ilo.org (fecha de consulta 4 de agosto de 2019).

¹⁹ OIT, *Inspección del Trabajo. Estudio general relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), y al Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947, a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (minas y transporte), 1947 (núm. 82), al Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129), y a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 133)*, cit., p. 4.

²⁰ *Ibidem*, pp. 20 y 22.

4. Panorama general de la estructura del Convenio

El Convenio n. 81 es un convenio perteneciente a la categoría de gobernanza, que entró en vigor el 7 de abril de 1950 y actualmente cuenta con 147 ratificaciones. México se encuentra dentro de los 42 países que aún no han ratificado dicho convenio. En 1995 se establecía como una extensión del mismo, el Protocolo relativo al Convenio n. 81, el cual obliga a los países ratificantes a ampliar la aplicación de sus normas a los establecimientos no comerciales²¹.

Este instrumento internacional se divide en cuatro partes:

- parte I, *Inspección del trabajo en la industria*. Se conforma de 21 artículos en los que se abordan los lineamientos generales y marco conceptual del convenio: la obligatoriedad de mantener un sistema de inspección en los establecimientos industriales, aplicación, legislación nacional; las funciones de la inspección, las funciones, requisitos y facultades del personal de inspección;
- parte II, *Inspección del Trabajo en el Comercio*. Integrado únicamente por 3 artículos (22-24), en él se delimita de manera más específica el sistema de inspección de trabajo en establecimientos comerciales remitiendo en todo caso a los artículos de la parte I;
- parte III, *Disposiciones diversas*. Compuesto por 7 artículos en los que se disponen las obligaciones a las que se supeditan los Estados una vez que ratifican el convenio, tales como la obligación de informar en la primera memoria su situación actual legal en la materia, así como los territorios en los que entrará en vigor el convenio y aquellas que se reservan;
- parte IV, *Disposiciones finales*. En esta parte se establecen las reglas que se deben seguir cuando un país ratifica un convenio, el procedimiento de denuncia del convenio y la obligación de notificar al Secretario de las Naciones Unidas la información completa de las ratificaciones, declaraciones y actas que se hayan formulado en el marco del Convenio.

Es importante mencionar que, este instrumento se encuentra actualizado y puede ser denunciado a partir del 07 de abril del 2020 hasta el 07 de abril del 2021²².

²¹ Cfr. OIT, [Ratificación del C081 – Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 \(núm. 81\)](#), cit.

²² OIT, [Ratificación del C081 – Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 \(núm. 81\)](#), cit.

5. Problemática actual de la inspección del trabajo y las principales acciones de la OIT²³

Los problemas a los que se enfrenta el desarrollo de la inspección del trabajo, de forma general se pueden resumir los siguientes puntos.

a) Limitaciones en el ámbito de competencia

Se trata de limitaciones generalizadas, que no son un problema solo en Latinoamérica, sino de forma global, pero que indudablemente afecta de mayor forma a los países en vías de desarrollo. Dentro de ellas se encuentran las limitaciones al control de las relaciones de trabajo formales, áreas productivas específicas y el tamaño de los centros de trabajo y número de ellos en comparación al número de inspectores.

b) Fallas en los diseños

- Alto costo de cumplimiento y bajo costo de incumplimiento²⁴. En ese sentido se puede señalar que los costos que implica el cumplimiento de las normas laborales son muy altos para las microempresas, que además deben competir con las empresas grandes, mientras que los costos por el incumplimiento de dichas normas en ocasiones son muy bajos y esto beneficia también a las empresas grandes, en detrimento de la calidad del desarrollo de la actividad laboral de los trabajadores.
- Problemas en la coordinación entre las diversas autoridades laborales.
- Relación limitada entre las instancias judiciales y la inspección del trabajo. Cada vez abundan más las denuncias de sindicatos de trabajadores que alegan el respaldo insuficiente de las instancias judiciales a las medidas de inspección del trabajo.
- Poca autoridad de los inspectores

c) Corrupción

La corrupción es un problema que aqueja en todos los niveles a muchos países, pero principalmente a los países en vías de desarrollo y también a las economías emergentes, y la inspección del trabajo no es la excepción.

²³ Para este apartado sirvió el análisis de Derecho Comparado de mi artículo G. MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, *Estudio de derecho comparado de la inspección del trabajo en Latinoamérica*, en *Revista latinoamericana de Derecho Social*, 2019, n. 28.

²⁴ G. BENSUSÁN, *Regulaciones laborales, calidad de los empleos y modelos de inspección: México en el contexto latinoamericano*, Naciones Unidas, 2008, p. 34.

El cumplimiento de las obligaciones por parte de los empleadores se ve debilitado al existir un amplio margen de tolerancia hacia ciertas actitudes y violaciones de los derechos laborales por parte de las autoridades en materia de inspección de trabajo, que trae como consecuencia la corrupción, caracterizada por dos elementos: la escasez de recursos para erogar el salario de los inspectores y/o la escasa aceptación de las normas vigentes por parte de los empleadores²⁵.

En el Convenio n. 81 ya se incluyen algunas normas anti-corrupción, como por ejemplo el Art. 15 señala que «se prohibirá que los inspectores del trabajo tengan cualquier interés directo o indirecto en las empresas que estén bajo su vigilancia».

d) Falta de recursos apropiados

- Económicos y materiales (bajos salarios de los inspectores y falta de instrumentos para desarrollar las inspecciones, como el transporte o los aparatos de medición de ciertas características en los centros de trabajo).
- Humanos (falta de capacitación a los inspectores y bajo porcentaje de inspectores en relación a la cantidad de trabajadores).

Ahora bien, el trabajo de la OIT para contribuir al desarrollo de este mecanismo de protección de los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores es constante.

Por mencionar algunas de las acciones más recientes, se pueden citar las siguientes.

Desde el 2006, la OIT apoya una estrategia global para la modernización y revigorización de la inspección del trabajo. «La estrategia incluye distintas actividades tanto a nivel global como nacional, tales como ayudar a los Estados miembros a preparar auditorías de las inspecciones del trabajo, desarrollar planes de acción nacionales para mejorar la efectividad de la inspección del trabajo y garantizar la formación para los inspectores del trabajo»²⁶.

Aunado a lo anterior, algunas de las acciones más sobresalientes en los últimos años son:

- 1) en materia de difusión, no solo se ha publicado los resultados de diversas investigaciones como: La inspección del trabajo y otros mecanismos de cumplimiento en el sector del trabajo doméstico del año 2017, Garantizando la gobernanza. Los sistemas de inspección del

²⁵ *Idem*.

²⁶ OIT, *Inspección del trabajo: lo que es y lo que hace. Guía para los trabajadores*, cit., p. 12.

trabajo en el mundo, tendencias y retos del año 2013, etc., sino que además en el 2011 difunde dos guías, una para los trabajadores y la otra para empleadores denominadas *Inspección del trabajo: lo que es y lo que hace* focalizadas por sector, patronal y obrero, para comprender el papel de la inspección y coadyuvar en sus funciones;

- 2) la implementación en el 2016 de *Pautas sobre la inspección por el Estado del pabellón de las condiciones de vida de trabajo a bordo de los buques pesqueros* (2017)²⁷, para dar cumplimiento a los convenios internacionales (en específico el Convenio sobre el trabajo en la pesca n. 188) y a la legislación nacional de cada país;
- 3) en el 2017 se estableció la *Optimización del cumplimiento de la legislación sobre el trabajo infantil a través de la colaboración entre los servicios de inspección del trabajo y los programas vigilancia y seguimiento del trabajo infantil*, este programa pretende combatir el trabajo infantil y sus peores manifestaciones, empleando para ello tanto su poder coercitivo, como llevando a cabo acciones informativas. Asimismo contempla la cooperación de diversas instituciones incluyendo la inspección del trabajo, pues esta contribuye de manera decisiva a erradicar el trabajo infantil²⁸;
- 4) como parte de la celebración de los 100 años de la OIT, se ha publicado por la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo un informe denominado *Trabajar para un futuro más prometedor*. En este documento se establece como parte del cumplimiento del contrato social, aumentar la inversión en las instituciones y expide la recomendación para que la OIT cree un laboratorio para la innovación en materia de tecnologías digitales encargado de dirigir y facilitar a los empleadores, trabajadores y servicios de la inspección en el control de las condiciones de trabajo²⁹. Con lo anterior se estableció la obligación que tiene esta organización para actualizar no solo su normativa sino la forma de aplicación ante la denominada IV Revolución Industrial.

6. Conclusiones

La Inspección del Trabajo en cada país tiene una organización diferente; sin embargo, la mayoría de estas instituciones coinciden en que es una institución encargada de vigilar el cumplimiento de los derechos laborales

²⁷ P. VI (fecha de consulta 5 agosto 2019).

²⁸ Fecha de consulta 4 agosto 2019.

²⁹ OIT, COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más prometedor*, 2019, p. 60.

de los trabajadores a través del control, sanción, prevención y asesoramiento, así como de información. La ejecución de los derechos de los trabajadores a través de una inspección del trabajo, les proporciona a los trabajadores una herramienta – en ocasiones – más accesible y expedita, que los propios mecanismos judiciales.

En ese sentido, la historia de la inspección del trabajo inicia con la protección del Estado a los trabajadores frente al patrón y con la separación de la función del juez en dos personas: la primera como juzgador en la solución de conflictos entre particulares, y la segunda como autoridad del Estado que asesora y controla la aplicación del Derecho Laboral y sanciona el incumplimiento de las normas laborales.

Es menester destacar que el desarrollo de esta autoridad estatal pasó de simples leyes que recogían sus funciones, al reconocimiento global en normas internacionales vinculantes. Además de extender sus funciones, ámbito de competencia, etc.

Ahora bien, el aporte de la Organización del Trabajo no solo ha permitido que la inspección el trabajo se conozca entre la mayoría de sus miembros, a través de sus múltiples convenios, protocolos y recomendaciones, sino que además con su colaboración y actualización continua, se puede demostrar que la diferencia asimétrica en las relaciones de trabajo entre empleador y trabajadores; las nuevas formas de desarrollo del trabajo (contratación flexible, informalidad, industria 4.0, etc.); así como los factores globales (crisis económicas, cambio climático, etc.) ocasionan que aún después de 100 años del establecimiento de las normas laborales, siga siendo necesario el control de su cumplimiento.

De otro lado la problemática que aqueja la inspección del trabajo en la mayoría de los países reduce su potencial. Los principales problemas detectados son: la corrupción; la falta de recursos humanos y materiales para el desempeño de sus funciones y capacitación especializada en áreas específicas; fallas en los diseños de la inspección del trabajo; y limitaciones en el ámbito de competencia, por ejemplo, en trabajo informal o la ubicación geográfica de los centros de trabajo.

Finalmente es importante destacar que, el Convenio n. 81 como uno de los instrumentos de gobernanza más trascendente, evidentemente tiene que atender las recomendaciones realizadas por la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo para poder brindar la mayor protección a los trabajadores y sus derechos frente a los constantes cambios tecnológicos.

7. Bibliografía

BENEYTO CALABUIG D., *La Inspección de Trabajo. Funciones, Actas y Recursos*, CISS, 2012

BENSUSÁN G., *La Inspección del Trabajo en América Latina: teorías, contextos y evidencias*, en *Estudios Sociológicos*, 2009, vol. XXVII, n. 81

BENSUSÁN G., *Regulaciones laborales, calidad de los empleos y modelos de inspección: México en el contexto latinoamericano*, Naciones Unidas, 2008

ESPUNY TOMAS M.J., *Los colaboradores de la Inspección del Trabajo desde la historia*, en *IUSI labor, 2007, n. 1* (fecha de consulta 5 agosto 2019)

Inspección de trabajo, en *guiasjuridicas.wolterskluwer.es*

KURCZYN VILLALOBOS P., *El trabajo de los niños. Realidad y legislación*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1997, n. 89* (fecha de consulta 6 agosto 2019)

MENDIZÁBAL BERMÚDEZ G., *Derecho Internacional de la Seguridad Social*, Porrúa, 2019 (en prensa)

MENDIZÁBAL BERMÚDEZ G., *Estudio de derecho comparado de la inspección del trabajo en Latinoamérica*, en *Revista latinoamericana de Derecho Social, 2019, n. 28*

OIT, *Optimización del cumplimiento de la legislación sobre el trabajo infantil a través de la colaboración entre los servicios de inspección del trabajo y los programas vigilancia y seguimiento del trabajo infantil*, Reseña, 2017, n. 1 (fecha de consulta 4 agosto 2019)

OIT, *Pautas sobre la inspección por el Estado del pabellón de las condiciones de vida de trabajo a bordo de los buques pesqueros*, 2017 (fecha de consulta 5 agosto 2019)

OIT, *Inspección del trabajo: lo que es y lo que hace. Guía para los trabajadores*, 2011, p. 8 (fecha de consulta 6 agosto 2019)

OIT, *Inspección del Trabajo. Estudio general relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), y al Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947, a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (minas y transporte), 1947 (núm. 82), al Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129), y a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 133)*, 2006

OIT, *Ratificación del C081 – Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81)*, en *www.ilo.org* (fecha de consulta 5 agosto 2019)

OIT, *Ratificación del C085 – Convenio sobre la inspección del trabajo (territorios no metropolitanos), 1947 (núm. 85)*, en *www.ilo.org* (fecha de consulta 4 agosto 2019)

OIT, *Ratificación del C129 – Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129)*, en *www.ilo.org* (fecha de consulta 4 agosto 2019)

OIT, *Ratificación del C178 – Convenio sobre la inspección del trabajo (gente de mar), 1996 (núm. 178)*, en *www.ilo.org* (fecha de consulta 4 de agosto de 2019)

OIT, COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más prometedor*, 2019

RAMÍREZ REYNOSO B., *La inspección del trabajo en México*, en AA.VV., *Comunicaciones Mexicanas al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Caracas, 1982)*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984 (fecha de consulta 4 agosto 2019)

SUÁREZ GONZÁLEZ F., *La inspección de trabajo*, en N. DE BUEN LOZANO, E. MORGADO VALENZUELA (coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997 (fecha de consulta 4 agosto 2019)

SZYMANSKI E.-E., *Aufgaben und Zuständigkeit der Arbeitsinspektion und des Verkehrs-Arbeitsinspektorats*, en *Berg- und Hüttenmännische Monatshefte*, 2010, vol. 155, n. 4

Convenio sobre la política del empleo 1964 (núm. 122)

Aurelia CARRILLO LÓPEZ*

RESUMEN: En el Derecho de la Unión Europea, el art. 3.3 TUE señala como objetivos de la UE obrar «en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado [...] en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social», y el propio art. 147.2 TFUE establece que, al «formular y aplicar las políticas y medidas de la Unión deberá tenerse en cuenta el objetivo de un alto nivel de empleo». La política de empleo tiene por finalidad ultima la garantía de un puesto de trabajo de calidad para toda la población, así lo reconoce el Convenio n. 122 de 1964 donde se dispone en su art. 1 que, todo Estado miembro deberá llevar a cabo «una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido»; y donde se fijan como objetivos de la política de empleo la garantía de un trabajo para todas las personas disponibles que lo busquen; que dicho trabajo sea tan productivo como sea posible; que exista libertad para escoger el empleo y que cada trabajador tenga posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y utilizar en el mismo la formación y facultades que posea; que se eliminen los impedimentos de acceso y permanencia en el empleo por razones de raza, sexo, religión, opinión publica, procedencia nacional y origen social.

Palabras clave: Políticas de empleo, trabajo decente, no discriminación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Principios y objetivos de las políticas de empleo en el Convenio OIT n. 122. 3. La normativa nacional en políticas de empleo. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Doctora en Derecho. Fiscal sustituta del TSJ de Murcia.

Employment Policy Convention 1964 (No. 122)

ABSTRACT: In the Law of the European Union, art. 3.3 TUE points out that the EU aims to act «for the sustainable development of Europe based on a balanced economic growth [...] in a highly competitive market social economy, tending towards full employment and social progress», and art itself. 147.2 TFEU states that, «To formulate and implement the policies and measures of the Union, the objective of a high level of employment must be taken into account». The purpose of the employment policy is to guarantee a quality job for the entire population, as recognized in Convention No. 122 of 1964, which is set out in its art. 1st, that every Member State must carry out an «active policy aimed at promoting full, productive and freely chosen employment»; and where the employment policy objectives are set as the guarantee of a job for all available people who are looking for it; that such work be as productive as possible; that there is freedom to choose the job and that each worker has the possibility of acquiring the necessary training to occupy the job that suits him and use in it the training and powers he possesses; that the impediments of access and permanence in employment be eliminated due to race, sex, religion, public opinion, national origin and social origin.

Key Words: Employment policies, decent work, non-discrimination.

Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad¹

1. Introducción

El Convenio número 122 de la OIT se firmó en 1964² y entró en vigor el 15 de julio de 1966, fue ratificado por España el 28 de diciembre 1970. En la actualidad la OIT sigue considerando este Convenio como el principal mecanismo para orientar y coordinar las políticas nacionales, junto con las Recomendaciones n. 122 y n. 169 y otros instrumentos adoptados por la propia Organización³.

Este Convenio, se inspira en la Declaración de Filadelfia de 1944 conforme a la cual, le corresponde a la Organización Internacional del Trabajo examinar y considerar los efectos de las políticas económicas y financieras sobre la política del empleo, teniendo en cuenta el objetivo fundamental de que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. En el mismo sentido se pronuncia la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, establece que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Todos estos instrumentos son parte integrante de un programa internacional más amplio de expansión económica basado en el pleno empleo, productivo y libremente elegido⁴.

El Convenio sobre política y empleo objeto de estudio, forma parte de los denominados Convenios de gobernanza, considerados como instrumentos prioritarios por el Consejo de Administración de la OIT desde 2008, por su importancia para el funcionamiento de las normas internacionales del trabajo. El Consejo de Administración de la OIT también ha designado cuatro convenios como instrumentos “prioritarios”, por lo cual impulsa a los Estados Miembros a su ratificación, debido a su

¹ Art. 31.1 CDFUE.

² RCL 1972, 957.

³ T. USHAKOVA, *La protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios en el marco de la ONU: Un intento fallido de regulación universal*, en J.L. GIL (dir.), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica. Compromisos de la OIT*, Juruá, 2013.

⁴ Relacionadas con la política de empleo cabe citar: el Convenio y la Recomendación sobre el servicio del empleo de 1948; la Recomendación sobre la orientación profesional de 1949; la Recomendación sobre la formación profesional de 1962; el Convenio y la Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958.

importancia para el funcionamiento del sistema de normas internacionales del trabajo. Estos convenios son los siguientes:

- 1) Convenio sobre la inspección del trabajo de 1947 (n. 81). Este Convenio prioritario estipula que los Estados que lo hayan ratificado deberán mantener un sistema de inspección del trabajo en la industria y el comercio; los Estados podrán exceptuar a las empresas mineras y de transporte. Establece una serie de principios respecto de la determinación de los campos de la legislación que abarca la inspección del trabajo, las funciones y la organización del sistema de inspección, los criterios de contratación, el estatus y las condiciones de servicio de los inspectores del trabajo, y sus competencias y obligaciones;
- 2) Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo) de 1976 (n. 144). Este Convenio prioritario establece el significado de “organizaciones representativas” de empleadores y de trabajadores, y dispone que los Estados que lo ratifiquen pongan en práctica procedimientos que aseguren consultas efectivas entre los representantes del gobierno, de los empleadores y de los trabajadores, sobre los asuntos relacionados con los puntos del orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo, sumisiones a las autoridades nacionales competentes de las nuevas normas adoptadas por la OIT, un nuevo examen de los convenios no ratificados y de las recomendaciones a las que no se haya dado aún efecto, de las memorias sobre los convenios ratificados, y las propuestas de denuncia de los convenios ratificados. Los empleadores y los trabajadores estarán representados en un plano de igualdad en todo organismo a través del cual se lleven a cabo las consultas, y estas deberán celebrarse al menos una vez al año;
- 3) Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura) de 1969 (n. 129). El convenio fue adoptado con la finalidad de instaurar un sistema de inspección de trabajo en las empresas agrícolas y de verificar el respeto y efectivo cumplimiento de los derechos laborales. Según lo dispuesto en el Convenio 129, el sistema de inspección del trabajo en agricultura se aplicará a toda aquella empresa agrícola que emplee trabajadores asalariados y aprendices, cualesquiera sea su forma de remuneración, la índole, forma o duración de su contrato de trabajo.

2. Principios y objetivos de las políticas de empleo en el Convenio OIT n. 122

Por política de empleo podemos entender, el conjunto de las decisiones

adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas para desarrollar programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como de la calidad en el empleo, la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y la demanda de empleo y la reducción y protección de las situaciones de desempleo. Entre sus objetivos destaca el de garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al empleo, el mantenimiento de un sistema eficaz de protección ante situaciones de desempleo con políticas activas y prestaciones de desempleo, la adopción de un enfoque preventivo frente al desempleo, especialmente al de larga duración, la garantía de políticas dirigidas a la integración de colectivos con mayor dificultad de inserción laboral (jóvenes, mujeres, discapacitados, mayores de cuarenta y cinco años, parados de larga duración), la atención a los fenómenos migratorios internos y externos o el fomento de la cultura emprendedora y el espíritu empresarial.

La coordinación de la política de empleo corresponde al Gobierno por medio del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, pero son las comunidades autónomas las que pueden desarrollar la política de empleo, el fomento del empleo y la ejecución de los programas y medidas transferidos. Por lo demás, en su diseño y modelo de gestión, la política de empleo deberá tener en cuenta su dimensión local para ajustarla a las necesidades del territorio de manera que favorezca y apoye las iniciativas de generación de empleo en dicho ámbito.

El Convenio 122 de la OIT en su artículo 1 define las metas y objetivos de la política de empleo. Así, la política de empleo deberá tender a garantizar que, habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo, que dicho trabajo será tan productivo como sea posible, que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social.

Es importante destacar que pleno empleo no significa que no exista el desempleo⁵. Es inevitable algún grado de desempleo. El Convenio 122 crea la obligación básica de los Estados que lo ratifican, de pronunciarse explícita y formalmente sobre su política de empleo. Esta declaración puede adoptar distintas formas. Por ejemplo, algunos países incluyen una mención general en sus constituciones y en su legislación básica (como es

⁵ Vid. L.C. CROISSIER BATISTA, *El pleno empleo objetivo prioritario*, en *Economía Industrial*, 1977, n. 167, pp. 103 ss.

el caso España). Otros se pronuncian más específicamente sobre los detalles de sus políticas de empleo a través de legislación secundaria e instrumentos de políticas. El Convenio requiere que se persiga una activa política de empleo como objetivo primordial de las políticas económicas y sociales. El Convenio reconoce que dichas políticas deberán tener en cuenta el nivel y la etapa de desarrollo económico y serán aplicadas mediante métodos que se adecuen a las condiciones y prácticas nacionales, no les exige a los Estados que logren tales metas en un periodo de tiempo determinado. Los gobiernos habrán de tomar medidas para implementar y evaluar la efectividad de sus políticas de empleo. Deberían determinar y revisar regularmente las decisiones que adopten.

El Artículo 2 del Convenio exige que los gobiernos «decidan y puedan revisar, dentro del marco de una política económica y social coordinada, las políticas a adoptar para el logro de los objetivos». Cada país en sus políticas de estado prevé programas, mecanismos y estrategias para aumentar el desarrollo económico del país, y mientras más empleo se genere, mayores son las oportunidades que tienen las personas de prosperar y ambientarse en un lugar donde se pueden percibir ganancias, pero, sobre todo, de lograr un crecimiento personal y profesional.

En el Artículo 3 del Convenio se establece que los gobiernos deberán consultar a los representantes de las personas que se verán afectadas por las medidas que se adopten. En especial se requerirá la opinión de agentes sociales tales como representantes de los empleadores y de los trabajadores, de manera que se tengan plenamente en cuenta sus experiencias y opiniones. Esas consultas no deberían limitarse a las decisiones que se deriven de políticas de empleo en un sentido acotado, sino que deberían aplicarse a todos los aspectos de la política económica que afectan el empleo. En consecuencia, los agentes sociales deberían expresarse tanto en cuestiones relativas al mercado laboral como a los programas de capacitación laboral, y en el diseño de políticas económicas más generales que ejerzan su influencia en la promoción del empleo. Las deliberaciones habrán de incluir las opiniones de otros sectores de la población económicamente activa, como los que trabajan en el sector rural y en la economía informal. La participación de estos sectores no habrá de limitarse a la tarea de formular la citada política, sino que también debería extenderse a su aplicación.

El Convenio n.º 122 se complementa con la Recomendación sobre la política de empleo n.º 122 de 1964 y la Recomendación sobre la política de empleo n.º 169 de 1984. Dichas recomendaciones describen las políticas de manera pormenorizada los enfoques de políticas. La OIT adoptó otros 20 instrumentos para gobernar la defensa y el trabajo técnico en diferentes

campos, como el desarrollo de aptitudes y de iniciativa empresarial, servicios de empleo, empleo de personas con discapacidades y otros grupos vulnerables, relaciones de empleo y empresas multinacionales.

La Recomendación 122 OIT, establece que con objeto de estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y de resolver el problema del desempleo y del subempleo, todo estado miembro debería formular y llevara cabo, como un objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido con las garantías de que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo; que dicho trabajo será tan productivo como sea posible y que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social. Además de dicha política de empleo deberá tener en cuenta el nivel y la etapa de desarrollo económico, así como las relaciones existentes entre los objetivos del empleo y los demás objetivos económicos y sociales, y ser aplicada por métodos apropiados a las condiciones y prácticas nacionales.

Los fines de la política del empleo deberían ser clara y públicamente definidos, de ser posible en términos cuantitativos para el crecimiento económico y el empleo para lo que se debería consultar a los representantes de los empleadores y de los trabajadores, como a sus respectivas organizaciones, para la elaboración de toda política de desarrollo y utilización de las aptitudes humanas, y, además, en armonía con la Recomendación se debería tratar de obtener la colaboración de todos ellos para la ejecución de dicha política.

La política del empleo debería basarse en estudios analíticos sobre la magnitud y la distribución, actuales y futuras, de la fuerza de trabajo, del empleo, del desempleo y del subempleo. Deberían dedicarse recursos adecuados para la compilación de datos estadísticos, para la preparación de estudios analíticos y para la difusión de resultados.

Todo Estado que haya firmado el Convenio, debería reconocer la importancia de incrementar los medios de producción y de lograr el pleno desarrollo de las aptitudes humanas, por ejemplo, por medio de la educación, de la orientación y formación profesionales, los servicios de higiene y de vivienda, y debería tratar de conseguir y mantener un equilibrio adecuado entre los gastos relativos a estos diversos fines. Y debería adoptar las medidas necesarias para ayudar a los trabajadores, incluidos los jóvenes, y las demás personas que se incorporen por primera

vez a la fuerza de trabajo, a encontrar un empleo productivo y adecuado y a adaptarse, además, a las necesidades cambiantes de la economía.

La política del empleo siguiendo lo dispuesto en la Recomendación 122 debería coordinarse con la política económica y social general y con la planificación o la programación en los países que las utilicen, y debería aplicarse como parte integrante de las mismas. Todos los estados miembros deberían, en el mayor grado en que le permitan los recursos de que dispone y el nivel de su desarrollo económico, para adoptar medidas para ayudar a las personas desempleadas y subempleadas durante todo período de desempleo a subvenir a sus necesidades elementales y a las de las personas a su cargo, así como a adaptarse a las oportunidades que puedan presentárseles para ejercer un nuevo empleo útil. En las medidas que se adopten se deberán tener en cuenta las normas internacionales sobre seguridad social y las del § 5 de la Recomendación 122.

Los problemas del empleo cuyo origen debe atribuirse a fluctuaciones de la actividad económica, a cambios estructurales y, especialmente, a un nivel inadecuado de dicha actividad deberían ser solucionados por medio de medidas generales de carácter económico a largo plazo que deberían ser elaboradas en tal forma que promuevan una economía de expansión continua que tenga un grado razonable de estabilidad y que constituya el marco más propicio para el éxito de las medidas selectivas de la política del empleo. Y también por medio de medidas de carácter general a corto plazo, debiendo elaborarse y aplicarse medidas para evitar la aparición del desempleo o del subempleo causado por cambios estructurales y facilitar la adaptación de la producción y del empleo a dichos cambios. Con este fin y para evitar la perdida de producción que causan los retraso en llenar las vacantes, todo Estado que haya firmado el Convenio, debe establecer y financiar adecuadamente programas destinados a ayudar a los trabajadores a encontrar nuevos empleos y a adaptarse a ellos. Igualmente, se le debe dar prioridad especial a las medidas destinadas a resolver el grave problema del desempleo entre los jóvenes, que en muchos países es un problema que adquiere mayores proporciones. El desempleo juvenil presenta varias características que profundizan la gravedad de su carácter de problema social: se concentra en los grupos más pobres de la población, con lo que se convierte en el mecanismo más efectivo de reproducción de la pobreza, conjuntamente con los déficit educativos a los que está estrechamente asociado; la probabilidad de ser desempleadas es significativamente mayor para las jóvenes mujeres que las de los hombres en todos los países lo que reproduce también la discriminación de género; y está íntimamente correlacionado con los fenómenos de subempleo y trabajo informal, de subsistencia,

especialmente en los países en desarrollados⁶.

Los empresarios, los trabajadores y de sus respectivas organizaciones deben consultarse entre si con la mayor anticipación posible, y consultar a las autoridades públicas competentes, a los servicios del empleo o a los organismos similares, a fin de elaborar medidas que permitan en forma satisfactoria para toda una adaptación a los cambios en la situación del empleo.

Los Estados con la asistencia de las organizaciones intergubernamentales, y de otras organizaciones internacionales, deben cooperar en una acción internacional para facilitar la realización de los objetivos del empleo y debería evitar en su política económica interna la adopción de medidas que produzcan un efecto desfavorable sobre la situación del empleo y la estabilidad económica general en otros países, incluidos los países en vías de desarrollo.

Por otra parte, el Convenio de la OIT número 88, 1948, sobre el Servicio del Empleo⁷, establece en el artículo 6 que la organización del Servicio del Empleo deberá garantizar la eficacia de la contratación y de la colocación de los trabajadores, recogiendo, en su apartado a) la obligación de ayudar a éstos a encontrar un empleo conveniente⁸ y a los empleadores a contratar trabajadores apropiados a las necesidades de las empresas.

La OIT, tanto en la Declaración sobre la Justicia social para una Globalización Equitativa (2008), como en el Pacto Mundial para empleo (2009), ha reafirmado que el trabajo no es una mercancía, que es necesario colocar el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales, requiriendo, para eso, que sus miembros promuevan políticas de empleo creando un entorno institucional y económico sustentable⁹. La fundamentación jurídica para la existencia de

⁶ J. RAMIREZ-GUERRO, *El desempleo juvenil, un problema estructural y global: el papel de las organizaciones de la sociedad civil*, Fundación Internacional de la Juventud, 2002.

⁷ Entró en vigor el 10 de agosto de 1950 y fue ratificado por España el 30 de mayo de 1960, vigente hoy.

⁸ De acuerdo con la propia OIT el tipo de trabajo que se busca debe ser, además, decente (con condiciones satisfactorias). El trabajo decente es el punto de convergencia de cuatro elementos u objetivos estratégicos, que constituyen sus pilares básicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, la ocupación, la protección social y el diálogo social. *Vid. J.L. GIL Y GIL, El trabajo decente y las reformas laborales*, en *Revista de Derecho Social y Empresa*, 2017, n. 7, pp. 1 ss.

⁹ *Vid. J.L. MONERO PÉREZ, B.M. LÓPEZ INSUA, Trabajo decente y retribución del trabajo*, en J.L. MONERO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, Á.L. DE VAL TENA (dirs.), *El trabajo decente*, Comares, 2018, pp. 171 ss.; A. AYUSO, *La OIT en el escenario de la globalización: de la plena ocupación al trabajo digno en tiempos de crisis*, en *Quince años de reformas jurídicas (1993-2008)*, Dykinson, 2010, pp. 37 ss.

una política de empleo en la UE parte del artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea¹⁰ y se desarrolla específicamente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹¹.

3. La normativa nacional en políticas de empleo

Según el artículo 1 de la Ley de empleo de 2015, establece teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 de la Constitución Española, la política de empleo es el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción y a la debida protección de las situaciones de desempleo¹².

La política de empleo se desarrollará, dentro de las orientaciones generales de la política económica, en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Además, estas políticas públicas se complementarán con la protección por desempleo regulada en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹³. La acción protectora por desempleo a que se refiere el art. 206 del referido texto legal comprende internamente las prestaciones por desempleo de nivel contributivo y asistencial y las acciones que integran las políticas activas de empleo¹⁴. Se observa la existencia de una interconexión funcional y dinámica entre la política de Seguridad Social y las políticas activas, encaminadas a alcanzar el objetivo fundamental del derecho al trabajo y a la reinserción profesional.

La garantía jurídica máxima del derecho “al trabajo” exige su materialización a través de una política pública orientada a alcanzar el pleno empleo creadora de puestos de trabajo para ocupar un empleo de calidad (lo que la OIT denomina “un trabajo decente”) que incorpora el derecho “al trabajo” como derecho social de los ciudadanos y, por tanto, como base del proceso de integración de la persona que trabaja en el

¹⁰ RCL 2009, 2299.

¹¹ RCL 2009, 2300.

¹² Y conforme lo dispuesto en el art. 2.c de la misma norma legal, haciendo referencia también a la “prevención”.

¹³ RDLegislativo 8/2015 que aprueba el TRLGSS; *Vid.* F. CAVAS MARTINEZ, *El nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social o la historia interminable*, en *Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Facultad de Derecho*, 2016, vol. 19, n. 1, pp. 380 ss.

¹⁴ *Cfr.* art. 36.2 TRLE.

sistema social. El derecho “al trabajo” tiene una dimensión individual y una dimensión colectiva-institucional; ambas son expresión de un derecho social de contenido complejo, impone la elaboración de una política de empleo como responsabilidad directa de los poderes públicos, que, ha de formar parte del “estatuto jurídico-protector” de los trabajadores.

Tanto desde el punto de vista jurídico como factico, la garantía del derecho “al trabajo” y sus expresiones típicas (el principio de estabilidad en el empleo, que, incorpora en si la protección jurídica frente al despido ilegítimo o injustificado) constituyen un contrapeso en las relaciones de poder y al mismo tiempo un presupuesto para el ejercicio efectivo de un más amplio conjunto de derechos socio laborales que conforman la misma idea de “estatuto jurídico-protector de los trabajadores”. La garantía del derecho social fundamental al trabajo exige su instrumentación a través de la acción positiva de los poderes públicos. La política de empleo va más allá¹⁵ de la política laboral en sentido estricto, no puede limitarse a la política laboral, pues abarca políticas y medidas de empleo extralaborales y políticas económicas inevitablemente conexas y anudadas a todas ellas en su conjunto¹⁵.

La base constitucional más firme de las políticas de empleo en su conjunto se encuentra en el art. 40.1, en relación con el art. 35.1 CE. Las políticas activas de empleo se complementan con la protección por desempleo, regulada en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. La acción protectora por desempleo del artículo 265 comprende las prestaciones por desempleo de nivel contributivo y asistencia y las acciones que integran las políticas activas de empleo¹⁶.

La política de empleo se orienta por objetivos de “calidad”, lo que debería conducir a que la política de empleo se base en el fomento de empleo “estable”, que garantice la estabilidad de la protección, la efectividad del conjunto de los derechos laborales y la misma “implicación” de los trabajadores en la dinámica de la organización productiva.

El primer objetivo de la política de empleo el de garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación, teniendo en cuenta lo previsto en el art. 9.2 de la CE, en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo, así como la libre elección de profesión u oficio sin que pueda prevalecer discriminación alguna, en los términos establecidos en el art. 17 del ET (art. 2.a) del TRLE). De ahí¹⁷ se infiere la centralidad político-jurídica de los principios de igualdad de oportunidades

¹⁵ J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, *Comentario a los artículos 35.1 y 40 de la Constitución*, en AA.Vv., *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, 2002.

¹⁶ *Vid.* art. 36 del Texto Refundido de la Ley de Empleo de 23 de octubre de 2015.

y de capacitación profesional.

La política de empleo es el instrumento de realización del derecho al trabajo y el trabajo, y el trabajo no solo es el medio de vida fundamental de la mayoría de la población actividad, sino que constituye el principal factor de integración social.

En cuanto a los objetivos que debe cumplir la política de empleo son¹⁷:

- 1) garantizar la plena igualdad de oportunidades y la no discriminación, teniendo en cuenta lo establecido en el art. 9.2 CE en el acceso al empleo, así como la libre elección de profesión u oficio sin que pueda prevalecer discriminación alguna (art. 17 ET);
- 2) mantener un sistema eficaz de protección ante las situaciones de desempleo, que comprende las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo, asegurando la coordinación entre las mismas y la colaboración entre los distintos entes implicados en la ejecución de la política de empleo;
- 3) adoptar unas medidas preventivas frente al desempleo, especialmente el de larga duración;
- 4) asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a los colectivos con mayores dificultades tales como los jóvenes, discapacitados, mayores de 45 años;
- 5) mantener la unidad del mercado;
- 6) asegurar la libre circulación de los trabajadores y facilitar la movilidad geográfica;
- 7) coordinar el fenómeno migratorio atendiendo a la garantía de igualdad de trato y políticas de integración;
- 8) proporcionar servicios individualizados;
- 9) fomentar el espíritu empresarial.

Las políticas económicas y la política de empleo van conjuntamente en tanto que el desarrollo económico y la creación de empleo se conciba como una consecuencia directa de la educación, de la inversión social y de la cultura de la innovación. Dentro de las políticas educativas, en relación con el mercado de trabajo, cabe destacar la política de formación profesional. La formación es un derecho social fundamental de toda persona (arts. 35 y 40, en conexión con el art. 27 CE), pero también es un instrumento fundamental de cualquier política de empleo, incluso de prevención del desempleo, así como también constituye uno de los ejes fundamentales de las técnicas de gestión competitiva de los “recursos

¹⁷ Dichos objetivos vienen desarrollados en el art. 2 del citado Texto Refundido de la Ley de empleo de 2015.

humanos” en la empresa¹⁸.

4. Conclusiones

El derecho “al trabajo” y el derecho “a trabajar” se consagran al máximo nivel en los textos internacionales relativos a los derechos humanos: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 3 de enero de 1976, facultan al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para desempeñar las funciones de Comité Guardián del Pacto, para resolver sobre la violación de los derechos garantizados.

En tal sentido, considera que se «debería prestar especial atención a los problemas de personas con necesidades sociales especiales, en particular los desempleados y los trabajadores migrantes, movilizar y alentar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales encaminados a la solución de sus problemas, y promover políticas eficaces destinadas a la creación de empleo». Y en ese marco se trata de garantizar para todos un “trabajo decente”, la prohibición del trabajo forzoso y el trabajo de los niños, la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor y la no discriminación en el empleo y la ocupación.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, se ocupa específicamente del “derecho al trabajo” en el art. 23, conforme al cual: «1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses». Todo ello conduce a la consideración del trabajo más allá del empleo. La efectividad de ese “derecho a trabajar” en condiciones dignas exige, entre otras cosas, la realización de una política orientada al pleno empleo. El “derecho a trabajar” requiere también de la organización de los servicios

¹⁸ La formación se encuentra su marco normativo general en la LO 5/2002, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional y en sus reglamentos. También LO 2/2006, de Educación.

de colocación. El art. 29 de la CDFUE establece que toda persona tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación.

El objetivo primordial ha sido crear una sociedad más igualitaria: poner fin a la pobreza y a los salarios de pobreza, garantizar los derechos humanos fundamentales, los servicios esenciales y un ingreso que permita que todos los individuos puedan vivir con dignidad. El modelo incluye un compromiso para lograr el empleo pleno, protección social para todos los ciudadanos, inclusión social y democracia.

La coordinación internacional se convierte en un elemento necesario importante para aumentar la eficacia de las políticas nacionales. Al poner como objetivo esencial el pleno empleo, productivo y libremente elegido en el centro del conjunto de las políticas económicas y sociales, los instrumentos examinados tienen que desempeñar una función decisiva en la lucha contra la pobreza y por la cohesión social. Dejando una flexibilidad en cuanto a la elección de las medidas pertinentes, los instrumentos examinados se inspiran en la convicción de que un dialogo social amplio es la mejor garantía para que las políticas del empleo sean eficaces. Los instrumentos examinados están íntimamente relacionados con el mandato de la Organización y con su enfoque tripartito de lograr el objetivo de trabajo decente para todas las mujeres y todos los hombres.

La lucha europea contra la pobreza se basa en el “crecimiento inclusivo”, lo que significa que sus políticas en este campo se centran en la entrada o vuelta al mercado laboral: el crecimiento económico generará puestos de trabajo que permitirán a las personas pobres salir de la miseria. Aunque la Unión Europea ha venido trabajando tradicionalmente con una concepción multidimensional de la pobreza, la consideración de que el empleo es el único remedio para dejar de ser pobre es estrictamente unidimensional. La práctica de la presente década pone de manifiesto que para la UE lo prioritario, o, incluso, lo único necesario para luchar contra la pobreza ha sido incrementar el PIB y, con él, el empleo.

Sin embargo, la lucha contra la pobreza en el marco de la Estrategia Europa 2020 no ha sido eficaz. El objetivo de acabar con la pobreza no solo no se ha conseguido, sino que va en aumento. La razón fundamental de este fracaso hay que buscarla en la visión unilateral de las causas de la pobreza sustentada por los organismos europeos, que ha llevado a considerar la inserción en el mercado laboral como la condición necesaria y suficiente para dejar de ser pobre. Centrarse exclusivamente en el empleo como mecanismo para combatir la pobreza plantea, ha generado una serie de graves problemas. El primero es que se han incentivado medidas de “flexibilización” del mercado de trabajo, que han puesto sobradamente de manifiesto su ineeficacia para crear empleo de calidad. El

segundo es que el incremento de la precariedad laboral ha permitido llevar a cabo una distribución tremadamente injusta de los costes de la crisis, por un lado, y de los beneficios de la recuperación económica, por otro. El balance general que puede hacerse de los resultados de la Estrategia Europa 2020 para reducir el numero de personas pobres puede formularse así¹⁹: el empleo ha dejado de ser un seguro contra la pobreza y las agudas oscilaciones de la economía durante el periodo 2008-2016 han dado lugar a una redistribución de la riqueza en favor de los más privilegiados¹⁹.

5. Bibliografía

ALUJAS RUIZ J.A., *La política de fomento del empleo: Eje fundamental de las políticas activas de mercado de trabajo en España*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2004, n. 51

ALVARELLOS GALVE C., *Ley básica de empleo. Texto y comentarios*, Ministerio de Trabajo, 1981

AYUSO A., *La OIT en el escenario de la globalización: de la plena ocupación al trabajo digno en tiempos de crisis*, en *Quince años de reformas jurídicas (1993-2008)*, Dykinson, 2010

BALLESTER PASTOR I., *Asunción por España de los Convenios de la OIT en materia de empleo y colocación: ¿una meta realizable?*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, n. 117

CAVAS MARTINEZ F., *El nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social o la historia interminable*, en *Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Facultad de Derecho*, 2016, vol. 19, n. 1

CAVAS MARTINEZ F., *Trabajo libre, trabajo digno: revisando viejas ideas a propósito de un reciente informe de la OIT sobre el trabajo forzoso en el mundo*, en *Revista Social Aranzadi*, 2001, n. 6

CROISSIER BATISTA L.C., *El pleno empleo objetivo prioritario*, en *Economía Industrial*, 1977, n. 167

CUETO IGLESIAS B., *La pirámide de la población y el mercado de trabajo”, España ante el reto demográfico*, en ICE – Revista de economía, 2019, n. 908

CUETO IGLESIAS B., *Bajo nivel educativo, baja participación laboral. Un círculo vicioso difícil de romper*, en *Observatorio Social de “la Caixa”*, abril 2017

¹⁹ Vid. J.A. ESTEVEZ ARAUJO, *Pobreza y empleo en la Estrategia Europa 2020*, en *Oxímora*, 2019, n. 14, pp. 1 ss.

ECHEVARRIA MAYO B., *Artículo 40 Pleno empleo*, en AA.VV., *Comentarios a la Constitución española*, Edersa, 2006, tomo IV

ESTEVEZ ARAUJO J.A., *Pobreza y empleo en la Estrategia Europa 2020*, en Oxímora, 2019, n. 14

GARCIA SOLANA M.J., *La colaboración público-privada en la gestión de los servicios de intermediación laboral*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2018

GIL Y GIL J.L., *El trabajo decente y las reformas laborales*, en *Revista de Derecho Social y Empresa*, 2017, n. 7

LÓPEZ GANDÍA J., *El régimen jurídico del empleo y los programas de fomento del empleo en España*, en *Revista de Trabajo*, 1980, n. 59-60

LOZANO LARES F., *La Eficacia Jurídica del concepto de Trabajo Decente*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2016, vol. 4, n. 4

MARAVALL CASESNOVES H., *La política de empleo, una rama del Derecho del Trabajo*, en *Revista de Trabajo*, n. 35-36

MONEREO PÉREZ J.L., *Las políticas activas de empleo. Derecho al trabajo y políticas activas de empleo en el marco de la política de empleo*, en *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e internacional*, Aranzadi, 2016

MONEREO PÉREZ J.L., *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Bomarzo, 2011

MONEREO PÉREZ J.L., *Evolución y futuro del Derecho al Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social*, en *Relaciones Laborales*, 2001, n. 15-16

MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSUA B.M., *Trabajo decente y retribución del trabajo*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, Á.L. DE VAL TENA (dirs.), *El trabajo decente*, Comares, 2018

MONEREO PÉREZ J.L., MOLINA NAVARRETE C., *Comentario a los artículos 35.1 y 40 de la Constitución*, en AA.VV., *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, 2002

MONTOYA MELGAR A., *Los incentivos públicos a la contratación laboral indefinida como medida de política de empleo*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1993, n. 9

RAMIREZ-GUERRA J., *El desempleo juvenil, un problema estructural y global: el papel de las organizaciones de la sociedad civil*, Fundación Internacional de la Juventud, 2002

ROJO TORRECILLA E., CAMAS RODA F., *Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas*, en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 2010, n. 104

SAGARDOY BENGOCHEA J.A., *Derecho del trabajo, ¿víctima o culpable?*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2017, n. 196

USHAKOVA T., *La protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios en el marco de la ONU: Un intento fallido de regulación universal*, en J.L. GIL (dir.), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica. Compromisos de la OIT*, Juruá, 2013

VALDÉS DAL-RE F., *Política de empleo y paro*, 1981

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura) 1969 (núm. 129)

Fulgencio Pagán MARTÍN PORTUGUÉS*

RESUMEN: El Convenio OIT versa sobre las empresas agrícolas, trabajadores y empresas, así como la función de la inspección de trabajo de velar, informar y asesorar, así como de obtener el conocimiento de la legalidad reguladora sobre los sujetos afectados por el mismo, bajo la vigilancia de un organismo central, y con un propósito interactivo entre la administración, con amplias facultades para los inspectores y con un cumplimiento formal e informativo de sus actuaciones.

Palabras clave: Inspección de trabajo, agricultura, facultades, deberes, estados miembros.

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Empresa agrícola. 3. Estados Miembros. 4. La Inspección de Trabajo. 5. Igualdad de género. Cooperación. Medios. 6. Facultades y atribuciones de la Inspección. 7. Deberes de los inspectores. 8. Memoria e Informes. 9. La denuncia del Convenio. 10. Bibliografía.

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo en la Universidad Politécnica de Cartagena y Profesor Asociado de Seguridad Social en la Universidad de Murcia.

Labour Inspection (Agriculture) Convention 1969 (No. 129)

ABSTRACT: The ILO Convention deals with agricultural companies, workers and companies, as well as the function of labor inspection to ensure, inform and advise, as well as to obtain knowledge of the regulatory legality on the subjects affected by it, under the supervision of a central body, and with an interactive purpose among the administration, with broad powers for inspectors and with a formal and informative compliance with their actions.

Key Words: Labor Inspection, Farming, Powers, Member states.

1. Planteamiento

El Convenio objeto de comentario, ya en su preámbulo, expone que la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo, de acuerdo con los antecedentes de los convenios existentes sobre la inspección de trabajo de aplicación a la industria y al comercio, así como del también existente Convenio sobre plantaciones con cobertura limitada a las empresas agrícolas, procede a la elaboración del Convenio n.129 sobre la inspección de trabajo en la agricultura.

Seguidamente y siguiendo el itinerario marcado por su articulado procedemos a su comentario y análisis a fin de que se obtenga de forma ordenada y sistemática el conocimiento sobre su contenido. El valor de los convenios de la OIT ha sido recogido en numerosas publicaciones siendo objeto de estudio y análisis por la doctrina científica¹, y siendo defendidos por el Consejo Económico y Social Comunitario ya en 1989 en su Dictamen de 22/02/1989 sobre los derechos sociales fundamentales comunitarios.

Ha de resaltarse que el análisis del contenido de este convenio sigue vigente, pues aun habiendo una transformación en los procesos productivos, las vicisitudes y situaciones controvertidas mantienen plena vigencia a fecha actual, donde el cambio de técnicas en las labores agrarias como la motorización, la informatización en las tareas y ejecución de trabajos, y las programaciones de riego y otras ejecuciones auxiliares no han alejado del conflicto al sector agrario.

2. Empresa agrícola

El profesor Cavas Martínez² analiza en un estudio profundo, las relaciones laborales del personal asalariado en el sector agrícola, y de forma pormenorizada examina los sujetos de la relación laboral, así como la jornada, los salarios, los riesgos laborales, entonces seguridad e higiene, con especial análisis de la contratación de temporeros y fijos discontinuos. Es importante reseñar este estudio, de principios de 1990 pues es una materia, la de la agricultura y las relaciones laborales que no se abunda en la doctrina, pese a no estar ausente de conflictividad laboral.

Entrando en el análisis del Convenio es de destacar que se inicia con el

¹ M.E. CASAS BAAMONDE, *Relaciones Laborales*, 1996, n. 9, Quincena del 1 al 15 May., p. 62, tomo 1, Editorial LA LEY.

² F. CAVAS MARTÍNEZ, *Derecho del Trabajo y Contratación Laboral en la Agricultura*, Tesis Doctoral defendida Universidad de Murcia, TESEO.

artículo 1, precepto que procede a definir a la empresa agrícola a fin de circunscribir y acotar su ámbito de aplicación, para de seguido exponer y definir a la empresa agrícola como aquella que se dedique a cultivos, cría de ganado, silvicultura, horticultura, transformación primaria de productos agrícolas por el mismo productor, para incluir una cláusula de cierre incluyendo a cualquier otra forma de actividad agrícola.

Resulta interesante noticiar cómo se produce la inclusión de la cría de ganado, que hoy se podría insertar como actividad ganadera, y desde antiguo se entendía como una actividad económica de manejo y explotación de animales domesticables con fines productivos y de aprovechamiento, como la industria láctea, la carne, los huevos, o los cueros, la lana y la miel. Evidentemente la relación de la ganadería con la agricultura es de tiempo inmemorial, así el estiércol es utilizado como abono y los cultivos son el alimento para los animales, por cuanto existe una retroalimentación entre ambas.

Es obligada la explicación precedente, toda vez que el propio artículo 1 en su segundo inciso encomienda a la autoridad competente, que no define, la línea de demarcación entre la agricultura, y la industria y comercio, para concluir con otra cláusula de cierre por la que ninguna empresa agrícola quedará al margen del control de la inspección de trabajo, remitiendo nuevamente a la misma autoridad competente para resolver el ámbito de aplicación.

El artículo 2 establece una referencia sobre las disposiciones legales de aplicación para realizar una amplia inclusión, no sólo a la legislación, sino también los laudos arbitrales y contratos colectivo, encomendando la vigilancia y control de cumplimiento a los inspectores de trabajo que se instituyen como veladores del cumplimiento legal.

El artículo 3 encomienda a los Miembros de la OIT a mantener un sistema de inspección de trabajo en la agricultura en aras a mantener en vigor este Convenio de la OIT.

El artículo 4 es un precepto globalizador al incluir en el ámbito de aplicación a las empresas agrícolas que ocupen trabajadores asalariados o aprendices, sea cual fuere la forma de su remuneración, o la forma o duración del contrato; se procede por tanto a incorporar, dentro del ámbito de aplicación y control de la inspección, a todos los trabajadores sin distingo de formación o vinculación con la empresa. Se pretende, por el legislador, evitar a través de una redacción amplia, que bajo una fórmula inexistente en ese momento, pero posible en un futuro, existiera una situación fáctica que distrajera la aplicación de la norma por medio de cualquier forma de prestación de labor agrícola a través de personas o colectivos no recogidos de forma expresa en esta regulación.

Es importante reseñar que desde 2008 los comentarios de los expertos incluyen en el trabajo decente a este Convenio 129, tal y como reseña el Director de Investigación en el CNRS, - Centro Nacional de Investigación Científica de Francia, Universidad Montesquieu- Burdeos IV³, contando con esta inclusión del trabajo decente dentro de la estrategia de la OIT frente a los desafíos de globalización, sin que apareciera en la Constitución de la OIT de 1919, ni en la Declaración de Filadelfia de 1944.

3. Estado Miembro

El artículo 5 incluye las obligaciones de los estados Miembros en la ratificación del convenio y nuevamente se insiste en la extensión a la inspección de trabajo respecto a las empresas con trabajos en empresas agrícolas, procediendo a incluir a los arrendatarios aun sin mano de obra externa, aparceros o similares de trabajos agrícolas; y también a las empresas de economía colectiva, como las cooperativas, hoy también lo extenderíamos a las sociedades limitadas laborales; para finalizar su inclusión con los Miembros de la familia del productor, volviendo a dejar abierta la incorporación de cualesquier otra forma de explotación individual o colectiva, que se definiera por la legislación nacional. El precepto establece la potestad del Estado Miembro, una vez ratificado el Convenio, de poder comunicar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, una declaración para extender las categorías o personas antes citadas que no fueron incluidas en una declaración anterior, esto es, se habilita y posibilita la opción de ser revisados los sujetos/ datos afectados e informados una vez se produzcan modificaciones en la explotación agraria que inicialmente se declaró.

4. La Inspección de Trabajo

El artículo 6 establece el encargo al sistema de inspección de trabajo de realizar la supervisión y control vigilante en el cumplimiento de las condiciones de trabajo y de la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, con especial incidencia en jornada, horario, salario, vacaciones, descansos, y lo que entonces se denominaba seguridad higiene y bienestar, que en tiempos actuales denominaríamos riesgos

³ P. AUVERGNON, *Relaciones Laborales*, 2012, n. 15, año 28, Agosto 2012, p. 121, tomo II, Editorial WOLTERS KLUWER.

laborales y vigilancia de la salud. También establece la norma el control de cumplimiento sobre el empleo de menores y mujeres. El mismo precepto establece encargo a la inspección de trabajo de informar y asesorar a empleadores y trabajadores, así como a poner en conocimiento cualquier abuso no contemplado legalmente. Finalmente, el precepto refuerza la objetividad, autoridad, imparcialidad y libertad de actuación a los inspectores en el desarrollo de sus funciones.

Sobre el asesoramiento, del que más adelante exponemos el pronunciamiento de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, es evidente que éste ha de hacerse con criterios de objetividad, imparcialidad y sobre el trabajo encomendado impidiendo el asesoramiento externo.

El artículo 7 somete jerárquicamente a la inspección de trabajo sobre un organismo central, contemplando que pueda ser incluso a nivel federal, previendo que la labor inspectora pueda ser realizada por un órgano único especializado según condiciones de servicio o de actividad.

El artículo 8 establece y define la composición funcional del personal de la inspección de trabajo, contemplando expresamente la dignidad, estabilidad e independencia de los funcionarios como soporte de su objetividad; también facilita la inclusión de representantes y organizaciones empresariales.

El artículo 9 recoge la reserva de las condiciones para la contratación de los inspectores en función únicamente de las aptitudes del candidato, recordando que éstas serán determinadas por la autoridad competente; asimismo la norma contempla la obligatoriedad de la formación adecuada para el ejercicio de sus funciones.

La norma irroga también un abanico de facultades al inspector, el cual podrá obtener incluso ayuda de terceros para el ejercicio de sus funciones de control, y quedando facultado para realizar una observancia personal sobre abusos o irregularidades, e incluso notificar a las autoridades centrales estas anomalías y vulneraciones, en caso de que no se haya normado, ni legislado de forma concreta y/o correcta.

El incentivo de productividad del Inspector de Trabajo no se contempla expresamente en el Convenio si bien en la actualidad existen baremos que establecen un plus por expedientes, y por incoación o resolución de actuaciones, que no tienen por qué ser sanciones, práctica plausible dada la situación de estancamiento y ralentización derivada de la falta de recursos.

5. Igualdad de género. Cooperación. Medios

Sobre el tratamiento de discriminación positiva en favor de las mujeres se hace eco la profesora Durán y Lalaguna⁴, recordando los instrumentos jurídicos existentes, como el Convenio de la OIT sobre igualdad de remuneración, de 1952; el Convenio sobre los derechos políticos de las mujeres, de 1952; el Convenio sobre la nacionalidad de la mujer casada, de 1957; el Convenio de la UNESCO sobre la lucha contra las discriminaciones en la enseñanza, de 1960; el Convenio sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraerlo y el registro de los matrimonios, de 1962, esto es cuando entra en vigor el Convenio 129 que es objeto de este comentario, que es en 1972, incluso cuando se publica en 1969 ya existía protección sobre este tenor.

El Convenio 129 refuerza la situación de paridad, y ya en su artículo 10 establece la igualdad de elección entre inspectores e inspectoras fijando la no discriminación por razón de sexo para formar parte del cuerpo; si bien nada se menciona sobre la paridad.

En la actualidad las políticas de empleo y los observatorios de igualdad de género supervisan la igualdad retributiva, de funciones, de desarrollo de carrera profesional y de rotura de los denominados *ttechos de cristal* que bloquean el ascenso de las mujeres a las categorías de mando o de superior responsabilidad, jefaturas o direcciones que pueden alcanzar en igualdad de condiciones que lo hace el hombre.

La igualdad de género nos vuelve a llevar al trabajo decente, referenciando al profesor Gil y Gil⁵ que recuerda que la primera vez que el trabajo decente aparece en la memoria del Director General de la OIT, es en 1999, en la Conferencia Internacional del Trabajo, y hace que hoy se pueda defender el trabajo decente como un bien público, incluyéndolo dentro los cuatro bloques de los derechos en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social.

El artículo 11 encomienda a los Estados Miembros las medidas de expertos y técnicos cualificados para la colaboración en la resolución de problemas.

El artículo 12 encomienda a las autoridades competentes las medidas de cooperación entre la inspección de trabajo y los organismos oficiales e instituciones públicas.

El artículo 13, en la línea del anterior, realiza un mandato a la autoridad

⁴ P. DURÁN Y LALAGUNA, *Acciones positivas para las mujeres en las organizaciones internacionales*, edición n. 1, Editorial LA LEY, Madrid, Julio 2008.

⁵ J.L. GIL Y GIL, *Relaciones Laborales*, n. 15, Sección Monografías, Agosto 2012, año 28, p. 77, tomo II, Editorial WOLTERS KLUWER.

para la colaboración entre organismos, funcionarios, empleadores y trabajadores.

El artículo 14 prevé la necesidad de contar con número suficiente de inspectores y para ello establece un criterio en función del número de las empresas agrícolas, su categoría, y la complejidad de la labor desarrollada por éstas, así como de los medios humanos y materiales de los que disponga.

El artículo 15 encomienda a la autoridad la implantación de oficinas para los inspectores, en situación y número suficiente para desarrollar sus funciones, así como la de ser dotados con los medios de transportes necesarios y adecuados. De igual forma prevé se presupueste en cuantía económica suficiente la partida necesaria para sufragar gastos y/o desplazamientos en el desempeño de su cometido.

Todo este articulado, de contenido impecable, queda vacío si no se dota para su ejecución de la partida presupuestaria correspondiente, y no se revisa ni actualiza de forma debida, pues sin dotación económica resultará de imposible cumplimiento.

6. Facultades y atribuciones de la Inspección

El artículo 16 enumera las facultades del inspector de trabajo en el desempeño de su cometido habilitando la libre entrada a cualquier hora del día o noche y a cualquier lugar que pueda ser objeto de inspección; el precepto faculta al inspector a interrogar al personal, a los mandos, testigos o a cualquier persona que pudiera informar de forma relevante; así como también le habilita a realizar requerimiento de libros, registros o cualquier documento necesario que se encuentre en el lugar o que sea necesario y tenga relación con la actividad, permitiendo expresamente la obtención de copias de documentos, muestras de productos o substancias. Es frecuente que al Inspector se le impida la entrada por el empresario, o se le requiera una orden para entrar al domicilio empresarial, si bien el hecho más común es la huida corriendo de trabajadores al identificarse el inspector, o en ocasiones el falseamiento de datos, hacerse pasar por otro trabajador, y todo normalmente por ser trabajadores los que prestan servicios sin dar de alta, o extranjeros irregulares, o perceptores de prestaciones públicas, etc., circunstancias todas que hacen que el trabajador intente la elusión del control inspector con la grave repercusión sancionadora con la empresa.

Finalmente, el precepto impide la entrada a domicilio privado si no se cuenta con la autorización o consentimiento del morador o una

habilitación de la autoridad; en todo caso el inspector notificará su presencia al empleador y a sus trabajadores sin entorpecer la labor de éstos, pero informando de su actuación.

El artículo 17 establece que los servicios de inspección del trabajo en la agricultura participarán de forma preventiva en las facultades que se le encomienden en la apertura de nuevas instalaciones, o introducción de nuevas materias o substancias que puedan afectar a la salud o la seguridad poniéndola en peligro.

El artículo 18, en la línea del anterior artículo, faculta a los empresarios a tomar medidas para eliminación de defectos de montaje en la instalación de las empresas agrícolas que puedan constituir un peligro para la salud o la seguridad; a tal fin, se facilita a los inspectores a realizar requerimientos sobre modificaciones en las instalaciones, maquinaria, herramientas, debiendo ser trasladadas al empleador y los representantes de los trabajadores, pudiendo la inspección incluso adoptar medidas de paralización de la actividad productiva en caso de peligro o riesgo para la salud o seguridad de las personas.

El artículo 19 establece la obligatoriedad de notificar a la inspección de trabajo las denominadas contingencias profesionales, accidente de trabajo y enfermedad profesional, con especial incidencia, a las graves, y las mortales y/o con varias personas afectadas. Recordemos que esta obligatoriedad de notificación urgente sobre siniestros graves o muy graves con resultado de muerte existe en la propia normativa de los Estados Miembros. En la práctica los siniestros con resultado de hospitalización grave o fallecimiento, son difícilmente eludibles por el impacto que produce y la necesidad inmediata de socorro sanitario, no ocurre así, en los menos graves que son frecuentes habituales y muchas veces ocultados, donde se realiza un teatrillo impropio de la seriedad que deben presidir las relaciones laborales, y derivando el siniestro a las contingencias comunes.

Tal y como refiere el profesor Rodríguez Piñero⁶, el Estudio general de la Comisión de Expertos pone en relación la obligación de este Convenio 129 y el número 81, y destaca la dificultad de buscar un equilibrio entre las funciones de la inspección de trabajo y la de prevención y asesoramiento, noticiando que para la Comisión la situación predominante debe ser la de la imposición de sanciones apropiadas dentro de las estrategias de naturaleza correctiva, sin por ello restar importancia a la orientación e información, esto es, prevención con todos los niveles de formación.

⁶ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Relaciones Laborales*, n.º 12, año XXV, Quincena del 23 Jun. al 8 Jul. 2009, p. 133, tomo 1, Editorial WOLTERS KLUWER.

Respecto al asesoramiento, como no podía ser de otra forma, se trata de un asesoramiento objetivo, desinteresado y dentro de las funciones y competencias del órgano inspector, y en este sentido recabar la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo⁷, quien resolvió el procedimiento contra el Inspector de Trabajo, por negociaciones prohibidas en el desarrollo de su trabajo, toda vez que éste realizaba una actividad de asesoramiento bajo dependencia de una entidad privada, incurriendo por esta circunstancia, asesoramiento profesional, en el delito especial propio y de simple actividad. El hecho probado es el asesoramiento a empresa privada que es inspeccionada por otros funcionarios inspectores de la misma localidad, en la que el inspector acusado realizaba labores de asesoramiento a fin de que por la empresa se pudiera hacer frente a la inspección que estaba siendo objeto, actuando por tanto fuera de las normas que regulan la actividad del cuerpo al que pertenecía. Es importante resaltar que las labores de asesoramiento, que realizan los inspectores de trabajo, las tienen encomendadas en función del ejercicio de su actuación inspectora, sin que pueda utilizarse su conocimiento para suponer un contrapeso a la inspección o contrarrestar lo que ésta pedía, es decir, no podrá asesorar sobre un expediente de terceros para hacer ineficaz la labora que precisamente se le encomienda. Conviene recordar que rara vez se produce asesoramiento en expedientes propios por los inspectores de trabajo, que más allá de reconducir situaciones con advertencias o consejos, proceden a recoger las irregularidades para sancionarlas.

7. Deberes de los inspectores

El artículo 20 establece con abstracción de la regulación propia nacional, las obligaciones deontológicas que hoy serían objeto de abstención y/o recusación, esto es, prohíbe a los inspectores de trabajo, que puedan tener interés directo o indirecto en las empresas que estén bajo su vigilancia; se les obliga al secreto profesional, bajo sanción disciplinaria, que deberán mantener incluso tras el cese de su servicio activo; se les impone un deber de confidencialidad tanto del trabajo como de las denuncias sobre quejas o anomalías en los trabajos o métodos, sin que puedan revelar al empleador o representante de los trabajadores el origen de la visita de inspección.

El artículo 21 realiza un llamamiento a la inspección frecuente y

⁷ Sentencia TS Sala Segunda n.484/2008. Recurso Casación 2017/2007.

respetuosa, sobre las empresas agrícolas; obsérvese que se hace un llamamiento a la persistencia, eso sí con educación y sin entorpecer, pero acción reiterada.

El artículo 22 contempla que la vulneración o descuido de observancia de legalidad por las personas que tengan conocimiento de los asuntos que velan los inspectores de trabajo se someterán a un procedimiento, sin previo aviso, judicial o administrativo; se está refiriendo a personas conexas a la labor inspectora y con conocimiento de ésta.

El artículo 23 establece el supuesto en que por el inspector no pueda iniciarse el procedimiento, éstos trasladarán a la autoridad competente su informe para que por ésta se incoe.

El artículo 24 encomienda a la legislación nacional las sanciones adecuadas para el supuesto de vulneración de disposiciones legales objeto de control por los inspectores de trabajo en la agricultura, así como la obstrucción a éstos en su labor.

El Convenio silencia las deseables funciones de conciliación a fin de encomendar de forma negociada la resolución de conflictos, de forma no coercitiva. La inexistencia de esta labor de conciliación persiste en la práctica actual donde lo común es la ausencia de requerimiento o apercibimiento en cuestiones subsanables, estando más por el ejercicio sancionador y punitivo, que por el informativo. El carácter punitivo para el cumplimiento de la legalidad, produce un efecto recaudador indudable, y a la postre para es más provechoso para la administración, tal y como afirma el profesor Montoya⁸; si bien se ha de insistir, como con acierto advierte el profesor Gámez Orea⁹, que la atribución a los inspectores de advertir y aconsejar o recomendar un procedimiento ya se establecía en el art.17.2 del Convenio 81 de la OIT, si bien no es la más frecuente de sus actuaciones siendo de uso muy reducido para cuestiones menores o insignificantes.

Una vez más procede reiterar que la llamada de advertencia sigue siendo una situación de excepcionalidad, sobre todo en el procedimiento sancionador, en este sentido la sentencia del TSJ de Andalucía¹⁰ de 08/05/2008 establece su fundamentación en la previsión del Convenio 129 de la OIT, también lo hace en el art.81, para afirmar que la función de advertencia de la actuación inspectora es excepcional, y que no puede suponer un desplazamiento de carga o responsabilidad al inspector que

⁸ A. MONTOYA MELGAR, *Relaciones Laborales*, 1986, p. 90, tomo 2, Editorial LA LEY.

⁹ M. GÁMEZ OREA, *La fiscalización administrativa no sancionadora de las condiciones de seguridad y salud laborales*, en *Actualidad Laboral, Sección Doctrina*, 1998, Ref. XVII, p. 239, tomo 1, Editorial LA LEY.

¹⁰ STSJ Andalucía. Sevilla. Contencioso n. 481/2008. Recurso 292/2007.

requiere una cumplimentación en un determinado plazo, razonando que la facultad de la Inspección para que voluntariamente se adopten medidas correctoras no puede suponer en ningún caso una exención de responsabilidad o patente que permita sin plazo la inseguridad.

El Inspector de Trabajo, entre sus deberes, cuenta con el de realizar no sólo con la diligencia debida su trabajo, sino con minuciosidad en cada una de sus actuaciones, así se les obliga a que refleje en el desarrollo de sus funciones los datos, domicilio, actividad, de la persona o empresa objeto de su visita. Deberá obtener su relato de hechos comprobados personalmente, con expresión de los elementos relevantes a efectos de la correcta tipificación, eludiendo en su recogida de datos conjeturas o conclusiones sobre hechos no constatados personalmente.

Dado que las actuaciones inspectoras gozan naturaleza de documento público, así como de presunción de certeza, se requiere a que refleje los hechos y circunstancias de constatación personal, toda vez que la presunción de veracidad de la que goza se deriva de la imparcialidad y especialización que se le atribuye, sin que dicha circunstancia sea contraria a la presunción de inocencia, tal y como ha entendido el Tribunal Constitucional¹¹.

8. Memoria e Informes

El artículo 25 regula el trabajo administrativo de la inspección obligando a los inspectores a presentar informes periódicos de sus actividades en la agricultura, remitiéndolos a la autoridad central y debiendo realizarse con un tope máximo de un año siendo este el intervalo entre informes.

El artículo 26, y al hilo de lo establecido anteriormente, regula la generación de un informe anual con los servicios realizados, informe anual que se remitirá a la Dirección General de la OIT.

El artículo 27 incorpora las cuestiones a incluir en el informe como legislación; personal al servicio; estadística de empresas; estadística de visitas; estadística de infracciones y sanciones; estadística de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

El artículo 28 establece, tal y como hacia el artículo 26 la comunicación y registro al Director General de la Oficina de la OIT.

El artículo 29 extiende la obligación de cumplimiento del Convenio a los Miembros de la OIT, cuyas ratificaciones se hayan registrado por la Dirección General, estableciendo también la entrada en vigor a los doce

¹¹ Ss. TC 241/1993 de 18/11.TC 90/1994 de 17/03.

meses después de registrada la ratificación.

En la práctica el trabajo administrativo que sobrecarga a los inspectores, no siempre dotados de personal suficiente para esta labor, resta eficacia a la labor diaria que debe realizarse fuera de los despachos donde su presencia debe ser la imprescindible de organización propia.

9. La denuncia del Convenio

El artículo 30 establece la denuncia del Convenio por el Miembro que haya ratificado cuando hayan transcurrido diez años, surtiendo efectos la misma un año después de la fecha del registro. Asimismo, el Miembro que haya ratificado, y no haga uso de la denuncia, quedará obligado por un nuevo período de diez años.

El artículo 31 recoge la notificación por el Director General de la OIT a todos los Miembros de las ratificaciones, declaraciones y denuncias que hayan tenido lugar, así como de la notificación de la segunda ratificación.

El artículo 32 establece una nueva notificación del Director General de la OIT, esta vez al Secretario General de las Naciones Unidas.

El artículo 33 faculta al Consejo de Administración de la OIT la presentación a la Conferencia de una memoria de aplicación del Convenio.

El artículo 34 advierte de la necesidad de ratificación en caso de que la Conferencia adoptara un nuevo convenio, que revisara total o parcialmente éste, requiriendo el precepto que dicha ratificación se realice por un Miembro; en este caso, y produciéndose por tanto la denuncia del convenio hasta ahora aplicado, tal y como se exponía en el artículo 30, siempre que el novedoso convenio hubiera entrado en vigor, se seguirá aplicando el anterior hasta que se produjera la ratificación del convenio postrero.

10. Bibliografía

AUVERGNON P., *Relaciones Laborales*, 2012, n. 15, p. 121, tomo II, Editorial WOLTERS KLUWER

CASAS BAAMONDE, M.E., *Relaciones Laborales*, Quincena del 1 al 15 May. 1996, n. 9, p. 62, tomo I, Editorial LA LEY

CONDE MARTIN DE HIJAS V., *El control administrativo y judicial del cumplimiento del convenio colectivo*, en *Actualidad Laboral*, 1991, Ref. XLIX, p. 583, tomo 3, Editorial LA LEY

DURÁN Y LALAGUNA P., *Acciones positivas para las mujeres en las organizaciones internacionales*, edición n. 1, Editorial LA LEY, Madrid, Julio 2008

ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *El nuevo marco legal de la potestad sancionadora de la Administración en el orden social*, en *Relaciones Laborales*, 1988, p. 325, tomo I, Editorial LA LEY

GIL Y GIL JL., *Relaciones Laborales*, n. 15, Sección Monografías, agosto 2012, año 28, p. 77, tomo II, Editorial WOLTERS KLUWER

GÓMEZ OREA M., *Actas de advertencia-requerimientos y órdenes de la inspección de trabajo*, en *Actualidad Laboral*, 1993, Ref. LII, p. 787, tomo 3, Editorial LA LEY

GÁMEZ OREA M., *La fiscalización administrativa no sancionadora de las condiciones de seguridad y salud laborales*, en *Actualidad Laboral, Sección Doctrina*, 1998, Ref. XVII, pág. 239, tomo 1, Editorial LA LEY

MONTOYA MELGAR A., *La Inspección de Trabajo y el control del cumplimiento de los convenios colectivos*, en *Relaciones Laborales*, 1985, p. 170, tomo 1, Editorial LA LEY

MONTOYA MELGAR A., *Relaciones Laborales*, 1986, p. 90, tomo 2, Editorial LA LEY

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., *Relaciones Laborales*, n. 12, año XXV, Quincena del 23 Jun. al 8 Jul. 2009, p. 133, tomo 1, Editorial WOLTERS KLUWER

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo) 1976 (núm. 144)

María Elisa CUADROS GARRIDO*

RESUMEN: El tripartismo es un principio básico de la OIT de organización de las relaciones laborales, que ha sido clave desde sus orígenes y constituye uno de sus mayores aciertos. La OIT desde hace años tiende a lo que se ha venido a denominar la jerarquización de los convenios a través de la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo por medio de la campaña de ratificación de los convenios fundamentales y de gobernanza. El Convenio n. 144 sobre la consulta tripartita, de 1976, como convenio de gobernanza, se considera un instrumento prioritario por su importancia para el funcionamiento de las normas internacionales del trabajo. Dentro de tal política durante el año 2019, ha pretendido que el Convenio n. 144 alcance la integridad de ratificaciones de los Estados miembro. La realidad es que se ha logrado un 78% de ratificaciones por lo que es del todo presumible que no se consiga finalmente tal objetivo. Por ello se invita a la reflexión la conveniencia de reconducir la situación a través de otros instrumentos vinculados.

Palabras clave: Tripartismo, convenio gobernanza, ratificación universal.

SUMARIO: 1. Evolución del tripartismo en la OIT. 2. Contenido del Convenio. 2.1. Ámbito de aplicación y definiciones. 2.2. Derechos y obligaciones. 2.3. Medios y métodos de aplicación y de control. 2.4. Disposiciones adicionales. 3. La llamada al diálogo social. 4. Reflexiones conclusivas. 5. Bibliografía.

* Profesora ayudante doctor, Derecho del Trabajo, Universidad de Murcia.

Tripartite Consultation (International Labour Standards) Convention 1976 (No. 144)

ABSTRACT: Tripartism is a basic principle of the ILO for the organization of labour relations, which has been key since its origins and constitutes one of its greatest successes. The ILO has for years tended to what has come to be called the hierarchy of conventions through the promotion of fundamental principles and rights at work through the campaign of ratification of fundamental and governance conventions. Convention No. 144 on the tripartite consultation of 1976, as a governance agreement, is considered a priority instrument because of its importance for the operation of international labour standards. Within this policy during the year 2019, it has claimed that Convention No. 144 achieve the integrity of ratifications of the Member States. The reality is that 78% ratifications have been achieved, so it is entirely presumable that such an objective is not finally achieved. Therefore, the convenience of redirecting the situation through other related instruments is invited to reflection.

Key Words: Tripartism, governance convention, universal ratification.

1. Evolución del tripartismo en la OIT

Uno de los grandes aciertos de la OIT se encuentra en su composición, integrada por representaciones gubernamentales y por los agentes sociales¹. Es un principio básico de la OIT de organización de las relaciones laborales, es el tripartismo² que ha sido clave desde sus orígenes³, ya que la referencia expresa al término se encuentra en el propio Tratado Constitutivo de la Organización Internacional del Trabajo⁴. Asimismo, es un elemento diferenciador *sui generis*, ya que la promoción de un modelo social de tripartito de progreso social constituye uno de los aspectos que sustanciales característicos de la OIT que la diferencia de otras organizaciones internacionales⁵.

Con la llamada *Declaración de Filadelfia*⁶, tras la Segunda Guerra Mundial, la OIT se consolida como el organismo internacional por autonomía, mediante la cual se reunieron los delegados de los 41 estados miembros, que reafirmaron los principios fundamentales sobre los cuales estaba basada la OIT, y ampliaron su campo de acción estableciendo las bases de

¹ Las razones que confluyeron en la génesis y creación de la OIT (humanitarias o filantrópicas, estratégicas o políticas, económicas o productivas, técnicas o jurídicas) sirven para respaldar su actual existencia. En el caso de que no existiera este organismo probablemente habría que erigirlo y ponerlo en marcha *Vid.* A.V. SEMPLER NAVARRO, *Sobre la OIT y su acción normativa*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2002, n. 15.

² En puridad es inexacto utilizar el término tripartismo ya que el número de concurrentes no es similar para cada uno de los tres estamentos. Pero el uso es del todo generalizado en esta materia.

³ A diferencia de los movimientos revolucionarios de principios del siglo XX, la OIT apostó por reunir a los trabajadores, empresarios y gobiernos a nivel internacional, no para confrontarlos, sino para unirlos en la búsqueda de principios comunes que redundaran en beneficio de la colectividad. *Vid.* J.L. GIL Y GIL, *Globalización y empleo: Propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2014, n. 11.

⁴ Art. 393, parte XIII, del Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919, que recoge que la Oficina Internacional del Trabajo estará compuesta por un consejo de administración de 24 personas, de las cuales 12 representarán a los gobiernos, seis a los patrones y seis a los empleados.

⁵ J.L. GIL Y GIL, *La dimensión social de la globalización en los instrumentos de la OIT*, en [esta Revista](#), 2017, vol. 5, n. 1.

⁶ La Conferencia General de la OIT, congregada en Filadelfia en su vigésima sexta reunión, aprobó la mencionada Declaración el 10 de mayo de 1944. En 1946 la Declaración de Filadelfia se anexó a la Constitución de la OIT y desde entonces ha servido de inspiración a otros instrumentos internacionales, sirva de ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

un *nuevo contrato social*⁷. A partir de este momento, en la postguerra mundial se inicia una segunda etapa en la OIT, en la que nacieron los convenios más relevantes⁸.

Con respecto a la materia que nos ocupa, en la *Declaración de Filadelfia*, se insistió en que se debía procurar alcanzar la gobernanza mediante un régimen tripartito el que los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, debían participar en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común.

Dentro de esta segunda etapa se adoptaron importantes normas internacionales del trabajo para fomentar el tripartismo con el objetivo de promover el diálogo entre los gobiernos, los representantes de los empleadores y los representantes de los trabajadores, a saber, la Recomendación sobre la consulta (ramas de actividad económica y ámbito nacional), 1960 (núm. 113)⁹, el Convenio sobre la consulta tripartita 1976,

⁷ Mediante el contrato social, se dignifica el trabajo humano ya que no puede ser considerado algo meramente material, se afirma que la lucha contra la necesidad merece un esfuerzo internacional. En lo que luego se conoce como el Espíritu de Filadelfia, se enumeraron cuatro principios fundamentales sobre la dignidad humana: 1) el trabajo no es una mercancía; 2) la libertad de expresión y de asociación son esenciales; 3) la pobreza en cualquier lugar constituye un peligro para la prosperidad en cualquier parte del mundo; 4) la guerra contra las carencias se debe desatar con vigor implacable. Cabe destacar en aquel momento el papel protagonista e inspirador de Estados Unidos *a la cabeza* de la OIT, recogían la expresión del presidente Franklin D. Roosevelt *freedom from want* que sirvió para legislar por primera vez en materia de seguridad social en el país americano. El *Discurso de las Cuatro Libertades* (*Four Freedoms speech*) fue pronunciado por Roosevelt cuando se dirigía al Congreso en el debate del Estado de la Unión el 6 de enero de 1941 (el discurso pretendía preparar al país para intervenir en la Segunda Guerra Mundial definiendo las metas ideológicas del inminente conflicto contra los estados totalitarios). El *Discurso de las Cuatro Libertades*, sintetizó las libertades humanas fundamentales: libertad de expresión (*freedom of speech*), libertad de culto o creencias (*freedom of worship*), libertad de vivir sin penuria (*freedom from want*) y libertad de vivir sin miedo (*freedom from fear*). Las dos primeras libertades, estaban ya recogidas en la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, la tercera y la cuarta supusieron una novedad, pues implicaban la apertura a los derechos sociales y económicos. A parte de ser determinantes para la *Declaración de Filadelfia*, las cuatro libertades, fueron el pilar que dio lugar a la Declaración de Derechos Humanos de 1948 y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, por ejemplo.

⁸ Se sitúan tras cinco de los ocho convenios fundamentales que son los siguientes: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105) Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

⁹ Instrumento aprobado en Ginebra por el pleno de la Conferencia General de la OIT el

(núm. 144)¹⁰ y la Recomendación sobre la consulta tripartita (actividades de la OIT), 1976 (núm. 152)¹¹.

Posteriormente podemos hablar de una tercera etapa en la OIT caracterizada por la *jerarquización de los convenios*, que se produce a partir de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo de 1998¹² y que consiste en priorizar la ratificación de algunos convenios sobre otros; la OIT considera como un objetivo prioritario la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo a través de la campaña de ratificación de los convenios fundamentales, los convenios de gobernanza y convenios técnicos. Tal interés no consiste en establecer jerarquía formal, sino en marcar ciertas pautas de aproximación a los estándares mínimos¹³, dejando la mayor parte de instrumentos normativos a la consideración de segundo nivel como convenios ordinarios¹⁴.

Respecto a la jerarquización de los convenios cabe resaltar dos aspectos esenciales: por un lado, unos principios reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización¹⁵, todos los miembros, aunque no hayan reconocido los convenios calificados como fundamentales tienen el compromiso que deriva de su mera pertenencia a la OIT de respetar, promover y hacer realidad de buena fe y de conformidad con la constitución de la OIT los principios a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios¹⁶; por otro lado, una estructuración en

20 de junio de 1960, en la 44^a Reunión.

¹⁰ Aprobado en Ginebra por el pleno de la Conferencia General de la OIT el 21 de junio de 1976, en la 61^a Reunión.

¹¹ Instrumento aprobado en Ginebra por el pleno de la Conferencia General de la OIT el 21 de junio de 1976, en la 61^a Reunión. La Recomendación núm. 152, proporciona orientaciones complementarias al Convenio, a saber: creación de una comisión específicamente encargada de los asuntos relacionados con las actividades de la OIT; intermediación de un organismo con competencia general en el ámbito económico, social o laboral; intermediación de varios organismos especialmente encargados de materias específicas, etc.

¹² OIT, *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86^a Reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998.

¹³ T. USHAKOVA, *La cooperación de las organizaciones internacionales para la promoción de los estándares laborales en el contexto de la crisis: el papel de la OIT*, en *Revista de Información Laboral*, 2014, n. 4.

¹⁴ A. OJEDA AVILÉS, *Del mundialismo a la globalización. Un balance de los Convenios OIT y su proyección futura*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2019, n. 434, p. 32.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ 1) libertad de asociación y libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; 2) eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; 3) la abolición efectiva del trabajo infantil; 4) la eliminación de la

vertical de los Convenios que lleva a promocionar los convenios fundamentales, los convenios de gobernanza y convenios técnicos sobre el resto de convenios ordinarios¹⁷.

El Convenio 144 sobre consultas tripartitas para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo está catalogado desde la *Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, de 2008*¹⁸ como convenio de gobernanza¹⁹ por parte del consejo de Administración de la OIT, por considerarse un instrumento prioritario por su importancia para el funcionamiento de las normas internacionales del trabajo.

El diálogo social se erige así en un instrumento clave de la “gobernanza” o coparticipación en ámbitos socio-laborales, y se vincula, no solamente con la ampliación de los cauces de participación ciudadana en lo “público”, sino como un instrumento de mejora de la productividad y de competitivas de las economía, propiciando un reparto de la riqueza más equitativo (instrumento para el diseño e implementación de políticas sociales redistributivas). Los procesos de globalización también reclaman de instrumentos de consenso social para abordar la reestructuración permanente de los mercados y por ende, de las organizaciones

discriminación en materia de empleo y ocupación. *Vid.* J.F. LOUSADA AROCHENA, R.P. RON LATAS, *La integración del trabajo decente de la organización internacional del trabajo dentro de los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas (agenda 2030)*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, n. 211.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Esta declaración señala que el Convenio núm. 144 es uno de los cuatro instrumentos que más importancia reviste desde el punto de vista de la gobernanza, dentro de la rúbrica II Acción por parte de la Organización para prestar asistencia a sus Miembros , en el apartado sobre Administración, recursos y relaciones exteriores, A, vi), el Anexo sobre el seguimiento de la Declaración de 2008 indica que las medidas que adopte la OIT deberían tener en cuenta la necesidad de velar por «la elaboración, actualización y promoción de la lista de normas que revistan mayor importancia en relación con la gobernanza».

¹⁹ Los otros convenios de gobernanza de la OIT son el Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), el Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122), y el Convenio la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129). Los convenios de gobernanza preceden al resto de instrumentos técnicos y se sitúan tras los ocho convenios fundamentales que son los siguientes: Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), y Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182).

productivas²⁰.

En el Plan de acción (2010-2016)²¹ para la ratificación generalizada y la aplicación efectiva de los convenios de gobernanza la OIT indica que «la promoción constante del trabajo decente²²] requiere crear potencial e instituciones nacionales capaces de promover el empleo, amén de fortalecer los sistemas nacionales a fin de garantizar el cumplimiento de las normas del trabajo, en particular mediante la inspección del trabajo y consultas tripartitas».

Por otro lado, cabe destacar que el Plan de Acción adoptado por el Consejo de Administración de la OIT en octubre de 2013²³ incluye el Convenio núm. 144 en la lista de normas internacionales del trabajo que debe promover la Oficina.

También merece destacarse, la [Resolución sobre el avance de la justicia social mediante el trabajo decente](#)²⁴, adoptada en la reunión de 2016 de la Conferencia Internacional del Trabajo, que exhorta a los Estados Miembros a «intensificar las acciones con miras a lograr la ratificación y aplicación progresiva de los convenios fundamentales y de gobernanza».

La [Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social](#) (Declaración sobre las Empresas Multinacionales) de la OIT, revisada por el Consejo de Administración de la OIT en marzo de 2017, pretendió alentar a los países a que designaran puntos focales nacionales sobre una base tripartita (conforme a la orientación que proporciona el

²⁰ J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *La integración del diálogo social en la Administración del Trabajo (la perspectiva del Derecho Internacional del Trabajo)*, en *Temas Laborales*, 2010, n. 105, pp. 88-89.

²¹ Adoptado por el Consejo de Administración de la OIT en su 306^a Sesión (noviembre 2009).

²² El trabajo decente según la OIT significa trabajo con contrato, salario digno, protección social básica y derechos sindicales, incluido el dialogo social. *Vid.* S. MORÁN BLANCO, *El trabajo decente en la UE: políticas y normas*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, n. 206.

²³ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Hacia una ratificación universal del Convenio no. 144 sobre la consulta tripartita para el Centenario de la OIT en 2019](#).

²⁴ La Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, adoptada por unanimidad en la reunión de 2008 de la Conferencia Internacional del Trabajo, institucionaliza el concepto de *trabajo decente* desarrollado por la OIT desde 1999, y lo realza como piedra angular de las políticas de la organización para alcanzar sus objetivos constitucionales. *Vid.* J.L. GIL Y GIL, *Globalización y empleo: Propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible*, cit. El término trabajo decente «busca agrupar bajo un paraguas todos los elementos de un desarrollo económico y social armónico, del cual las reglas las reglas laborales protectoras son componente esencial. Decente significa actuar de modo conveniente y apropiado: conviene proteger el trabajo, tomando debidamente en cuenta los intereses de las empresas y la economía en general». *Vid.* J.M. SERVAIS, *El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica*, en *Relaciones Laborales*, 2012, n. 15-18, p. 145.

Convenio núm. 144) para promover la aplicación de la Declaración sobre las Empresas Multinacionales y sus principios, cuando se considerara oportuno en el contexto nacional.

2. Contenido del Convenio

El Convenio núm. 144 ofrece orientaciones a los Estados Miembros sobre cómo asegurar consultas tripartitas efectivas respecto a las normas internacionales del trabajo y otras actividades relacionadas con la OIT.

Ya en el año 1976 Giménez Chornet, señaló que el Convenio núm. 144, suponía una innovación al extender al plano nacional el principio del tripartidismo, reconociendo y potenciando el papel de las organizaciones representativas, exigiendo la necesidad de poner en práctica procedimientos que aseguraran consultas efectivas entre los clásicos partenaire sociales con la suficiente flexibilidad para determinar la naturaleza y forma de dichos procedimientos en cada país en función de la práctica nacional²⁵.

2.1. Ámbito de aplicación y definiciones

En esta primera parte del Convenio se especifican el tema objeto del instrumento y se realizan algunas definiciones pertinentes:

- el artículo 1 define qué se entiende por el concepto organizaciones más representativas que se considera que son las formadas por empleadores y trabajadores, que sean independientes, es decir, que gocen del derecho a la libertad sindical y de asociación. La elección de quién forma parte de tales organizaciones es discrecional por parte de cada Estado que deberá llevar a cabo tal selección conforme a las reglas de la buena fe. Una vez elegida la organización corresponde a ella misma elegir libremente la persona que la representará en las consultas;
- el artículo 2.1 delimita lo que supone por parte de un país el hecho de ratificar el Convenio 144, ello implica poner en práctica consultas tripartitas sobre determinadas materias especificadas en el art. 5.1 del Convenio.

Además, figura una disposición que autoriza a los Estados Miembros a especificar el alcance de las obligaciones que asumirán cuando ratifiquen el

²⁵ E. GIMÉNEZ CHORNET, *Una nueva dimensión del tripartidismo. El convenio núm. 144 y la Recomendación núm. 152 de la O.I.T.*, en *Revista de Trabajo*, 1976, n. 53, pp. 5-8.

instrumento²⁶.

2.2. Derechos y obligaciones

Esta segunda parte es el núcleo duro pues en ella reside el contenido fundamental del convenio.

En primer lugar, los derechos del tripartito, se encuentran regulados en el artículo 3 que recoge la forma de elegir a los representantes de los empleadores y de los trabajadores que serán elegidos libremente por sus organizaciones representativas (3.1) y de manera igualitaria (3.2). Tales principios de libertad e igualdad constituyen unos de los aspectos fundamentales del Convenio. Cabe matizar que la igualdad que se predica no es numérica, sino que lo que se quiere decir es que ha de otorgarse igual importancia a los puntos de vista de cada una de las partes empleados y empresarios.

Seguidamente, el art. 4.1 especifica que la autoridad competente será responsable de los servicios administrativos de apoyo a los procedimientos previstos en el Convenio. El art. 4.2 recoge que celebrarán acuerdos entre la autoridad competente y las organizaciones representativas, para financiar la formación que puedan necesitar los participantes en estos procedimientos.

A continuación, el artículo 5 del convenio regula otro aspecto fundamental que es el contenido de los temas que pueden ser objeto de consultas por parte de las autoridades competentes de los Estados Miembros. Generalmente la finalidad de la consulta será el logro de un consenso, pero si no se obtiene se oirán todas las opiniones, y en última instancia es el gobierno de cada Estado quien tomará la decisión si no hay acuerdo. Las organizaciones de empleadores y trabajadores tampoco están obligadas a acatar lo que considere su gobierno, pueden hacer llegar sus opiniones disidentes a la OIT. El art. 5 recoge cinco temas que son las siguientes normas internacionales:

- los puntos del orden del día de la Conferencia de la OIT²⁷;

²⁶ El trámite para llevar a cabo dicha ratificación se llevará a cabo por parte de cada país en virtud de lo que especifique su regulación interna; *vid. art. 1.2*: «La naturaleza y la forma de los procedimientos a que se refiere el párrafo 1 de este artículo deberán determinarse en cada país de acuerdo con la práctica nacional, después de haber consultado a las organizaciones representativas, siempre que tales organizaciones existan y donde tales procedimientos aún no hayan sido establecidos».

²⁷ Las reglas aplicables en relación con el orden del día de las reuniones de la Conferencia Internacional del Trabajo se recogen en la Constitución de la OIT, el Reglamento de la

- la presentación a las autoridades nacionales de los nuevos convenios y recomendaciones adoptados por la OIT, para que su eventual ratificación y/o aplicación²⁸;
- el nuevo examen de convenios no ratificados y de recomendaciones a las que no se haya dado aún efecto para promover su ratificación y/o su aplicación²⁹;
- las memorias que han de presentarse a la OIT sobre los convenios ratificados³⁰;
- las propuestas de denuncia de convenios ratificados³¹.

Aún cuando el Convenio núm. 144 exige la celebración de consultas sobre los temas arriba descritos, la Recomendación núm. 152 propone otros temas relacionados con las actividades de la OIT que también podrían ser objeto de consultas, estos temas internacionales que son los siguientes:

- las actividades de cooperación técnica de la OIT;
- las resoluciones y conclusiones de las conferencias y otras reuniones de la OIT;
- la promoción de un mejor conocimiento de las actividades de la OIT.

La introducción de procedimientos para garantizar la celebración de consultas con efectos es uno de los aspectos esenciales del Convenio y tal práctica ha de concretarse de acuerdo con lo regulado en cada país conforme a su normativa interna.

En consecuencia, se otorga una amplia libertad a los gobiernos para determinar las formas de consulta que consideren más oportunas, en concierto con las organizaciones de empleadores y de trabajadores ya que no se requiere ningún mecanismo institucional específico³². Dada esa

Conferencia Internacional del Trabajo y el Reglamento del Consejo de Administración. El orden del día de las reuniones de la Conferencia consta de puntos inscritos de oficio y de puntos técnicos. *Vid.* OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo](#), Consejo de Administración, 334^a Reunión, 2018, GB.334/INS/2/1.

²⁸ Este requisito presente la Constitución de la OIT, debe cumplirse previa consulta de organizaciones de empleadores y de trabajadores.

²⁹ El nuevo examen ha de llevarse a cabo a intervalos adecuados, que se determinarán en base a la práctica nacional de cada Estado Miembro.

³⁰ Al ratificar un convenio los Estados asumen la obligación de presentar informes periódicos o memorias sobre su aplicación en la legislación y en la práctica.

³¹ Antes de proceder a la determinación de denunciar un convenio es conveniente que el Gobierno del Estado miembro celebre consultas con las organizaciones representativas.

³² Las posibilidades son múltiples, sirvan de ejemplo, una comisión *ad hoc* para ocuparse de las actividades de la OIT, una entidad con competencias generales en los campos económico, social o laboral, comunicaciones por escrito, o comisiones y reuniones especiales. Las consultas suelen llevarse a cabo en un marco institucional y la forma más extendida de procedimiento de consulta institucional se practica en los organismos

amplia flexibilidad:

- los procedimientos pueden ser modificados por los gobiernos, previa celebración de consultas eficaces con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores;
- cualquiera de las partes puede solicitar que se examinen los procedimientos de celebración de consulta;
- la frecuencia con la que suelen establecerse las consultas es de un año y en ellas no es preciso que se traten los cinco aspectos analizados anteriormente, el aspecto más frecuente que se suele tratar versa sobre la aplicación efectiva del convenio.

2.3. Medios y métodos de aplicación y de control

La única disposición de procedimiento relativas a la aplicación del Convenio en sentido amplio se encuentra en el art. 6 que establece la posibilidad de elaborar un informe anual (conviene que lo sea, pero no se exige que tenga una forma precisa) sobre los procedimientos. Como observamos, tal potestad no es imperativa sino potestativa.

Por otro lado, se prevé la posibilidad de arbitrar apoyo administrativo y formación para aquellos participantes en las consultas, pero el Convenio no determina un requisito específico en materia de formación³³. El apoyo administrativo incluye la puesta a disposición de salas de reunión, el envío de la correspondencia y servicios de secretaría.

2.4. Disposiciones adicionales

La parte última del Convenio que contiene las disposiciones finales está considerablemente normalizada³⁴, en ella se tratan los siguientes aspectos:

encargados específicamente de las cuestiones relativas a la OIT. En algunos países, como Dinamarca y Suecia, algunos de estos organismos fueron establecidos incluso antes de la ratificación del Convenio núm. 144. En otros, como Egipto, Estados Unidos, Estonia, Malawi y Uruguay, las comisiones consultivas especiales se crearon al ratificarse el Convenio. *Vid. la Ratificación del C144 – Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144).*

³³ En algunos estados miembro no se ha considerado impartir formación específica, como España y Estados Unidos, mientras que en otros como Suecia y Australia sí. Si los miembros la solicitan tal formación la OIT ha de colaborar en tal tarea. *Vid. OIT, Promover la consulta tripartita: Ratificación y aplicación del Convenio núm. 144*, 2011, p. 9 del original impreso.

³⁴ Las disposiciones finales habituales suelen ser añadidas por el Comité de Redacción de

- carácter vinculante, vigencia, denuncia y revisión;
- entrada en vigor del convenio que será tras 12 meses después de que la ratificación por parte del Estado miembro haya sido registrada (art. 8). Actualmente, dos países se encuentran en fase de transición por haber transcurrido menos de un año desde la ratificación, tales estados son Malta y Samoa³⁵;
- opciones de denunciar el convenio. Se establece tal potestad dentro del espacio temporal de 10 años de la entrada en vigor de este por parte del Estado miembro (art. 9);
- igual autenticidad de los textos en francés e inglés (art. 14);
- función de la Oficina Internacional del Trabajo:
 - a) en cuanto a la notificación de todas las ratificaciones a los Estados Miembros y a las Naciones Unidas las ratificaciones formales del Convenio 144 serán comunicadas al director general de la OIT (art. 7) y este por su parte notificará a todos los miembros de la OIT (art. 10); se establece el deber de comunicación formal del Director General de la Oficina Internacional del Trabajo al Secretario General de las Naciones Unidas, toda la información existente sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que hayan registrado (art. 11);
 - b) a discreción de la Oficina de la OIT se elaborará cuando se estime pertinente una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial (art. 12);
- función del Consejo de Administración:
 - a) en materia de control de la aplicación del convenio, tal potestad se encuentra regulada en el art. 12 y consiste en presentar a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio y en su caso la determinación de la conveniencia de incluir en la orden del día la cuestión de su revisión total o parcial;
 - b) si la Conferencia adopta un nuevo Convenio que implique una revisión total o parcial del Convenio 144 y es ratificado por un Estado miembro, tal decisión que se considera efectiva una vez entre en vigor el nuevo convenio supone ipso iure la denuncia del Convenio 144. El Convenio 144 continuará vigente para los Estados que no hayan ratificado ese nuevo convenio incompatible o

la Conferencia cuando éste prepara el texto definitivo para su adopción por la Conferencia.

³⁵ Malta ratificó el 14 de febrero de 2019 y Samoa el 5 de diciembre de 2018. *Vid. la Ratificación del C144 – Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144)*, cit.

bien que lo hayan ratificado, pero no haya entrado en vigor (art.14).

3. La llamada al diálogo social

Según la OIT, el diálogo social incluye todos los tipos de negociación, consulta o simple intercambio de información entre representantes de los gobiernos, los empresarios y los trabajadores sobre cuestiones de interés común relativas a la política económica y social. También puede presentarse bajo la forma de un proceso tripartito, en el que el gobierno participa oficialmente en el diálogo, o de relaciones bipartitas entre los sindicatos y las organizaciones empresariales. El diálogo social se considera como una estructura y un proceso que puede ayudar a resolver cuestiones económicas y sociales importantes, promover el buen gobierno, favorecer la paz y la estabilidad social, y estimular la economía³⁶. En consecuencia, el tripartismo puede entenderse como un factor positivo y de legitimación para la adopción de medidas que repercutan en la profundización de la justicia social: traslada al ámbito institucional la idea de diálogo social y fomenta el consenso o la búsqueda de amplias mayorías en la toma de decisiones.

El diálogo social es una herramienta esencial para avanzar en la promoción de la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*³⁷, cuya aplicación requiere del compromiso activo de los actores tripartitos: los gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores. El diálogo social reviste especial importancia para los siguientes Objetivos de Desarrollo Sostenible:

- Objetivo n. 1, *Fin de la pobreza*;
- Objetivo n. 5, *Igualdad de Género*;
- Objetivo n. 8, *Trabajo Decente y Crecimiento económico*;
- Objetivo n. 10, *Reducción de las desigualdades*;
- Objetivo n. 16, *Paz, justicia e instituciones sólidas*.

³⁶ J.L. GIL Y GIL, *Trabajo decente y reformas laborales*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2017, n. 7.

³⁷ La Agenda 2030 abarca las tres dimensiones de la sostenibilidad: económica, social y medioambiental. Está constituida por 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que se basarán en los progresos alcanzados a través de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible coloca en su centro a las personas y el planeta y proporciona a la comunidad internacional el ímpetu que necesita para trabajar unida a fin de abordar los enormes desafíos que enfrenta la humanidad, incluyendo los relacionados con el mundo del trabajo. *Vid.* NACIONES UNIDAS, [Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible](#), Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015.

La consecución de tales objetivos quizás se pueda alcanzar a través de otros instrumentos vinculados entre los agentes sociales a nivel internacional como son los *acuerdos marcos globales*³⁸, pues la OIT reconoce que para lograr la efectiva consecución de tales objetivos se precisa una financiación adecuada y para ello se requiere aumentar los recursos financieros así como buscar recursos de fuentes no tradicionales.

4. Reflexiones conclusivas

En la actualidad, la promoción de la ratificación del Convenio núm. 144 es una prioridad pues existía la pretensión de alcanzar la universalidad de ratificaciones por parte de los estados miembro en el centenario de la OIT. Pero la realidad dista de tal *desideratum* ya que, a julio de 2019, el Convenio núm. 144 ha sido ratificado por 146 países miembros, lo que representa un 78 por ciento de los 187 Estados Miembros de la OIT³⁹. Si realizamos una lectura de la lista de ratificaciones por continentes, observamos cómo Asia es la que posee el número más bajo de ratificaciones de convenios a pesar de que los asiáticos son los líderes de la economía mundial⁴⁰.

Por todo lo afirmado anteriormente, podríamos cuestionarnos el papel de la OIT como protagonista por sufrir una crisis institucional por múltiples causas (ralentización normativa pues ha decrecido el número de instrumentos jurídicos adoptados en cada sesión⁴¹, efecto transversal de la globalización⁴²), por la que incluso podríamos afirmar que la ha relegado a actora de reparto. Uno de los motivos guarda relación con el tema objeto de estudio y es la polarización de posiciones entre los mandatos tripartitos del sector trabajador y del sector empleador, ya que la posición de la

³⁸ Los Acuerdos Marco Globales suscritos por las Federaciones Sindicales Internacionales con empresas multinacionales son una efectiva expresión de negociación y acuerdos transnacionales. Suponen un avance cualitativo en relación con los Códigos de Conducta decididos unilateralmente, al establecer no sólo los contenidos de los compromisos empresariales de Responsabilidad Social, sino sobre todo los mecanismos de intervención sindical para hacerlos efectivos. *Vid. I. BOIX LUCH, En la Globalización: ¿sindicalismo global?*, en *Arxiu de Ciències Socials*, 2017, n. 35-37, p. 157.

³⁹ [Ratificación del C144 – Convenio sobre la consulta tripartita \(normas internacionales del trabajo\), 1976 \(núm. 144\)](#), cit.

⁴⁰ [Ratificaciones de Convenios fundamentales por región](#).

⁴¹ J. BONET PÉREZ, *El sistema de control de la organización Internacional del Trabajo OIT y la Interpretación de los Convenios de la OIT: Aproximación Jurídica a una crisis institucional*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2013, n. 26, pp. 3-4 del original impreso.

⁴² A. OJEDA AVILÉS, *op. cit.*

patronal presenta un mayor grado de contraposición de intereses que en el pasado frente a la clase trabajadora, así como demuestra una mayor fortaleza para defender sus puntos de vista, por lo que se dificulta la construcción del consenso del tripartito. Quizás, la solución pueda residir en potenciar la figura de otros instrumentos vinculados como los acuerdos marco globales.

5. Bibliografía

- BOIX LUCH I., *En la Globalización: ¿sindicalismo global?*, en *Arxiu de Ciències Socials*, 2017, n. 35-37
- BONET PÉREZ J., *El sistema de control de la organización Internacional del Trabajo OIT y la Interpretación de los Convenios de la OIT: Aproximación Jurídica a una crisis institucional*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2013, n. 26
- FERNÁNDEZ AVILÉS J.A., *La integración del diálogo social en la Administración del Trabajo (la perspectiva del Derecho Internacional del Trabajo)*, en *Temas Laborales*, 2010, n. 105
- GIL Y GIL J.L., *Globalización y empleo: Propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2014, n. 11
- GIL Y GIL J.L., *La dimensión social de la globalización en los instrumentos de la OIT*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2017, vol. 5, n. 1
- GIL Y GIL J.L., *Trabajo decente y reformas laborales*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2017, n. 7
- GIMÉNEZ CHORNET E., *Una nueva dimensión del tripartismo. El convenio núm. 144 y la Recomendación núm. 152 de la O.I.T.*, en *Revista de Trabajo*, 1976, n. 53
- LOUSADA AROCHENA J.F., RON LATAS R.P., *La integración del trabajo decente de la organización internacional del trabajo dentro de los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas (agenda 2030)*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, n. 211
- MORÁN BLANCO S., *El trabajo decente en la UE: políticas y normas*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, n. 206
- NACIONES UNIDAS, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Hacia una ratificación universal del Convenio no. 144 sobre la consulta tripartita para el Centenario de la OIT en 2019*

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo](#), Consejo de Administración, 334^a Reunión, 2018, GB.334/INS/2/1

OIT, [Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social](#), 2017

OIT, [Resolución sobre el avance de la justicia social mediante el trabajo decente](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 105^a Reunión, 2016

OIT, [Promover la consulta tripartita: Ratificación y aplicación del Convenio núm. 144](#), 2011

OIT, [Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 86^a Reunión, 1998

OJEDA AVILÉS A., *Del mundialismo a la globalización. Un balance de los Convenios OIT y su proyección futura*, en Revista de Trabajo y Seguridad Social, 2019, n. 434

SEMPERE NAVARRO A.V., *Sobre la OIT y su acción normativa*, en Revista Doctrinal Aranzadi Social, 2002, n. 15

SERVAIS J.M., *El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica*, en Relaciones Laborales, 2012, n. 15-18

USHAKOVA T., *La cooperación de las organizaciones internacionales para la promoción de los estándares laborales en el contexto de la crisis: el papel de la OIT*, en Revista de Información Laboral, 2014, n. 4

Normativa

[Ratificación del C144 – Convenio sobre la consulta tripartita \(normas internacionales del trabajo\), 1976 \(núm. 144\)](#)

[Ratificaciones de Convenios fundamentales por región](#)

Convenios técnicos

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre las horas de trabajo (industria) 1919 (núm. 1)

Rolando Enrique UBILLÚS BRACAMONTE*

RESUMEN: Una de las principales inquietudes de la legislación laboral ha sido la regulación del tiempo de trabajo. Ya a principios del siglo pasado, se consideraba que laborar en exceso era perjudicial para la salud de los trabajadores. En razón de este motivo, el primer Convenio OIT, adoptado en 1919 y ratificado por España el 22 de febrero de 1929, limitó a 8 horas por día y 48 horas por semana la jornada laboral, además dispuso períodos adecuados de descanso para los trabajadores.

Palabras clave: Convenio OIT n. 1, horas de trabajo, tiempo de trabajo, jornada de trabajo, ordenación del tiempo de trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Historia. 3. Regla general y excepciones. 3.1. Excepciones permanentes. 3.2. Excepciones temporales o periódicas. 4. Nivel de aprobación. 5. Horas de trabajo. 6. Bibliografía.

* Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos.

Hours of Work (Industry) Convention 1919 (No. 1)

ABSTRACT: One of the main investigations of labor legislation has been the regulation of working time. Already at the beginning of the last century, he considered that overwork was harmful to the health of workers. Because of this reason, the first ILO Convention, adopted in 1919 and ratified by Spain on 22 February 1929, limited to 8 hours per day or 48 hours per week during working hours and provided specific rest periods for workers.

Key Words: ILO Convention No. 1, hours of work, working time, working hours, work time management.

1. Introducción

El ser humano se encuentra orientado por naturaleza hacia el tiempo¹. Trabajo y tiempo constituyen dos realidades vinculadas; pues, la jornada laboral no solo afecta el intervalo de tiempo que el trabajador presta sus servicios, sino – también – su vida personal. Por ello, es posible afirmar que, con excepción del salario, el tiempo de trabajo es la condición laboral con mayor impacto sobre la vida del trabajador.

Es importante tener en cuenta que laborar más de 48 horas generalmente se asocia a una serie de riesgos para la salud y la seguridad de trabajador y tiene una vital incidencia en la conciliación de la vida familiar y laboral².

En razón de esta circunstancia, la regulación de la jornada laboral y el correlativo descanso juegan un rol central en la defensa de una prestación laboral digna; por lo cual, ésta no debe ser considerada como una mercancía o un artículo para el comercio, tal como lo consagra el Tratado de Versalles de 1919 y la Declaración de Filadelfia de 1944³.

Históricamente, los instrumentos sobre tiempo de trabajo se encontraron entre los ejes más importantes de las normas internacionales del trabajo y eso evidencia la razón por la cual el primer convenio de la OIT abordó la regulación de la limitación de la jornada de trabajo.

En vista de estas circunstancias, el artículo que presentamos no pretende brindar un panorama exhaustivo sobre la jornada laboral, lo que sería imposible en las dimensiones que nos otorgan; tampoco anhelamos a plantear una propuesta de regulación cerrada y superadora de todos los problemas que se genera esta condición laboral, sino simples pautas a la luz del Convenio OIT n. 1.

2. Historia

Una de las demandas más contantes de las organizaciones de trabajadores de mediados del siglo XIX fue la reducción de la jornada laboral, la cual a

¹ J. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 56.

² Así, como ha advertido la OIT, *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo. Informe III (Parte B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018, pp. 12-13.

³ La Conferencia General de la OIT, congregada en Filadelfia, en su 26^a Reunión, celebrada el 10 de mayo de 1944, reafirmó como principio de la OIT que «el trabajo no es una mercancía». El texto de la Constitución de la OIT fue publicado, junto con la Declaración de Filadelfia, y la lista de los Estado miembros, en el BOE del 21 de septiembre del 1982.

inicio de la industrialización de la económica se extendían hasta 16 horas diarias, aunque progresivamente fueron reduciéndose a 12 o 11 horas diarias y, finalmente, a mediados del año 1914 (albores de la primera guerra mundial) la jornada de trabajo se generalizó en Europa a 10 horas diarias. Durante la referida guerra y tras su finalización, los movimientos sindicales demandaron una reducción de la jornada de trabajo a ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales. De esta forma, el trabajador laboraría 8 horas, descansaría 8 y tendría 8 horas diarias para su vida personal.

Es por ello, que en el Preámbulo de la parte XIII (Trabajo) del Sistema de Tratados de Paz de Versalles, con el cual se terminó oficialmente la aludida guerra y con la cual se creó la OIT⁴, se estableció expresamente, en su art. 427.4, que «la adopción de la jornada de ocho horas o de la semana de cuarenta y ocho horas», era un objetivo a alcanzar en todas partes en que aún no haya sido obtenido.

Se advierte que el Tratado de Versalles realizó dos propuestas alternativas. La primera de ellas era establecer una jornada de 8 horas diarias y, la segunda, la de fijar una jornada máxima de 48 horas semanales. Las diferencias no son banales, puesto que difieren en los siguientes aspectos: la instauración de una jornada de trabajo de 8 horas diarias suponía que un trabajador laboraría 56 horas a la semana, dado que era frecuente en esa época que los trabajadores de algunos sectores del proceso de producción laborasen los 7 días de la semana. Por el contrario, si se establecía una jornada de 48 horas a la semana, a 8 horas diarias, el trabajador podría descansar un día de la semana, si se laboraba 6 días a la semana.

Además, con una jornada de 48 horas a la semana se garantiza que el promedio de horas de trabajo no superaría las ocho horas diarias durante seis días, aunque se permitía la posibilidad de que algunos días se trabajasen más horas, siempre y cuando estas horas fuesen compensados; permitiendo, tal vez, que el trabajador pueda descansar medio día adicional a la semana.

3. Regla general y excepciones

El art. 2 del Convenio OIT n.º 1 establece, como regla general, que «la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana»; además, dicho precepto fijo como su ámbito de aplicación a «todas las empresas industriales públicas o

⁴ A. MONTOYA MELGA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2018, p. 195.

privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia». Como puede apreciarse, en primer lugar, al utilizar el referido Convenio la conjunción copulativa “y” en lugar de la disyuntiva “o” lo que hizo es combinar los dos principios mencionados en el Tratado de Versalles y, de esta forma, garantizar que la jornada de trabajo diaria y semanal estándares sean de 8 y 48 horas, respectivamente.

Si bien el Convenio n. 1 fijó, en su art. 2, como regla general que la jornada laboral es de 8 horas diarias y la semana de 48 horas; sin embargo, admite unas excepciones limitadas y concretas que permiten la prolongación de las horas normales de trabajo⁵, con la finalidad de tratar de alcanzar una ponderación entre las necesidades del empleador y de los trabajadores, que permita ajustar los horarios de acuerdo a las necesidades de la producción. Además de establecer excepciones, el Convenio n. 1 regula el número máximo de horas de trabajo y las correlativas remuneraciones por las horas extraordinarias.

Se advierte 2 tipos de excepciones:

- 1) las excepciones permanentes;
- 2) las excepciones temporales o periódicas. Además, de estas dos excepciones, el Convenio n. 1 prevé también la posibilidad de la suspensión de la regla general en los casos de guerra y de otras circunstancias en las que se ponga en peligro la seguridad nacional, como puede suceder en el caso de que se produzca un terremoto, un huracán, maremoto o erupción volcánica⁶.

Las excepciones permanentes son aquellas que se realizan necesariamente fuera de la jornada laboral normal con la finalidad de atender necesidades propias de la empresa, de tal forma que es posible advertir el momento en que deben realizarse dichas horas extraordinarias, por ejemplo, supuesto de trabajo intermitentes, complementario o preparatorio. Por su parte, las excepciones temporales o periódicas son aquellas en las cuales la actividad laboral se realiza fuera de la jornada de trabajo normal para atender necesidades temporales de una empresa y no es posible prever el período exacto durante el que se ha de realizar la actividad.

El art. 6.2 del Convenio n. 1 establece que los Estados pueden dictar reglamentos para regular las excepciones (permanentes y temporales). Ahora, estos reglamentos se dictarán previa consulta con los representantes de los trabajadores y de los empleadores, cuando las hayas; con la finalidad de determinar el número máximo de horas extraordinarias

⁵ El Convenio OIT n. 30 también regula ciertas excepciones a la jornada laboral máxima.

⁶ *Vid.* art. 14, Convenio OIT n. 1.

que puedan ser autorizadas en cada caso, y se especifica que el trabajo en sobretiempo debe significar un aumento del 25% del salario ordinario.

3.1. Excepciones permanentes

Trabajadores intermitentes a causa de la naturaleza del mismo

El art. 4 del Convenio n. 1 regula como “excepción permanente” el supuesto de trabajo intermitente a causa de la naturaleza del mismo. Este precepto permite que la jornada laboral pueda ampliarse hasta 56 horas a la semana en los trabajos cuyo funcionamiento continuo, por razón de la naturaleza misma del trabajo, deba ser asegurado por equipos sucesivos. Esta excepción se refiere a la actividad laboral no relacionada con la producción propiamente dicha de la empresa y que, por sus características abarca largos períodos de inactividad, permaneciendo los trabajadores en sus puestos solo a atender posibles llamadas, por ejemplo, en el caso de los porteros, guardas, bomberos zapadores.

Trabajo complementario y preparatorio

Este tipo de trabajo en sobretiempo es aquel que se realiza antes y/o después de la jornada ordinaria de una empresa, es decir, es un trabajo necesario para el inicio o para las conclusiones de las labores de una empresa. Entre los trabajadores que generalmente realizan estas labores se encuentran: los que operan las calderas, engrasadores, personal de limpieza, marcadores de tiempo, maquinistas, electricistas, aceitadores, quienes preparan la levadura del pan en las panaderías y los supervisores de seguridad que tienen que verificar las condiciones de trabajo antes o después del inicio de las labores.

3.2. Excepciones temporales o periódicas

Sobrecarga de trabajo

El art. 6.1.b del Convenio OIT n. 1 regula, como excepción a la regla general, la posibilidad de que el empleador pueda incrementar de forma extraordinaria el trabajo cuando la empresa haga frente a aumentos no previsto de la demanda del mercado, aunque la sobre carga del mercado no esté directamente relacionada con la naturaleza de la actividad

empresarial. No obstante, el trabajo extraordinario puede deberse al carácter perecedero de los productos que la empresa comercializa. Son ejemplos de estas excepciones la preparación de balances contables, inventarios, cierre de cuenta de fin de año, etc.

Caso fortuito y fuerza mayor

El art. 3 del Convenio OIT n. 1 regula otra excepción a la regla general de la jornada de trabajo, al establecer que «el límite de horas de trabajo [...] podrá ser sobrepasado en caso de accidente o grave peligro de accidente, cuando deban efectuarse trabajos urgentes en las máquinas o en las instalaciones, o en caso de fuerza mayor; pero solamente en lo indispensable para evitar una grave perturbación en el funcionamiento normal de la empresa».

A través de este precepto se permite que el empleador pueda aumentar el tiempo de trabajo de una empresa cuando se produzca un suceso inesperado que interrumpa o ponga en peligro la actividad de la empresa, la vida y salud del personal; como puede suceder en el caso de un terremoto, robo dentro de la empresa, un atentado terrorista, entre otros, supuestos imprevisibles ocasionados por la voluntad humana de terceros o por desastres naturales.

Guerra o peligro nacional

Como ya hemos advertido líneas arriba, el art. 14 del Convenio OIT n. 1 admite la posibilidad de suspender las reglas del referido convenio, entre el cual se encuentra la jornada máxima laboral, en los casos de guerra o de un acontecimiento que ponga en peligro la seguridad nacional. Ahora, en las Conclusiones de la Conferencia de Londres de 1926 se precisó que este supuesto sólo podrá aplicarse cuando la crisis sea nacional pone en peligro a la población de la nación y no cabe aplicar este supuesto cuando afecta a un solo sector de la economía nacional y no se pone en peligro a la población de la nación⁷.

4. Nivel de aprobación

Debido a que el Convenio OIT n. 1 tiene un ámbito de aplicación muy

⁷ *Vid.* las conclusiones de la Conferencia de Ministros de Trabajo de Londres, celebrada del 15 al 19 de marzo de 1926.

reducido, limitado a los trabajadores industriales, la regulación de las horas de trabajo no concluyó con ese Convenio, sino que posteriormente, a través del Convenio OIT n. 30, adoptado en la 14^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en el año 1930, se amplió la regla general de la jornada de trabajo del Convenio n. 1 a las personas empleadas en los sectores del comercio y las oficinas, con excepción del personal empleado en la agricultura, la navegación marítima e interior, la pesca y el servicio doméstico.

Es relevante indicar que las actividades normativas de la OIT en materia de horas de trabajo no concluyeron con la adopción del Convenio n. 30; pues, entre 1919 y el 2004 se han adoptado un total de 16 convenios y 11 recomendaciones⁸ relativos a la organización del trabajo⁹, las labores nocturnas¹⁰ y al descanso (semanal¹¹ y anual¹²). Dentro de estos – cómo se analizará en otra investigación – el Convenio n. 47 que exige a los países

⁸ Recomendación sobre las horas de trabajo (pesca), 1920 (n. 7); Recomendación sobre las horas de trabajo (navegación interior), 1920 (n. 8); Recomendación sobre las horas de trabajo (hoteles, etc.), 1930 (n. 37); Recomendación sobre las horas de trabajo (teatros, etc.), 1930 (n. 38); Recomendación sobre las horas de trabajo (hospitales, etc.), 1930 (n. 39); Recomendación sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación, 1936 (n. 49); Recomendación sobre los métodos para reglamentar las horas de trabajo (transporte por carretera), 1939 (n. 65); Recomendación sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación, 1958 (n. 109); Recomendación sobre la reducción de la duración del trabajo, 1962 (n. 116); Recomendación sobre duración del trabajo y períodos de descanso (transportes por carretera), 1979 (n. 161); Recomendación sobre los salarios, las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques, 1996 (n. 187). Es importante indicar que las recomendaciones son meras propuestas, desprovistas de carácter vinculante dirigidas a los estados miembros, y que solo obligan a estos a informar al director de la OIT sobre el estado de una legislación interna y grado de la observancia de lo recomendado.

⁹ *Vid.* Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (n. 175).

¹⁰ *Vid.* Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919 (n. 4); Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1919 (n. 6); Convenio sobre el trabajo nocturno (panaderías), 1925 (n. 20); Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934 (n. 41); Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales), 1946 (n. 79); Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948 (n. 89); Protocolo de 1990 relativo al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948; Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1948 (n. 90); Convenio sobre el trabajo nocturno, 1990 (n. 171).

¹¹ *Vid.* Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921 (n. 14); Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (n. 106).

¹² *Vid.* Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1936 (n. 52); Convenio sobre las vacaciones pagadas de la gente de mar, 1936 (n. 54); Convenio sobre las vacaciones pagadas de la gente de mar, 1946 (n. 72); Convenio sobre las vacaciones pagadas de la gente de mar, 1949 (n. 91); Convenio sobre las vacaciones pagadas (agricultura), 1952 (n. 101); Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1970 (n. 132); Convenio sobre las vacaciones anuales pagadas (gente de mar), 1976 (n. 146).

ratificantes adoptar una jornada laboral de 40 horas a la semana¹³, que surgió para palear el nivel de desempleo generalizado a nivel mundial después de la gran depresión de 1929 y que hoy estudios estadísticos demuestran un alto grado de eficiencia productiva.

A pesar de la importancia que tiene la regulación de la jornada de trabajo sobre la calidad de vida de los trabajadores, se advierte que países como: Alemania, Brasil, China, Estados Unidos, Francia, India, Italia, Japón, Reino Unido y Rusia, es decir, los más industrializados del mundo, no han ratificado el Convenio n. 30. Además, de estos países, solo la India ha ratificado el Convenio n. 1; por su parte, Francia e Italia han ratificado el Convenio n. 1, pero solo de forma condicional, es decir, supeditada a su ratificación por otros Estados Miembros de la OIT.

Por su parte, entre los países que han denunciado los convenios 1 y 30 de la OIT se encuentra Nueva Zelanda, que lo realizó el 9 de junio de 1989, y Finlandia. Este país denunció el Convenio n. 30 el 23 de junio de 1999 y nunca ratificó el Convenio n. 1. Todo esto denota que la ratificación del Convenio n. 1 e incluso del n. 30 ha sido humilde.

La razón por la cual la mayoría de los países miembros no ratificaron el Convenio OIT n. 1 se debió a que estos tenían el temor a sufrir una competencia desleal por parte de países que no adoptaran dicho Convenio. Además, debemos tener en cuenta que en la postguerra el interés de los países era su reconstrucción y solucionar los problemas económicos que el conflicto bélico ocasionó. Por su parte, la no adopción del Convenio OIT n. 30 se debió al hecho que la mayoría de los países consideró innecesaria su ratificación, dado que, en el momento de su ratificación, la reducción de la jornada de trabajo a 40 horas semanales ya se había convertido en una prioridad de las normas internacionales¹⁴. Por

¹³ *Vid. art. 1.a, Convenio OIT n. 47.*

¹⁴ Entre los países que no han ratificado el Convenio n. 1 ni el n. 30 se encuentran: Azerbaiyán (art. 89.1, Código del Trabajo), Bosnia y Herzegovina (arts. 35, Ley del Trabajo de la Federación de Bosnia y Herzegovina, y 56, Ley del Trabajo), Chipre (art. 2, Ley de Ordenación del Tiempo de Trabajo), Croacia (art. 60, Código del Trabajo), Ecuador (art. 61, Código del Trabajo), Eslovenia (art. 142, Ley de Relaciones Laborales), ex República Yugoslava de Macedonia (art. 5.1.8, Ley de Relaciones Laborales), Finlandia (art. 4, Ley sobre las Horas de Trabajo), Islandia (art. 52.1, Ley sobre el Medio Ambiente de Trabajo, la Seguridad y la Salud en los Lugares de Trabajo), Italia (art. 1.2.a, decreto n. 66 de 2003), Letonia (art. 130, Ley del Trabajo), República de Moldova (art. 95.1, Código del Trabajo), Países Bajos (art. 1:7.1.k, Ley sobre las Horas de Trabajo), Reino Unido (art. 2, Reglamento sobre el Tiempo de Trabajo), Federación de Rusia (art. 91, Código del Trabajo), Seychelles (art. 2, Reglamento sobre el Empleo (Condiciones de Empleo) de 1991), Singapur (art. 2, Ley de Empleo), Sri Lanka (art. 3.2, Ley de Empleados de Comercio y Oficinas), Suecia (art. 1, Ley sobre las Horas de Trabajo), Tayikistán (art. 1, Código del Trabajo) y Turkmenistán (art. 58, Código del Trabajo). *Vid. OIT, op. cit., p.*

lo tanto, adoptar un Convenio que amplía el ámbito del Convenio n. 1 no tiene mucho sentido.

5. Horas de trabajo

El Convenio OIT n. 1 no otorga una definición expresa de las “horas de trabajo”; no obstante, de la lectura del art. 8 de este Convenio, que establece que, «con objeto de facilitar la aplicación de las disposiciones del presente Convenio, cada empleador deberá: [...] dar a conocer [...] los descansos concedidos durante la jornada de trabajo que no se consideren comprendidos en las horas de trabajo» (resaltado nuestro). Por ende, de una interpretación *a contrarius sensus* del referido precepto, podemos entender que las horas de trabajo son el tiempo que el trabajador se encontraba a disposición del empleador; dado que los descansos concedidos durante la jornada de trabajo no lo son¹⁵.

Por su parte, el Convenio OIT n. 30, en su art. 2, si otorgó una noción al indicar expresamente que «la expresión *horas de trabajo* significa el tiempo durante el cual el personal esté a *disposición del empleador*; estarán excluidos los descansos durante los cuales el personal no se halle a la disposición del empleador».

Por lo expuesto, de los Convenios OIT n. 1 y n. 30 se puede deducir tácita y expresamente, respectivamente, la diferencia entre las horas de trabajo y los descansos, atendiendo a si el trabajador se encuentra a disposición o no del empleador; sin embargo, estas normas internacionales no se pronuncian sobre si deben considerarse como “horas de trabajo” el período de tiempo en el cual un trabajador se encuentra dentro de la empresa, pero no realiza actividad alguna. Si durante estos períodos el trabajador se encuentra “a disposición del empleador” encontrándose dentro del centro de trabajo o cerca a la espera de ser llamado en cualquier momento dentro de un espacio corto de tiempo para realizar una tarea, debe ser considerado como “horas de trabajo” y no como “horas de descanso”, aunque no preste servicio en favor de la empresa, pues lo importante es que el trabajador se encuentra a disposición del empleador y no puede disponer libremente de ese espacio de tiempo, de acuerdo a lo que hemos interpretado del Convenio n. 1 y de lo que establece expresamente el Convenio OIT n. 30.

14.

¹⁵ Esta es la interpretación que dedujo la Conferencia de Ministros del Trabajo que se celebró en Londres, cit.

Del mismo modo, el Convenio n. 1, al igual que el Convenio n. 30, no se pronuncian sobre los denominados “trabajadores sobre llamada”, que son aquellos trabajadores que se encuentran a inmediata disposición del empleador, ya sea que se encuentren en su casa, en un lugar establecido por el empleador o incluso en cualquier lugar, siempre y cuando pueda ser contactado con facilidad para acudir a trabajar inmediatamente, es decir, el trabajador se encuentra limitado a las actividades que puede realizar, dado que puede ser llamado en cualquier momento; encontrándose en este supuesto generalmente los médicos dependientes¹⁶.

En la mayoría de países, las legislaciones nacionales carecen de disposiciones específicas sobre el trabajo “por llamada” o “en período de disponibilidad laboral”.

Ahora, dentro de la Unión Europea, el art. 2 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, del 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, otorga una definición de “tiempo de trabajo” y “descanso” similares a las interpretaciones que se deduce de los Convenios OIT n. 1 y n. 30, al establecer que, «a efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1) tiempo de trabajo: todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales». Por su parte, el punto 2) de este mismo precepto define al período de descanso como «todo período que no sea tiempo de trabajo».

Teniendo en cuenta lo regulado por la aludida Directiva Europea – transcrita en parte líneas arriba – el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia del 9 de septiembre del 2003¹⁷, en la resolución de un caso de “trabajo sobre llamada”, ha señalado que «el factor determinante para considerar que los elementos característicos del concepto de “tiempo de trabajo”, en el sentido de la Directiva 93/104, se dan en los períodos de atención continuada que efectúan los médicos en el propio hospital es el hecho de que están obligados a hallarse físicamente presentes en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad. A este respecto, estas obligaciones, que impiden que los médicos afectados elijan su lugar de estancia durante los períodos de

¹⁶ OIT, *Horas de Trabajo ¿De lo fijo a lo flexible? Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1) y al Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30). Informe III (Parte 1B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 93^a Reunión, 2005, p. 20.

¹⁷ [Landeshauptstadt Kiel c. Norbert Jaeger](#), asunto C-151/02 (última consulta 1 septiembre 2019).

espera, deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones» (punto 63). «Esta conclusión no se ve alterada por el mero hecho de que el empresario ponga a disposición del médico una sala de descanso en la que éste pueda permanecer durante el tiempo en que no se requieran sus servicios profesionales» (punto 64).

En conclusión, para el Tribunal de Luxemburgo lo importante es que el trabajador se encuentre a disposición del empleador, independientemente que se encuentre descansando en una sala del propio establecimiento; pues durante ese período el trabajador no puede disponer por su propia decisión de ese tiempo. Este mismo criterio pueden adoptar los países miembros de la OIT que han suscrito el Convenio n. 1 y/o el Convenio n. 30.

Por su parte, si el trabajador se encuentra fuera del establecimiento, pero debe estar pendiente a que lo llamen, lo importante, para conocer si ese tiempo de esperar se encuentra dentro de sus horas de trabajo, es determinar si el trabajador se encuentra limitado de tal manera que solo le queda esperar a que lo llamen. Distinto sería el supuesto, si el trabajador lo pueden llamar en cualquier momento, pero puede planear lo que desee durante ese tiempo; pues su retorno a laborar no es inmediato¹⁸.

La mayoría de legislaciones en el mundo contienen definiciones sobre “horas de trabajo” similares a la contenida en el Convenio OIT n. 30 y de la que se deduce de una interpretación *a contrarius sensus* del Convenio n. 1, como hemos argumentado líneas arriba; no obstante, el criterio definidor de que el trabajador debe encontrarse “a disposición del empleador” contiene algunos matices. Así, algunos países exigen no sólo que el trabajador se encuentre puesto a disposición, sino también que el trabajador labore de forma efectiva u otros matices.

6. Bibliografía

MERCADER UGUINA J., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2016

MONTOYA MELGA A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2018

OIT, *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo. Informe III (Parte B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018

¹⁸ En este sentido se manifiesta la OIT, *Horas de Trabajo ¿De lo fijo a lo flexible? Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1) y al Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30). Informe III (Parte 1B)*, cit., p. 21.

OIT, *Horas de Trabajo ¿De lo fijo a lo flexible? Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1) y al Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30). Informe III (Parte 1B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 93^a Reunión, 2005

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre el desempleo 1919 (núm. 2)

Gonzalo Martín SALCEDO*

RESUMEN: En 1919 fue aprobado, en la 1^a reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, el Convenio n. 2 – un convenio técnico sobre el desempleo. A partir de un estudio bibliográfico, basado en revisión de literatura y análisis documental de normas jurídicas, presenta elementos esenciales para la reflexión sobre el tema, relativos a la dignidad humana, los derechos humanos y el trabajo. En seguida realiza un análisis estructural del Convenio, de cada uno de sus artículos. Al final reflexiona sobre la relación entre ese Convenio y otros posteriores, aclarando además que todas las acciones en el ámbito del Derecho Internacional del Trabajo deben tener como objetivo último el contenido de la Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo, en especial en lo que se refiere a la justicia social y al trabajo decente.

Palabras clave: Convenio, desempleo, dignidad, OIT, trabajo.

SUMARIO: 1. Consideraciones iniciales. 2. La dignidad humana, los derechos humanos y el trabajo. 3. El Convenio n. 2, de la OIT, sobre el desempleo. 3.1. Artículo 1. 3.2. Artículo 2. 3.3. Artículo 3. 3.4. Artículo 5. 3.5. Artículos 4, 6, 7, 8, 9, 10 e 11. 4. Consideraciones finales. 5. Bibliografía.

* Doctorando en Ciencias Jurídicas (Universidad de Granada). Abogado. E-mail: gonzalomsalcedo@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/5695151337454800>.

Convention on Unemployment 1919 (núm. 2)

ABSTRACT: In 1919, Convention No. 2 - a technical agreement on unemployment – was adopted at the 1st session of the International Labor Conference of the International Labor Organization – ILO. Based on a bibliographical study, with literature review and analysis of legal rules, it presents essential elements for reflection on the subject, related to human dignity, human rights and work. Then makes a structural analysis of the Convention, of each of his articles. At the end, he reflects on the connections between that Convention and subsequent ones, also clarifying that all actions in the field of International Labor Law must have as an ultimate objective the content of the ILO Centennial Declaration for the future of work, especially in terms of social justice and decent work.

Key Words: Convention, dignity, ILO, unemployment, work.

1. Consideraciones iniciales

El trabajo ha sido uno de los elementos centrales de la existencia humana, en la perspectiva de la convivencia grupal, a partir de la sustitución del trabajo esclavo por el trabajo remunerado – inicialmente en la Europa y de forma gradual en las Américas, siendo Brasil la ultima de las naciones de las Américas a formalmente abolir el trabajo esclavo (a fines del siglo XIX).

Una vez que el trabajo pasa a ser la forma básica de supervivencia del individuo miembro de una colectividad, caracterizada además por un modo de producción capitalista – o sea, de acumulación o concentración de los recursos naturales, económicos y tecnológicos en manos privadas – la búsqueda por ese trabajo pasa a ser, a lo largo del tiempo, una de las preocupaciones básicas del ser humano. De echo la experiencia humana a lo largo del siglo XX y ahora en el siglo XXI se caracteriza, entre otras perspectivas, por la búsqueda por trabajo. En ese sentido la creación de la Organización Internacional del Trabajo, en el inicio del siglo XX¹, marca un esfuerzo internacional para lograr que, cada vez mas, la experiencia humana de búsqueda por trabajo – y en especial por un empleo – sea marcada por determinados estándares considerados como básicos, esenciales.

Así es con el Convenio n. 2 de la OIT, sobre el Desempleo, con relación al cual pretendemos hacer algunas consideraciones, a partir de un estudio bibliográfico, llevando en cuenta además el contexto en el que fue creado, un mundo del trabajo que ha sufrido – y sigue sufriendo – profundas alteraciones en el modo de trabajar, con especial énfasis en el papel y la influencia de las tecnologías de producción y comunicación de este siglo XXI.

2. La dignidad humana, los derechos humanos y el trabajo

La construcción filosófica del concepto de dignidad – en especial en lo que se refiere al pensamiento kantiano, estableciendo una relación entre la dignidad y la moral, inherente a la condición humana² – fue esencial para el desarrollo y la consolidación del papel fundamental de los derechos

¹ La OIT fue creada en 1919, con la celebración del Tratado de Versalles (que marcó el fin de la 1^a Guerra Mundial).

² J.C. RIBEIRO NETO, *Dignidade humana (Menschenwürde): evolução histórico-filosófica do conceito e de sua interpretação à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. 2013*, Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

humanos en la actualidad, con influencias no solo en normas de derecho internacional sino del derecho interno de muchos países³.

Es esencial subrayar la importancia de la utilización de la dignidad de la persona humana como “fundamento valido y necesario en la construcción, alteración, interpretación y aplicación de normas jurídicas”⁴. Se parte de la concepción de que no se puede hablar de derechos humanos sin que se considere el respeto y la protección de la dignidad humana como premisa, de que los Derechos Humanos tienen en el ser humano su base y que la dignidad de ese ser humano es al mismo tiempo valor y fuente jurídica⁵.

Y, en siendo los derechos humanos un rol amplio de derechos, como se puede percibir con la lectura de la Declaración Universal de los Derechos Humanos – DUDH⁶, se limitará la reflexión al trabajo como derecho humano. Eso encuentra sentido porque el trabajo es entendido, aún, como una actividad esencialmente humana, con por lo menos dos perspectivas. Una es la de que es a través del trabajo que la persona, de forma individual o colectiva, busca transformar su entorno con el objetivo de que ese este a su servicio, sea para satisfacción de necesidades de sobrevivencia u otras. La otra es que el trabajo tiene, para el individuo, un fuerte componente de integración social, de pertenencia a un grupo, a una comunidad. El trabajo es, por lo tanto, un componente fundamental para el desarrollo humano⁷. Esa perspectiva es consecuencia, incluso, de la construcción de las relaciones de poder establecidas en las sociedades basadas en el modo de producción capitalista. Superado el trabajo esclavo y el modelo servil, se adquiere la libertad física y, en consecuencia, hace falta buscar una forma de sobrevivir, de lograr la satisfacción de las necesidades humanas básicas. Si los medios de producción y los recursos para eso son propiedad de algunos miembros de la sociedad, resta a los demás disponer de su libertad para trabajar, en las condiciones que se presenten⁸.

No por acaso la cuestión de la condición social de los trabajadores ya era

³ *Op. cit.*, pp. 20-21.

⁴ *Op. cit.*, p. 57.

⁵ G.N. DELGADO, *Direitos Humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário*, en Rev. TST, Brasília, 2011, vol. 77, n. 3.

⁶ Naciones Unidas, [Declaración Universal de los Derechos Humanos](#) – DUDH.

⁷ A. SÁLVIA, *Trabajo, autonomía económica y desarrollo humano y social*, en L.H. RAMÍREZ (coord.), *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*, Buenos Aires: Euros, 2008, p. 4.

⁸ A.J. BARRERA NICHOLSON, *El Derecho del Trabajo y los derechos fundamentales del hombre*, en L.H. RAMÍREZ (coord.), *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*, Buenos Aires: Euros, 2008, p. 19.

denunciada ya fines del siglo XIX, incluso por la Iglesia (en especial en la Encíclica *Rerum Novarum*⁹), siendo esa condición objeto de innúmeras construcciones teóricas y tensiones sociales a lo largo del siglo XX. Un marco esencial en ese proceso fue la creación de la OIT, que identificó como una de las razones esenciales del surgimiento de violentos conflictos en el local del trabajo que ese era visto, en el ámbito de la relación laboral, como una mercancía, un producto¹⁰. Así, uno de los principios en el que se basan las actividades de la OIT es el de que el trabajo no es una mercancía¹¹. Sin embargo, y a pesar del trabajo realizado en el ámbito del derecho internacional a lo largo del siglo XX, con efectos en innúmeros países y con el objetivo de la mejora de la condición social del trabajador, también se verificó una fuerte presión de agentes económicos, en especial los de alcance global, muchas veces en sentido opuesto.

Teniendo en cuenta que la actuación de la OIT responde a una concepción de mundo que presupone que solamente con justicia social es posible mantener de forma constante la paz universal¹², ahora se presenta un nuevo panorama: la adopción del trabajo decente como síntesis de los objetivos de la organización¹³, como se verifica en la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo¹⁴. Se trata, esencialmente, de poner en relieve “el humanismo en las relaciones de trabajo (...) recuperar la función transaccional y de equilibrio del Derecho Social del Trabajo en las condiciones del sistema económico actual”¹⁵. No por acaso el trabajo, y el derecho al trabajo, es objeto - en el derecho internacional – de la DUDH, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos¹⁶, del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales

⁹ Leão XIII, [Carta Encíclica Rerum Novarum](#), 1891.

¹⁰ B.E. KAUFMAN, *El principio fundamental de las relaciones laborales y el derecho del trabajo*, en ASOC. PERUANA DE RELACIONES DE TRABAJO, *Relaciones laborales en el mundo: 43 estudios en homenaje al profesor Luis Aparicio Valdez, de sus amigos profesores e investigadores de los cinco continentes*, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008, p. 8.

¹¹ ILO – International Labour Organization, [Documentos fundamentais da OIT](#), p. 25.

¹² M.M.M. DA COSTA, R.C. DIEHL, *O papel da Organização Internacional do Trabalho na promoção do trabalho decente: diálogos com Amartya Sen*, en *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*, Bogotá, D.C., Colombia, 2016, vol. XIX, n. 38, p. 103.

¹³ W.A.C. DE AMORIM, A.L. FISCHER, A.M. SARSUR, *Trabalho decente, ética e liberdade*, en *Revista de Ciências Humanas*, Florianópolis, 2010, vol. 44, n. 2, pp. 418-419.

¹⁴ OIT – Organización Internacional del Trabajo, [Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo](#).

¹⁵ J.L. MONEREO PÉREZ, *Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente*, en *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Lex Social, 2019, vol. 9, n. 1, p. 235.

¹⁶ ACNUDH – Oficina del Alto Comisariado para los Derechos Humanos, [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#).

y Culturales - PIDES¹⁷, de la Declaración de Filadelfia¹⁸ y también los Convenios y Recomendaciones de la OIT.

3. El Convenio n. 2, de la OIT, sobre el desempleo

El Convenio n. 2 de la OIT¹⁹ fue adoptado en la 1^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, el 28 de noviembre de 1919²⁰. En lo que se refiere a la adhesión a ese Convenio, al momento de la elaboración de este texto había, según la pagina web de OIT²¹, un total de 57 ratificaciones y, además, 3 denuncias; o sea, el Convenio esta en vigor y obliga a 54 países, restando 130 países que aun no han ratificado el Convenio.

3.1. Artículo 1

Establece obligaciones a los Miembros que ratifiquen el Convenio en lo que se refiere a fornecer a Oficina Internacional del Trabajo²², secretaria permanente de la OIT, datos sobre el desempleo, y deberían ser presentados en forma periódica, “a intervalos lo más cortos posible, que no deberán exceder de tres meses”.

El Artículo 1 también determina, de forma específica, los tipos de datos que deberán ser considerados para comunicación periódica a la Oficina Internacional de Trabajo de la OIT; o sea, no admite cualquier dato sino específicamente aquellos que sean relativos a informaciones que aclaren “las medidas tomadas o en proyecto, destinadas a luchar contra el desempleo”. También sugiere, utilizando la expresión “siempre que sea posible”, que sean datos relativamente recientes, entendidos como aquellos que puedan ser comunicados a la Oficina en periodo no superior a tres meses, contados “a partir de la expiración del período a que se

¹⁷ ACNUDH – Oficina del Alto Comisariado para los Derechos Humanos, [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#) – PIDES.

¹⁸ ILO – International Labour Organization, [Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo \(Declaración de Filadelfia\)](#).

¹⁹ A partir de este momento iremos referirnos al Convenio n. 2, de OIT, solamente por la palabra Convenio.

²⁰ OIT – Organización Internacional del Trabajo, [Convenio sobre el desempleo, 1919 \(núm. 2\)](#).

²¹ OIT – Organización Internacional del Trabajo, [Ratificación del C002 'Convenio sobre el desempleo, 1919 \(núm. 2\)](#).

²² A partir de este momento nos referiremos a la Oficina Internacional del Trabajo solamente como Oficina.

refieran”.

Queda claro que el Convenio busca implantar una sistemática que permitiría obtener comunicaciones de datos sobre desempleo, en relación a cada Miembro, a cada seis meses.

Es importante tener en cuenta que es uno de los primeros Convenios de la OIT, y que se hacia necesario obtener la mayor cantidad posible de información sobre el desempleo en los países Miembros.

3.2. Artículo 2

Ese artículo es relativo a sistemas internos que los Miembros deben adoptar con el objetivo de contribuir con la búsqueda, por las personas desempleadas, por un nuevo empleo, y para eso determina que los Miembros deben crear un “sistema de agencias públicas no retribuidas de colocación”.

Es importante subrayar: esas agencias serán no retribuidas; o sea, el costo por su instalación y funcionamiento será asumido por el Estado. Eso es fundamental, y parte de una premisa bastante razonable que la persona que está sin empleo probablemente no tiene ingresos, o si los tiene esos están considerablemente disminuidos. Además, ese dispositivo atiende a lo dispuesto en el Preámbulo del Convenio, o sea, que la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo decidió adoptar disposiciones relativas a medios de remediar las consecuencias del desempleo.

El artículo también determina que esas agencias deberán trabajar bajo la dirección de un organismo central, y que las cuestiones concernientes al funcionamiento de dichas agencias deberán ser sometidas a consultas de comités formados por representantes de los trabajadores y de los empleadores, creados específicamente para ese fin. Por otro lado, el Convenio admite que haya agencias privadas en coexistencia con las públicas, desde que ambas sean gratuitas, y que si eso sucede las operaciones de ambas deberán ser coordinadas según un plan nacional. Por fin, también queda determinado que si los países demuestran interés la Oficina de la OIT podrá coordinar el funcionamiento de los diferentes sistemas nacionales.

Es interesante que a pesar de que aun haya muchos países que no ratificaron el Convenio, en un numero mayor que el de países que lo ratificaron, hubo entre aquellos que no lo ratificaron la adopción de políticas que atienden a lo dispuesto en el Artículo 2, con las limitaciones y peculiaridades internas de cada país. A título de ejemplo se pueden citar

Estados Unidos de América y Brasil. En el caso de Estados Unidos de América, su *US Department of Labor*²³ tiene entre sus agencias y programas el *Employment and Training Administration – EPA*²⁴, con diversos servicios de colocación de trabajadores²⁵, además de una página *web* dedicada específicamente a aquellos que buscan una colocación, sea en el sector público o privado²⁶. Ya en el caso de Brasil hay un sistema nacional, público y gratuito que tiene como uno de sus objetivos la inserción en el mercado de trabajo formal de aquellas personas que buscan un puesto de trabajo.

3.3. Artículo 3

El Artículo 3 determina que en el caso de nacionales de un país que trabajen en el territorio de otro país, ambos Miembros que ratificaron el Convenio y que establecieron un sistema de seguro contra el desempleo, deberán los nacionales de uno de esos países tener garantizado por su país de origen indemnizaciones del seguro iguales a las que perciban los trabajadores nacionales del otro país, en cuyo territorio aquellos trabajaban. Sin embargo, el Convenio pasó al largo de las diferencias entre las condiciones de trabajo y dispositivos legales que podrían tener consecuencias para los trabajadores en esa situación, limitando-se a la cuestión del seguro contra el desempleo.

Por un lado, nos parece que ese dispositivo busca dar una condición de igualdad en el caso de que los trabajadores que vayan a trabajar a otro país queden desempleados. Por otro, es una cuestión que, a pesar de su alta relevancia, nos parece altamente compleja en especial en el momento histórico que se dio el surgimiento de ese Convenio. No por acaso, la cuestión del desempleo del trabajador migrante fue nuevamente objeto de Convenio, ahora específico para esa categoría de trabajadores (Convenio n. 97)²⁷. A pesar de todas las dificultades, nos parece que lo dispuesto en ese Artículo 3 del Convenio de 1919 fue esencial, incluso para permitir un debate futuro, y demuestra la importancia y el protagonismo de la OIT al tratar de las cuestiones relacionadas al trabajo en una perspectiva macro, lo que se confirma, 100 años después, por la relevancia que tiene la

²³ Lo que sería, en otros países, el Ministerio del Trabajo.

²⁴ Administración de Empleo e Entrenamiento.

²⁵ US Department of Labor. *Employment and Training Administration (ETA)*.

²⁶ *United States Government*.

²⁷ OIT – Organización Internacional del Trabajo, *Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97)*.

cuestión de la movilidad de los trabajadores entre los diferentes países Miembros y incluso entre no Miembros.

3.4. Artículo 5

Esa parte del Convenio, como reflejo de su tiempo, trata de la aplicación de sus términos en todos los locales en que los Miembros tuvieran algún tipo de influencia estatal; trata de la aplicación no solo en los países, sino también en las colonias, posesiones y protectorados de Miembros que hayan ratificado el Convenio. El Convenio establece expresamente que la aplicación de sus términos en las colonias, posesiones o protectorados de los Miembros que ratifiquen el Convenio es obligatoria, con la condición de que ellos “no se gobiernen plenamente por sí mismos”. Creemos que se trató de un pragmatismo importante y necesario, en función de los objetivos del Convenio y de la propia OIT, a pesar de todas las otras cuestiones que se podrían discutir en lo que se refiere a las relaciones entre colonias, territorios y protectorados y sus explotadores.

El Convenio también lleva en consideración la posibilidad de escenarios diversos en las colonias, territorios y protectorados, y en función de esa posibilidad admite dos posibilidades: a) la no obligatoriedad de aplicación del Convenio si las condiciones locales lo imposibilitan; y b) la posibilidad de introducción de modificaciones en el Convenio con el objetivo de que se pueda adaptar sus términos a las condiciones locales.

También establece la obligación de comunicación, por los Miembros, en lo que se refiere a sus decisiones – respecto a la aplicación del Convenio – “en lo que concierne a cada una de sus colonias o posesiones o a cada uno de sus protectorados que no se gobiernen plenamente por si mismos”.

3.5. Artículos 4, 6, 7, 8, 9, 10 e 11

Esos artículos del Convenio no dicen respecto a acciones específicas para la prevención o el combate al desempleo y sus efectos, siendo por eso que las comentamos en un único bloque.

El Artículo 4 determina que el Director General de la Oficina deberá ser comunicado, para fines de registro, de las ratificaciones formales del Convenio que estén en conformidad con las condiciones establecidas (en la Constitución de la OIT)²⁸.

²⁸ OIT – Organización Internacional del Trabajo, [Constitución de la OIT](#).

El Artículo 6 determina que habiendo por lo menos tres ratificaciones de Miembros de la OIT registradas en la Oficina el Director General notificara a todos los Miembros de la OIT sobre ese registro.

El Artículo 7 determina que el Convenio entrara en vigor en la fecha que el Director General de la Oficina efectúe la notificación a que se refiere el Artículo 6. Con relación al inicio de las obligaciones de los Miembros que ratificaron el Convenio se establecen dos momentos: a) los Miembros que hayan ratificado el Convenio antes de esa notificación apenas estarán obligados a cumplir sus disposiciones una vez iniciada la vigencia del Convenio, y b) desde el momento en que se de la notificación a que se refiere el Artículo 6, el Convenio surtirá sus efectos para los Miembros que lo ratifiquen después de esa fecha una vez que la ratificación haya sido registrada en la Oficina.

Ya el Artículo 8 establece que los Miembros que ratifiquen el convenio deben (en el sentido de que se obligan), además de adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de las disposiciones del Convenio, aplicarlas a mas tardar el primero de julio de 1921.

El Artículo 9 establece el plazo mínimo de diez años para que un Miembro pueda denunciar el Convenio. Ese plazo decenal a partir de la fecha de inicio de su vigencia, siendo necesaria “un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina”. Además, establece que, antes de que pase un año del registro de la denuncia en la Oficina, esa no surtirá efectos.

El Artículo 10 determina la periodicidad mínima de presentación a la Conferencia General de una memoria sobre la aplicación del Convenio, a cargo del Consejo de Administración de la Oficina. En ese caso, por lo menos una vez a cada diez años. Ese Artículo también determina que el Consejo de Administración debe considerar, al presentar la memoria, “la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de la revisión o modificación del mismo”.

Por fin, el Artículo 11 garantiza la autenticidad de las versiones en lengua francesa y inglesa del texto.

4. Consideraciones finales

El Convenio sobre el desempleo de 1919 fue un documento de fundamental importancia para su época y los años que sucedieron a su incorporación a las normas de derecho internacional del trabajo. Pasados cien años, parece importante hacer una reflexión sobre la conveniencia de realizar una revisión de su contenido, buscando su actualización con foco

en los desafíos de los tiempos actuales en materia de trabajo y empleo, teniendo en cuenta, además, toda la producción científica y normativa sobre el tema incluso en el ámbito de la OIT.

Por un lado, los temas objeto del Convenio de 1919 ya fueron tratados por convenios posteriores, como el n. 88 (que trata no solo de la colocación de trabajadores sino, de forma mas amplia y detallada, de la organización del servicio del empleo) y el n. 97 (relativo a los trabajadores migrantes).

Por otro, sin embargo, eso demuestra la actualidad de la temática del Convenio n. 2. No se debe perder de perspectiva que, como se ha dicho, el trabajo es fundamental para el desarrollo humano, como un fuerte componente de integración social, de pertenencia a un grupo, a una comunidad. Además, considerando el actual estado de precarización del empleo en innúmeros países, potencialmente agravado por el trabajo a través plataformas digitales y otras nuevas formas de organización de la labor (como la economía compartida), el contenido del Convenio n. 2 se muestra actual y relevante, pues entendemos que debe ser incentivada la existencia de un trabajo no precarizado. De echo, y a pesar del carácter económico del trabajo, creemos – como se dijo anteriormente – que debe ser puesto de relieve el humanismo en las relaciones de trabajo.

En esa perspectiva, la manutención de una base de datos actualizada sobre la cuestión del empleo – y del desempleo – en los países que integran la OIT seguramente sirve – y servirá – como un importante soporte para la realización de estudios y la discusión de políticas que tengan por objetivo la promoción del empleo.

Además, y por todo lo que se ha dicho anteriormente, la promoción del empleo hace con que sea esencial la manutención de agencias de esa naturaleza que no importen en costos para el que busca una ocupación.

Por fin, también se debe poner de relieve la relevancia de la temática del seguro por desempleo a que nos referimos anteriormente, especialmente en épocas no solo de alta instabilidad económica sino también de presión por el desmonte del Estado de Bien Estar Social, con énfasis en la racionalidad económica y en detrimento de la racionalidad social.

Así, a pesar de la posibilidad de actualización de su contenido, nos parece que el Convenio n. 2, de la OIT, es relevante no solo en función de su papel histórico, pero también como un actual e importante instrumento de fomento para el alcance del contenido de la Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo, en especial en lo que se refiere a la justicia social y al trabajo decente.

5. Bibliografía

AMORIM W.A.C. DE, FISCHER A.L., SARSUR A.M., *Trabalho decente, ética e liberdade*, en Revista de Ciências Humanas, Florianópolis, 2010, vol. 44, n. 2, pp. 418-419

COSTA M.M.M. DA, DIEHL R.C., *O papel da Organização Internacional do Trabalho na promoção do trabalho decente: diálogos com Amartya Sen*, en Revista Prolegómenos – Derechos y Valores, Bogotá, D.C., Colombia, 2016, vol. XIX, n. 38, p. 103

DELGADO G.N., *Direitos Humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário*, en Rev. TST, Brasília, 2011, vol. 77, n. 3

KAUFMAN B.E., *El principio fundamental de las relaciones laborales y el derecho del trabajo*, en ASOC. PERUANA DE RELACIONES DE TRABAJO, *Relaciones laborales en el mundo: 43 estudios en homenaje al profesor Luis Aparicio Valdez, de sus amigos profesores e investigadores de los cinco continentes*, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008, p. 8

MONERO PÉREZ J.L., *Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente*, en Revista jurídica de los Derechos Sociales, Lex Social, 2019, vol. 9, n. 1, p. 235

NICHOLSON A.J.B., *El Derecho del Trabajo y los derechos fundamentales del hombre*, en RAMÍREZ L.H. (coord.), *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Euros, 2008, p. 19

RIBEIRO NETO J.C., *Dignidade humana (Menschenwürde): evolução histórico-filosófica do conceito e de sua interpretação à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. 2013.* Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

SÁLVIA A., *Trabajo, autonomía económica y desarrollo humano y social*, en RAMÍREZ, L.H. (coord.), *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Euros, 2008, p. 4

Web sites

ACNUDH – Oficina del Alto Comisariado para los Derechos Humanos, [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#)

ACNUDH – Oficina del Alto Comisariado para los Derechos Humanos, [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#) – PIDESC

ILO – International Labour Organization, [Documentos fundamentais da OIT](#), p. 25.

ILO – International Labour Organization, [Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo \(Declaración de Filadelfia\)](#)

424

Leão XIII, [Carta Encíclica Rerum Novarum](#), 1891

Naciones Unidas, [Declaración Universal de los Derechos Humanos](#) – DUDH

OIT – Organización Internacional del Trabajo, [Constitución de la OIT](#)

OIT – Organización Internacional del Trabajo, [Convenio sobre el desempleo, 1919 \(núm. 2\)](#)

OIT – Organización Internacional del Trabajo, [Convenio sobre los trabajadores migrantes \(revisado\), 1949 \(núm. 97\)](#)

OIT – Organización Internacional del Trabajo, [Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo](#)

OIT – Organización Internacional del Trabajo, [Ratificación del C002 Convenio sobre el desempleo, 1919 \(núm. 2\)](#)

US Department of Labor, [Employment and Training Administration \(ETA\)](#)

[United States Government](#)

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la protección de la maternidad 1919 (núm. 3)

Rebeca Karina APARICIO ALDANA*

RESUMEN: El presente artículo tiene como objeto un análisis de Convenio sobre protección de la maternidad, 1919 (núm. 3) en orden a determinar los alcances de su aplicación atendiendo a lo dispuesto en la Constitución y su valor inspirador en la legislación española.

Palabras clave: Mujer, embarazo, Convenio 1919, OIT.

SUMARIO: 1. Protección de los derechos fundamentales y dignidad de los trabajadores. 1.1. Derechos fundamentales contenidos en la Constitución Española. 1.2. Derechos comprendidos en el Capítulo III de la Constitución Española. 1.3. El olvido de las normas internacionales como medio de protección de la dignidad del trabajador y de sus derechos. 2. Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm.3) aplicación y eficacia en España. 3. Inspiración para la regulación sobre derechos de la mujer. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Asesora de la Dirección General de Transparencia. Acceso a la Información Pública y Protección de Datos del Ministerio de Justicia (Perú).

Maternity Protection Convention 1919 (No. 3)

ABSTRACT: The purpose of this article is an analysis of the Maternity Protection Convention, 1919 (No. 3) in order to determine the scope of its application in accordance with the provisions of the Spanish Constitution and the inspiration that this agreement in Spanish legislation.

Key Words: Woman, pregnancy, 1919 Convention, ILO.

1. Protección de los derechos fundamentales y dignidad de los trabajadores

1.1. Derechos fundamentales contenidos en la Constitución Española

En sus orígenes históricos, el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores es visto como un conjunto de reivindicaciones sociales que sirven de instrumento efectivo para protegerlos frente a las lesiones provenientes del abuso de sus empleadores.

Tradicionalmente, los poderes públicos y los organismos internacionales reguladores tienen el deber de regular la relación jurídica laboral estableciendo normas «limitativas» del ejercicio de la libertad empresarial. De esta forma se garantiza que el trabajador, como individuo autónomo e igual a su empleador, sea respetado en su integridad en el ejercicio de sus libertades y en sus posesiones.

La Constitución ha reconocido, de forma directa e indirecta, la existencia dentro de la relación laboral de dos tipos de derechos fundamentales pasibles de ser ejercidos por los trabajadores: Los específicos y los inespecíficos¹.

Los derechos laborales específicos son aquellos que, única y exclusivamente, pueden ser desarrollados dentro del ámbito de las relaciones laborales. Entre los principales derechos específicos tenemos: el derecho de remuneración, sindicalización y huelga. Por su parte, los derechos inespecíficos devienen de la condición de los trabajadores como sujetos esencialmente dignos y cuya titularidad no se pierde, ni se diluye, por su condición de empleados en una empresa, como, por ejemplo, los derechos a la libertad de expresión, integridad, libertad religiosa, entre otros.

Una delimitación adecuada de los derechos fundamentales de los trabajadores y empleadores no puede desconocer el contenido constitucionalmente declarado de los derechos de los que son titulares, ni los fines o criterios extraconstitucionales² que les dieron origen y que les dan sentido, ni mucho menos olvidar el carácter, no sólo subjetivo, sino

¹ M.C. PALOMEQUE LOPEZ, M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007, p. 110.

² Víd. A.L. MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, prólogo A. OLLERO TASSARA, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 123.

institucional o prestacional de todo derecho fundamental.

La dimensión institucional o prestacional de los derechos fundamentales habilita a sus titulares a exigir estos derechos; pero, también, impone deberes a toda persona, pública o privada, que se encuentre vinculada o sujeta a los derechos fundamentales.

En el caso de las relaciones laborales, los poderes públicos, vinculados a los derechos fundamentales, deberán establecer mecanismos para promover, regular y proteger los derechos de los trabajadores y empresarios, derribando obstáculos que impidan su ejercicio. Por su parte, los particulares, sujetos a los derechos fundamentales, estarán impedidos de realizar acciones que los contradigan o vulneren.

La Constitución Española en su artículo 53.1.2 ha previsto diversos niveles de protección jurisdiccional que divide los derechos constitucionalmente reconocidos en dos grandes grupos:

- a) Los derechos protegidos a través del recurso de inconstitucionalidad que, además, gozan de la protección que otorga la garantía del respeto a su contenido esencial y vinculan directamente a todos los poderes públicos (artículo 53.1).
- b) Y aquellos que, contando con todas las garantías anteriormente mencionadas, permiten a sus titulares ejercer su tutela jurisdiccional, a través de un procedimiento ante los Tribunales ordinarios basado en el principio de preferencia y sumariedad siendo posible la interposición del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional, una vez agotada la vía judicial ordinaria (artículo 53.2).

El primer grupo está conformado por los derechos contenidos en el capítulo II de la Constitución Española, es decir, los comprendidos del artículo 14 al 38. El goce de las prerrogativas del segundo grupo estará restringido a los derechos contenidos en los artículos 14 y 30.2 y toda la Sección 1 del Capítulo II del Título Primero de la norma constitucional.

Esta división ha generado un cruento debate sobre si se reconoce o no como derechos fundamentales a los contenidos en la Sección segunda del Capítulo II de la Constitución Española.

Consideramos que esta distinción procesal no es suficiente para descalificar a los artículos comprendidos en la sección antes mencionada como derechos fundamentales. La razón radica en que ambas secciones del capítulo II reconocen formas de desarrollo individual y social de las personas. La conjunción de estas dos secciones es expresión de la doble dimensionalidad, subjetiva e institucional, de los derechos contenidos en este capítulo lo que denota su naturaleza fundamental. Por ello, el artículo 53.1 de la Constitución Española beneficia con la garantía del respeto al

contenido esencial y la vinculación a los poderes públicos al conjunto los derechos comprendidos en el Capítulo II otorgándoles, a todos ellos, con esta protección constitucional y vinculación directa a los poderes del Estado, la calidad de derechos fundamentales³.

En consecuencia, los derechos comprendidos dentro del capítulo II sección II, como, por ejemplo, el derecho al trabajo, a una remuneración suficiente (artículo 35) y la libertad de empresa (artículo 38) sí constituyen derechos fundamentales, no obstante, la protección constitucional de la que gozan no les permite acudir a un proceso sumario y preferente o a un recurso de amparo cuya pretensión consista en su directa defensa⁴; aunque siguen disfrutando de la garantía del contenido esencial, la vinculación a los poderes públicos y el recurso de inconstitucionalidad.

Otros derechos específicos de los trabajadores como: la libertad sindical (artículo 28.1) y huelga (artículo 28.2), sí gozan de la tutela jurisdiccional que otorga el artículo 53.2 de la Constitución por encontrarse dentro de su marco normativo.

Además, la relación laboral es un ámbito propicio para el ejercicio de los derechos fundamentales, incluyendo aquellos que se predicen de la generalidad de las personas, como, la libertad de expresión, integridad, honor, libertad religiosa, entre otros. La doctrina científica y jurisprudencial ha admitido como procedente el proceso ordinario sumario y preferente; y, si fuera el caso, la interposición de un recurso de amparo cuando los trabajadores aleguen la vulneración de alguno de estos derechos en el ámbito laboral, pues estos se encuentran protegidos por esta garantía, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.2⁵.

1.2. Derechos comprendidos en el Capítulo III de la Constitución Española

Los derechos contenidos en el Capítulo III, denominados principios

³ *Vid.* A. ABA CATOIRA, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, prólogo de J.A. PORTERO MOLINA, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 36-37; A. L. MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial...*, *op. cit.*, pp. 172-180. Posiciones contrarias a esta postura: *Vid.* P. PÉREZ TREMPS, *Los derechos fundamentales*, en AA.VV., *Derecho Constitucional I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 143.

⁴ Al respecto *Vid.* L.M. CAMPS RUIZ, *Notas sobre la eficacia de los preceptos constitucionales de contenido laboral*, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Secretaría de publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 1980, p. 141.

⁵ *Vid.* Artículos 177 a 184 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (RCL 2011\1845).

rectores de la política social y económica sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Ello se debe a que no son exigibles judicialmente por disposición constitucional, mientras no cuenten con un desarrollo legislativo, por lo que carecen de dimensión subjetiva, aunque evidentemente constituyen manifestación de la dimensión objetiva o institucional del derecho fundamental a un trabajo digno. La carencia de una de las dos dimensiones, inherentes a todo derecho fundamental, hace de estos derechos no fundamentales y, en consecuencia, no gozarán de las garantías del respeto a su contenido esencial, ni tampoco vincularán a los poderes públicos⁶.

Ahora, aunque los poderes públicos no se vinculen a estos derechos, esto no implica que no se encuentren sujetos a los mismos. En virtud de lo establecido en el artículo 9.1 de la Constitución «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

La sujeción, a diferencia de la vinculación - que supone no sólo un deber de respeto, sino también de cumplir y hacer cumplir los derechos fundamentales - no implica el deber de potenciar el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales, sino, únicamente, genera la obligación de no realizar conductas que contradigan la norma constitucional⁷.

Así, si estos derechos han sido incorporados en la Constitución como principios rectores de la política social y económica; y, además, la norma constitucional señala expresamente la necesidad de su desarrollo legislativo, los derechos contenidos en el Capítulo III de la Constitución, obligan a los poderes públicos a reconocerlos legislativamente y a no regular en sentido contrario propiciando con ello el nacimiento de reales derechos subjetivos⁸.

En consecuencia, una vez generada la norma que reconoce legislativamente a los principios rectores, estos dejan de ser tal para

⁶ Al respecto *Vid. A.L. MARTÍNEZ PUJALTE, La garantía del contenido esencial..., op. cit.*, p. 170.

⁷ J.C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, prólogo de F. de Carreras, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 340.

⁸ *Vid. P. CHARRO BAENA, Derecho a vacaciones en el ámbito laboral: Origen, evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, p. 150. En el mismo sentido: A. MONTOYA MELGAR, *El trabajo en la Constitución*, en A. SEMPERE NAVARRO Y RODRIGO MÁRTIN JIMÉNEZ (coords.), *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 49.

convertirse en reales derechos subjetivos. Esta transformación convierte en exigible la dimensión institucional de los derechos fundamentales que contienen los principios rectores vinculando, desde su regulación legislativa, a los poderes públicos.

La regulación legislativa de un principio rector obliga a los poderes públicos a realizar actuaciones efectivas para su adecuada materialización. Esto hace posible que derechos, como el derecho al trabajo digno, se desarrollen materialmente a partir de la legislación de principios rectores como: la regulación de políticas para la mejora del nivel de empleo⁹; o la protección de la familia que se traduce, en el ámbito laboral, en acciones efectivas para la conciliación de la vida familiar y laboral; o que el derecho a la no discriminación se concretice, en las relaciones laborales, a través de normas dirigidas a desarrollar el principio de inserción laboral de los discapacitados¹⁰ o de igualdad entre mujeres y hombres, la protección socio laboral de víctimas de violencia de género¹¹, entre otras¹².

1.3. El olvido de las normas internacionales como medio de protección de la dignidad del trabajador y de sus derechos

No cabe duda de que el respeto incondicionado a la persona del trabajador asienta sus raíces en la dignidad del ser humano y, por ello, los bienes que se manifiestan en su condición persona, en la praxis de la relación laboral, deben ser protegidos.

Para ello resulta absolutamente necesario tener en cuenta lo establecido en los artículos 96 y 10.2 de la Constitución Española. El primero establece que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno»; el segundo dispone que la Declaración Universal de los

⁹ Al respecto: *Vid. Real Decreto Ley 4/2013 de 22 de febrero de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y creación de empleo.*

¹⁰ Un estudio profundo sobre el tema de las relaciones laborales y personas con discapacidad en: F. VALDÉS DAL RÉ (Dir.), J. LAHERA FORTEZA (Coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación Once, Fundación Ortega y Gasset, Madrid, 2005.

¹¹ Un análisis interesante sobre la protección de las víctimas de violencia de género en el ámbito laboral en: D. CARRASCOSA BERMEJO, *Análisis crítico de los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia de género: una aproximación práctica*, en *Revista de Derecho Social*, 2011, n. 55, pp. 59-84.

¹² Un estudio completo sobre políticas socio laborales en: A. SEMPERE NAVARRO, Y. CANO GALÁN, P. CHARRO BAENA, C. SAN MARTÍN MAZZUCONI, *Políticas Sociolaborales*, Eunate, Pamplona, 2001.

Derechos Humanos, y, los demás Tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España sirven para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce¹³.

Por su parte, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales, en su artículo 31 señala: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional».

En el ámbito laboral, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, refuerza e impulsa la idea de una interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los textos internacionales al establecer, en su artículo 219.2, como nuevo motivo para interponer un recurso de casación para la unificación de doctrina en materia de derechos y libertades, la posibilidad de alegar como doctrina de contradicción la establecida en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁴. De esta manera, tanto el Convenio, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resultan ser fundamento y referencia principal y necesaria al momento de interpretar los derechos fundamentales y solucionar los problemas que sobre los mismos «no puedan ser resueltos con puros remedios constitucionales»¹⁵.

En este sentido, todos los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente, independientemente de su lugar de ubicación en el texto constitucional, deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sobre esta materia, y teniendo en cuenta las resoluciones del Tribunal Europeo

¹³ Existe, por lo tanto, una obligación hermenéutica de interpretar los derechos fundamentales basándose en el sistema convencional europeo y en otras declaraciones, como, por ejemplo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, adaptando el contenido de los derechos fundamentales a lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a fin de alcanzar una universalidad y coherencia en la interpretación de estos derechos. *Vid. STC 91/2000*, de 30 de marzo, fundamento jurídico 7 (RTC 2000\91).

¹⁴ *Vid. J.L. GOÑI SEIN, Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?*, Ponencia presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, celebradas en Pamplona del 29 al 30 de mayo de 2014. p. 16.

¹⁵ J. GARCÍA ROCA, *Diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales, en la construcción de un orden público europeo*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 2012, n. 30, p. 187.

de Derechos Humanos¹⁶. Este canon hermenéutico garantiza el respeto y protección, por parte de los poderes públicos, de los derechos constitucionalmente reconocidos, pues la interpretación acorde a los tratados y pronunciamientos internacionales supone, por ejemplo, que los órganos jurisdiccionales tiendan a conseguir, al momento de resolver, su máxima efectividad¹⁷.

2. Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3) aplicación y eficacia en España

A través de este convenio se regulan diferentes medidas relativas al empleo de las mujeres, antes y después del parto, y fue ratificado por el Gobierno de España el 4 de julio de 1923 y aún continúa en vigencia.

Este tratado pone especial énfasis en la situación de la mujer embarazada en empresas industriales y comerciales, regulando derechos como: el descanso pre y post natal, el subsidio por maternidad, el permiso de lactancia y la nulidad de despido.

Así, el artículo 3 del referido convenio señala que todas las empresas industriales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

- a. No estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;
- b. Tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrepondrá probablemente al término de seis semanas;
- c. Recibirá, durante todo el período que permanezca ausente en virtud de los apartados a. y b., prestaciones suficientes para la manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe será fijado por la autoridad competente en cada país, será satisfecha por el tesoro público o se pagará por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha de parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene

¹⁶ Es importante a este respecto tener en cuenta la novísima Ley 25/2014, de 27 de noviembre de 2014, de Tratados y otros acuerdos internacionales.

¹⁷ En este sentido: A. SEMPERE NAVARRO, *Régimen Jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas*, en *Revista de Política Social*, 1981, n. 130 y 131, p. 111. Posición en contrario C. MOLERO MANGLANO, *El sistema normativo*, Colex, Madrid, 1987, pp. 130-131.

derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto.

- d. Tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia.

Por su parte, el artículo 4 señala: “Cuando la mujer esté ausente de su trabajo, en virtud de los apartados a. y b. del artículo 3 de este convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un periodo mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia».

Cabe recordar, que esta norma es anterior a la Constitución de 1978, por lo que el reconocimiento de estos derechos a nivel constitucional encontraría su sustento en lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Española¹⁸ que vela por la protección de la familia que se traduce, en el ámbito laboral, como ya hemos dicho, en acciones efectivas para la conciliación de la vida familiar y laboral; o que el derecho a la no discriminación se concrete, en las relaciones laborales, a través de normas dirigidas a impedir que la mujer embarazada sea discriminada debido a su condición.

Ahora, es importante advertir que el Tribunal Constitucional ha rechazado en reiteradas ocasiones que el artículo 10.2 de la Constitución Española constitucionalice las normas internacionales sobre derechos humanos¹⁹. Así, por sí solas, las normas internacionales no pueden ser invocadas como fundamento jurídico directo de un recurso de amparo. Por el contrario, este deberá fundamentarse en una disposición constitucional

¹⁸ Artículo 39 de la Constitución Española:

«1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

¹⁹ Por todas: *Vid. STC 76/1982*, de 14 de diciembre, fundamento jurídico 5º. Al respecto: A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española*, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco*, 1993, Tecnos, Madrid, p. 353 y ss.

enunciadora del derecho supuestamente vulnerado (arts. 53.2 CE y 49.1 LOTC)²⁰. Esto significa que el artículo 10.2 de la Constitución Española no ha otorgado rango constitucional a los derechos y libertades reconocidos por los tratados internacionales si los mismos no se encuentran también proclamados por la Carta Magna española²¹.

Esto resulta de suma importancia porque el contenido del Convenio materia de análisis no desarrolla un derecho fundamental reconocido como tal en la Constitución Española, sino en un principio rector de la política social y económica, que, como ya dijimos, sólo supone para el Estado una obligación sujeción. Por ello, pese a la ratificación de este Convenio y de que, en el Derecho interno español, la recepción de los tratados internacionales sea automática e inmediata, luego de su publicación oficial, por lo que estos devienen en fuente directa del Derecho, no podría afirmarse que los derechos contenidos en el convenio en cuestión dejan de ser principios rectores para obtener el rango de derechos fundamentales.

Ahora, la calidad de principios rectores supuso para el Gobierno Español, el desarrollo prioritario de los medios para efectiva realización de estos derechos partiendo de su regulación legal, como veremos más adelante.

3. Inspiración para la regulación sobre los derechos de la mujer

Como ya dijimos, el convenio materia de este artículo regula los siguientes derechos: el descanso pre y post natal, el subsidio por maternidad, el permiso de lactancia y la nulidad de despido. En específico el Convenio señala que la mujer:

- a. No estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;
- b. Tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrepondrá probablemente al término de seis semanas;
- c. Recibirá, durante todo el período que permanezca ausente en

²⁰ STC 120/1990, de 27 de junio, fundamento jurídico 3º; y STC 56/2003, de 24 de marzo, fundamento jurídico 1º y QUINTERO SARAVIA, G.M., «Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno: el caso de la Constitución. La Constitución como fuente de Derecho Internacional», *Revista de Derecho Político*, N° 45, 1999, pp. 69-104.

²¹ R. PANIAGUA REDONDO, *La recepción, publicación y rango normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1991, vol. 90, n. 4, pp. 924-925.

virtud de los apartados a. y b., prestaciones suficientes para la manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe será fijado por la autoridad competente en cada país, será satisfecha por el tesoro público o se pagará por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha de parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto.

- d. Tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia.

Además indica que: «Cuando la mujer esté ausente de su trabajo, en virtud de los apartados a. y b. del artículo 3 de este convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un periodo mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia».

Todos estos derechos se encuentran actualmente reconocidos legislativamente. Las principales normas que regulan estos beneficios son: el Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de Seguridad Social y su reglamento RD 295/2009, entre otras disposiciones normativas.

Así, por ejemplo, la madre tiene derecho a dieciséis semanas de baja por maternidad, pudiendo disfrutar de diez semanas durante el embarazo, el resto, las seis semanas restantes tiene necesariamente que disfrutarlas después del parto²², tal como lo recoge el Convenio. Este derecho, además, se amplía, actualmente, si se trata de un parto múltiple, en dos semanas más por cada hijo, a partir del segundo y le es aplicable también a la adopción, acogimiento familiar y tutela.

Asimismo, si el bebé fallece, la madre podrá continuar con el permiso de maternidad por parto hasta concluir las dieciséis semanas.

Se puede ampliar el permiso de maternidad durante el tiempo que el bebé permanezca hospitalizado y hasta un máximo de trece semanas más, en los casos de parto prematuro y de recién nacidos que precisen hospitalización superior a siete días a continuación del parto.

²² D.M., CAIRÓS BARRETO, *Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia*, en *Lan Harremanak*, 2010, tomo II, n. 23, pp. 93-94.

El permiso por maternidad se amplía en dos semanas más para los supuestos de discapacidad del hijo, o del menor adoptado o acogido.

Es importante, además, tener en cuenta que las trabajadoras autónomas también podrán optar a la baja por maternidad. En este caso necesitará al menos haber cotizado ciento ochenta días en los últimos siete años, o trescientos sesenta días a lo largo de toda su vida laboral (en el caso de mayores de 26 años). Las menores de 21 no necesitarán haber cotizado nada, mientras que las mujeres entre los 21 y los 26 años deben haber cotizado al menos noventa días en los últimos siete años.

En estos casos, al igual que en los anteriores, se contempla maternidad, adopción y acogimiento de menores.

Durante el tiempo que dure la baja por maternidad las mujeres embarazadas tendrán derecho a la prestación por maternidad cuya cuantía ascenderá al 100 % de la base reguladora, para ello se deberá contar con los siguientes requisitos:

- a. Si se trata de persona menor de 21 años en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá un mínimo de cotización.
- b. Si se encuentra entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o de la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el periodo mínimo de cotización exigido será de noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso, o, alternativamente, de 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.
- c. Si la trabajadora es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el periodo mínimo de cotización exigida será de 180 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso, o, alternativamente, de 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a esta última fecha.

El Sistema Nacional de Salud brinda atención médica a todas las personas, financiada por la Seguridad Social, incluyendo entre otros, los servicios de atención a las mujeres: a) el seguimiento de cuidado y salud del embarazo. b) la preparación para el parto, c) visita al médico durante el primer mes después del parto

Con respecto al derecho de licencia por lactancia resulta interesante el reciente Real Decreto-ley 6/2019, que regula el permiso para el cuidado

del lactante cuya duración es de nueve meses. Una trabajadora tendrá derecho a un descanso de una hora (o dos medias horas) o a una reducción de su jornada en 30 minutos a tal efecto. Este permiso también podrá acumularse en días completos según lo estipulado en el convenio colectivo correspondiente o conforme a lo acordado entre la trabajadora y su empresa. El permiso para el cuidado del lactante pueden disfrutarlo ambos progenitores. En este caso, podrán hacerlo hasta que el bebé cumpla doce meses. Sin embargo, implica una reducción de la parte proporcional del salario.

En lo que se refiere a la ilegalidad del despido, la legislación española protege a la mujer en gestación desde el primer día de embarazo, independientemente de si ha comunicado o no su estado al empleador y hasta nueve meses después del parto. La protección contra el despido supone que la relación laboral no puede ser extinta unilateralmente por el empleador por motivo del embarazo, porque ello resultaría discriminatorio, de tal forma que, de producirse el despido, la empresa deberá demostrar que su causa no tiene origen en el embarazo, pues de lo contrario el despido será nulo.

4. Conclusiones

1. La Constitución española reconoce como derechos fundamentales artículos 14 y 30.2 y toda la Sección 1 del Capítulo II del Título Primero de la norma constitucional; así como también, a la Sección segunda del Capítulo II, dado que la propia norma constitucional le reconoce a estos la garantía del contenido esencial y la vinculación a los poderes públicos.
2. Los derechos contenidos en el Capítulo III, son principios rectores de la política social y económica dado que son exigibles judicialmente por disposición constitucional, mientras no cuenten con un desarrollo legislativo, por lo que carecen de dimensión subjetiva.
3. El Convenio materia de análisis no desarrolla un derecho fundamental reconocido como tal en la Constitución Española, sino en un principio rector de la política social y económica, lo que supone para el Estado una obligación sujeción.
4. La calidad de principio rector supuso para el Gobierno Español, el desarrollo prioritario de los medios para efectiva realización de los derechos contenidos en el convenio a través de la regulación legal. Por lo que el convenio 1919 (núm. 3) de la OIT sirvió de

inspiración para las normas que sobre este tema ha desarrollado la legislación española, como, por ejemplo, el descanso pre y post natal, el subsidio por maternidad, el permiso de lactancia y la nulidad de despido.

5. Bibliografía

ABA CATOIRA A., *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, prólogo de J.A. PORTERO MOLINA, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

CAIRÓS BARRETO D.M., *Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia*, en *Lan Harremanak*, 2010, tomo II, n. 23

CAMPS RUÍZ, L.M., *Notas sobre la eficacia de los preceptos constitucionales de contenido laboral*, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Secretaría de publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 1980

CARRASCOSA BERMEJO D., *Ánalisis crítico de los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia de género: una aproximación práctica*, en *Revista de Derecho Social*, 2011, n. 55

CHARRO BAENA P., *Derecho a vacaciones en el ámbito laboral: Origen, evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993

FERNÁNDEZ TOMÁS A., *La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española*, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993

GARCÍA ROCA J., *Diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales, en la construcción de un orden público europeo*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 2012, n. 30

GAVARA DE CARA J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, prólogo de F. DE CARRERAS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994

GOÑI SEIN J.L., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?*, Ponencia presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, celebradas en Pamplona del 29 al 30 de mayo de 2014

MARTÍNEZ PUJALTE A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, prólogo A. OLLERO TASSARA, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997

MOLERO MANGLANO C., *El sistema normativo*, Colex, Madrid, 1987

MONTOYA MELGAR A., *El trabajo en la Constitución*, en A. SEMPERE NAVARRO Y R. MÁRTIN JIMÉNEZ (coords.), *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003

PALOMEQUE LOPEZ M.C., ÁLVAREZ DE LA ROSA M., *Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007

PANIAGUA REDONDO R., *La recepción, publicación y rango normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1991, vol. 90, n. 4

PÉREZ TREMPS P., *Los derechos fundamentales*, en AA.VV., *Derecho Constitucional I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

QUINTERO SARAVIA G., *Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno: el caso de la Constitución. La Constitución como fuente de Derecho Internacional*, en *Revista de Derecho Político*, 1999, n. 45

SEMPERE NAVARRO A., *Régimen Jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas*, en *Revista de Política Social*, 1981, n. 130 y 131

SEMPERE NAVARRO A., CANO GALÁN Y., CHARRO BAENA P., SAN MARTÍN MAZZUCCONI C., *Políticas Sociolaborales*, Eunate, Pamplona, 2001

VALDÉS DAL RÉ F. (dir.), LAHERA FORTEZA, J. (coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación Once, Fundación Ortega y Gasset, Madrid, 2005

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres) 1919 (núm. 4)

Sergio MARTÍN GUARDADO*

RESUMEN: El tratamiento jurídico del trabajo nocturno, cuestión genuina de la legislación internacional obrera, encontró su justificación en la situación penosa e insalubre en que mujeres y niños eran empleados en plena efervescencia del capitalismo industrial. En el marco de la OIT se inició una andadura normativa en torno al trabajo nocturno con el Convenio n.º 4 de 1919, relativo al trabajo nocturno de mujeres en la industria. Este instrumento, a la luz de una perspectiva de género, puede ser cuestionado ya que la misma estuvo ausente en el proceso de formación de aquellas normas. Su vigencia es discorde con los principios de igualdad de trato y de oportunidades, así como con el principio de no discriminación. La reciente derogación del instrumento objeto de comentario ha puesto de relieve la estigmatización a que ha venido sometiendo a las mujeres. ¿Realmente puede hablarse de una norma protectora? Se pretende dar una visión desde la perspectiva de género en torno a la desigualdad de oportunidades en el acceso al empleo, ofreciendo una respuesta crítica en torno al por qué el trabajo nocturno no puede seguir siendo utilizado como pretexto para la discriminación en las relaciones laborales.

Palabras clave: Trabajo nocturno, industria, mujeres, perspectiva de género, legislación laboral internacional.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El tratamiento jurídico del trabajo nocturno y su repercusión sobre el género en el contexto histórico. 3. Un Convenio del siglo XX visto desde el siglo XXI. Las razones de su derogación. 3.1. El desarrollo de la legislación laboral nacional e internacional como argumento: un instrumento obsoleto. 3.2. Un Convenio contrario a los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de sexo. 4. Excepciones y especialidades aplicativas del Convenio. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Personal Investigador en Formación (USAL-Santander). Departamento de Derecho Público General. Área de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Salamanca.

Night work (women) Convention, 1919 (No. 4)

ABSTRACT: The legal treatment of night work, a genuine issue of international labor legislation, found its justification in the painful and unhealthy situation in which women and children were employed in full effervescence of industrial capitalism. Within the framework of the ILO, a normative approach to night work began with Convention No. 4 of 1919, concerning night work for women in industry. This instrument, in light of a gender mainstreaming, can be questioned since it was absent in the process of forming those norms. Its validity is in disagreement with the principles of equal treatment and opportunities, as well as with the principle of non-discrimination. The recent repeal of the instrument under comment has highlighted the stigmatization to which women have been subjected. Can you really talk about a protective standard? It is intended to give a vision from a gender perspective about the inequality of opportunities in access to employment, offering a critical response about why night work can not continue to be used as an discriminatory pretext in labor relations.

Key Words: Night work, industry, women, gender mainstreaming, international labor legislation.

1. Introducción

La preocupación por las condiciones de trabajo y sus efectos sobre la salud y la propia vida de los trabajadores hace posible articular una relación causa-efecto, atendiendo a la expresión reactiva del Estado Liberal de finales del siglo XIX y principios del XX ante la “cuestión social”. Con ese objetivo surgirá la aparición de las primeras leyes obreras, germen del Derecho del Trabajo y su propia razón de ser¹. Los primeros atisbos de esas leyes nacionales mostrarán especial atención hacia el trabajo que se presta en las condiciones más severas, como pudiera ser el trabajo realizado durante la noche, con el fin de proteger, preferentemente, tanto a mujeres como a niños². Progresivamente, el trabajo nocturno comenzó a ser objeto de debate y posterior regulación a escala mundial³, en el marco de la OIT donde, de forma cuasi coetánea a su nacimiento, verá la luz el Convenio n.º 4 de la OIT sobre el trabajo nocturno de mujeres de 1919, junto a otros textos normativos de igual naturaleza sobre menores. La OIT y su actividad normativa supusieron entonces una respuesta supraestatal a la “cuestión social” global, aunque no sería efectiva en tanto los Estados no aceptasen y adaptasen a su realidad interior la legislación internacional⁴.

Ciertamente, la acción normativa de la OIT ha sido valorada de manera positiva al ofrecer protección frente a los peligros inherentes al trabajo nocturno que se proyectaban especialmente sobre la seguridad y salud de las mujeres y los menores. No obstante, establecería una regulación con un marcado carácter prohibitivo, que alejará pronto a las mujeres del trabajo de las industrias para devolverla a su parcela natural: el trabajo doméstico y de cuidados. Por consiguiente, a la vez que se protege el derecho al trabajo, de acuerdo con los valores de la idea de la dignidad humana, sin embargo, se hará de forma incompleta⁵. Se estigmatizará a las

¹ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho del Trabajo e ideología* (6^a edición), Tecnos, Madrid, 2002, p. 33: “(...) la razón de ser del Derecho del Trabajo como mecanismo de mediación y de institucionalización de un conflicto social y que no es otro, en realidad, que la persecución de un equilibrio estructural entre los intereses de sus protagonistas”.

² En las prácticas nacionales se observa la atención preferente a estos colectivos y se van adoptando normas en este sentido, en España, ve la luz, entre otras normas, la Ley de 11 de julio de 1912 que prohíbe el trabajo nocturno de mujeres y niños en talleres y fábricas.

³ El primer texto internacional al respecto de la cuestión fue el Convenio de Berna de 1906, adoptado en la Conferencia de Berna, anterior a la OIT.

⁴ J. GARCÍA MURCIA, *La legislación laboral internacional: mandato y función de la Organización Internacional del Trabajo*, en *Documentación Laboral*, 2019, vol. I, n. 116, p. 12.

⁵ G. MARTÍN MARTÍN, *Igualdad en las Relaciones Jurídicas*, en AA.VV., *Estudios interdisciplinares sobre igualdad*, Iustel, Madrid, 2009, p. 76.

mujeres, perpetuándolas como la fuerza laboral débil, de conformidad con una óptica paternalista y discriminatoria (propia de aquellos tiempos) en relación a la regulación de la materia en cuestión, obstaculizando el libre desarrollo de la personalidad.

Las ideas expuestas, compartidas en la actualidad, sin embargo, no estaban presentes el origen de las primeras normas laborales de ámbito internacional. Será posteriormente, con la Declaración de Filadelfia de 1944 (como anexo a su Constitución), cuando se proclamará, en el seno de la OIT, que todos los seres humanos sin distinción de sexo tenían derecho al desarrollo de su prestación laboral en igualdad de oportunidades (de acuerdo con los valores propios de las ideas de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad)⁶. Transcurridos cien años de la adopción del instrumento y del surgimiento mismo de la OIT es conveniente analizar este Convenio n.º 4 sobre trabajo nocturno de las mujeres en la industria desde una perspectiva de género y vislumbrar la ausencia del principio de igualdad de oportunidades en su articulado. Paulatinamente, a lo largo de su primer siglo de historia, la OIT ha ido mejorando y actualizando la regulación del trabajo nocturno, de tal forma que el texto iría siendo sustituido e, incluso, llegando a su mismísima derogación de manera reciente.

Así las cosas, es necesario determinar las razones que han llevado a su derogación, principalmente, el efecto colateral de fijar una norma tan protecciónista hacia las mujeres: su exclusión como fuerza de trabajo de las industrias de la época y su retorno, de nuevo, como históricamente había sido y seguiría siendo, hacia los trabajos domésticos, fundamentalmente el cuidado y la crianza de los hijos⁷. Igualmente, si el trabajo nocturno y las vicisitudes jurídico-laborales que el mismo plantea siguen siendo objeto de estudio y regulación, sería conveniente analizar el concepto jurídico de trabajo nocturno y su evolución hasta nuestros días: ¿podemos hablar de un instrumento obsoleto si nos referimos a este Convenio n.º 4 de la OIT?

Aunque, en mayor medida, la derogación encuentra su razón de ser en la constatación de que este instrumento discriminó a largo plazo y de forma directa a la mujer⁸, siendo innegable que, en el corto plazo, libró a muchas

⁶ G. FABREGAT MONFORT, *La discriminación en el acceso al mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 41-45.

⁷ M. COSTA, *Feminismos Jurídicos*, Didet, Buenos Aires, 2016, p. 92: “La división entre lo público y lo privado-doméstico es una distinción política sostenida y que, a la vez, retroalimenta una jerarquía de dominación/subordinación basada en la diferencia sexual”.

⁸ J.E. LÓPEZ AHUMADA, *Principios jurídicos y promoción de la igualdad de género como garantía del*

mujeres de la situación penosa en que se encontraban.

2. El trabajo nocturno y su repercusión sobre el género en el contexto histórico

El concepto y dimensión jurídica del trabajo nocturno adquirirán importancia cuando, con la incorporación de la electricidad a la industria, sea posible incrementar la producción. Para ello será necesario llevar a cabo largas jornadas que, a su vez, obligarán a reorganizar a la fuerza de trabajo: ahora será empleada de forma permanente y continua⁹, por turnos; de tal manera que las industrias funcionarán a todo motor, de día y de noche. Así, empezarán a intensificarse los efectos nocivos del ambiente fabril sobre los trabajadores, que hasta ahora operaban en torno a las leyes de la naturaleza, trabajando de sol a sol. Como es sabido, la incorporación de mujeres y niños a la industria supondrá que tanto los Estados como la OIT presten atención preferente hacia estos colectivos, dedicando las primeras normas internacionales sobre trabajo nocturno les tengan como destinatarios preferentes. Se entiende *a priori* que, ante la reducción de descansos consecuencia del trabajo nocturno, debe protegerse a los trabajadores más vulnerables. Son ellos, mujeres y niños, los mayores perjudicados del ambiente fabril o, al menos, esta era la consideración normativa de partida, lo cual, casaba con la consideración social pre establecida en la época del capitalismo industrial más exacerbado: eran denominados como medias fuerzas, tomando como sujeto de contraste al trabajador varón adulto.

Centrándonos en la mujer trabajadora de la época y su papel social en el contexto histórico podrían llegarse a vislumbrar las estigmatizaciones de género en relación al trabajo femenino, asumiendo que recíprocamente, a las mismas, contribuirán las disposiciones contenidas en el Convenio n.º 4 de la OIT. Para ello, es indispensable analizar el instrumento con cierta perspectiva de género¹⁰. Dentro de la “cuestión social”, la preocupación

trabajo decente: problemas y experiencias en el seno de la OIT, en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, 2012, n.º 15, p. 199.

⁹ A. ODRIozola LANDERAS, *La protección de la salud del trabajador nocturno a turnos*, Universidad del País Vasco, 2008, p. 87: la regulación del trabajo nocturno responde a “la importancia que, históricamente, se ha dado a aquellas (razones) que se refieren a los intereses económicos de la empresa”. Es decir, está fundamentada en una nueva práctica social que exige nuevos ritmos de trabajo, hasta entonces inexistentes y que, a día de hoy, sigue siendo la misma.

¹⁰ D.T. KAHALE CARRILLO, *La responsabilidad social de género*, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 16: el género puede entenderse como un deber-ser social, “una construcción histórica

por la situación de las trabajadoras llevó a una prohibición quasi absoluta (¿por razones de seguridad y salud?). Se les imposibilitó entablar relación alguna con el trabajo industrial de la época si este debiera prestarse durante la noche. Esto no guarda relación alguna con la realidad presente, a día de hoy, está constatado que los efectos del trabajo nocturno en la mujer son los mismos que en los trabajadores del sexo masculino¹¹, fuera de los estados de maternidad, lactancia u otras necesidades de conciliación.

Entonces, ¿cuáles eran las razones que nos llevaron a regular la cuestión de manera tan estricta, rígida y cerrada? Cabe advertir que, si bien se prohibiría el trabajo nocturno en los trabajos considerados como más peligrosos, la exclusión de la mujer del modelo productivo protagonista de aquel tiempo fue prácticamente absoluta y, debido a algunas prácticas nacionales, respondía más bien a eliminar una competencia respecto a la fuerza de trabajo masculina, ya que las mujeres realizaban trabajos auxiliares y de importancia menor pero cobrando salarios mucho más miserables que el de sus homólogos varones¹². Casos como el español, sin embargo, demuestran que era necesario tomar medidas para paliar la situación de mujeres y niños y, paulatinamente, lograr una armonía social que estaba aún en entredicho¹³. Así, el tratamiento jurídico de la cuestión contribuirá a que las mujeres tengan que resignarse a un trabajo propio de la casa y la familia, además, sólo se les permitirá emplearse en industrias dirigidas por el cabeza de familia, lo que producirá la perpetuación del paradigma productivo, bifurcando las funciones sociales y consolidando el género como categoría de distribución¹⁴. Pasaremos de fábricas donde,

que apunta al conjunto de atributos socioculturales establecidos a las personas a partir del sexo, y que convierte la diferencia sexual en desigualdad social”.

¹¹ Informe *Los tiempos de la Organización del Trabajo: incidencia de los riesgos psicosociales en los sistemas de trabajo a turnos*, Observatorio permanente de riesgos psicosociales, Secretaría de Salud Laboral, UGT, Madrid, 2009.

¹² I. Ramos Vázquez, *Derecho Internacional Obrero: origen y concepto*, en *Iuslabor*, 2017, n. 3, p. 346.

¹³ J. CUESTA BUSTILLO, *Una España para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939)*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994.

¹⁴ M.E. CASAS BAHAMONDE, *Transformaciones del trabajo, futuro de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo*, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1998, n. 1, p. 90: “(...) los hombres se ocuparían de las que se conocen como tareas «productivas», en el ámbito público y público-privado de las empresas, a través de relaciones funcionariales y de trabajo asalariado con unas condiciones contractuales crecientemente reguladas a través del naciente Derecho del Trabajo y a través de la negociación colectiva entre los actores sociales. Por su parte, las mujeres se ocuparían de las llamadas tareas «reproductivas» y comunitarias (no mercantiles), en el ámbito privado de la familia,

fundamentalmente, se empleaba a trabajadoras durante la noche, a industrias que, obligadas a contratar a partir de entonces a los hombres para el trabajo nocturno, so pretexto de paliar la situación de las mujeres perpetuarán, durante unos años, una paz social discutible en términos de justicia. Una paz social que hoy no lo sería, pues, en términos globales, la democracia es más plena, no sin advertir antes que, actualmente, la conflictividad social resurge en las sociedades desarrolladas en torno a la desigualdad de las mujeres en el empleo¹⁵, señalando que no es vía correcta aquella de establecer normas excesivamente protectoras y prohibicionistas¹⁶, sino apostar por normas inclusivas en aras del respeto a la igualdad de trato y de oportunidades¹⁷.

Sin embargo, en un momento económico de expansión, importaba la natalidad y la salud de los niños (futura fuerza de trabajo). A ello respondía la preocupación por las mujeres: la protección de la maternidad por encima de todo, aunque el precio fuese apartar a la mujer del trabajo, perpetuando al hombre en la función productiva. Hoy, la acción normativa de la OIT recorre el camino contrario, dotando de garantías a las mujeres en sus puestos de trabajo, protegiendo la maternidad y no estigmatizándola, articulando descansos obligatorios y promocionando la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

3. Un Convenio del siglo XX visto desde el siglo XXI. Las razones de su derogación

La OIT ya había revisado el Convenio n. 4 de 1919 y la regulación del trabajo nocturno de las mujeres en la industria en 1934 (Convenio n.º 41) y en 1948 (Convenio n.º 89), llegado 1990 (Convenio n.º 171), se optaría por una regulación plurisectorial del trabajo nocturno, acorde con los

regidas por el Derecho Civil, muy poco reguladas y con escaso reconocimiento de derechos de las mujeres y de los hijos e hijas”.

¹⁵ S. PERÁN QUESADA, *Derecho Social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 34: llega a identificar que la cuestión social de las sociedades occidentales modernas es la desigualdad entre hombres y mujeres.

¹⁶ J.F. LOUSADA AROCHENA, *El derecho fundamental a la igualdad de género. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación al Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 62: señala que, un Derecho del Trabajo pensado para el sexo masculino sitúa a las mujeres en una situación de discriminación sistemática, institucional o difusa.

¹⁷ G. FABREGAT MONFORT, *La discriminación en el acceso al mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 45.

principios de igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de sexo. Tras cien años, la OIT enmendará parte de esta primera etapa que, sin negar su importancia histórica, ya no casa con la transformación de las formas de producir, que han implantado un nuevo modelo de relaciones laborales a consecuencia del desarrollo y la innovación tecnológica.

Por otra parte, si las prácticas empresariales de los países desarrollados han cambiado, también lo ha hecho la acción legislativa de los Estados y, por ende, la de la OIT. Entre otros factores, se debe, en gran medida, a la sensibilización de los movimientos sindicales y las organizaciones empresariales por las cuestiones de género y una lucha social creciente e incesante por la igualdad y la no discriminación. En aquel entonces, no hubo una oposición significativa frente a normas tan restrictivas para las mujeres, ni por parte del movimiento obrero ni tan siquiera por parte de los patronos, para los cuales, las mujeres constituyan una fuerza laboral más barata competitiva, ofreciéndoles la posibilidad de obtener un mayor margen de beneficios. Sin embargo, no se discutiría que las mujeres fueran segregadas hacia su lugar “natural”: el trabajo doméstico, como su *hábitat social*¹⁸. El género representa hoy una parcela de estudio privilegiada para la doctrina *iuslaboralista*, sus indagaciones científicas también han puesto en cuestión la pertinencia de normas que, por su excesivo carácter protector, se volvieron en contra de las mujeres y de su desarrollo profesional. Muestra de todo ello son las respuestas y comentarios que la OIT recibe con carácter previo a la toma de la decisión de derogar el Convenio debido a la incompatibilidad de este con el principio de igualdad de trato y de oportunidades. Abiertamente, organizaciones sindicales y empresariales han comparecido para justificar la derogación del convenio en relación a la vulneración de estos derechos fundamentales que hoy, la OIT, reconoce y opta por promocionar a través de su acción normativa.

El carácter obsoleto del Convenio es indiscutible si atendemos a la realidad política, económica y social de los países desarrollados, sin embargo, como se advierte, en aquellos Estados en que las condiciones de desarrollo son todavía escasas, está en entredicho que las mujeres cuenten con una protección adecuada ante los abusos de la deslocalización productiva a la que sirven de destino estos países con su derogación. Así se pronunciaron algunos Estados contrarios a la derogación, manifestando la necesidad de mantener garantías en relación a aquellos países cuya legislación nacional no aborde la cuestión ofreciendo una protección

¹⁸ J.M. Borrás Llop, *Los límites del primer intervencionismo estatal en el mercado laboral: la Inspección del Trabajo y la regulación del empleo de las mujeres (Cataluña, 1900-1930)*, en *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 2009, vol. 1, p. 176.

adecuada al respecto. Ello, unido a una regulación más actual en ámbito internacional así como la aprobación, por parte del legislador nacional, de normas que abordan de forma más adecuada y precisa la cuestión del trabajo nocturno, hace que sea necesario plantearse la vigencia del instrumento¹⁹.

En definitiva, es posible vislumbrar, entre otras razones, las siguientes:

- 1) El desarrollo normativo nacional e internacional que, en sintonía con el desarrollo y evolución de las formas de producir, ha hecho que el Convenio n. 4 devenga como un instrumento obsoleto y desfasado.
- 2) Por otra parte, la estigmatización social de las mujeres y su discriminación²⁰, de partida, han llevado a reconsiderar la vigencia del Convenio por no respetar principios y derechos fundamentales como lo son la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

3.1. El desarrollo de la legislación laboral nacional e internacional como argumento: un instrumento obsoleto

No sería posible comprender la acción normativa de la OIT y su evolución sin traer a colación el impacto en ella de importantes cambios que se producen a lo largo de todo un siglo en las relaciones de producción, debido una nueva realidad social y política que, aunque diversa, va en sintonía con el crecimiento económico experimentado en los distintos Estados. Ello, junto a la producción científica, ha hecho replantearse el tratamiento jurídico de diversas instituciones a escala nacional e internacional, como es el caso del trabajo nocturno.

Tanto el Convenio n. 4 (1919) como el Convenio n. 41 (1934) o el Convenio n. 89 (1948), ambos relativos al trabajo nocturno de las mujeres, se dirigen únicamente a establecer una prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria articulada en torno a los términos de *industria* y *noche* y, con carácter general. Sin embargo, en el Convenio n. 41 se exceptuará de la misma a las mujeres directivas que no lleven a cabo, normalmente, trabajos manuales, según su artículo 8, algo que no preveía el Convenio n. 4. En definitiva, a pesar de ese primer atisbo en pro de la igualdad de oportunidades, los términos *noche* e *industria* seguirán el mismo tenor literal que en el convenio originario. Tanto el ámbito objetivo como

¹⁹ Informe VII (2), *Derogación de cuatro convenios internacionales del trabajo y retiro de otros dos convenios*, Conferencia Internacional del Trabajo, 106^a reunión, 2017.

²⁰ S. PERÁN QUESADA, *Derecho Social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 28: una discriminación por razón de género por ofrecer un trato “desigual y peyorativo hacia la mujer por el hecho de serlo”.

el subjetivo, en ambos instrumentos, se articula en torno a estos términos: la fuerza de trabajo femenina que esté empleada durante la noche en la industria; entendiendo por *industria* la minería u otras actividades industriales extractivas, la industria manufacturera, naval, energética o mecanizada así como la construcción de obras públicas, civiles telecomunicaciones y todo acto relacionado con aquellas, incluso todo acto preparatorio como la cimentación (artículo 1, Convenios n. 4 y n. 41). Prácticamente, toda actividad se consideraba industria si se alejaba del comercio o la agricultura (artículo 1.2, Convenios n. 4, n. 41 y n. 89). La primera conceptualización jurídica del trabajo nocturno giró en torno al término *noche*, entendiendo por esta el período de diez u once horas consecutivas que, al menos, media entre las 10 de la noche y las 5 de la mañana (o las 6, en el Convenio n. 41 y hasta las 7 en el Convenio n. 89) cfr. artículo 2, Convenios n. 4, 41 y 89.

No será hasta el Convenio n. 171 cuando se articule la protección del trabajo asalariado frente al trabajo nocturno con vocación general, incluyendo a todos los trabajadores salvo aquellos que presten sus servicios en la agricultura, la ganadería, la pesca, el transporte marítimo o la navegación interior (artículo 2.1, Convenio n. 171) que encontrarán su regulación en Convenios especializados por razón de la materia, pero no se limitará a la industria. Además, no solo se incluirá a las mujeres en la protección otorgada por el Convenio n. 171 sino a todos los trabajadores, hombres y mujeres.

Hoy, la regulación internacional del trabajo nocturno gira en torno a los conceptos de *trabajo nocturno* y *trabajador nocturno*, incrementando la protección, aunque dejando en manos de los Estados la consideración final sobre tales extremos pues se dispondrá, simplemente, que *trabajo nocturno* es el período de, al menos, siete horas consecutivas que abarquen el intervalo que media entre la medianoche y las cinco de la mañana y que se determinará por la legislación nacional a través del diálogo social o en convenio colectivo por vía de negociación colectiva (artículo 1, Convenio n. 171). *Trabajador nocturno* es una expresión que designa al asalariado que, sustancialmente, realice trabajo en horario nocturno superando el límite de un número de horas, establecido también por las legislaciones nacionales o por vía de la negociación colectiva. Siendo así, se establecen garantías otorgando protección que responden, ciertamente, a la preservación de la salud, articulando, a modo medidas de seguridad y salud en el trabajo, en sus arts. 4 a 10, descansos obligatorios.

En tanto que el trabajo nocturno se considera riesgo laboral psicosocial, deberá hacerse atendiendo a necesidades conciliatorias,, ofreciendo mayor protección a aquellos trabajadores y trabajadoras que desempeñen *trabajo*

nocturno o sean considerados, a los efectos del convenio, *trabajador nocturno* y se encuentren en estas situaciones, relacionadas, en la mayor parte de las ocasiones, con la paternidad o la maternidad. Esto supondrá un importante cambio de paradigma, con una regulación encaminada hacia una mayor atención a la seguridad y salud en el trabajo, con vocación universal: hacia casi todos los sectores y, prácticamente, a la totalidad de los trabajadores (con excepciones importantes).

3.2. Un Convenio contrario a los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de sexo

La Declaración de Filadelfia de 1944 proclamaba la igualdad de oportunidades compensando la ausencia del principio en la Constitución de la OIT y, anexionándose a esta, pondría ya en entredicho el instrumento objeto de comentario. El Convenio n.. 4, anterior a la Declaración y coetáneo a la Constitución, establecía la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en las industrias extractiva, manufacturera, naval, energética, así como de las actividades de construcción, telecomunicaciones y obra civil, entre otras. Se excluiría a las mujeres del trabajo durante la noche, pues no podrían ser empleadas en ninguna empresa industrial o en sus dependencias (artículo 3) (lo que englobaría todas las actividades económicas anteriores, de conformidad con su artículo 1), independientemente de que estuvieran en estado de embarazo, maternidad o lactancia (o razones encaminadas a la crianza y el cuidado de sus hijos). Es decir, atendiendo simplemente al sexo, por ser considerada la fuerza de trabajo débil y más vulnerable, vinculándolo a su rol de madres-cuidadoras y a la minusvaloración social de las labores y tareas que estas llevaban a cabo, situadas en terreno de lo informal.

Ya en la octogésima novena reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, tal como refleja el Informe III(1B) de la Comisión de Expertos, en 2001, se revela que la tendencia de las prácticas nacionales más avanzadas es la de apostar por regular el trabajo nocturno de las mujeres de tal forma que, su protección, no degenera en una vulneración de sus derechos de igualdad de trato y de oportunidades. De tal forma que aquella regulación quasi absoluta quedaba fuera del tiempo presente, cuando ya es imposible obviar que el trabajo nocturno es igualmente asimilable por hombres que por mujeres y que el sexo no es concebible como “un factor que afecte a la tolerancia del trabajo nocturno circadianos de los hombres y las mujeres parecen reaccionar de la misma manera la inversión de las fases de trabajo y de sueño vinculada en el

trabajo nocturno”²¹, sin obviar la posibilidad de una mayor influencia y repercusión sobre la salud de las mujeres el estado de embarazo, maternidad o las excesivas cargas familiares que tienen que sobrellevar las mujeres todavía en el tiempo presente.

En este sentido, es significativo el tenor literal del artículo 3 del instrumento, donde a la prohibición absoluta se añade la excepción de que las mujeres podrían trabajar en aquellas industrias que, incluidas en el ámbito objetivo delimitado por el artículo 1, emplearan únicamente a los miembros de una misma familia. Es decir, el precepto, tal y como expone la Confederación Nacional de las Profesiones Liberales de Brasil, al ser preguntada sobre la pertinencia de derogar el convenio: esconde un humillante objetivo para las mujeres, el precepto “indica que el objetivo no era evitar que las mujeres trabajasen, sino proteger su reputación”. Una reputación fruto de la construcción social externa que las mujeres no buscaron nunca y les apartó de su desarrollo profesional. En estos términos se pronunciará otra organización patronal, el Consejo Hondureño de la Empresa Privada, que lo considerará “discriminatorio para las mujeres”. Es significativo que los empresarios se muestren reacios mantener el Convenio n.º 4 con fundamento en la no discriminación de la mujer y demuestra que, el empresariado ha evolucionado hacia las ideas actuales de igualdad de oportunidades²². Una razón más para la enmendar el instrumento.

4. Excepciones y especialidades aplicativas del Convenio

Las líneas que preceden han servido de comentario de un instrumento centenario surgido de la actividad centenaria de una organización que también lo es. En suma, los ya cien años de producción normativa de la OIT han sido testigos de un cambio de rumbo en el tratamiento jurídico del trabajo nocturno y, en términos generales, del trabajo femenino. Echando la vista atrás, conviene señalar que el Convenio ha sido ratificado por cincuenta y ocho Estados Miembros y denunciado en treinta y tres ocasiones. Su importancia histórica es innegable: sacó a las

²¹ Informe III (1B), *Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919* (núm. 4), al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934 (núm. 41), al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948 (núm. 89) y al Protocolo, 1990 relativo al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948, Conferencia Internacional del Trabajo, 89^a reunión, 2001, p. 153.

²² Informe VII (2), *Derogación de cuatro convenios internacionales del trabajo y retiro de otros dos convenios*, Conferencia Internacional del Trabajo, 106^a reunión, 2017, p. 6.

mujeres de una situación precaria y, en numerosas ocasiones, insalubre. Sin embargo, conviene hacer un recorrido por el resto del articulado del instrumento objeto de análisis. Y, en concreto, a las excepciones a la prohibición de emplear mujeres en las industrias determinadas por el artículo primero del convenio, durante la noche (vid. art. 2).

En relación a las excepciones, junto a la ya mencionada de las industrias y dependencias de aquellas que emplearan únicamente a miembros de una misma familia, sobre la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres durante la noche en industria alguna, cabe señalar que: 1) no opera en supuestos de interrupción del trabajo -no periódico e imposible de prever- por causa de fuerza mayor en la empresa y, 2) “en caso de que el trabajo se relacione con materias primas, o materias en elaboración que puedan alterarse rápidamente, cuando sea indispensable para salvar dichas materias de una pérdida inevitable” (artículo 4, Convenio n. 4).

También, podemos apreciar que en India y Siam (actual Tailandia) podía suspenderse la prohibición por parte de las autoridades nacionales salvo en las *factories* definidas por la ley nacional (artículo 5, Convenio n. 4). No obstante, y, con carácter general, se establece la obligación de extender las disposiciones del Convenio a las colonias y protectorados dependientes (art. 9, Convenio n. 4).

En relación a la consideración del tiempo de trabajo, se podría reducir el trabajo nocturno de una consideración cuantitativa de once horas (artículo 2) a diez, durante sesenta días al año, en empresas industriales sujetas a la influencia de las estaciones (artículo 6). E incluso, la posibilidad de reducir el período nocturno por debajo de los límites de los artículos 2 y 4 del Convenio cuando por condiciones endémicas del país se haga singularmente penoso el trabajo diurno, ello si, compensándolo por descansos (artículo 7). Estableciendo una opción de reserva de que las condiciones locales imposibiliten su aplicación o que se introduzcan modificaciones con el fin de adaptarse a dichas condiciones (artículo 9).

Por lo demás, el resto del artículo se refiere a cuestiones formales tales como el proceso de ratificación (artículo 8), notificación (artículo 9), entrada en vigor (artículo 11), aplicación (artículo 12), denuncia (artículo 13) y revisión (artículo 14).

5. Conclusiones

Obviamente, distan más de cien años entre la realidad presente y la aprobación del Convenio n. 4 de la OIT sobre la prohibición del trabajo nocturno de mujeres en la industria. Sin embargo, sirven cien años para

advertir el cambio de rumbo en el tratamiento jurídico de instituciones jurídico-laborales. Hoy, su acción normativa se orienta en aras de la igualdad de género como eje central del trabajo decente potenciando la igualdad de mujeres y hombres en el empleo. En base a esto, se puede concluir en base al análisis realizado que:

- Resulta evidente que aquellas experiencias prohibicionistas son extrañas a la realidad social presente y futura. Resulta ambiguo que la norma internacional del trabajo otorgue protecciones que, a su vez, discriminan. Lo que discrimina injustificadamente no puede proteger, *per se* sólo ofrece desprotección. Muestra de esta primera conclusión tan paradójica es y ha sido la experiencia de la actividad normativa de la OIT y el nuevo enfoque de aquella sobre las cuestiones aquí abordadas y, en particular, el trabajo nocturno. Cabe subrayar pues, el error de esta disciplina en el tratamiento de la realidad de las mujeres trabajadoras a las que, por proteger, coarto de emplearse en la industria cuando los trabajos nocturnos eran oportunidades de empleo reales. A su vez, sirvió para consagrar a la mujer como cuidadora y madre.

- El trabajo nocturno es un riesgo laboral a tener en cuenta tanto para hombres como para mujeres sin que ello sea incompatible con desarrollar garantías específicas encaminadas a posibilitar la maternidad y la conciliación de la vida familiar, personal y laboral²³. Sólo la articulación de descansos igualitarios y medidas de seguridad y salud en el trabajo no discriminatorias servirán como garantía frente al trabajo nocturno.

Sirva el comentario de este Convenio para reafirmar el Derecho del Trabajo en aras del trabajo decente, que sólo es posible en igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

²³ El tratamiento jurídico que le otorga el ordenamiento jurídico español en el art. 36 ET es el de riesgo laboral, siguiendo el principio de adaptación del trabajo a la persona (art. 36.5 ET): como en el caso de las normas preventivas, obliga a actuar sobre el agente nocivo (trabajo nocturno), sobre el medio (la empresa y, en concreto, la organización de los turnos de trabajo) y sobre el receptor (trabajador nocturno). Debiéndose garantizar un nivel de protección adecuado en materia de seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores, sin distinción alguna, con evaluaciones encaminadas a determinar si la incidencia del trabajo nocturno produce efectos adversos en dichos trabajadores, en cuyo caso tendrán derecho a ser reubicados en el trabajo diurno (art. 36.4 ET). Además, se establecen garantías específicas: retribuciones específicas por vía de la negociación colectiva o, en su defecto, descansos (art. 36.3 ET); rotación de turnos para aquellos trabajadores nocturnos que lleven dos semanas consecutivas en turno de noche, salvo adscripción voluntaria al mismo (art. 36.3 ET); ocho horas diarias como promedio de jornada o la prohibición de no realizar horas extra (art. 36.1 ET). Todo ello se encamina a compensar retributivamente la realización del trabajo nocturno, conceptualizando como un trabajo más penoso, al menos, que el diurno en las mismas condiciones.

6. Bibliografía

- BORRÁS LLOP J.M., *Los límites del primer intervencionismo estatal en el mercado laboral: la Inspección del Trabajo y la regulación del empleo de las mujeres (Cataluña, 1900-1930)*, en *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 2009, vol. 1, pp. 149-191
- CASAS BAHAMONDE M.E., *Transformaciones del trabajo, futuro de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo*, en *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, 1998, n. 1, pp. 90-102
- COSTA M., *Feminismos Jurídicos*, Didet, Buenos Aires, 2016
- CUESTA BUSTILLO J., *Una España para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939)*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994
- FABREGAT MONFORT G., *La discriminación en el acceso al mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- GARCÍA MURCIA J., *La legislación laboral internacional: mandato y función de la Organización Internacional del Trabajo*, en *Documentación Laboral*, 2019, vol. I, n. 116, pp. 9-16
- KAHALE CARRILLO D.T., *La responsabilidad social de género*, Aranzadi, Navarra, 2013
- LÓPEZ AHUMADA J.E., *Principios jurídicos y promoción de la igualdad de género como garantía del trabajo decente: problemas y experiencias en el seno de la OIT*, en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, 2012, n. 15, pp. 195-233
- LOUSADA AROCHENA J.F., *El derecho fundamental a la igualdad de género. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación al Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014
- MARTÍN MARTÍN G., *Igualdad en las Relaciones Jurídicas*, en AA.VV., *Estudios interdisciplinares sobre igualdad*, Iustel, Madrid, 2009
- ODRIOZOLA LANDERAS A., *La protección de la salud del trabajador nocturno a turnos*, Universidad del País Vasco, 2008
- PALOMEQUE LÓPEZ M.C., *Derecho del Trabajo e ideología (6ª edición)*, Tecnos, Madrid, 2002
- PERÁN QUESADA S., *Derecho Social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Aranzadi, Navarra, 2014
- RAMOS VÁZQUEZ I., *Derecho Internacional Obrero: origen y concepto*, en *Iuslabor*, 2017, n. 3, pp. 336-372

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la edad mínima (industria) 1919 (núm. 5)

Pablo BENLLOCH SANZ*

RESUMEN: El Convenio número 5 de la OIT sobre la edad mínima de admisión de los niños a los trabajos industriales es el primero que la Organización Internacional del Trabajo dedica al trabajo infantil y, en particular, a la edad mínima de admisión al trabajo. Adaptado a su tiempo y calificado como convenio técnico o sectorial fue revisado por el Convenio núm. 59 y “superado” por la denuncia automática provocada por la entrada en vigor del Convenio núm. 138. Tras su entrada en vigor y ratificación por nuestro país, se produjo una progresiva adaptación de la normativa española a su contenido.

Palabras clave: Trabajo infantil, edad mínima de admisión al trabajo, Organización Internacional del Trabajo, Convenio de la Organización Internacional del Trabajo.

SUMARIO: 1. Un breve apunte histórico. 2. La intervención de la OIT en la regulación del trabajo infantil. 3. El Convenio número 5. 3.1. La adopción y sus ratificaciones. 3.2. El contenido del Convenio. 3.3. La revisión y la adopción del Convenio número 59. 3.4. Las consecuencias de la aprobación del Convenio núm. 138 sobre edad mínima de admisión al trabajo. 3.5. La adecuación a la normativa española. 4. Bibliografía.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos.

Minimum Age (Industry) Convention 1919 (No. 5)

ABSTRACT: The Convention nº 5 on the minimum age for admission of children to industrial work is the first that the International Labor Organization dedicates to child labor and to the minimum age for admission to work. Adapted to its time and qualified as a technical or sectorial agreement, it was reviewed by Convention nº 59 and “exceeded” by the automatic denunciation caused by the entry into force of Convention nº 138. After its entry into force and ratification by our country, there was a progressive adaptation of Spanish regulations to their content.

Key Words: Child labor, minimum age for admission to work, International Labor Organization, Convention of the International Labor Organization.

1. Un breve apunte histórico

La preocupación por el trabajo infantil se remonta a la Revolución Industrial, que defendía la explotación generalizada de los niños, tanto a los que trabajaban en el sector agrícola, como a los aprendices integrados en un gremio o corporación de oficio sometidos a los maestros o a quienes dependían de la beneficencia, de la mendicidad o del robo, cuando carecían del tutelaje de sus padres o maestros¹.

Aunque con anterioridad a ese periodo histórico estaba presente como un elemento cultural, aceptado y neutro, si tenemos en cuenta las formas de pensar, sentir y producir de las sociedades agrarias de aquella época², no es hasta la Revolución Industrial cuando, se generaliza, fundamentalmente por razones de necesidad -un medio de sobrevivir para decenas de miles de niños que no habrían llegado a la adolescencia en la época anterior-.

Sirva como ejemplo, el tenor literal de lo que establecía un manual de la legislación laboral³ cuando señalaba que: “La introducción de las máquinas en la industria, ha hecho posible, y económicamente conveniente, una gran utilización de las mujeres y los niños, los cuales son admitidos al trabajo en calidad de obreros”.

Ya en 1802 aparecen las primeras normas en Inglaterra (*Moral and Health Act* de 23 de junio de 1802), posteriormente en Francia (Decreto de 3 de enero de 1813) y más adelante en Alemania en los años 1835-39 y, a partir del año 1859, en el resto de los países europeos a medida que iban pasando cada uno de ellos de la fase agrícola y de la pequeña industria a la de la industria en gran escala⁴.

En nuestro país, se suele señalar como primera ley laboral española la de 24 de julio de 1873 (Ley Benot) sobre «regularización del trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos» que prohibió el trabajo a los menores de diez años⁵.

En todas ellas se trataba, en principio, de solucionar algunos de los múltiples problemas presentes en la llamada «cuestión social» generada

¹ Aa.Vv., *Políticas sociolaborales*, Ediciones Laborum, Murcia, 2003, p. 329.

² G. ARAMAYONA, *Aproximación al trabajo infantil en España (1832-1939)*, p. 1.

³ J. BALLELA, *Lecciones de Derecho de trabajo*, MORENO T. (trad.), Editorial Reus, 1933, p. 186.

⁴ *Ibidem*, pp. 188 y ss.

⁵ Sobre la evolución histórica de la legislación española sobre trabajo infantil puede verse, entre otros, A. CÁMARA BOTÍA, *Los menores en la legislación laboral española*, en *Anales de Historia Contemporánea*, 2003, n. 19, pp. 123 y ss. y M. RAMOS QUINTANA, *El trabajo de los menores (En torno al artículo 6) en El Estatuto de los Trabajadores, veinte años después*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, marzo-agosto 2000, n. 100, pp. 251 y ss.

por la Revolución Industrial⁶ -probablemente porque el trabajo infantil empezó a rozar el límite de la explotación- y, en concreto, en relación al trabajo infantil, el objetivo era fijar el mínimo de edad para la admisión al trabajo, los requisitos de instrucción y las condiciones físicas para que pudiese ser considerada la admisión al trabajo; la duración del tiempo de trabajo y su distribución y las normas que debían observarse en materia de higiene del trabajo de las mujeres y los niños⁷.

Característica común de todas ellas fue, sin embargo, su elevado grado de incumplimiento, lo que posteriormente generó la necesidad de acompañar a las sucesivas normas que iban apareciendo, la garantía del acceso a los Tribunales, de mecanismos especiales e imperativos de vigilancia y control de aquéllas, así como por la aparición de un régimen de infracciones y sanciones⁸. Probablemente una de las causas de ese incumplimiento, fue la existencia de obstáculos considerables entre la legislación y las pretensiones y objetivos de los Estados miembros (tal como expresaba la ratificación de un Convenio) y su capacidad para eliminar de manera efectiva el trabajo infantil en el terreno a través de la aplicación de normas sobre la edad mínima de admisión al empleo⁹.

En otro orden de cosas, no debe olvidarse que las diferencias económicas, sociales y culturales existentes impidieron desde un principio adoptaron patrón único. De ahí, que la OIT recogiese tempranamente fórmulas- el artículo 19, entre otros, así la permite- que posibilitan la flexibilidad de las disposiciones a aplicar, con el objetivo de “lograr una mayor ratificación para alcanzar la deseada vocación universal”¹⁰.

Con todo, no es hasta comienzos de 1919 cuando el trabajo infantil se sitúa en el centro del debate jurídico, no solo por el interés de las condiciones sociolaborales de los menores, sin también por la preocupación de que el trabajo infantil estuviese desplazando o sustituyendo al empleo adulto¹¹. En esa centralidad, contribuyó de manera esencial la OIT a partir de 1919.

⁶ A. CÁMARA BOTÍA, *Los menores en la legislación laboral española*, *op. cit.*, p. 124.

⁷ J. BALLELA, *Lecciones de Derecho de trabajo*, *op. cit.*, p. 189.

⁸ M. RAMOS QUINTANA, *El trabajo de los menores (En torno al artículo 6)*, *op. cit.*, p. 292.

⁹ *Eliminar el trabajo infantil 100 años de acción*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰ En extenso sobre el tema puede verse S. RUANO ALBERTOS, *El trabajo de los menores de edad: determinados aspectos de su tratamiento por la normativa internacional, comunitaria y nacional*, en *Tribuna Social*, n. 127, p. 33.

¹¹ AA.VV., *Políticas sociolaborales*, *op. cit.*, p. 329.

2. La intervención de la OIT en la regulación del trabajo infantil

El interés y la preocupación de la OIT por el trabajo infantil estaba plenamente justificado si se analiza su constitución original que, como se sabe, se basó en la Parte XIII del Tratado de Versalles, celebrado en 1919. En cuyo capítulo II, Principios Generales (artículo 427), figuraba el artículo 41 de la Constitución original (modificado en 1946) que gira en torno del principio de que el trabajo no es una mercancía. Como desarrollo de ese principio fundamental, se establecían diversos procedimientos y principios que se calificaban como de importancia particular y urgente, y uno de los cuales era el siguiente: “6. La supresión del trabajo de los niños y la obligación de introducir en el trabajo de los jóvenes de ambos sexos las limitaciones necesarias para permitirles continuar su educación y asegurar su desarrollo físico; [...]”.

Repárese que esta disposición, que no se ha abolido oficialmente, define el mandato de la OIT con tal intensidad que todavía resulta plenamente adecuada y está vigente, 100 años después de haberse aprobado¹².

En lo que aquí interesa, durante sus tres primeros decenios, la OIT adoptó 11 Convenios y cinco Recomendaciones¹³ sobre la edad mínima de

¹² AA.VV., *Protección de los niños en el mundo del trabajo*, en *Educación Obrera* 1997/3, n. 108.

¹³ En la enumeración de los Convenios referentes al trabajo infantil se dividen por la propia OIT en: a) Convenios fundamentales y recomendaciones anexas: C138 - Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), R146 - Recomendación sobre la edad mínima, 1973 (núm. 146), C182, Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182) y R190, Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 190); b) Protección de los niños y menores, en el que se distinguen: Instrumentos actualizados: C077, Convenio sobre el examen médico de los menores (industria), 1946 (núm. 77), C078 Convenio sobre el examen médico de los menores (trabajos no industriales), 1946 (núm. 78), C124, Convenio sobre el examen médico de los menores (trabajo subterráneo), 1965 (núm. 124), R079 - Recomendación sobre el examen médico de aptitud para el empleo de los menores, 1946 (núm. 79) y R125 - Recomendación sobre las condiciones de empleo de los menores (trabajo subterráneo), 1965 (125); Instrumento en situación provisoria: R041 - Recomendación sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1932 (núm. 41) y R052 - Recomendación sobre la edad mínima (empresas familiares), 1937 (núm. 52); Instrumentos pendientes de revisión: C006 - Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1919 (núm. 6), C079 - Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales), 1946 (núm. 79). R080 - Recomendación sobre el trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales), 1946 (núm. 80), C090 - Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1948 (núm. 90) y R014 - Recomendación sobre el trabajo nocturno de los menores (agricultura), 1921 (núm. 14); Instrumento que ha sido superados: C005 - Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919 (núm. 5), C010 - Convenio sobre la edad mínima (agricultura), 1921 (núm. 10), C033 - Convenio sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1932 (núm. 33), C059 - Convenio (revisado)

admisión al empleo, una de sus principales de actuación en este tema, aunque no la única.

Posteriormente, se adoptaron el Convenio número 138 en 1973, sobre la edad mínima de admisión al trabajo y el Convenio núm. 182 en 1999 que constituyen el marco normativo de referencia a nivel internacional y que supusieron la conexión del trabajo infantil con los derechos humanos, haciendo que aquellos dos Convenios, tras la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, celebrada en Copenhague en 1995, pasasen a engrosar el elenco de normas fundamentales de la Organización¹⁴.

Por su parte, la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en 1989, fue un gran paso adelante en el ámbito de los derechos de los niños e impulsó más aún las actuaciones contra el trabajo infantil¹⁵. Quedaba con ello, claramente marcada la coincidencia evidente entre ambas dimensiones, confirmando así que la OIT reconoció desde un principio “la vulnerabilidad particular del niño ante un trabajo en condiciones de explotación a causa de su impotencia en comparación con los adultos y, por consiguiente, de su incapacidad para proteger sus propios intereses”¹⁶.

sobre la edad mínima (industria), 1937 (núm. 59), C123 - Convenio sobre la edad mínima (trabajo subterráneo), 1965 (núm. 123) y R124 - Recomendación sobre la edad mínima (trabajo subterráneo), 1965 (núm. 124); Instrumentos retirados: Instrumento retirado R096 - Recomendación sobre la edad mínima (minas de carbón), 1953 (núm. 96) y C060 - Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1937 (núm. 60) y, por último, el C015 - Convenio sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 1921 (núm. 15) que ha sido derogado.

¹⁴ Como es conocido, la labor de la OIT no se agota con su producción normativa. El [Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil \(IPEC\)](#) se ha convertido en el auténtico “brazo operativo” de la Organización apoyando las actividades de demostración que estuvieran directamente relacionadas con la prevención del trabajo infantil, y con el retiro, la protección o la rehabilitación de los menores en situación de trabajo infantil. En la misma línea, el IPEC respalda la recopilación y difusión de datos; la movilización de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de las organizaciones no gubernamentales; la labor de sensibilización orientada a los dirigentes políticos; la coordinación entre los organismos internacionales, y el intercambio internacional de ideas y experiencias.

¹⁵ El vínculo entre la Convención sobre los Derechos del Niño y las normas de la OIT se fortaleció con los años. La OIT proporcionó regularmente información al Comité encargado de la Convención, especialmente relativa a la aplicación del artículo 32, y el Comité instó regularmente a los Estados Miembros a cumplir las normas de la OIT relativas al trabajo infantil.

¹⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Recomendaciones del Grupo de Trabajo especial tripartito relativas al examen del texto de la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, incluidos el anexo y las adendas, así como el procedimiento de interpretación](#), Consejo de Administración 329.^a reunión, Ginebra, 9-24 de marzo de

En la actualidad, no puede haber duda alguna de que el trabajo infantil constituye una violación de los derechos humanos fundamentales. Esta demostrado que entorpece el desarrollo de los niños, y que potencialmente les produce daños físicos y psicológicos para toda la vida. Como señala la propia [página web de la Organización](#), se ha demostrado que existe un “fuerte vínculo entre la pobreza de los hogares y el trabajo infantil, y que el trabajo infantil perpetúa la pobreza durante generaciones, dejando a los hijos de los pobres fuera de la escuela y limitando sus posibilidades de ascender en la escala social”.

Es más, la erradicación del trabajo infantil en las economías en transición y en desarrollo puede generar beneficios económicos casi siete veces superiores a los costos, especialmente asociados con las inversiones en una mejor escolaridad y en unos mejores servicios sociales¹⁷.

No debe olvidarse, por otro lado, que existe igualmente una estrecha relación del trabajo infantil con el resto de los derechos fundamentales del trabajo proclamados por la propia Organización a partir de 1978. Así, existe una clara vinculación con la libertad sindical y con el derecho de negociación colectiva que ofrecen un espacio para la participación y movilización contra la explotación de los niños. Asimismo, el trabajo infantil tiene relación con el trabajo forzoso cuando exista la necesidad de proteger a los niños de dicha explotación. Por último, la protección de los niños víctimas de estas situaciones se basa en la necesidad de respetar los principios de no discriminación y de igualdad y de aplicarlos en favor de todos los niños, independientemente de cuáles sean sus orígenes¹⁸.

Lo cierto es que lejos de haberse conseguido los objetivos relativos al trabajo infantil pese a la intensa labor de la Organización, todavía quedan en el mundo 152 millones de niños —64 millones de niñas y 88 millones de niños— en situación de trabajo infantil; es decir, casi 1 de cada 10 niños. Poco menos de la mitad de todos los menores afectados por el trabajo infantil —73 millones de niños en términos absolutos— realizan trabajos peligrosos que directamente ponen en riesgo su salud, seguridad o su desarrollo moral. Los niños ocupados en la producción económica

2017 GB.329/POL/7 Sección de Formulación de Políticas Segmento de Empresas Multinacionales POL Fecha: 6 de marzo de 2017.

¹⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [*Investing in Every Child. An Economic Study of the Costs and Benefits of Eliminating Child Labour*](#) (IPEC, Ginebra, 2004), pp. 4-5.

¹⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [*Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008 Tercer punto del orden del día: Información y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones \(artículos 19, 22 y 35 de la Constitución\) Informe III \(Parte 1B\)*](#), OIT, Ginebra, 2012, p. 157.

suman unos 218 millones¹⁹.

El reto más urgente lo constituye la erradicación de la pobreza infantil. Habrá que confiar en que la OIT con su labor colabore decisivamente en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda de Desarrollo Sostenible del 2030. No se olvide, que la eliminación del trabajo infantil figura explícitamente en la meta 8.7, que incita a la comunidad mundial a “adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados y, a más tardar en 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas”. El trabajo vinculado al trabajo infantil también está en relación con la [meta 16.2 de los ODS](#): “poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños”.

3. El Convenio número 5

3.1. La adopción y sus ratificaciones

La reglamentación del trabajo de los niños figuraba en el orden del día de la primera Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT convocada en Washington el 29 de octubre de 1919. Con el título “El empleo de los niños”, se abordaron tres cuestiones: la edad mínima de admisión al empleo, el trabajo durante la noche, y el trabajo en procesos insalubres²⁰, adoptándose diversos acuerdos que se decidió que deberían revestirla forma de un convenio internacional. Nace así el 28 de noviembre de 1919, el Convenio sobre la edad mínima de admisión de los niños a los trabajos industriales (industria), que entra en vigor el 13 de junio de 1921 y que es el primero adoptado por la Organización sobre este tema.

El Convenio fue ratificado por 75 países²¹, mientras que 106 no lo

¹⁹ Datos tomados de ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [*Estimaciones mundiales sobre el trabajo infantil. Resultados y Tendencias 2012-2016. Resumen ejecutivo*](#), OIT, Ginebra 2017, p. 9.

²⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Eliminar el trabajo infantil 100 años de acción El largo camino hacia un mundo libre de trabajo infantil La contribución de la OIT 1919-2019*, OIT, 2019.

²¹ La lista de países que han ratificado y que no han ratificado puede consultarse en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/F?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312150.

hicieron. España lo ratifica condicionadamente el 22 de febrero de 1929 (Gaceta núm. 67, de 8 de marzo de 1929) y definitivamente por el Decreto de 1 de mayo de 1931, y se convierte en Ley el 9 de septiembre de 1931 (Gaceta núm. 253, de 10 de septiembre).

En la actualidad, aunque su estatus es el de convenio “superado” sigue estando vigente para la India y para Santa Lucía.

El Convenio fue revisado parcialmente por el Convenio número 59 (revisado) sobre la edad mínima (industria) que adoptó la 23^a Conferencia Internacional de Trabajo el 22 junio 1937 y que entró en vigor, el 21 febrero 1974. Su ratificación por España se produce por Instrumento de 8 de abril de 1971²².

Por su parte, y como consecuencia de la entrada en vigor del Convenio número 138 sobre edad mínima de admisión al trabajo, se produjo su denuncia automática (así lo hicieron 70 países) que en el caso de España tuvo efecto a partir del 16 de mayo de 1978²³.

Por último y de conformidad con el artículo 8 del Convenio, se produjeron 14 declaraciones efectivas de aplicación a territorios no metropolitanos²⁴.

3.2. El contenido del Convenio

El Convenio número 5 se califica como uno de los convenios “técnicos” o “sectoriales” que responde al enfoque inicial de la OIT de considerar que la adopción de instrumentos normativos referentes a los diferentes sectores de producción era la mejor forma de actuar para la protección de los menores que trabajaban y, en concreto, para determinar una edad mínima de admisión al trabajo.

El contenido del Convenio puede exponerse de la siguiente manera:

²² BOE núm. 120, de 19 de mayo de 1972.

²³

Fuente:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/F?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312150

²⁴ De acuerdo con el artículo 35 de la Constitución de la OIT, los Estados deben comunicar una declaración sobre la aplicación de los convenios en los territorios no metropolitanos de cuyas relaciones internacionales sean responsables. En el caso del Convenio número 5 los territorios no metropolitanos eran: Islas Feroe, Groenlandia, Polinesia Francesa, Nueva Caledonia, Anguilla, Bermudas, Islas Vírgenes Británicas, Islas Malvinas (Falkland), Gibraltar, Guernsey, Isla de Man, Jersey, Montserrat, Santa Elena) Fuente: [Segunda reunión del grupo de trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas](#) (10-14 de octubre de 2016).

a) Concepto de trabajo industrial

Después de señalar que la autoridad competente de cada país determinaría la línea de demarcación entre la industria, por una parte, y el comercio y la agricultura, por otra, el artículo 1 conceptúa (principalmente), lógicamente de acuerdo con el panorama industrial en ese momento existente, como empresas industriales las siguientes:

- Las minas, canteras e industrias extractivas de cualquier clase.
- Las industrias en las cuales se manufacturen, modifiquen, limpien, reparen, adornen, terminen o preparen productos para la venta, o en las cuales las materias sufran una transformación, comprendidas la construcción de buques, las industrias de demolición y la producción, transformación y transmisión de electricidad o de cualquier clase de fuerza motriz.
- La construcción, reconstrucción, conservación, reparación, modificación o demolición de edificios y construcciones de todas clases, los ferrocarriles, tranvías, puertos, muelles, canales, instalaciones para la navegación interior, caminos, túneles, puentes, viaductos, cloacas colectoras, cloacas ordinarias, pozos, instalaciones telegráficas o telefónicas, instalaciones eléctricas, fábricas de gas, distribución de agua u otros trabajos de construcción, así como las obras de preparación y cimentación que preceden a los trabajos antes mencionados;
- El transporte de personas o mercancías por carretera, ferrocarril o vía de agua interior, comprendida la manipulación de mercancías en los muelles, embarcaderos y almacenes, con excepción del transporte a mano.

Aunque no se trate de industrias propiamente dichas, el artículo 3 exceptuó la aplicación del Convenio a los niños que trabajasen en las “escuelas técnicas”, siempre que dicho trabajo fuese aprobado y vigilado por la autoridad pública.

b) Alcance de la protección

De acuerdo con el artículo 2, se fijaba la edad mínima de acceso a los empleos industriales a los 14 años, de manera que los niños con edad inferior no podrán ser empleados, ni podrán trabajar, en empresas industriales, públicas o privadas, o en sus dependencias. No obstante, a continuación, se establecía una excepción para los menores de 14 años en aquellas industrias en que únicamente estuviesen empleados los miembros de una misma familia que sí podrán ser contratados o trabajar en los establecimientos industriales referidos.

c) Sistema de control

Para controlar el cumplimiento se establecía en el artículo 3 que todo jefe de una empresa industrial deberá llevar un registro de inscripción de todas las personas menores de dieciséis años empleadas por él, en el que se indicará la fecha de nacimiento de las mismas.

d) Excepciones en los casos de Japón y la India

Con respecto a Japón se exceptuaban de la aplicación del Convenio: los niños mayores de doce años si han terminado su instrucción primaria; si se trataba de niños de doce a catorce años, que estén ya trabajando, podrán adoptarse disposiciones transitorias. Además, se imponía la derogación de la disposición de la ley japonesa actual, que admitía a los niños menores de doce años en ciertos trabajos fáciles y ligeros.

En cuanto a la India el Convenio establecía que no se aplicarían las disposiciones del artículo 2, aunque los niños menores de doce años no podrían ser empleados en fábricas que usen fuerza motriz y empleen a más de diez personas; en minas, canteras e industrias extractivas de cualquier clase y en el transporte, por ferrocarril, de pasajeros, mercancías y correo, o en la manipulación de mercancías en muelles y embarcaderos, con excepción del transporte a mano.

e) Obligaciones para los Estados que ratificasen el Convenio

De acuerdo con el artículo 11 todo Estado que ratificase el Convenio se obliga a aplicar sus disposiciones a más tardar el 1 de julio de 1922, y a tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de dichas disposiciones.

Asimismo, se consagró la obligación de aplicarlo en aquellas de sus colonias o posesiones, o en aquellos de sus protectorados que no se gobiernen plenamente por sí mismos, salvo que las condiciones locales imposibiliten la aplicación de las disposiciones del Convenio o que puedan introducirse en el Convenio las modificaciones necesarias para su adaptación a las condiciones locales.

Por lo demás, los artículos 8 a 14 recogen el régimen de ratificación y denuncia, que posteriormente fueron sustituidos por las denominadas “cláusulas de estilo” en el Convenio número 59.

3.3. La revisión y la adopción del Convenio número 59

El Consejo de Administración de la OIT decidió en su 77^a reunión,

celebrada en noviembre de 1936, inscribir en el orden del día de la 23^a reunión de la Conferencia internacional del Trabajo de 1937 la revisión parcial del Convenio número 5, que posteriormente y tras la sesión celebrada el 3 de junio del mismo año, se convierte en el Convenio núm. 59 revisado.

La revisión que se proponía afectaba a los siguientes temas y preceptos²⁵:

a) Revisión del artículo 2 con objeto de elevar la edad mínima de 14 a 15 años

Ya desde 1935, en una resolución adoptada por la 19^a reunión de la Conferencia se planteó que se examinara con urgencia la oportunidad de inscribir en el orden del día de una próxima reunión de la Conferencia la revisión de los convenios sobre edad mínima (industria), 1919 (Núm. 5), edad mínima (trabajo marítimo), 1920 (Núm. 7), edad mínima (agricultura), 1921 (Núm. 10), y edad mínima (trabajos no industriales), 1932 (Núm. 33), a fin de elevar la edad mínima de 14 a 15 años. La mayoría de los gobiernos se pronunciaron a favor de la elevación de la edad mínima de admisión, aun cuando en algunos casos con reservas.

El texto final propuesto, aunque con modificaciones, pasó a convertirse en el artículo 2 del Convenio núm. 59 elevando a 15 años la edad mínima. No se recogió, por el contrario, en el nuevo Convenio revisado, la propuesta de la Conferencia relativa a que la legislación nacional podría autorizar la concesión de certificados que permitiesen a los niños de catorce años de edad, ser ocupados en los casos, en que una autoridad escolar o una autoridad apropiada, designadas por la legislación nacional, se asegurase de que este empleo era conveniente para el niño, después de haber comprobado debidamente su salud y estado físico, así como las ventajas futuras e inmediatas que el empleo pueda proporcionarle.

b) Inserción de una disposición que eleve la edad prevista en el artículo 4, siendo obligatoria la inscripción en un registro de los niños con menos de esa edad

El artículo 4 del Convenio núm. 5 obligaba a todo empleador a llevar un registro de inscripción de todas las personas menores de 16 años empleadas por él, con indicación de su fecha de nacimiento. Teniendo en cuenta la elevación de la edad de admisión al trabajo, prevista por el artículo 2 reformado, parecía lógico proponer una enmienda correlativa que elevase la edad mínima mencionada en el artículo 4. De acuerdo con ello, la Conferencia adoptó el acuerdo de sustituir el artículo 4 del

²⁵ En la redacción del presente epígrafe se seguirá el extracto del Informe VI de la 23^a Reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo sobre revisión del Convenio número 5.

Convenio núm. 5 por el texto siguiente: “A fin de permitir el control de la aplicación de las disposiciones del presente convenio, todo jefe de establecimiento industrial deberá llevar un registro de inscripción de todas las personas menores de dieciocho años²⁶ empleadas por él, con indicación de la del nacimiento de las mismas” que fue reproducido sin modificaciones en el Convenio número 59.

c) Inserción de una disposición que fije la edad de admisión al trabajo en las labores peligrosas para la vida, la salud o la moralidad

Aun cuando los gobiernos no fueron consultados especialmente sobre esta sugerencia, la Conferencia consideró que se podía presumir que esta previsión recibiría la más amplia adhesión. La propuesta de texto fue la siguiente: “La legislación nacional fijará una edad o edades superiores a quince años para la admisión de jóvenes y adolescentes en todo trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se realice, resulte peligroso para la vida, la salud o la moralidad de las personas que lo desempeñen. Texto que fue sustituido por el actual artículo 5 del Convenio número 59 en el que se establece que en relación con dichos empleos que la legislación nacional deberá fijar la edad o edades superiores a quince años para la admisión de los menores en estos empleos o conferir a una autoridad competente la facultad de fijarla. Aspectos que debían completarse expresamente en las memorias anuales que deberían presentarse a la Organización.

Además, se cambió la redacción del artículo 2 en el sentido de que se introdujo el inciso “y excepto en el caso de empleos que por su naturaleza o por las condiciones en que se efectúen sean peligrosos para la vida, salud o moralidad de las personas que los desempeñen”, cuando se establecía la excepción relativa el empleo de dichos niños en empresas en las que estén ocupados únicamente los miembros de la familia del empleador.

d) Revisión de las excepciones

Como se anticipó, el Convenio, núm. 5 en su redacción original, contempló excepciones particulares para el Japón (artículo 5) y para la India (artículo 6).

En el caso de Japón el proyecto de enmienda propuesto por la Conferencia se limitaba a señalar las disposiciones que ya no eran aplicables. En cuanto a la India, se proponía agregar varias disposiciones basadas en la legislación vigente para prohibir el empleo de los niños

²⁶ En el Convenio núm. 5 la edad era de 16 años.

menores de 15 años en las minas.

El texto final del Convenio de 1959 resolvió la cuestión de la siguiente manera:

- En el caso de Japón, los menores de catorce años no podrán ser empleados ni podrán trabajar en ninguna empresa industrial, pública o privada, o en sus dependencias, salvo que por la legislación nacional se autorizase el empleo de estos niños en empresas en las que estén empleados únicamente los miembros de la familia del empleador.
- Por su parte, los menores de dieciséis años no podrán ser empleados ni podrán trabajar en las minas o en las fábricas en labores peligrosas o insalubres, definidas por la legislación nacional.

Mayor complicación tuvo la excepción relativa a la India que el Convenio núm. 59 resolvió distinguiendo entre:

- Los niños menores de doce años no podrán ser empleados ni podrán trabajar en fábricas que usen fuerza motriz y empleen a más de diez personas.
- Los menores de trece años no podrán ser empleados ni podrán trabajar en el transporte por vía férrea de pasajeros, mercancías y correo, ni en la manipulación de mercancías, en muelles y desembarcaderos, con excepción del transporte a mano.
- Por su parte, los menores de quince años no podrán ser empleados ni podrán trabajar: a) En las minas, canteras e industrias extractivas de cualquier clase y (b) En trabajos citados en el precepto que estén clasificados por la autoridad competente como peligrosos o insalubres.
- Por último, y a menos que hubiesen sido declaradas aptas para tal trabajo por medio de un certificado médico:
 - Las personas de doce años cumplidos que no hayan alcanzado todavía la edad de diecisiete años no podrán trabajar en fábricas que usen fuerza motriz y empleen más de diez personas.
 - Las personas de quince años cumplidos que no hayan alcanzado todavía la edad de diecisiete años no podrán trabajar en las minas.

Se propuso, además, agregar una nueva excepción relativa a China, que el Convenio núm. 59 reguló de la siguiente manera:

- Los niños menores de doce años no podrán ser empleados ni podrán trabajar en ninguna fábrica que utilice máquinas movidas por fuerza motriz y emplee habitualmente treinta o más personas.
- Por su parte, los menores de quince años no podrán ser empleados ni podrán trabajar en minas que empleen habitualmente cincuenta o más

personas y en los trabajos peligrosos o insalubres, según los defina la legislación nacional, de toda fábrica que utilice máquinas movidas por fuerza motriz y emplee habitualmente treinta o más personas.

e) *Sustitución de los artículos 7 a 14 del Convenio de 1919 por las cláusulas de estilo adoptadas más recientemente por la Conferencia*

Con el fin de observar un procedimiento idéntico para el Convenio número 59 al contemplado en los artículos 1929 y en 1933 y los revisados en 1934, 1935 y 1936 se inscribió como punto en el orden del día de la Conferencia la modificación de los artículos 8 a 14 para sustituir las “cláusulas de estilo” que se habían consignado en los Convenios citados, que son las que a la postre aparecen en el articulado final del Convenio 59.

3.4. Las consecuencias de la aprobación del Convenio núm. 138 sobre edad mínima de admisión al trabajo

Si por algo se caracteriza el Convenio número 138 de la OIT, al margen de ser uno de los fundamentales de la Organización, es que cambió el enfoque normativo, convirtiéndose en un instrumento general aplicable a todos los sectores de la actividad económica, acabando con la aplicación restringida que tenían los convenios anteriores, incluido el Convenio número 5.

Además, actualizó la normativa de aplicación haciéndola más coherente con las necesidades de protección de los menores²⁷ y, lo que sin duda es más importante, consagró el principio de que la edad mínima de admisión al empleo no debería ser inferior a la edad en que cesase la obligación escolar. Al margen de ello, por último, fijó una edad mínima básica de 15 años.

En lo que aquí interesa, su carácter de instrumento general permitiría reemplazar a determinados Convenios anteriores que se consideraban superados.

El artículo 10 es el que establece su relación con los Convenios anteriores. Con carácter general, son dos los efectos que se contemplaban:

- Por un lado, es que cesa de estar abierto a nuevas ratificaciones, cuando los Estados parte en los mismos hayan dado su consentimiento a ello mediante la ratificación del Convenio número 138.
- Por otro, cuando las obligaciones del presente Convenio hayan sido

²⁷ S. RUANO ALBERTOS, *El trabajo de los menores de edad...*, op. cit., p. 195.

aceptadas por un miembro que sea parte en el Convenio número 59 (revisado) sobre la edad mínima (industria) y que haya fijado una edad mínima de admisión al empleo no inferior a quince años en virtud del artículo 2 del presente Convenio, ello implicará, *ipso jure*, la denuncia inmediata de ese Convenio, en este caso del Convenio número 5²⁸.

Específicamente para el Convenio número 5 se afirmaba en el propio artículo 10, que la aceptación de las obligaciones del Convenio número 38 implicarían la denuncia del Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919, de conformidad con su artículo 12.

Las consecuencias reales de dicho artículo 10 supusieron 70 denuncias automáticas²⁹.

Respecto a nuestro país, el artículo 10 del Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977³⁰ supuso la denuncia del Convenio número 5 en los términos previstos en el artículo 10 del Convenio de 1983, con efectos del 16 de mayo de 1978.

3.5. La adecuación a la normativa española³¹

En el momento de entrada en vigor del Convenio número 5, el trabajo de los menores se regulaba por la Ley de 13 de marzo de 1990³² (Ley Dato) que lo permitía desde edades muy tempranas (prohibición absoluta a los menores de diez años o nueve, según supiesen o no leer y escribir) y que

²⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe de la Comisión de Edad Mínima*, Conferencia Internacional del Trabajo, 1973, párrafo 50-1 (discusión sobre la relación del Convenio número 138) citado por *Segunda Reunión del Grupo de Trabajo Tripartito del Mecanismo de Examen de las Normas* (10-14 de octubre de 2018). Nota técnica 4.1.: Instrumentos superados relativos a la eliminación del trabajo infantil y protección de los niños y jóvenes (edad mínima).

²⁹ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/F?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312150.

³⁰ BOE núm. 109, de 8 de mayo, de 1978.

³¹ En este epígrafe se seguirá a M. RAMOS QUINTANA, *El trabajo de los menores (En torno al artículo 6)*, *op. cit.*, pp. 293 y ss.

³² El artículo 1 señalaba que los menores de ambos性os que no hayan cumplido diez años no serían admitidos en ninguna clase de trabajo. Para los mayores de diez años y menos de catorce en el artículo 2 se admitía que trabajasen por tiempo que no excediese diariamente de seis horas en los establecimientos industriales, y de ocho en los de comercio, interrumpidas por descansos que no sean en su totalidad menores de una hora. Más adelante se prescribía que las Juntas locales y provinciales propondrían al Gobierno los medios que estimasen conducentes para que en el plazo de dos años, a contar de la promulgación de la misma, quedara reducida a once horas la jornada actual si excediese de ese límite.

lo limitaba al realizado por menores de ambos性os comprendidos entre 10 y 14 años y para menores de 16 y 18 años.

Hay que esperar a la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, para que como consecuencia de la ratificación del propio Convenio número 5, del Convenio número 15 y del Convenio número 33, se consagrarse como regla general la admisión al trabajo a los mayores de 14 años, si bien con algunas condiciones para los comprendidos entre catorce y dieciocho, que para formalizar el contrato de trabajo deberían contar con autorización de los padres u otras personas que les tuviesen a su cargo. Por el contrario, para el caso de emancipados, no se quería autorización alguna³³.

Posteriormente, la ratificación del Convenio número 59 en el año 1971, al elevar la edad de admisión al trabajo a los 15 años, dejó sin efecto a partir de 1972 (fecha de publicación en el BOE) la Ley de Contrato de Trabajo de 24 de enero de 1944 y del Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo, que todavía la fijaban en 14 años.

Será finalmente la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976³⁴ la que fijó la edad mínima de admisión al trabajo a los 15 años, lo que suponía vincular la edad para trabajar con las previsiones de la Ley General de Educación y cumplir con holgura la edad mínima prevista en el Convenio 138.

³³ Establecía su artículo 15 que podrán contratar individualmente la prestación de sus servicios: b) Los mayores de catorce años y; los menores de dieciocho, con autorización, por el orden siguiente; del padre, de la madre, del abuelo paterno te del materno, del tutor; a falta o en ausencia de ellos, de las personas o instituciones que hayan tomado a su cargo la manutención o el cuidado del menor, o de la Autoridad local.

³⁴ El artículo sexto establecía la edad mínima de admisión al trabajo a los dieciséis años cumplidos. Por su parte, los trabajadores menores de dieciocho años no podían realizar trabajos nocturnos o aquellas actividades que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical declare insalubres, penosas, nocivas o peligrosas tanto para su salud como para su formación moral.

Se prohíbe, por otro lado, realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años, salvo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical autorizase su realización en determinados sectores de actividad o zonas territoriales.

Por último, respecto a la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo se autorizaría en casos excepcionales por la autoridad laboral, cuyo permiso deberá constar por escrito y para actos determinados, siempre que no supongan peligro para su salud física ni para su formación moral.

4. Bibliografía

- AA.VV., *Políticas sociolaborales*, Ediciones Laborum, Murcia, 2003
- AA.VV., *Protección de los niños en el mundo del trabajo*, Educación Obrera, 1997/3, n. 108
- ARAMAYONA G., [*Aproximación al trabajo infantil en España*](#), 1832-1939
- BALLELA J., *Lecciones de Derecho de trabajo*, MORENO T. (trad.), Editorial Reus, 1937
- CÁMARA BOTÍA A., *Los menores en la legislación laboral española*, en *Anales de Historia Contemporánea*, 2003, 19
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [*Recomendaciones del Grupo de Trabajo especial tripartito relativas al examen del texto de la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, incluidos el anexo y las adendas, así como el procedimiento de interpretación*](#), Consejo de Administración 329.^a reunión, Ginebra, 9-24 de marzo de 2017 GB.329/POL/7 Sección de Formulación de Políticas Segmento de Empresas Multinacionales POL Fecha: 6 de marzo de 2017
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Dar un rostro humano a la globalización*, Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008 Tercer punto del orden del día: Información y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución) Informe III (Parte 1B), OIT, Ginebra, 2012, p. 157
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [*Estimaciones mundiales sobre el trabajo infantil. Resultados y Tendencias 2012-2016*](#), Resumen ejecutivo, OIT, Ginebra 2017
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Eliminar el trabajo infantil 100 años de acción El largo camino hacia un mundo libre de trabajo infantil. La contribución de la OIT 1919-2019*, OIT, 2019
- RAMOS QUINTANA M., *El trabajo de los menores (En torno al artículo 6)*, en *El Estatuto de los Trabajadores, veinte años después*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, 2000, n. 100
- RUANO ALBERTOS S., *El trabajo de los menores de edad: determinados aspectos de su tratamiento por la normativa internacional, comunitaria y nacional*, en *Tribuna Social, Revista del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social*, marzo-agosto 2008

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria) 1919 (núm. 6)

Diego VILLAVICENCIO PINTO*

RESUMEN: El centenario de la OIT es un momento propicio para examinar los avances logrados por los países en la lucha contra el trabajo infantil y adolescente. Una de sus peores formas es el trabajo nocturno, que incrementa la vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes que trabajan, afectando su desarrollo físico, psicosocial y emocional. En este trabajo se comenta – con enfoque descriptivo – el contenido y aplicación en Chile del Convenio OIT n. 6, revisado por el Convenio n. 90, dando cuenta de sus mandatos centrales, de la recepción normativa interna y de su concreta aplicación.

Palabras clave: Trabajo nocturno, trabajo infantil, Chile, Convenio, OIT.

SUMARIO: 1. Contenido normativo del Convenio OIT n. 6. 2. Aplicación del Convenio OIT n. 6 en Chile. 2.1. Contexto normativo del Código del Trabajo de 1931. 2.2. Control de la aplicación de normas convencionales de la OIT. 2.3. Aplicación definitiva del Convenio en la regulación interna. 2.4. Alcances de la aplicación de estas normas por la jurisprudencia administrativa y judicial y algunas cifras nacionales. 2.5. Perspectivas de reforma. 3. Bibliografía.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, candidato a Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Talca (Chile). Investigador del Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Talca (Chile).

Night Work of Young Persons (Industry) Convention 1919 (No. 6)

ABSTRACT: The centenary of the ILO is an appropriate time to examine the progress made by countries in the fight against child and adolescent labour. One of its worst forms is night work, which increases the vulnerability of working children and adolescents, affecting their physical, psychosocial and emotional development. In this work it is commented – with a descriptive approach – the content and application in Chile of ILO Convention No. 6, revised by Convention No. 90, giving an account of its central mandates, the internal regulatory reception and of its concrete application.

Key Words: Night work, child labour, Chile, Convention, ILO.

1. Contenido normativo del Convenio OIT n. 6

Como es sabido, uno de los principales objetivos perseguidos por la OIT, en sus inicios, fue la regulación de los tiempos de trabajo¹. Asimismo, desde su fundación en 1919, la protección de los niños se ha inscrito en la Constitución de la OIT (*Preámbulo*)².

En tal sentido, en sus primeros años de funcionamiento la OIT adoptó el enfoque según el cual todo tipo de trabajo nocturno en las empresas industriales debía prohibirse, siempre que se tratase de categorías «especialmente vulnerables» de trabajadores, fundamentalmente, mujeres y niños, niñas y adolescentes³. Ahora bien, debido a la constante evolución y necesaria reivindicación de derechos y libertades de las mujeres, en el año 1990 la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Convenio n. 171, que regula el trabajo nocturno de todos los trabajadores, con independencia del sexo, en todas las industrias y profesiones, aclarando de paso que toda prohibición por motivos de género es contraria al principio fundamental de igualdad de oportunidades y trato para hombres y mujeres en el empleo⁴. Así, actualmente la población vulnerable respecto al trabajo nocturno será todo trabajador menor de dieciocho años, cualquiera sea su sexo.

La prohibición general sostenida por la OIT, según la cual todo tipo de trabajo nocturno realizado por menores de edad debe ser proscrito, ha sido desarrollada en un completo sistema de Convenios OIT que en su conjunto ofrecen un íntegro panorama normativo. Además de los Convenios n. 6 y n. 90, sobre el trabajo nocturno de menores en la industria (que serán analizados en ésta oportunidad), se deben tener en cuenta los siguientes instrumentos OIT: Convenio n. 33 y n. 60 (revisión),

¹ La jornada de trabajo fue la primera institución jurídico-laboral en ser abordada por instrumentos internacionales de la OIT: Convenio n. 1 de 1919, por el que se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales; Convenio n. 4 de 1919, sobre el trabajo nocturno (mujeres); Convenio n. 6 de 1919, sobre el trabajo nocturno de los menores, entre otros.

² Como dijo Albert Thomas, el primer director de la OIT, «La explotación de la infancia constituye el mal más espantoso e insoportable para el alma humana. Una labor seria en materia de legislación social empieza siempre con la protección de la infancia» (*vid. OIT, Día mundial contra el trabajo infantil 2019: Los niños no deberían trabajar en el campo, sino en sus sueños!*, en www.ilo.org, 12 junio 2019 (revisado el 17 junio 2019).

³ OIT, *El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo*, 2011.

⁴ Es necesario destacar, sin embargo, que existe un cierto número de disposiciones específicas que dicen relación con las trabajadoras, pero se trata únicamente de aquellas cuyo objeto es la protección de la maternidad.

sobre la edad mínima de admisión de los niños a los trabajos no industriales; Convenio n. 57, sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación; Convenio n. 76 y n. 93, sobre salarios, las horas de trabajo a bordo y la dotación; Convenio n. 79, sobre el trabajo nocturno de los menores en trabajos no industriales; Convenio n. 109, sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación (revisado en 1958); Convenio n. 180, sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques; Convenio OIT sobre el trabajo marítimo (2006); y Convenio OIT n. 188 sobre el trabajo en la pesca⁵. En definitiva, la OIT ha trabajado intensamente por proteger y garantizar el descanso durante la noche de los trabajadores menores de edad, estableciendo una prohibición general de trabajo nocturno que se extiende durante doce horas consecutivas como mínimo⁶, con una definición variable de los intervalos que han de quedar necesariamente incluidos en el período de prohibición⁷.

En ese orden de cosas, el Convenio OIT n. 6 sobre el trabajo nocturno de menores en la industria⁸, tiene por objeto la prohibición de todo trabajo nocturno realizado por menores de dieciocho años en establecimientos o faenas industriales, públicas o privadas, o en alguna de sus dependencias⁹. Junto a ello, y para el correcto desarrollo de la proscripción ya mencionada, el Convenio determina el sentido de importantes instituciones jurídico-laborales relacionadas con el trabajo realizado de noche, como lo es el alcance y extensión del descanso nocturno y las industrias específicas que estarán sujetas a la prohibición. Así, el art. 3 del Convenio se refiere al alcance del término “noche”, determinando que la extensión mínima del descanso nocturno para menores de edad es de once horas consecutivas que, a su vez, deben incluir en ellas el intervalo existente entre las diez de la noche y las cinco de la mañana. Para efectos aplicativos de la norma, el Convenio considera como empresas industriales, principalmente, a los yacimientos mineros extractivos de

⁵ Para un estudio acabado sobre la reglamentación sistemática de la OIT respecto al trabajo nocturno véase A. LÓPEZ-QUIÑONES, *Los límites de jornada de los trabajadores nocturnos*, Tirant Lo Blanch, 2017.

⁶ Dicha extensión horaria del descanso nocturno ha sido dispuesta en instrumentos OIT posteriores al Convenio n. 6, tal y como veremos más adelante.

⁷ A. LÓPEZ-QUIÑONES, *op. cit.*, pp. 58 ss.

⁸ Convenio adoptado en la Conferencia Internacional del Trabajo realizada el 28 de noviembre del año 1919.

⁹ El art. 2 del Convenio n. 6 expresa lo siguiente: «Queda prohibido emplear durante la noche a personas menores de dieciocho años en empresas industriales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de aquellas en que únicamente estén empleados los miembros de una misma familia, salvo en los casos previstos a continuación».

cualquier clase; a las empresas manufactureras que preparen productos para la venta, o en las cuales las materias sufran alguna transformación; a las empresas constructoras de diversa índole; y a las empresas de transporte de personas o mercancías por carretera o ferrocarril, incluyendo a la manipulación de las mercancías transportadas¹⁰.

Es menester tener en cuenta que la proscripción dispuesta en el Convenio es de carácter general, contemplándose en el mismo instrumento las circunstancias que estarán exceptuadas de la prohibición de trabajo nocturno de menores de edad. En efecto, el Convenio excluye de su aplicación a los menores de dieciocho años que trabajen en empresas familiares¹¹; a los mayores de dieciséis años empleados en ciertas industrias, cuyas labores deban continuarse necesariamente durante día y noche¹²; a los mayores de dieciséis años en caso de fuerza mayor¹³; y a los trabajadores que tengan entre dieciséis y dieciocho años en casos graves por exigencias del interés nacional¹⁴.

De la misma forma, el Convenio también contempla situaciones excepcionales que pudieren provocar un desplazamiento del intervalo de descanso nocturno de once horas. Ello es el caso de los períodos trabajados en las minas de carbón y lignito, para los cuales se permite un desplazamiento del intervalo de descanso nocturno; de los trabajadores de panaderías, para quienes el intervalo de descanso se puede adelantar en una hora; y la disminución del período de descanso nocturno en países tropicales cuando se concede un descanso durante la jornada diurna¹⁵.

Así las cosas, el Convenio n.º 6 se erigió como el segundo instrumento normativo de la OIT que se refirió al trabajo nocturno¹⁶, determinando

¹⁰ Art. 1 del Convenio en análisis.

¹¹ Art. 2.1 del Convenio, ya transcrita.

¹² El art. 2.2 del Convenio nos indica cuáles son las industrias que deben continuarse día y noche, a saber: a) fábricas de hierro y acero, trabajos en que se empleen hornos de reverbero o de regeneración y galvanización del palastro y del alambre (con excepción de los talleres de desoxidación); b) fábricas de vidrio; c) fábricas de papel; d) ingenios en los que se trata el azúcar en bruto; e) reducción del mineral de oro.

¹³ Art. 4 del Convenio: «Las disposiciones de los artículos 2 y 3 no se aplicarán al trabajo nocturno de los menores que tengan de dieciséis a dieciocho años, en caso de fuerza mayor, que no pueda preverse ni impedirse, que no presente un carácter periódico, y que constituya un obstáculo al funcionamiento normal de una empresa industrial».

¹⁴ Art. 7 del Convenio: «La autoridad competente podrá suspender la prohibición del trabajo nocturno, en lo que respecta a los menores que tengan de dieciséis a dieciocho años, en los casos particularmente graves en los que el interés nacional así lo exija».

¹⁵ Dichas excepciones están contenidas en el art. 3, §§ 2, 3 y 4, del Convenio.

¹⁶ El primer instrumento OIT que reguló el trabajo durante la noche fue el Convenio n.º 4 de 1919, a propósito del trabajo femenino. Sin embargo, fue *derrgado* por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2017.

tanto la extensión del descanso obligatorio para menores de dieciocho años, como también su distribución en la jornada horaria.

Ahora bien, con el surgimiento de nuevas formas de organización productiva y, por lo tanto, de nuevas formas de trabajo, el Convenio n. 6 fue sometido a revisión por la Conferencia Internacional del Trabajo realizada en el año 1948, dando origen al Convenio OIT n. 90¹⁷, que conserva su mismo nombre. En dicho instrumento se mantienen las mismas excepciones contempladas en el Convenio n. 6¹⁸, sin perjuicio de la incorporación de importantes modificaciones¹⁹.

En efecto, las principales variaciones en la regulación del trabajo nocturno de menores de edad – contenidos en el Convenio n. 90 – se encuentran respecto a la duración del descanso obligatorio y su distribución en la jornada diaria. Así, la extensión del período de descanso nocturno pasa a tener una duración mínima de doce horas. Junto a ello, el intervalo de horas que deben estar incluidas en dicho descanso variará en relación con la edad del trabajador. Para menores de dieciséis años el descanso nocturno deberá contener el intervalo de tiempo existente entre las diez de la noche y las seis de la mañana, pero siempre conservando una duración total de doce horas²⁰. A su vez, en el caso de los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, su descanso nocturno deberá tener una duración de siete horas consecutivas, las que la autoridad competente de cada país podrá fijar entre las veintidós y las siete horas²¹.

Además de lo mencionado anteriormente, el Convenio n. 90 agrega dos excepciones adicionales a su aplicación, no contempladas anteriormente en el Convenio n. 6. Tal es el caso de la posible sustitución del intervalo de siete horas consecutivas para los trabajadores mayores de dieciséis años en el sector de panaderías, por el lapso entre las veintiún y las cuatro horas²²; y la posible reducción tanto del período de descanso como del

¹⁷ Convenio no ratificado por Chile.

¹⁸ Se conservan las excepciones del Convenio n. 6 contenidas en los arts. 2, §§ 1 (sobre el trabajo en establecimientos familiares, agregando el Convenio n. 90 que dichos establecimientos son aquellos en los que solamente están empleados los padres y sus hijos o pupilos) y 2 (respecto a las industrias que por razón de su naturaleza deban necesariamente continuarse día y noche, sin embargo, el Convenio n. 90 agrega la necesidad de una consulta previa entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores y se aplica sólo respecto a la contratación con objetivos de aprendizaje), 4 y 7 (estos últimos se mantienen sin mayores diferencias).

¹⁹ Para una extensa y completa revisión de la evolución de la normativa OIT sobre el trabajo nocturno, recomendamos la obra de A. LÓPEZ-QUIÑONES, *op. cit.*, pp. 54 ss.

²⁰ Art. 2.2 del Convenio OIT n. 90.

²¹ Art. 2.3 del Convenio OIT n. 90.

²² Art. 3.4 del Convenio OIT n. 90.

intervalo, en países cuyas condiciones climáticas sean especialmente perjudiciales para el trabajo diurno, tomando en cuenta la debida compensación en descansos durante la jornada²³.

Hoy, la erradicación del trabajo infantil y adolescente – sobretodo, de sus peores formas, como lo es el trabajo nocturno – es uno de los propósitos declarados de la OIT de cara a promover el trabajo decente, especialmente desde la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998). Asimismo, la Meta 8.7 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, insta a adoptar medidas inmediatas y eficaces para asegurar la prohibición y eliminación del trabajo infantil en todas sus formas, hacia 2025.

2. Aplicación del Convenio OIT n. 6 en Chile

2.1. Contexto normativo del Código del Trabajo de 1931

El Código del Trabajo de 1931 fue el primer texto que sistematizó las leyes sociales atingentes al mundo el trabajo en Chile. El proceso de dictación de normas reguladoras de las condiciones comunes de trabajo comenzó durante la década de 1920, produciéndose la promulgación numerosas normas laborales que acabaron por ser comprendidas en el Decreto con Fuerza de Ley n. 178, de 28 de mayo de 1931, constituyéndose así el primer Código del Trabajo chileno.

Doce años antes había sido acordada en el seno de la OIT la necesidad de prohibir el trabajo de menores de edad durante la noche, dando origen al comentado Convenio n. 6.

Dada la ratificación por el Estado Chileno de dicho Convenio en el año 1925, la naciente regulación laboral sistematizada recogió debidamente lo dispuesto en el instrumento internacional. Así, se proscribió todo trabajo nocturno de menores de dieciocho años, salvo que en la empresa sólo trabajaren miembros de una misma familia y bajo la autoridad de uno de sus miembros. Además, incluyó como excepción a los varones mayores de dieciséis años respecto a trabajos que debieran funcionar durante día y noche²⁴. De esa forma, la primera regulación interna respecto al trabajo

²³ Art. 4.1 del Convenio OIT n. 90.

²⁴ El art. 48 del Código del Trabajo de 1931 disponía lo siguiente: «Queda prohibido a los menores de dieciocho años y a las mujeres, todo trabajo nocturno en establecimientos industriales, que se ejecute entre las veinte y las siete horas, con excepción de aquellos en que únicamente trabajen miembros de una misma familia, bajo la autoridad de uno de ellos. Exceptuándose de esta prohibición a los varones mayores de dieciséis años, en las

nocturno de menores de dieciocho años se ajustaba correctamente a lo contenido en el Convenio n.º 6, especialmente respecto a la extensión de once horas consecutivas del descanso correspondiente.

Tras el quiebre de la democracia y la instalación de la dictadura militar en Chile (1973), comenzó un proceso político-jurídico que decantó, en lo pertinente, en el *Plan Laboral*, el que desde los últimos años de la década de 1970 fue desmantelando progresivamente la legislación laboral contenida en el Código del Trabajo de 1931. Así, la normativa respecto al trabajo nocturno de menores de edad vigente hasta ese momento fue reemplazada por el Decreto Ley 2200 de 1978. En su art. 29 establecía una prohibición similar a la anterior, sin embargo, disponía como descanso nocturno obligatorio aquel comprendido entre las diez de la noche y las siete de la mañana²⁵. Inobservando lo dispuesto en el Convenio analizado, como también lo normado en el Código del Trabajo de 1931, la Junta Militar disminuyó el descanso nocturno para menores de dieciocho años de once a nueve horas consecutivas. Como veremos, dicha incongruencia entre la norma interna y lo dispuesto por la OIT vendrá a ser subsanada recién en el año 2011, treinta y tres años después.

2.2. Control de la aplicación de normas convencionales de la OIT

Chile ratificó el Convenio OIT n.º 6 el 15 de septiembre de 1925. Ya en los últimos años de la dictadura militar, en los años 1987 y 1990, la Comisión de Expertos para la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante, CEACR) presentó una solicitud directa al Estado de Chile para requerir la coherencia de la regulación interna con la normativa internacional. En dicha ocasión, la Comisión señaló que el art. 19 del Código del Trabajo vigente en la época²⁶, que prohibía a los menores de

industrias que determine el Reglamento, tratándose de trabajos que, en razón de su naturaleza, deban necesariamente continuarse de día y de noche».

²⁵ El art. 29 del Decreto Ley n.º 2200 disponía lo siguiente: «Queda prohibido a los menores de 18 años todo trabajo nocturno en establecimientos industriales, que se ejecuten entre las 22 y las 7 horas, con excepción de aquellos en que únicamente trabajen miembros de la familia, bajo la autoridad de uno de ellos. Exceptúese de esta prohibición a los varones mayores de dieciséis años en las industrias que determine el reglamento tratándose de trabajos que, en razón de su naturaleza, deban necesariamente continuarse de día y de noche».

²⁶ Dicho artículo disponía: «Queda prohibido a los menores de dieciocho años todo trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales, que se ejecuten entre las veintidós y las siete horas, con excepción de aquellos en que únicamente trabajen miembros de la familia, bajo la autoridad de uno de ellos. Exceptúese de esta prohibición

dieciocho años cualquier trabajo nocturno en los establecimientos industriales, ejecutado entre las diez de la noche y las siete de la mañana, es decir, durante un período de nueve horas, no se ajustaba las disposiciones del Convenio.

En el año 1994, la CEACR reiteró la necesidad de concordar la regulación interna con la normativa internacional, puesto que, hasta esa fecha, y a través de la Ley n. 19.250 de 30 de septiembre de 1993, sólo se había modificado la norma interna en el sentido de agregar la prohibición de trabajo nocturno respecto a los establecimientos comerciales, sin solucionar la observación presentada por la CEACR anteriormente.

En respuesta al requerimiento de la Comisión, la memoria del gobierno presentó lo regulado en el art. 227 del Reglamento de Higiene y Seguridad Industriales, que establece la prohibición para los menores de dieciocho años de todo trabajo nocturno, entendiéndose por tal el que se ejecute entre las veinte y las siete horas. La Comisión observó que dicha disposición da lugar a las once horas de duración del descanso nocturno previsto en el Convenio OIT, sin embargo, en el año 2001 la CEACR expuso la divergencia entre los arts. 18 del Código de Trabajo (que mantenía la regulación del antiguo art. 19) y 227 del Reglamento de Higiene y Seguridad Industriales, solicitando nuevamente la corrección de la norma contenida en el Código de la materia.

En el año 2006, y ante la respuesta del gobierno señalando la proximidad de una reforma laboral que abarcaría la temática, la Comisión reiteró la necesidad de adecuación de la norma interna con lo dispuesto en el Convenio OIT n. 6, específicamente respecto a las once horas de duración del descanso nocturno. Lo mismo sucedió en el año 2011, mientras la reforma laboral que adecuaría la norma interna se encontraba aún en tramitación legislativa, por lo que la Comisión reiteró la importancia de que dicho proceso terminara satisfactoriamente.

Finalmente, ya en el año 2016, la CEACR tomó nota satisfactoriamente de la reforma introducida por la Ley n. 20.539, dando lugar al vigente art. 18 del Código del Trabajo que armoniza correctamente la regulación interna con la normativa internacional.

a los varones mayores de dieciséis años, en las industrias y comercios que determine el Reglamento, tratándose de trabajos que, en razón de su naturaleza, deban necesariamente continuarse de día y de noche».

2.3. Aplicación definitiva del Convenio en la regulación interna

El Convenio OIT n.º 6 tiene actualmente su recepción legal en el art. 18 del Código del Trabajo chileno. Dicha norma establece la prohibición de todo trabajo realizado por menores de dieciocho años en establecimientos industriales y comerciales, durante once horas consecutivas que comprenderán, al menos, el intervalo que media entre las diez de la noche y las siete de la mañana²⁷.

La regulación vigente se encuentra en correcta concordancia con lo dispuesto en el Convenio OIT n.º 6, especialmente respecto a la extensión y distribución del descanso nocturno. La regulación actual del trabajo nocturno de menores de dieciocho años fue introducida por la Ley n.º 20.539, publicada el 6 de octubre de 2011, modificando la totalidad de la norma vigente hasta ese momento²⁸, y armonizando correctamente la regulación interna con la normativa internacional.

La citada ley derogó los incisos 2 y 3 del mismo artículo que incluían una excepción a la prohibición de trabajo nocturno, aplicable sólo a los varones mayores de diecisés años y siempre tratándose de trabajos que, en razón de su naturaleza, debieran necesariamente continuarse de día y de noche. A su vez, para determinar las industrias que no estarían sujetas a la prohibición de trabajo nocturno, los incisos derogados remitían su regulación al Reglamento sobre Higiene y Seguridad Industriales, específicamente a sus arts. 227 y 228, aún vigentes.

En efecto, residualmente subsiste la regulación contenida en el Decreto Supremo n.º 655 de 1941, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que contiene el Reglamento sobre Higiene y Seguridad Industriales. Su art. 227 vuelve a regular la excepción contenida en los derogados incisos 2 y 3 del art. 18 del Código del Trabajo. Así, dispone que los menores de dieciocho años y las mujeres no podrán efectuar trabajo nocturno en establecimientos industriales, entendiéndose como “nocturno” aquel que se ejecute entre las veinte y las siete horas, salvo que se trate de establecimientos en que trabajen únicamente miembros de una misma familia y bajo la autoridad de uno de ellos.

Es relevante destacar que la norma antes mencionada va en la misma línea que lo dispuesto en el art. 2.1 del Convenio OIT n.º 6, que establece la misma excepción. Sin embargo, el Reglamento establece la prohibición de

²⁷ Sobre el modelo chileno de protección del trabajo infantil, véase R. PALOMO VÉLEZ, *Implicancias de las normas sobre contratación laboral infantil en el acceso a la educación*, en *Revista Laboral Chilena*, 2008, vol. 18, n.º 163, pp. 62 ss.

²⁸ G. ÁLVAREZ UNDURRAGA, *El régimen jurídico del trabajo infantil en Chile*, en *Revista de Derecho – Escuela de Postgrad.*, 2014, n.º 5, p. 146.

trabajo nocturno respecto a los varones menores de dieciocho años y a las mujeres, cualquiera sea su edad, analogando dichas situaciones sin motivo aparente ni declarado, mientras que la regulación internacional la establece para toda persona menor a dieciocho años.

El mismo Reglamento regula una segunda excepción²⁹, esta vez sólo aplicable a varones mayores de dieciséis años que trabajen en las industrias allí señaladas y que presten en ellas servicios que, por su naturaleza, deban necesariamente continuarse día y noche³⁰. De la misma forma que la excepción antes mencionada, la exclusión de industrias que desarrollen actividades que necesariamente deban continuarse día y noche va en la misma línea que lo expuesto por el Convenio OIT en su art. 2.2, que regula la misma salvedad. Es importante destacar, nuevamente, que el Decreto Supremo n. 655 limita la eficacia de dicha norma sólo a los trabajadores varones mayores de dieciséis años, mientras que la norma internacional la establece para toda persona mayor a dicha edad.

Ahora bien, la prohibición de trabajo nocturno contenida en el art. 18 del Código del Trabajo es de carácter absoluta y no da posibilidad a excepciones. Además, la remisión al Reglamento sobre Higiene y Seguridad Industriales estaba contenida en los incisos ya derogados por la Ley n. 20.539, por lo que las normas del Reglamento sobre Higiene y Seguridad Industriales carecen de aplicación.

2.4. Alcances de la aplicación de estas normas por la jurisprudencia administrativa y judicial y algunas cifras nacionales

La Dirección del Trabajo ha interpretado el sentido y alcance del actual art. 18 del Código del Trabajo, a través del dictamen n. 4.194/086, del 25 de octubre de 2011, fijando también el concepto de industria y de establecimiento comercial. Al respecto, señala que por industria debe entenderse al conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la

²⁹ Excepción contenida en el art. 228 del Decreto Supremo n. 655.

³⁰ Las industrias exceptuadas por la ley son: a) usinas de fierro y acero (sección de empaquetadura y selección de materiales; sección transporte mecánico; sección modelado y mandaderos); b) galvanización de palastro y del alambre (con excepción de los talleres de desoxidación); c) fábricas de vidrios (sección transporte de materiales; sección carga de hornos; carga y descarga de hornos de templar; transporte mecánico de materiales y clasificación del material elaborado; d) fábricas de papel (en todas las secciones de trabajo continuo, excepto en la preparación de la celulosa); e) azucareras en las que se trata el azúcar en bruto (en todas las secciones de la fabricación, exceptuando los cocedores y turbineros); f) reducción de minerales de oro (en todas sus secciones).

obtención, transformación o transporte de uno o varios productos naturales. A su vez, define a establecimiento comercial como cualquier empresa que realice alguno de los actos de comercio que se consignan en los diversos numerados del art. tercero del Código del Comercio. Respecto a la extensión y distribución del descanso nocturno, la Administración Laboral entrega algunos ejemplos alternativos de adecuación de la jornada laboral que podrían establecerse con el fin de dar cumplimiento a la norma en análisis³¹.

La Dirección del Trabajo subraya también que la derogación de los incisos 2 y 3 del comentado art. 18 se produjo con el objeto principal de armonizar la regulación interna con los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile.

Por otro lado, la jurisprudencia judicial, mediante la interpretación analógica de normativa comentada, ha aplicado la distribución y duración del descanso nocturno indicado en el Convenio OIT n. 6 y en el art. 18 del Código del Trabajo a los casos de mujeres trabajadoras embarazadas, para quienes se entiende que el trabajo nocturno es perjudicial para su salud³².

La magnitud del trabajo infantil en Chile fue levantada a través de la *Encuesta Nacional sobre Actividades de Niños, Niñas y Adolescentes*, realizada por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, el Ministerio del Trabajo y Previsión Social y la OIT, el año 2012, y permitió establecer que, de los 3.328.000 niños, niñas y adolescentes entre 5 y 18 años, 229.510 se encontraban ocupados y 219.624 estaban realizando actividades consideradas como trabajo infantil. Es decir, sólo el 0,3% de esta población se encontraba en trabajo protegido.

La misma encuesta demostró que el 18% de los niños trabajadores trabaja

³¹ La Dirección del Trabajo manifiesta que el descanso nocturno se puede configurar de las siguientes formas: a) entre las 22:00 y las 9:00 horas; b) entre las 21:00 y las 8:00 horas; c) entre las 20:00 y las 7:00 horas.

³² El art. 202 del Código del Trabajo dispone: «Durante el período de embarazo, la trabajadora que esté ocupada habitualmente en trabajos considerados por la autoridad como perjudiciales para su salud, deberá ser trasladada, sin reducción de sus remuneraciones, a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado. Para estos efectos se entenderá, especialmente, como perjudicial para la salud todo trabajo que [...] se ejecute en horario nocturno». Para revisar la posición de la jurisprudencia sobre esta materia, véanse, a modo ejemplo, las sentencias RIT I-323-2011 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago; RIT I-19-2014 del Juzgado de Letras del Trabajo de Arica; RIT I-23-2014 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago; RIT I-125-2015 del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco. A su vez, la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo se puede analizar en los dictámenes n. 1671/64, del 18 de marzo de 1996, y n. 1739/68, del 20 de marzo del mismo año.

por la mañana, el 24,9% por la tarde, el 35,9% mañana y tarde y 21,2% por la noche o en jornadas mixtas. Lo anterior implica que el 57,1% de los niños ocupados trabaja en más de una jornada³³.

2.5. Perspectivas de reforma

El mensaje presidencial n. 021-367, de 2 de mayo de 2019, sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión³⁴, presenta una serie de reformas legislativas a la normativa laboral chilena, entre las que se contempla la modificación al art. 18 del Código del Trabajo.

En efecto, el proyecto de reforma laboral presentado por el segundo gobierno del Presidente Sebastián Piñera busca modificar dos aspectos de la regulación del trabajo nocturno de los menores de dieciocho años. El primero de ellos tiene por objetivo la sustitución de la frase «queda prohibido a los menores de dieciocho años todo trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales», por la frase «queda prohibido a los adolescentes con edad para trabajar [jóvenes entre quince y dieciocho años] realizar labores en horario nocturno en establecimientos industriales y comerciales». Lo que se propone, entonces, es actualizar la terminología jurídica, por una que sea adecuada para referirse a niños, niñas o adolescentes³⁵.

El segundo aspecto que pretende ser modificado por la reforma laboral es el régimen sancionatorio del trabajo infantil. Tomando en cuenta la necesidad de avanzar hacia su erradicación total, la reforma propone un nuevo sistema de sanciones, aumentadas para aquellos casos de contratación de niños, niñas o adolescentes sin sujeción a los requisitos legales.

Actualmente, debido a que la contratación de menores de dieciocho años durante la noche no tiene asociada una sanción especial, su régimen sancionatorio está determinado por el sistema general de multas laborales, estableciéndose para dicha infracción – carácter gravísima – una multa que

³³ El gobierno ha anunciado que en 2020 se actualizarán los datos sobre trabajo infantil en Chile.

³⁴ Proyecto de reforma laboral que a la fecha de envío de este trabajo se encuentra en primer trámite legislativo.

³⁵ La Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, ratificada por Chile en 1990, mandata a los Estados partes a tomar todas las medidas necesarias para garantizar y proteger el bienestar y desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. En dicho contexto, las Naciones Unidas comina a los Estados a adoptar las medidas necesarias para evitar cualquier tipo de discriminación o trato vejatorio para con su dignidad o desarrollo, como lo sería denominarlos como “menor” y/o “menores”.

puede ir desde 10 a 60 Unidades Tributarias Mensuales (UTM)³⁶, dependiendo del tamaño de la empresa³⁷. La reforma laboral propone un sistema especial de multas, aumentadas para las infracciones recaídas sobre la contratación de niños, niñas o adolescentes. En específico, propone la incorporación de los arts. 13-*bis*, 13-*ter* y 13-*quater*, los que establecerán sanciones más altas, dependiendo del tipo de infracción producida. En el caso del trabajo nocturno, las nuevas multas podrían ir desde 10 a 300 UTM³⁸, dependiendo de la edad del niño, niña o adolescente, y el tamaño de la empresa que se trate.

Así las cosas, el proyecto de reforma laboral pretende dar respuesta efectiva al llamamiento de las Naciones Unidas y la OIT para erradicar de forma total el trabajo infantil, modernizando para ello el lenguaje jurídico sobre la materia, y disponiendo sanciones especiales y aumentadas para las figuras ilícitas y prohibidas del trabajo de niños, niñas o adolescentes. Habrá que esperar la eventual aprobación de esta nueva reforma laboral, para analizar su efectividad respecto de los propósitos planteados. Con todo, puede augurarse que la sola fiscalización y sanción administrativa – aun con multas más altas – viene resultando insuficiente en la garantía del sistema proteccional contra el trabajo infantil en Chile, debido a una persistente alta informalidad laboral y a la ausencia de un sindicalismo fuerte que fiscalice en las empresas, desde dentro.

3. Bibliografía

ÁLVAREZ UNDURRAGA G., *El régimen jurídico del trabajo infantil en Chile*, en *Revista de Derecho – Escuela de Postgrad*, 2014, n. 5, pp. 119-152

LÓPEZ-QUIÑONES A., *Los límites de jornada de los trabajadores nocturnos*, Tirant Lo Blanch, 2017

OIT, *Día mundial contra el trabajo infantil 2019: Los niños no deberían trabajar en el campo, sino en sus sueños!*, en www.ilo.org, 12 junio 2019

OIT, *El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo*, 2011

PALOMO VÉLEZ R., *Implicancias de las normas sobre contratación laboral infantil en el acceso a la educación*, en *Revista Laboral Chilena*, 2008, vol. 18, n. 163, pp. 62-68

³⁶ Entre 700 y 4.000 dólares, aproximadamente.

³⁷ Según lo dispuesto en los arts. 18 y 506 del Código del Trabajo.

³⁸ Entre 700 y 20.000 dólares, aproximadamente.

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo) 1920 (núm. 7)

Pelayo JARDÓN PARDO DE SANTAYANA*

RESUMEN: El Convenio n.º 7 sobre edad mínima en el trabajo en los buques fue pactado en la segunda conferencia de la OIT, celebrada en Génova en julio de 1920. Junto a otros convenios sectoriales sobre la edad mínima de admisión al empleo, es testimonio de la labor de la OIT en el período de entreguerras por regular y limitar los abusos en el trabajo infantil. En virtud de su articulado, se fijó en catorce años la edad mínima para la prestación de servicios a bordo de un buque, a excepción de los buques familiares y de los buques escuela. Como otros convenios, desde su entrada en vigor, el 27 de septiembre de 1921, ha servido de referente legal internacional en la materia. Actualmente, en la inmensa mayoría de los países, entre ellos España, el Convenio n.º 7 no está en vigor, por mor de la denuncia automática que ha supuesto la aceptación del Convenio n.º 138, que ha venido a sustituirlo.

Palabras clave: OIT, trabajo infantil, edad mínima de admisión al empleo, trabajo marítimo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La fundación de la OIT y la protección legal del trabajo infantil. 3. La conferencia de Génova y el trabajo infantil en los buques. 4. Articulado del Convenio. 5. Ratificaciones y trascendencia del Convenio. 6. La revisión del Convenio de 1936. 7. El Convenio sobre la edad mínima (n.º 138). 8. Consideraciones finales. 9. Bibliografía.

** Profesor de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

Minimum Age (Sea) Convention 1920 (No. 7)

ABSTRACT: The Convention fixing the minimum age for admission of children to employment at sea was adopted during the 2nd ILC session, held at Genoa in July 1920. Among other conventions fixing the minimum age for admission to employment, is a testimony of the efforts of the ILO to regulate and limit the child labour between the two world wars. Under this rule, children under the age of fourteen years should not be employed or work on vessels, other than school-ships or family undertakings. From its entry into force, on 27 September 1921, has led the way as an international legal reference on this issue. Nowadays, for the vast majority of the countries, this Convention is not into force, due to its automatic denunciation by Convention No. 138.

Key Words: ILO, child labour, minimum age for admission to employment, maritime labour.

1. Introducción

Desde tiempos inmemoriales ha existido, bajo distintas denominaciones, la realidad del trabajo infantil. Esta práctica se generalizó e intensificó con ocasión de la revolución industrial en Gran Bretaña, y ello hasta el punto de que – en referencia a tal período – autores como Edward Palmer Thompson hayan denunciado que la explotación de los niños constituye uno de los más vergonzosos episodios de nuestra historia¹. El trabajo infantil sigue constituyendo en el siglo XXI un problema preocupante, en especial en las economías en vías de desarrollo². No es, pues, de extrañar que la explotación económica de los niños haya sido objeto de atención para sindicatos, empresarios, legisladores, gobiernos y organismos internacionales.

En este sentido, y desde su fundación en 1919, la OIT se ha erigido, a través de sus convenios y recomendaciones, en adalid de los derechos de los niños, a fin de regular, limitar – y posteriormente abolir – el trabajo infantil. A diferencia de los más significativos y relevantes, como el Convenio n.º 138, sobre la edad mínima de admisión al empleo, o el Convenio n.º 182, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, muchos de los convenios OIT sobre trabajo infantil no han sido hasta ahora objeto de un análisis pormenorizado. Es por ello que, para el estudio del Convenio n.º 7, sobre la edad mínima en el trabajo marítimo, hemos recurrido a diversas fuentes que tratan sobre él, siquiera de una forma tangencial, y en especial, a artículos monográficos sobre la actividad de la OIT y el trabajo infantil. Asimismo, y pese a su carácter sucinto, hemos considerado ilustrativo respaldar nuestro análisis con diversas referencias hemerográficas contemporáneas a la gestación y primeros años de andadura de la norma.

Examinaremos primeramente el contexto histórico y social en el que se fraguó el Convenio: la fundación de la OIT, la cuestión social y la

¹ «We may be allowed to reaffirm a more traditional view: that the exploitation of little children on this scale and with this intensity, was one of the most shameful events in our history» (E.P. THOMPSON, *Making of the English Working Class*, Pantheon Books, 1963, p. 349).

² C. TUTTLE, *History Repeats Itself: Child Labor in Latin America*, en *Employee Responsibilities and Rights Journal*, 2006, vol. 18, n.º 2, pp. 143-154. Para una visión sobre la protección legal y los instrumentos internacionales relativos a los derechos laborales de los niños en las economías emergentes, *vid.* B.A. BHAT, *Human rights perspective and legal framework of child labour with special reference to India*, en *International Journal of Sociology and Anthropology*, February, 2010, vol. 2, n.º 2, pp. 19-22; M.L. PEIRÓ, M.E. RAUSKY, *Los organismos internacionales frente al trabajo infantil y juvenil. Aportes para un análisis de sus discursos y propuestas*, en *Cuestiones de Sociología*, 2009, n.º 5-6, pp. 313-338.

situación de los niños trabajadores en el mar a comienzos del siglo XX. A continuación, analizaremos el articulado del Convenio, con especial énfasis en el ámbito subjetivo del mismo y sus excepciones. Tras dar cuenta del proceso de ratificaciones, nos detendremos en la revisión de su texto, adoptada en la conferencia de la OIT de 1936. En último lugar, tras referirnos al Convenio n.º 138, expondremos, a modo de conclusión, una serie de consideraciones finales.

2. La fundación de la OIT y la protección legal del trabajo infantil

Fue a partir del segundo cuarto del siglo XIX cuando se registró una mayor atención a lo que dio en denominarse “la cuestión social” y que no era sino la concienciación acerca de las duras condiciones laborales y vitales del proletariado surgido con motivo de la revolución industrial. No obstante, habría que esperar aún unas cuantas décadas para que dicha toma de conciencia cristalizara en un movimiento obrero organizado, movimiento que, a finales de la centuria, había ya alcanzado cierto peso político en la mayoría de los países industrializados. Las reivindicaciones sindicales a favor de los trabajadores traspasaron a la sazón las fronteras y cobraron una dimensión transnacional, de la que son exponentes el Congreso Internacional de Protección Obrera, celebrado en Zúrich en 1897; el de Bruselas, del mismo año, en torno a la legislación del trabajo; y el Congreso para la protección legal de los trabajadores, que tuvo lugar en París el 25 de julio de 1900³.

En esta misma dirección, ya durante los años de la Gran Guerra, se fraguó el proyecto de impulsar, en el marco de un futuro tratado de paz, la creación de una Oficina Internacional del Trabajo, así como la instauración de unas normas laborales fundamentales, que sentaran las bases de un nuevo orden internacional basado en la justicia social. Y, en efecto, al término de la contienda, en el ámbito de la conferencia de Paz de París y, más concretamente en virtud de la parte XIII del Tratado de Versalles, nació en 1919 la OIT, estrechamente vinculada a la también recién fundada Sociedad de Naciones. Piedra angular de la nueva organización, el principio de justicia social se consagró en el mismo Preámbulo de su Constitución, donde ya se denunciaba la existencia de «condiciones de trabajo que entrañan injusticia, miseria y privaciones para un gran número de seres humanos».

³ A.R. LEITÃO, *La Organización Internacional del Trabajo (OIT). Casi un siglo de historia en diferentes contextos históricos*”, en *Laboreal*, 2016, vol. XII, n.º 1, pp. 103-111.

No se olvidaron, entre los objetivos de la OIT, la protección de los niños, su escolarización y sus condiciones laborales, cuestión expresamente incluida en el Tratado de Versalles en su art. 427.⁶ Ya por aquel entonces, las principales potencias industriales habían dictado leyes en este sentido, normas cuya promulgación se remonta en algunos casos a las primeras décadas del siglo XIX. Así, por ejemplo, en lo que concierne a Estados Unidos, y en fecha tan temprana como 1813, una ley de Connecticut obligaba a los propietarios de fábricas a facilitar a sus trabajadores infantiles lecciones de lectura, escritura y matemáticas, aunque no fijaba una edad mínima de acceso al trabajo. A mediados del siglo XIX, cinco estados de Nueva Inglaterra, Pennsylvania y Ohio contaban ya con normas que limitaban a diez horas diarias la jornada laboral de los niños con edades inferiores a los doce o catorce años⁵. No obstante, habría que esperar al cambio de siglo para que, especialmente en las naciones más avanzadas, como Gran Bretaña, Francia y Alemania, se consolidaran los avances legislativos en esta materia⁶. De hecho, dos años antes de la fundación de la OIT, en 1917, se llegó a aprobar una ley federal en Estados Unidos que, no obstante, fue poco después declarada constitucional.

En lo concerniente a España, la primera norma reguladora del trabajo infantil fue la llamada Ley Benot, de 24 de julio de 1873, que, cubriendo un vacío legal en la materia, trató de proteger a los niños de las inicuas condiciones que hasta aquel momento se les habían estado imponiendo⁷. Aunque, por mor de su falta de aplicación real, la Ley Benot no pasó a efectos prácticos de ser una mera declaración de intenciones, este texto reviste notable importancia en cuanto aborda cuestiones relativas al trabajo infantil, como la edad mínima, la limitación de la jornada laboral, o la instrucción obligatoria⁸. A la Ley Benot la siguieron en España la Ley de

⁴ «La supresión del trabajo de los niños y la obligación de introducir en el trabajo de los jóvenes de ambos sexos las limitaciones necesarias para permitirles continuar su educación y asegurar su desarrollo físico».

⁵ H. GOLDSTEIN, *Child labor in America's History*, en *Journal of Clinical Child Psychology*, 1976, vol. 5, n. 3, pp. 47-50.

⁶ C.M. MOEHLING, *State Child Labor Laws and the Decline of Child Labor*, en *Explorations in Economic History*, 1999, vol. 36, n. 1, pp. 72-106.

⁷ Art. primero: «Los niños y las niñas menores de 10 años no serán admitidos al trabajo en ninguna fábrica, taller, fundición ó mina»; art. segundo: «No excederá de cinco horas cada día de los niños menores de 13, ni el de las niñas menores de 14»; art. tercero: «Tampoco excederá de ocho horas el trabajo de los jóvenes de 13 á 15 años, ni el de las jóvenes de 14 á 17, en cualquier estación del año» (*Gaceta de Madrid*, 28 julio 1873, n. 209, p. 1193).

⁸ L. MARTÍNEZ PEÑAS, *Los inicios de la legislación laboral española. La Ley Benot*, en *Revista*

13 de marzo de 1900, que fijaba expresamente la edad mínima para acceder al trabajo en diez años⁹, y el Decreto de 25 de enero de 1908, por el que se clasificaban las industrias prohibidas a mujeres y niños¹⁰.

Pues bien, tomando precisamente como referente todas estas normas que habían ido promulgándose en diferentes estados a lo largo del siglo XIX y de las primeras décadas del siglo XX, se trazaron las líneas maestras de lo que habrían de ser los primeros convenios OIT de edad mínima. De hecho, el trabajo infantil era una de las materias que, de forma prioritaria, se abordaron en la primera conferencia de la OIT, celebrada en Washington en octubre de ese mismo año de 1919. De hecho, de los seis convenios que a la sazón se aprobaron, dos versaban sobre este tema: el n.º 5, en el que se fijó en 14 años la edad mínima en la industria, y el n.º 6, sobre trabajo nocturno de los menores en la industria¹¹.

3. La conferencia de Génova y el trabajo infantil en los buques

En el verano de 1920 se celebró en Génova la segunda conferencia de la OIT, en cuyo orden del día se incluyó, junto a otras cuestiones más controvertidas, como la jornada mínima de los trabajadores del mar¹², el debate acerca del trabajo infantil en los buques¹³.

A principios del siglo XX, y como consecuencia del aumento de la producción pesquera en países de extenso litoral como España, se había incrementado el número de niños que participaban en labores de pesca, principalmente de bajura. Las causas últimas de este incremento fueron

Aequitas, 2011, n.º 1, pp. 25-70.

⁹ Art. primero: «Los menores de ambos sexos que no hayan cumplido diez años no serán admitidos en ninguna clase de trabajo» (*Gaceta de Madrid*, 14 marzo 1900, n.º 73, p. 875). Nótese que la prohibición afectaba a toda clase de empleos, con independencia de sus características.

¹⁰ Véanse, además, el RD de 13 de noviembre de 1900, de aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900, así como el RD de 26 de junio de 1902, sobre la jornada de trabajo de las mujeres y los niños.

¹¹ INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES, *Organismo permanente para la legislación internacional del trabajo (Datos y antecedentes sobre las deliberaciones de la Conferencia de la paz y la Conferencia internacional de Washington, octubre 1919)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 1ª Reunión, 1919.

¹² Sobre las reticencias y dificultades en la negociación de la jornada mínima del trabajo marítimo, *vid. V.*, *La conferencia marítima de Génova (un grave riesgo)*, en *Mercurio*, 29 julio 1920, n.º 364, pp. 5-6; *Eight Hours for Seamen*, en *Justice*, 8 julio 1920, n.º 1904, p. 2.

¹³ «cuestión que constituye el tercer punto del orden del día de la reunión de la Conferencia celebrada en Génova» (*Preámbulo* del Convenio n.º 7).

fundamentalmente dos¹⁴. Por un lado, las necesidades de las familias de pescadores que, constreñidas por los insuficientes salarios, se veían abocadas a empujar a su prole a trabajar desde corta edad, a fin de asegurar su supervivencia material. Pese a que nunca alcanzaban la cuantía de los salarios de sus padres, los jornales de estos niños – tanto en España, como en otros países de Europa – constituyan una parte significativa – e imprescindible – del presupuesto familiar. Junto a este, otro elemento propiciador del trabajo infantil en la pesca fue el interés empresarial, orientado a la contratación de una mano de obra como la infantil, poco conflictiva y barata, que permitía abaratar los costes.

La combinación de estos dos factores favoreció el mantenimiento del trabajo de los niños, al tiempo que impidió alcanzar la escolarización universal¹⁵. En este sentido, los bajos niveles educativos de la población costera son reveladores de la incorporación prematura de los niños al mercado laboral y el consiguiente absentismo escolar¹⁶. Pues bien, en la línea del Convenio n. 5, la evitación de la falta de escolarización de los niños de familias con escasos recursos fue probablemente uno de los móviles que movió a los conferenciantes de Génova a limitar la edad mínima de trabajo en el sector marítimo.

Los periódicos españoles dieron cobertura al evento desde diferentes puntos de vista. Así, Margarita Nelken, en *La Libertad*, criticó el pobre papel a su juicio desempeñado por la representación española en el congreso¹⁷, encabezada por el diplomático Fernando Espinosa de los Monteros, quien había sido enviado en sustitución del vizconde de Eza¹⁸. En diferente sentido, autores como Salvador Canals, expresaron su escepticismo acerca de la legitimidad y de la capacidad de ese “embeleco” de la Sociedad de Naciones y de su “derivado”, la OIT, para implementar, en relación con el trabajo en el mar, unas mismas reglas – entre las que aludía al tema de la edad mínima – a diferentes naciones con condiciones asaz diversas: «Y en cuanto á la Conferencia Internacional del Trabajo, no concibo cómo no se advierte su absoluta esterilidad en aquellos casos en que no sea gravemente contraproducente [...] ¿qué puede hacer la

¹⁴ L. MUÑOZ ABELEDO, *El trabajo infantil en la pesca e industrias de transformación del pescado en España, 1850-1936*, DT-AEHE, 2014, n. 1407.

¹⁵ Ley de Instrucción pública de 9 de septiembre de 1857, en *Gaceta de Madrid*, 10 septiembre 1857, n. 1710. *Vid.* A. TIANA FERRER, *Educación obligatoria, asistencia escolar y trabajo infantil en España en el primer tercio del siglo XX*, en *Historia de la Educación*, 1987, n. 6, pp. 43-60.

¹⁶ L. MUÑOZ ABELEDO, *op. cit.*

¹⁷ M. NELKEN, *El deber de asociación*, en *La Libertad*, 22 julio 1920, n. 197, pp. 5-6.

¹⁸ *Vid.* *La Acción*, 25 junio 1920, n. 1548, p. 3.

Conferencia que no esté lleno de peligros para algunos ó para todos? No son las mismas en todas las latitudes las condiciones físicas del individuo ni del medio, y, por tanto, no puede empezar ni acabar en todas partes á la misma edad la capacidad física para el trabajo, ni puede ser igual en todas partes la duración de la jornada, ni puede pretenderse que sea igual en todas partes el salario. No son iguales en todos los países la educación individual ni la social, ni actúan en todas partes del mismo modo los factores psicológicos de patronos y de obreros, ni se puede, por tanto, aplicar en todas partes los mismos procedimientos ni las mismas normas literalmente establecidas en una ley internacional, ni siquiera pueden ser las mismas las sanciones eficientes sobre los que las infrinjan»¹⁹.

El texto del Convenio n. 7 iba a incluir también en su ámbito a los pañoleros y fogoneros, si bien finalmente no fue así. Ello se debió a la oposición manifiesta del enviado japonés, UchidaKosai, que pidió que tales oficios fueran expresamente excluidos, así como la materia concerniente al trabajo nocturno de niños en los faros. En contra de la opinión del delegado inglés, ambos artículos, numerados originalmente como el cuarto y el quinto, fueron retirados²⁰. Tras lo cual, y salvedad hecha de las excepciones que seguidamente analizaremos, se fijaría en catorce años la edad mínima de los niños que trabajasen a bordo de los buques, noticia de la que se hizo eco la prensa del momento²¹.

4. Articulado del Convenio

El texto del Convenio consta de un preámbulo y doce artículos. Los cuatro primeros preceptos son quizás los que revisten un mayor interés, en cuanto delimitan la parte sustantiva de la norma, mientras que los siguientes – los cuales, *mutatis mutandis*, vemos reproducidos en otros convenios – se refieren a cuestiones de derecho procesal internacional atinentes a su proceso de ratificación, vigencia y revisión.

En virtud del art. 1, se fija el ámbito objetivo de aplicación de la norma según el concepto de “buque”, entendido como «todas las embarcaciones, buques o barcos, cualquiera que sea su clase, de propiedad pública o privada, que se dediquen a la navegación marítima». Nótese que estamos ante un convenio de tipo sectorial – de los denominados técnicos –

¹⁹ S. CANALS, *Mirando al mundo*, en *Vida Marítima*, 10 junio 1920, n. 661, p. 2.

²⁰ La edad mínima de pañoleros y fogoneros constituiría la materia del Convenio n. 15 de 1921.

²¹ *Vid. Child Labour at Sea*, en *Hampshire Telegraph*, 2 julio 1920, n. 3756, p. 6; *El Heraldo de Madrid*, 14 julio 1920, n. 10782; V., *op. cit.*

aplicable sólo al medio marítimo, cuyo fundamento último era la tesis, a la sazón imperante, de que no todo el trabajo infantil era perjudicial para los menores, sino sólo la desregulación en determinadas áreas. Cual veremos más adelante, ello marcará una notable diferencia con la postura abolicionista enarbolada por la OIT desde 1973. Cabe señalar, en cualquier caso, que la marina de guerra se excluyó de forma expresa del ámbito objetivo de este Convenio n.º 7.

A renglón seguido se determina el ámbito subjetivo de la norma, mediante el establecimiento en los catorce años de la edad mínima para la prestación de servicios a bordo de un buque. Tal límite, que encontramos en los convenios destinados a otros sectores dentro de esta primera época de la OIT, coincidía con la edad del término de la escolarización obligatoria en muchos países de Europa, lo que viene a poner de manifiesto la estrecha relación, a la que aludíamos más arriba, entre la redacción de los convenios de edad mínima y la preocupación de los gobiernos por asegurar, siquiera mínimamente, la educación básica de la población. Seguidamente, empero, se contemplan, en los arts. 2 y 3, dos importantes excepciones a esta regla. La primera de ellas se refiere a «aquellos buques en los que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia». En efecto, las empresas de carácter familiar estaban excluidas de casi todas estas primeras convenciones, en el entendido de que la vigilancia y cuidado de los padres hacían prácticamente inexistente el riesgo de explotación de sus hijos. Asimismo, se exceptuó del ámbito del Convenio el trabajo de tipo formativo, en lo que se denominaron «buques escuela», bajo el fundamento implícito de que el objeto de estas embarcaciones no era la explotación de los menores, sino su educación, y que, por ende, no constituyan un peligro para estos. No obstante, y a fin de evitar, bajo dicha fórmula desvirtuada, actividades de explotación infantil, se impuso la condición de que tales «buques escuela» debían pasar por la aprobación y control administrativo de la autoridad laboral competente.

A los mecanismos de control previstos para asegurar la efectividad del Convenio se refería también el art. 4, en el que se prescribía la obligación del responsable de la embarcación – «todo capitán o patrón» – de llevar un registro en el que constaran «todas las personas menores de dieciséis años empleadas a bordo» y en el que, por añadidura, habría de indicarse la fecha de su nacimiento.

El art. 5 versaba sobre el ámbito de aplicación geográfica del acuerdo y particularmente sobre la responsabilidad de aquellos países que lo ratificaran de velar por su implantación en sus respectivas colonias o posesiones o protectorados. Esta norma es aún deudora de un contexto

histórico – sobre todo para las potencias vencedoras de la Primera Guerra Mundial – regido por un imperialismo, ya tambaleante, y las relaciones de poder entre las diversas metrópolis y sus colonias. No obstante, se previó la eventualidad de que las “condiciones locales” de tales territorios hicieran inaplicable las disposiciones del Convenio; así como la posibilidad de adaptar la norma a dichas condiciones.

La comunicación de las ratificaciones es el objeto de los arts. 6, 7 y 5.2, a tenor de los cuales se ordenó que su registro habría de realizarse a través del Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, quien, a su vez, haría partícipe de dicha ratificación a todos los miembros de la Organización. La obligación de comunicación incluía la decisión que tomara la metrópolis respecto de sus territorios coloniales.

Los arts 8, 9 y 10 se referían a la vigencia del acuerdo, cuyo inicio venía establecido por su ratificación por parte de al menos dos miembros de la Organización. Lógicamente, la obligatoriedad de adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de sus disposiciones se circunscribía a aquellos países que, habiéndolo ratificado, así lo hubiesen comunicado a la Oficina Internacional del Trabajo, según lo preceptuado por el art. 6. De cualquier modo, todo miembro que hubiese ratificado el Convenio podría denunciarlo al cabo de diez años desde su entrada en vigor, lo que venía a establecer un plazo mínimo de vigencia, que, en todo caso, se prolongaría hasta un año después de la fecha en que se hubiese registrado la denuncia en la Oficina Internacional del Trabajo.

Finalmente, el art. 11 establecía el mecanismo de seguimiento y control periódico, en correspondencia con el art. 22 de la Constitución de la OIT²². En virtud de esta disposición, se preveía que el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentaría a la Conferencia General una memoria sobre la aplicación del Convenio. De este modo, y a partir del examen de las memorias presentadas por los estados miembros, se estudiaría la efectividad del acuerdo y las medidas adoptadas en ejecución de estos²³, así como la eventual conveniencia de proceder a una revisión de su articulado, lo que, en relación con este Convenio n. 7, ocurriría en 1936.

²² «Cada uno de los Miembros se obliga a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido. Estas memorias serán redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración y deberán contener los datos que éste solicite».

²³ Para profundizar en esta materia, *vid.* ILO, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. Report III (Part 1A)*, International Labour Conference, 105th Session, 2016.

5. Ratificaciones y trascendencia del Convenio

A finales de 1920 la prensa británica daba ya cuenta de la tramitación parlamentaria de una propuesta de ley, que incluiría en su ámbito la ratificación del Convenio n.º 7 sobre el trabajo infantil en los buques²⁴. De hecho, fue el Reino Unido el primer país que ratificó el Convenio el 14 julio 1921, hecho que tuvo su inmediato reflejo en diversos rotativos²⁵. Tras el Reino Unido, Suecia ratificó el Convenio el 27 septiembre 1921. Según lo preceptuado en los arts. 7 y 8, esta fecha determinaría, como hemos visto, la entrada en vigor del Convenio. Meses más tarde, a Gran Bretaña y Suecia les seguiría Rumanía, tercer país que se adhirió al Convenio el 8 de mayo de 1922²⁶.

Pronto se haría eco la prensa española de la importancia de la labor de la OIT, así como de la inminente ratificación por parte de España de alguno de sus convenios²⁷. En efecto, en 1924 España ratificaría, entre otros, el

²⁴ *The Scotsman*, 30 noviembre 1920, n.º 24183, p. 6.

²⁵ «It is interesting to note the measures taken by other countries with regard to the Washington Conventions [...]. The British Government have “ratified” a Convention adopted at the Genoa Conference last year, fixing fourteen as the minimum age for the employment of children at sea» (*The Washington Conventions*, en *The Woman's Leader and the Common Cause*, 22 julio 1921, n.º 25, p. 2).

²⁶ «El día 8 del próximo pasado mes de Mayo, ha sido registrada en la Secretaría General de la Sociedad de las Naciones, conforme al art. 406 de la Sección Xlll del Tratado de Versalles, la ratificación oficial por parte del Gobierno de Rumania del Convenio fijando la edad mínima de admisión de los niños en el trabajo marítimo, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Genova del 15 de Junio al 20 de Julio de 1920» (*Los niños en el trabajo marítimo*, en *El Eco Patronal*, 1 junio 1922, n.º 1, p. 3). Para la ratificación del Convenio por otros países, como Japón, *vid. Los Convenios internacionales del trabajo y el Japón*, en *El Sol*, 7 diciembre 1923, n.º 1974, p. 1.

²⁷ «diferentes Estados que todavía no han adoptado medida alguna legislativa, han reconocido la importancia de los principios que constituyen la base de los convenios y de las recomendaciones. [...] España andaba algo rezagada en la ratificación de los Convenios internacionales del trabajo, pues los últimos Gobiernos conservadores habían dejado abandonada esta trascendental labor. Afortunadamente, el Gobierno liberal ha creído necesario cambiar radicalmente de conducta en esta materia, y de una vez el ministro de Estado acaba de presentar al Congreso cinco proyectos de ley ratificando nada menos que catorce Convenios [...]. Otros cinco Convenios fueron adoptados en la segunda sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo reunida en Génova en 1920 y en la tercera sesión celebrada en Ginebra en 1921. Interesan todos a los marinos, y tratan de la fijación de la edad de admisión de los niños en el trabajo marítimo [...]. Esperamos ahora que el Parlamento aprobará pronto los proyectos de ley en cuestión, para que el Gobierno pueda comunicar luego a la Sociedad de Naciones la ratificación definitiva de tan importantes Convenios» (*España y la legislación internacional del trabajo*, en *El Sol*, 25 julio 1923, n.º 1859, p. 1). *Vid.* también *¿Qué es el Organismo Internacional del Trabajo?*, en *El Eco*

Convenio n. 7²⁸, hecho que fue reseñado y aplaudido por diarios como *El Sol*: «Los Convenios que han sido ratificados por el Gobierno español con motivo de la visita del director de la Oficina Internacional del Trabajo, Albert Thomas, han aparecido en la “Gaceta” del 13 de mayo – Real decreto de 29 de abril de 1924 –, y se refieren a los acuerdos adoptados en la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Génova (1920) y en Ginebra (1921). [...] En el primero de los mencionados Convenios se fija en catorce años la edad mínima de los niños para que puedan ser empleados a bordo, y se dictan reglas para el más exacto cumplimiento de esta disposición».

Al mismo tiempo, y en tono didáctico y apologético, se encomiaba la actividad de la OIT: «para que conozcan su orientación y el propósito que guía a la Oficina Internacional del Trabajo en su labor social. Al crearse este organismo, como consecuencia del Tratado de Versalles, las naciones signatarias de aquel pacto y las que después se adhirieron tuvieron el propósito de buscar soluciones armónicas a problemas sociales que envenenaban a la humanidad y amenazaban con encender la guerra civil entre los pueblos. La esperanza puesta en la Oficina de Ginebra por sus iniciadores y organizadores no ha sido defraudada; al contrario: aquel organismo ha cumplido y cumple su objetivo más allá de lo que en un principio se había pensado. [...] No hemos de encarecer nosotros ahora la importancia de los Convenios; bastará señalar que tienden a defender a las mujeres y a los niños de trabajos excesivos o prematuros, procurando de esta forma el fortalecimiento de las razas»²⁹.

Restaría discernir si tan brillantes expectativas dieron los frutos apetecidos. A la luz de los arts. 8-10, ha quedado claro que los convenios OIT son instrumentos de carácter vinculante que, tras su ratificación, obligan a los estados miembros a incorporarlos a su legislación nacional y, por ende, a aplicarlos al mercado de trabajo. Parafraseando la elocuente frase de Albert Thomas, podemos concluir que no están, pues, concebidos como «pomposos frontispicios sin trascendencia real» o «piadosas esperanzas», sino que su objeto es alcanzar la justicia social³⁰.

Patronal, 1 diciembre 1923, n. 37, pp. 6-7.

²⁸ Art. primero: «Queda autorizado el Gobierno para ratificar y registrar en la Secretaría de la Sociedad de Naciones los Siguientes proyectos de Convenio adoptados en la Conferencia general del Trabajo y en sus sesiones de Génova (1920) y Ginebra (1921): a) Fijando la edad mínima de admisión de los niños en el trabajo marítimo» (RD de 29 de abril de 1924, en *Gaceta de Madrid*, 13 mayo 1924, n. 134, pp. 787-788).

²⁹ *La ratificación de los convenios*, en *El Sol*, 28 mayo 1924, n. 2122, p. 1. En este mismo tono apologético, R. CLIFFORD, *What the ILO' Has Done*, en *Biggleswade Chronicle*, 22 junio 1923, n. 1650, p. 6.

³⁰ «N'est-elle qu'un frontispice pompeux et sans portée pratique à la partie “Travail” des

Pese a ello, la efectividad real de los convenios OIT es una cuestión, cuando menos, discutible. Y ello, no sólo porque las ratificaciones se dejen al arbitrio de los estados miembros, sino también porque, tras dicha ratificación, su falta de cumplimiento no lleva aparejadas sanciones. Súmense a ello otros inconvenientes, como las dificultades de su incorporación al derecho interno de cada país; el problema de imponer y controlar su aplicación real al mercado de trabajo; o el carácter limitado de los convenios sectoriales; y llegaremos a la consecuencia de que convenios como el n.º 7 tuvieron un impacto menor del apetecido. En este sentido, autores como B. Boockmann, han puesto en tela de juicio el efecto de la ratificación de estos convenios en la aplicación de sus disposiciones al trabajo infantil o en los niveles de escolarización³¹. Lo cual no es óbice para reconocer que las convenciones sobre trabajo infantil, superando la función de meros hitos de carácter vagamente programático, sí que han servido como modelo para la redacción de leyes laborales de distintos países³². Así, por ejemplo, y en lo que respecta a España, supusieron el paso de la ya citada Ley de 13 de marzo de 1900, la cual, bajo ciertos requisitos, permitía el trabajo de los niños mayores de 10 años (arts. 1 y 2), a la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, en virtud de cuyo art. 15.B, se elevó dicho límite a los 14 años, límite al que además se impuso, hasta los 18 años, el requisito de que los niños contaran con la correspondiente autorización para trabajar, ya fuera familiar, ya administrativa³³.

6. La revisión del Convenio de 1936

Quince años después de su adopción, el Convenio n.º 7 fue revisado y

“Traité de Paix? N'est-elle qu'une pieuse espérance? N'est-elle qu'un moyen de paraître rattacher au Pacte et à la Société des Nations une institution née d'autres sources? Ou bien exprime-t-elle une réalité» (A. THOMAS, *Justice social et paix universelle. Réflexions sur un texte*, *La Revue de Paris*, 15 marzo 1924, n.º 6, p. 242).

³¹ Vid. B. BOOCKMANN, *The Effect of ILO Minimum Age Conventions on Child Labour and School Attendance*, ZEW Research Paper, 2004, n.º 04-52; E.V. EDMONDS, M. SHRESTHA, *The impact of minimum age of employment regulation on child labor and schooling*, en *IZA Journal of Labor Policy*, 2012, vol. 1, n.º 1.

³² Vid. J.M. DILLER, D.A. LEVY, *Child Labor, Trade and Investment: Toward the Harmonization of International Law*, en *The American Journal of International Law*, 1997, vol. 91, n.º 4, pp. 663-696; H. VILLASMIL PRIETO, *Pasado y presente del Derecho Laboral Latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2015, n.º 21, pp. 203-228.

³³ Vid. *Gaceta de Madrid*, 22 noviembre 1931, n.º 326, pp. 1131 ss.

parcialmente modificado en virtud del Convenio n. 58, de 24 de octubre de 1936.

La principal novedad de esta revisión consistió en el aumento a quince años, en vez de catorce, de la edad mínima para la admisión de los niños en el trabajo marítimo. Esta alteración bien podría interpretarse no sólo como síntoma de una mayor sensibilización respecto al problema de la limitación de la edad mínima de acceso al mercado laboral, sino también como una adaptación a la situación de depresión económica y altas tasas de paro de los años treinta, momento en el que, careciendo muchos adultos de un puesto de trabajo, se veía negativamente que dicho empleo fuera ocupado por un niño.

Sin embargo, el § 2 del art. 2, contemplaba la posibilidad de que la autoridad competente, con base en la correspondiente normativa nacional, permitiera a los niños de catorce años trabajar en los buques, siempre que, por medio de certificado, se garantizase que el empleo era «conveniente para el niño», tras «haber considerado debidamente su salud y su estado físico, así como las ventajas futuras e inmediatas» que tal empleo pudiera proporcionarle.

Otras cuestiones de derecho sustantivo, como las excepciones al ámbito subjetivo – buques familiares (art. 2.1) y buques escuela (art. 3) –, el ámbito objetivo referido al concepto de “buque” (art. 1) o los mecanismos de control por parte del responsable de la embarcación a partir de la llevanza de un registro de los menores y sus edades (art. 4), permanecieron prácticamente invariables.

En función del art. 5, se hizo además depender la entrada en vigor de este Convenio de la adopción de otros dos, en los que se revisara la edad mínima en los trabajos industriales – en sustitución del n. 5 – y los trabajos no industriales – en sustitución del n. 32 –, revisiones que se llevarían a cabo en 1937, mediante los convenios n. 59 y n. 60 respectivamente. Finalmente, pues, habría que esperar al 11 de abril de 1939, ya en vísperas de la Segunda Guerra Mundial, para que entrara en vigor este Convenio n. 58.

Por lo demás, y de modo similar a la versión de 1920, se regulaban en el texto otras cuestiones, como el proceso de ratificación por parte de los estados miembros (arts. 6, 7 y 8), denuncia (art. 9) y ulterior control y revisión (arts. 10 y 11).

7. El Convenio sobre la edad mínima (n. 138)

En 1973 se aprobó el Convenio n. 138, que es el último convenio, hasta la

fecha, referido a la edad mínima de admisión al empleo. A diferencia de otros convenios precedentes, como el n.º 7, que estaban focalizados en áreas concretas, el nuevo Convenio abarca todos los sectores económicos y, según lo prescrito por su art. 10, fue concebido para reemplazar gradualmente a aquellos³⁴.

En lo atinente al tema que nos ocupa, en el § 1 de dicho precepto se afirma expresamente que el Convenio n.º 138 viene a modificar, entre otros, el Convenio n.º 7 sobre la edad mínima en el trabajo marítimo de 1920, así como su versión revisada de 1936 (n.º 58). Más aún, a tenor del art. 10.5.c, se entiende que la aceptación de las obligaciones del Convenio n.º 138 implicarán la denuncia del Convenio sobre edad mínima de 1920. Así las cosas, en la inmensa mayoría de los países, entre ellos España, el Convenio n.º 7 no está en vigor, por mor de la denuncia automática que ha supuesto la aceptación del Convenio n.º 138. De hecho, cuando está a punto de cumplirse el centenario de su adopción – recordemos que fue acordado en julio de 1920 –, el Convenio n.º 7 sólo mantiene su vigencia en el pequeño estado insular americano de Santa Lucía.

Además, este nuevo acuerdo, al que acompañó la Recomendación n.º 146, ha supuesto un avance notable en la medida en que a través de él se ha proclamado sin ambages la pretensión de la OIT de abolir el trabajo infantil, objetivo que no aparecía en los convenios anteriores. En efecto, si la meta de estos era limitar y regular el acceso al trabajo de los niños, la aspiración del Convenio n.º 138 se extiende a erradicar el trabajo infantil y asegurar que ningún niño acceda al mercado laboral hasta que termine la enseñanza obligatoria (art. 2.3).

8. Consideraciones finales

Junto a otros convenios sectoriales sobre la edad mínima de admisión al empleo acordados en el período de entreguerras, el Convenio n.º 7 sobre edad mínima en el trabajo en los buques atestigua la preocupación de la OIT por la lacra del trabajo infantil.

Desde su entrada en vigor, el 27 de septiembre de 1921, ha sido un referente legal internacional en la materia, cual patentiza su temprana ratificación por parte de países miembros con un peso significativo en el medio marítimo, como Reino Unido (1921), Dinamarca (1924), España (1924), Japón (1924), Holanda (1925) o Canadá (1926).

³⁴ Vid. D.M. SMOLIN, *Strategic Choices in the International Campaign against Child Labor*, en *Human Rights Quarterly*, 2000, vol. 22, n.º 4, pp. 942-987.

Si bien es cierto que características tales como la ratificación voluntaria o la falta de medidas coercitivas relativas a su incumplimiento podrían llevar a poner en tela de juicio la efectividad real de este y otros convenios de edad mínima, no lo es menos que contamos con pruebas que evidencian su condición de modelo para la redacción de diversas leyes nacionales, como lo es la española de 21 de noviembre de 1931, a cuyo mencionado art. 15 nos remitimos. A esta función ejemplarizante y, por ende, armonizadora de la normativa laboral internacional, habría que añadir, como otras de las virtudes de estos primeros convenios, su condición de precedente no sólo de otros convenios posteriores de mayor calado, de los llamados fundamentales, como el n. 138 o el n. 182, sino también de la Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 20 noviembre de 1989.

Recordar, en fin, la gestación, contenido y significado de estos convenios de edad mínima reviste una importancia especial cuando se cumple el centenario de la OIT. De una parte, y en concordancia con la visión abolicionista del Convenio n. 138, parece aceptado que el trabajo infantil resulta perjudicial para la salud física y mental de los niños, al tiempo que impide o dificulta su acceso a la educación. No obstante, asistimos también al surgimiento de posmodernos – y regresivos – sofismas, que, entendiendo el abolicionismo consagrado por el Convenio n. 138 como un producto de un etnocentrismo occidental de raigambre romántica, pretenden legitimar y justificar el trabajo infantil, so capa de hipotéticas medidas que, evitando la explotación, lo permitan en función de la edad, capacidad y necesidades del menor³⁵.

9. Bibliografía

¿Qué es el Organismo Internacional del Trabajo?, en *El Eco Patronal*, 1 diciembre 1923, n. 37, pp. 6-7

BHAT B.A., *Human rights perspective and legal framework of child labour with special reference to India*, en *International Journal of Sociology and Anthropology*, February, 2010, vol. 2, n. 2, pp. 19-22

BOOCKMANN B., *The Effect of ILO Minimum Age Conventions on Child Labour and School Attendance*, ZEW Research Paper, 2004, n. 04-52

³⁵ *Vid.* M.F.C. BOURDILLON, B. WHITE, W.E. MYERS, *Re-assessing minimum-age standards for children's work*, en *International Journal of Sociology and Social Policy*, 2009, vol. 29, n. 3-4, pp. 106-117; K. HANSON, A. VANDAELE, *Working children and international labour law: A critical analysis*, en *The International Journal of Children's Rights*, 2003, vol. 11, n. 1, pp. 73-146.

BOURDILLON M.F.C., WHITE B., MYERS W.E., *Re-assessing minimum-age standards for children's work*, en *International Journal of Sociology and Social Policy*, 2009, vol. 29, n. 3-4, pp. 106-117

CANALS S., *Mirando al mundo*, en *Vida Marítima*, 10 junio 1920, n. 661, pp. 1-2

Child Labour at Sea, en *Hampshire Telegraph*, 2 julio 1920, n. 3756, pp. 6-6

CLIFFORD R., *What the ILO' Has Done*, en *Biggleswade Chronicle*, 22 junio 1923, n. 1650, pp. 6-6

DILLER J.M., LEVY D.A., *Child Labor, Trade and Investment: Toward the Harmonization of International Law*, en *The American Journal of International Law*, 1997, vol. 91, n. 4, pp. 663-696

EDMONDS E.V., SHRESTHA M., *The impact of minimum age of employment regulation on child labor and schooling*, en *IZA Journal of Labor Policy*, 2012, vol. 1, n. 1, pp. 1-28

Eight Hours for Seamen, en *Justice*, 8 julio 1920, n. 1904, pp. 2-2

España y la legislación internacional del trabajo, en *El Sol*, 25 julio 1923, n. 1859, pp. 1-1

GOLDSTEIN H., *Child labor in America's History*, en *Journal of Clinical Child Psychology*, 1976, vol. 5, n. 3, pp. 47-50

HANSON K., VANDAELE A., *Working children and international labour law: A critical analysis*, en *The International Journal of Children's Rights*, 2003, vol. 11, n. 1, pp. 73-146

ILO, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. Report III (Part 1A)*, International Labour Conference, 105th Session, 2016

INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES, *Organismo permanente para la legislación internacional del trabajo (Datos y antecedentes sobre las deliberaciones de la Conferencia de la paz y la Conferencia internacional de Washington, octubre 1919)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 1^a Reunión, 1919

La ratificación de los convenios, en *El Sol*, 28 mayo 1924, n. 2122, pp. 1-1

LEITÃO A.R., *La Organización Internacional del Trabajo (OIT). Casi un siglo de historia en diferentes contextos históricos*”, en *Laboreal*, 2016, vol. XII, n. 1, pp. 103-111

Los Convenios internacionales del trabajo y el Japón, en *El Sol*, 7 diciembre 1923, n. 1974, pp. 1-1

Los niños en el trabajo marítimo, en *El Eco Patronal*, 1 junio 1922, n. 1, pp. 3-3

MARTÍNEZ PEÑAS L., *Los inicios de la legislación laboral española. La Ley Benot*, en *Revista Aequitas*, 2011, n. 1, pp. 25-70

MOEHLING C.M., *State Child Labor Laws and the Decline of Child Labor*, en *Explorations in Economic History*, 1999, vol. 36, n. 1, pp. 72-106

MUÑOZ ABELEDO L., *El trabajo infantil en la pesca e industrias de transformación del pescado en España, 1850-1936*, DT-AEHE, 2014, n. 1407

NELKEN M., *El deber de asociación*, en *La Libertad*, 22 julio 1920, n. 197, pp. 5-6

PEIRÓ M.L., RAUSKY M.E., *Los organismos internacionales frente al trabajo infantil y juvenil. Aportes para un análisis de sus discursos y propuestas*, en *Cuestiones de Sociología*, 2009, n. 5-6, pp. 313-338

SMOLIN D.M., *Strategic Choices in the International Campaign against Child Labor*, en *Human Rights Quarterly*, 2000, vol. 22, n. 4, pp. 942-987

The Washington Conventions, en *The Woman's Leader and the Common Cause*, 22 julio 1921, n. 25

THOMAS A., *Justice social et paix universelle. Réflexions sur un texte*, *La Revue de Paris*, 15 marzo 1924, n. 6, pp. 241-265

THOMPSON E.P., *Making of the English Working Class*, Pantheon Books, 1963

TIANA FERRER A., *Educación obligatoria, asistencia escolar y trabajo infantil en España en el primer tercio del siglo XX*, en *Historia de la Educación*, 1987, n. 6, pp. 43-60

TUTTLE C., *History Repeats Itself: Child Labor in Latin America*, en *Employee Responsibilities and Rights Journal*, 2006, vol. 18, n. 2, pp.143-154

V., *La conferencia marítima de Génova (un grave riesgo)*, en *Mercurio*, 29 julio 1920, n. 364, pp. 5-6

VILLASMIL PRIETO H., *Pasado y presente del Derecho Laboral Latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2015, n. 21, pp. 203-228

Publicaciones periódicas

El Heraldo de Madrid, 14 julio 1920, n. 10782

La Acción, 25 junio 1920, n. 1548

The Scotsman, 30 noviembre 1920, n. 24183

Textos legales

Ley de Contrato de Trabajo, de 21 de noviembre de 1931, en *Gaceta de Madrid*, 22 noviembre 1931, n. 326

Ley de 13 de marzo de 1900, en *Gaceta de Madrid*, 14 marzo 1900, n. 73

Ley de 24 de julio de 1873, en *Gaceta de Madrid*, 28 julio 1873, n. 209

Ley de Instrucción pública, de 9 de septiembre de 1857, en *Gaceta de Madrid*, 10 septiembre 1857, n. 1710

RD de 29 de abril de 1924, en *Gaceta de Madrid*, 13 mayo 1924, n. 134

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la edad mínima (agricultura) 1921 (núm. 10)

Pelayo JARDÓN PARDO DE SANTAYANA*

RESUMEN: El Convenio n. 10 sobre edad mínima en la agricultura fue pactado en la 3^a conferencia de la OIT, celebrada en Ginebra entre octubre y noviembre de 1921. Junto a otros convenios sectoriales sobre la edad mínima de admisión al empleo, es testimonio de la labor de la OIT en el período de entreguerras por regular y limitar los abusos en el trabajo infantil. En virtud de su articulado, se fijó en catorce años la edad mínima para el empleo de los niños en la agricultura durante las horas de enseñanza escolar obligatoria. Como otros convenios, desde su entrada en vigor, el 31 de agosto de 1923, ha servido de referente legal internacional en la materia. Actualmente, en la inmensa mayoría de los países, entre ellos España, el Convenio n. 10 no está en vigor, a causa de la denuncia automática que ha supuesto la aceptación del Convenio n. 138, que ha venido a sustituirlo.

Palabras clave: OIT, trabajo infantil, edad mínima de admisión al empleo, agricultura.

SUMARIO: 1. El trabajo infantil en la agricultura a comienzos del siglo XX. 2. La conferencia de Ginebra de 1921. 3. Articulado del Convenio. 4. Ratificaciones y trascendencia del Convenio. 5. El Convenio n. 138 sobre la edad mínima. 6. Consideraciones finales. 7. Bibliografía.

* Profesor de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

Minimum Age (Agriculture) Convention 1921 (No. 10)

ABSTRACT: The Convention fixing the minimum age for admission of children to employment at agriculture was adopted during the 3rd ILC session, held at Geneva in October and November 1921. Among other conventions fixing the minimum age for admission to employment, is a testimony of the efforts of the ILO to regulate and limit the child labour between the two world wars. Under this rule, children under the age of fourteen years should not be employed in any agricultural undertaking, save outside the hours fixed for school attendance. From its entry into force, on 31 August 1923, has led the way as an international legal reference on this issue. Nowadays, for the vast majority of the countries, this Convention is not into force, due to its automatic denunciation by Convention No. 138.

Key Words: ILO, child labour, minimum age for admission to employment, agriculture.

1. El trabajo infantil en la agricultura a comienzos del siglo XX

Los niños han trabajado en la agricultura desde la Antigüedad. En las sociedades preindustriales y también durante la primera y la segunda revolución industrial, este fue el sector más importante de empleo infantil. Todavía a comienzos del siglo XX, la mayoría de los niños trabajadores en Norteamérica estaban empleados en labores agrícolas, por lo común en granjas familiares, donde su contribución era a menudo imprescindible¹. De ahí que, en referencia a esta realidad, se afirmara que el trabajo infantil en el medio rural estaba prácticamente generalizado². Algo parecido sucedía en España, en cuyas zonas rurales era habitual que los niños ayudaran a sus padres en las faenas del campo tan pronto como sus fuerzas se lo permitían³.

Esta situación estaba cimentada en un agrarismo tradicionalista que ponderaba para los niños las ventajas de la vida y el trabajo en contacto con la naturaleza, su carácter saludable y virtuoso, tanto para el cuerpo, como para el espíritu. Sirva como botón de muestra la Children's Aid Society, que se organizó a mediados del siglo XIX para reubicar a niños huérfanos en granjas del oeste y el medio oeste de los Estados Unidos, a fin de que, alejados de los vicios y peligros de la gran ciudad, crecieran disfrutando de los beneficios del aire libre y la vida rural⁴. Este agrarismo se basaba en la premisa de que el trabajo de los niños en el campo era sencillo, benigno y seguro. Además, se daba por sentado que los niños laboraban en pequeñas granjas, con sus padres o para sus vecinos, y que, tanto estos como aquellos jamás los explotaban; antes al contrario, les enseñaban y protegían. Por todo ello, el trabajo infantil agrícola no constituyó hasta comienzos del siglo XX un tema controvertido, como sí lo era, desde décadas atrás, el empleo de niños en la industria o en la minería⁵. Empero, el debate surgió cuando, a despecho de ese idealismo agrario, algunas voces reformistas como Nettie P. McGill pusieron en tela de juicio la salubridad de tales faenas en las granjas y criticaron que dificultaran que los niños asistieran a la escuela y dispusieran del suficiente

¹ Vid. H. GOLDSTEIN, *Child labor in America's History*, en *Journal of Clinical Child Psychology*, 1976, vol. 5, n. 3, pp. 47-50.

² «Child labour in rural districts is more or less universal» (*Child Labour in the States*, en *The Woman's Leader and the Common Cause*, 22 julio 1921, n. 25, p. 2).

³ Vid. A. TIANA FERRER, *Educación obligatoria, asistencia escolar y trabajo infantil en España en el primer tercio del siglo XX*, en *Historia de la Educación*, 1987, n. 6, pp. 43-60.

⁴ Vid. A.B.W. EFLAND, *Agrarianism and Child Labor Policy for Agriculture*, en *Agricultural History*, 2005, vol. 79, n. 3, pp. 281-297.

⁵ Vid. B. GRATTON, J. MOEN, *Immigration, Culture, and Child Labor in the United States, 1880-1920*, en *The Journal of Interdisciplinary History*, 2004, vol. 34, n. 3, pp. 355-391.

tiempo de ocio⁶.

Ya por aquel entonces, las principales potencias habían dictado leyes a fin de que el trabajo infantil no impidiera la instrucción básica de los niños. La promulgación de estas normas se remonta en algunos casos a las primeras décadas del siglo XIX, como una ley de Connecticut de 1813, que obligaba a los propietarios de fábricas a facilitar a sus trabajadores infantiles lecciones de lectura, escritura y matemáticas, si bien no fijaba una edad mínima de acceso el trabajo⁷. Sin embargo, habría que esperar al comienzo del siglo XX para que se consolidaran los avances legislativos en esta materia, especialmente en las naciones desarrolladas, como Gran Bretaña, Francia y Alemania⁸.

En lo que se refiere a España, cabría citar, como hitos legislativos, la Ley de Instrucción Pública o Ley Moyano, que estableció la obligatoriedad de la enseñanza para todos los niños de edades comprendidas entre seis y nueve años⁹, y la Ley de 24 de julio de 1873, más conocida como Ley Benot, primera norma que reguló el trabajo infantil y que, cubriendo un vacío legal en la materia, abordó cuestiones como la edad mínima, la limitación de la jornada laboral y la instrucción obligatoria¹⁰. Pese a su significación histórica, la Ley Benot no pasó de ser una mera declaración de intenciones, debido a los inconvenientes que surgieron en su aplicación. Posteriormente se promulgaría en España la Ley de 13 de marzo de 1900, que fijó la edad mínima para acceder al trabajo en diez años, prohibición que afectaba a toda clase de empleos, con independencia de sus características¹¹.

⁶ *Vid.* A.B.W. EFFLAND, *op. cit.*

⁷ *Vid.* H. GOLDSTEIN, *op. cit.*

⁸ *Vid.* C.M. MOEHLING, *State Child Labor Laws and the Decline of Child Labor*, en *Explorations in Economic History*, 1999, vol. 36, n. 1, pp. 72-106.

⁹ Ley de Instrucción pública, de 9 de septiembre de 1857, en *Gaceta de Madrid*, 10 septiembre 1857, n. 1710. Véase también, en lo atinente a la ampliación del límite superior de la edad escolar, el RD de 26 de octubre de 1901 y la Ley de 23 de junio de 1909 (*vid.* A. TIANA FERRER, *op. cit.*).

¹⁰ *Gaceta de Madrid*, 28 julio 1873, n. 209, p. 1193. *Vid.* L. MARTÍNEZ PEÑAS, *Los inicios de la legislación laboral española. La Ley Benot*, en *Revista Aequitas*, 2011, n. 1, pp. 25-70.

¹¹ Art. primero: «Los menores de ambos性 que no hayan cumplido diez años no serán admitidos en ninguna clase de trabajo» (*Gaceta de Madrid*, 14 marzo 1900, n. 73, p. 875). Nótese que la prohibición afectaba a toda clase de empleos, con independencia de sus características.

2. La conferencia de Ginebra de 1921

La OIT se fundó tras el final de la Primera Guerra Mundial, en el seno de la conferencia de Paz de París de 1919. El texto constitucional del nuevo organismo, concebido en su origen como una suerte de extensión de la Sociedad de Naciones, se incluyó en la parte XIII del Tratado de Versalles. Entre los propósitos de la Organización se destacaron la paz universal y la justicia social, para cuya consecución se impuso la tarea urgente de mejorar las inicuas condiciones laborales que a la sazón se imponían a millones de trabajadores¹².

La protección de los niños, la reforma de sus condiciones labores y el derecho a la educación formaban también parte de este ambicioso programa, como prescribía el art. 427.6 del Tratado, en el que se estableció como meta «la supresión del trabajo de los niños y la obligación de introducir en el trabajo de los jóvenes de ambos sexos las limitaciones necesarias para permitirles continuar su educación y asegurar su desarrollo físico»¹³.

Ya en las dos primeras conferencias de la OIT de Washington (1919) y Génova (1920), se aprobaron sendos convenios sobre trabajo infantil: el relativo a la industria (n. 5) y el concerniente a los buques (n. 7). En ambos, y a salvo de ciertas excepciones, se fijó la edad mínima para el acceso al empleo en los catorce años, edad que coincidía con el fin de la escolarización obligatoria en muchos países de Europa.

El año siguiente la OIT focalizó su atención en los trabajos agrícolas. Esta tercera conferencia de la OIT se celebró en Ginebra entre octubre y noviembre de 1921 y en su agenda se incluyó, junto a otras materias, el debate acerca del empleo de los niños en la agricultura. Esta cuestión suscitó gran interés para diferentes colectivos comprometidos con los derechos de la infancia, como lo era el movimiento feminista, cuyas líderes subrayaron la importancia del convenio en cierne¹⁴. Permítasenos

¹² «Whereas the League of Nations has for its object the establishment of universal peace, and such a peace can be established, only if it is based upon social justice; And whereas conditions of labour exist involving such injustice, hardship and privation to large numbers of people as to produce unrest so great that the peace and harmony of the world are imperilled; and an improvement of those conditions is urgently required» (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *The Labour Provisions of the Peace Treaties*, 1920, p. 1).

¹³ «The abolition of child labour and the imposition of such limitations on the labour of young persons as shall permit the continuation of their education and assure their proper physical development» (*Ibidem*, p. 14).

¹⁴ «Among the subjects of particular interest to women are the protection of women and children in agriculture» (*Women and World Problems*, en *Western Mail*, 20 octubre 1921, n. 16348, p. 4). En el mismo sentido, *The Woman's Leader and the Common Cause*, 28 octubre

recordar, en efecto, que la protección a la infancia fue considerada, por su estrecha relación con la función maternal de la mujer, uno de los principales cometidos sociales y políticos del movimiento feminista. Así, quienes reivindicaban la participación política de la mujer, entendían que esta se proyectaría sobre cuestiones especialmente femeninas y, entre ellas, la protección de la infancia en sus diversos ámbitos, como su protección social¹⁵.

Muchos periódicos dieron cuenta a sus lectores de la mecánica previa a la celebración del congreso y, especialmente, de cómo los términos del debate se habían fijado a partir de los informes elaborados por los delegados asistentes al congreso, informes que a su vez se basaban en unos cuestionarios cumplimentados por los respectivos gobiernos nacionales¹⁶. Otros rotativos fueron más allá y comentaron los reparos iniciales que surgieron en torno a la pretensión de algunas delegaciones de aplicar a la agricultura una norma limitativa del mismo tenor del citado Convenio n.º 5 de edad mínima en la industria, adoptado en Washington en 1919. Estas reticencias obedecían al hecho de que, en la mayoría de los ordenamientos, el estatus legal de los trabajadores agrícolas era muy diferente al de los industriales. Asimismo, se sacó a relucir el tan traído y llevado tópico sobre las virtudes del trabajo campestre para los niños: «La próxima Conferencia Internacional del Trabajo tendrá que discutir el empleo de los niños en la agricultura. De los 16 gobiernos que respondieron a los cuestionarios que les envió la Oficina Central del Trabajo de Génova, sólo cuatro están a favor de aplicar a la agricultura el Convenio de Washington sobre edad mínima por debajo de la cual no se deberá emplear a los niños en la industria. Las respuestas de la mayoría indican una opinión general de que el trabajo infantil en la agricultura no

1921, n.º 39, p. 2.

¹⁵ P. JARDÓN PARDO DE SANTAYANA, *Margarita Nelken: del feminismo a la revolución*, Sanz y Torres, 2013, p. 263.

¹⁶ «In preparation for the forthcoming third conference of the International Labour Organisation, established as part of the League of Nations, a series of reports dealing with the various industrial problems which the conference is to consider have been supplied to all the delegates by the International Labour Office in order that when the conference assembles in Geneva on 25 October the may be in possession of a full survey of each problem with which they are to deal. The reports are based on replies received from Governments to a series of questions addressed to them some time ago, ante the questions they cover are [...] the minimum age for child labour in agriculture» (*Questions to Come Before World Conference at Geneva*, en *Nottingham Journal*, 11 octubre 1921, n.º 29916, p. 3). En la misma línea, *League Labour Organisation's Far Reaching Suggestions*, en *Sheffield Daily Telegraph*, 11 octubre 1921, n.º 20667, p. 7; *The Third International Labour Conference*, en *Gloucester Journal*, 22 octubre 1921, n.º 10386, p. 4.

puede ser limitado tan drásticamente como en otras industrias, y que el trabajo en las granjas es normalmente saludable para los niños. La mayoría de los gobiernos considera que el mejor medio de proteger a los niños en la agricultura es la aplicación de las leyes sobre educación»¹⁷.

Por esto, a diferencia de las dos anteriores conferencias no se discutiría finalmente sobre el trabajo infantil en la agricultura *lato sensu*, sino que se restringió el alcance del debate a que dicho trabajo se realizara «durante las horas de enseñanza obligatoria»¹⁸. Este cambio de matiz, cuyo fundamento previo era, cual hemos apuntado, la concepción del trabajo agrícola como no perjudicial o incluso beneficioso para los niños, revestiría una gran trascendencia práctica en la redacción final del Convenio.

Finalmente, y pese a las objeciones del gobierno francés¹⁹, la OIT adoptó tres convenciones que versaban sobre diferentes aspectos de los derechos de los trabajadores en la agricultura: el derecho de asociación (n. 11), la compensación a los trabajadores por accidentes laborales (n. 12) y la edad mínima, en el n. 10, objeto del presente artículo, que fue firmada el 16 de noviembre de 1921.

3. Articulado del Convenio

El texto del Convenio consta de un preámbulo y once artículos. Los tres primeros preceptos son quizás los que revisten, por su singularidad, un mayor interés, en cuanto delimitan la parte sustantiva de la norma, mientras que los siguientes – los cuales, *mutatis mutandis*, vemos reproducidos en otros convenios – se refieren a cuestiones de derecho procesal internacional atinentes a su proceso de ratificación, vigencia y

¹⁷ «The forthcoming International Labour Conference will have to discuss the employment of children in agriculture. Out of 16 Governments that replied to the queries sent to them from the Central Labour Office in Geneva only four are in favour of applying to agriculture the Washington Convention providing a minimum age below which children must not be employed in industry. The replies of the majority indicated a general feeling that child labour in agriculture cannot be restricted as drastically as in other industries, and that work on farms is normally healthy for children. Most Governments consider that the best means of protecting the child in agriculture is by enforcement of the educational laws» (*Child Labour on Farms*, en *Sheffield Daily Telegraph*, 18 octubre 1921, n. 20673, p. 4).

¹⁸ Véase el *Preámbulo* del Convenio n. 10: «cuestión que está comprendida en el tercer punto del orden del día de la reunión».

¹⁹ J.R. BELLACE, *The ILO and the right to strike*, en *International Labour Review*, 2014, vol. 153, n. 1, pp. 29-70.

revisión.

Comienza el art. 1 por determinar el ámbito subjetivo de la norma, que será aplicable a los «niños menores de catorce años». A continuación, se define el ámbito objetivo de aplicación, que comprende «las empresas agrícolas, públicas o privadas, o en sus dependencias». Nótese que, hasta aquí, la letra de la norma resultaría similar a la de otros convenios de edad mínima de los primeros años de la OIT: se fija un ámbito objetivo propio de los de los convenios sectoriales – en este caso, la agricultura – e idéntico ámbito subjetivo, los niños menores de catorce años.

Sin embargo, dentro de la misma oración, se añade una coletilla que, pese a su aparente nimiedad, cambia el sentido de la norma respecto a otras similares: «excepto fuera de las horas señaladas para la enseñanza escolar». Y a renglón seguido se añade que «si los niños trabajasen fuera de las horas señaladas para la enseñanza escolar», su trabajo «deberá ser de tal naturaleza que no perjudique la asiduidad de aquéllos a la escuela». Ergo, a tenor de este Convenio, se permitía el trabajo de niños menores de catorce años en la agricultura, siempre que se cumplieran dos requisitos. Primero: que dicho trabajo no coincidiese con las horas de asistencia a la escuela. Y segundo: que ese trabajo no fuera, por sus exigencias, gravoso hasta el punto de que terminase por limitar o impedir la asistencia del menor a la escuela.

Además, el art. 2, en un nuevo alarde de flexibilidad y so capa de propiciar la «formación profesional práctica», contemplaba la posibilidad de que los períodos y horarios de enseñanza se regularan de modo que se posibilitara el empleo de niños «en trabajos agrícolas ligeros y, en particular, en trabajos ligeros de recolección». Esta categoría de “trabajo ligero”, que pretendía asociarse a las labores propias de la cosecha, daba un nuevo margen para el empleo de menores de catorce años, siempre, eso sí, que la duración del curso escolar no fuera inferior a ocho meses.

Advertimos, pues, que tanto esta como otras convenciones de edad mínima, son testimonio del interés de los delegados de la OIT por asegurar, siquiera mínimamente, la educación básica de la población. En este sentido, se hacía coincidir el término de la escolarización obligatoria con la edad mínima de admisión al empleo: esta se fijaba en los catorce años, justo cuando aquella terminaba. Sin embargo, si en otros sectores, como el trabajo marítimo, se entendía que escuela y trabajo eran incompatibles *per se*, no resultaba así en la agricultura, donde se consideraba que el menor de catorce años podía conciliar sus obligaciones escolares con el trabajo, siempre que éste tuviera lugar fuera del calendario lectivo – por lo demás flexiblemente establecido – y no fuese de tal intensidad que perjudicase la asiduidad y rendimiento escolar del menor.

Salvando estos generosos límites, no se establecía, en puridad, una edad mínima para el desempeño de faenas agrícolas. La causa de esta excepcionalidad no es otra que la especial consideración de la que aún gozaba a comienzos del siglo XX el trabajo agrícola en comparación con otras actividades u oficios. En Norteamérica y en los países europeos más desarrollados, existía todavía un gran número de niños del medio rural que se dedicaban a faenas agrícolas. Por ello, y porque se entendía que el trabajo agrícola era una actividad saludable para el niño, resultaba impensable e ilusorio acotarlo del modo en que se estaba limitando el empleo infantil en otros sectores.

Además, por medio del art. 3, se excluyó del ámbito del Convenio el trabajo en las denominadas “escuelas técnicas”. Así se había acordado, de modo parecido, para los “buques escuela” en el Convenio n.º 7 del año anterior. Tanto en uno como en otro caso se trataba de excepciones implícitamente fundamentadas en que su objeto era de tipo formativo. Concebidas como vías paralelas y sustitutivas de la escuela, no se consideraba que estas excepciones fueran en detrimento de la educación de los niños. Sin embargo, y a fin de evitar, bajo la desvirtuación de esta fórmula, actividades de explotación infantil, se impuso la condición de que tales “escuelas técnicas” habrían de pasar por la criba aprobatoria y control administrativo de la autoridad competente.

La comunicación de las ratificaciones es el objeto de los arts. 4 y 6, en virtud de los cuales se ordenó que su registro habría de realizarse a través del Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, quien, a su vez, haría partícipe de dicha ratificación a todos los miembros de la Organización. Por la remisión del art. 8 del Convenio al art. 35 de la Constitución de la OIT (*vid. infra*), esta obligación de comunicación incluía la decisión que tomara la metrópolis con respecto a sus territorios coloniales.

El art. 5 se refiere a la vigencia del acuerdo, cuyo inicio venía establecido por su ratificación por parte de al menos dos miembros de la Organización. Lógicamente, la obligatoriedad de adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de sus disposiciones se circunscribía a aquellos países que, habiéndolo ratificado, así lo hubiesen comunicado a la Oficina Internacional del Trabajo, según lo preceptuado en el art. 4. De cualquier modo, según el art. 9, todo miembro que hubiese ratificado el Convenio podría denunciarlo al cabo de diez años desde su entrada en vigor, lo que venía a establecer un plazo mínimo de vigencia, que, en todo caso, se prolongaría hasta un año después de la fecha en que se hubiese registrado tal denuncia en la Oficina Internacional del Trabajo.

Según el art. 7, los estados miembros que ratificaran el Convenio se

obligaban a tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de sus disposiciones. Además, a tenor del art. 8, tales estados se obligaban también a aplicarlo en sus colonias, posesiones y protectorados, de acuerdo con las disposiciones del art. 35 de la Constitución de la OIT, que venía a corresponderse con el art. 421 del Tratado de Versalles de 1919. Esta norma es aún deudora de un contexto histórico – sobre todo para las potencias vencedoras de la Primera Guerra Mundial – regido por un imperialismo, ya decadente, y las relaciones de poder entre las diversas metrópolis y sus colonias. No obstante, se previó la eventualidad de que las “condiciones locales” de tales territorios hicieran inaplicable las disposiciones del Convenio; así como la posibilidad de adaptar la norma a dichas condiciones²⁰.

Finalmente, el art. 10 establecía un mecanismo de seguimiento y control periódico, en correspondencia con el art. 22 de la Constitución de la OIT²¹. En virtud de esta disposición, se preveía que el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentaría a la Conferencia General una memoria sobre la aplicación del Convenio. De este modo, y a partir del examen de las memorias presentadas por los estados miembros, se estudiaría la efectividad del acuerdo y las medidas adoptadas en ejecución de estos, así como la eventual conveniencia de proceder a una revisión de su articulado.

4. Ratificaciones y trascendencia del Convenio

Apenas había transcurrido un año desde su adopción, cuando Estonia ratificó el Convenio n.º 10 el 8 de septiembre de 1922. Tras Estonia, el segundo país en ratificarlo fue Checoslovaquia, el 31 de agosto de 1923²².

²⁰ Treaty of Versailles (1919). Art. 421: «The Members engage to apply conventions which they have ratified in accordance with the provisions of this Part of the present Treaty to their colonies, protectorates and possessions which are not fully self-governing: (1) Except where owing to the local conditions the convention is inapplicable, or (2) Subject to such modifications as may be necessary to adapt the convention to local conditions. And each of the Members shall notify to the International Labour Office the action taken in respect of each of its colonies, protectorates and possessions which are not fully self-governing» (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *op. cit.*, p. 11).

²¹ Art. 408: «Each of the Members agrees to make an annual report to the International Labour Office on the measures which it has taken to give effect to the provisions of conventions to which it is a party. These reports shall be made in such form and shall contain such particulars as the Governing Body may request. The Director shall lay a summary of these reports before the next meeting of the Conference» (*Ibidem*, p. 8).

²² *Vid.* INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Official Bulletin*, 1923, vol. VIII, p. 172.

Según lo previsto en el art. 5, esta fecha determinaría su entrada en vigor. Otros países que se adhirieron tempranamente al Convenio fueron Suecia y Japón, el 27 de noviembre y el 19 de diciembre de ese mismo año, respectivamente. La prensa fue informando cumplidamente de estas nuevas adhesiones²³, lo que no fue óbice para que también señalara los defectos de sus disposiciones. Así, por ejemplo, *Justice*, el periódico semanal de la Social Democratic Federation, criticó que se hubiese restringido su alcance a las horas dedicadas a la escuela y advirtió del riesgo que suponía sobrecargar a los niños con labores extraescolares agrarias²⁴.

Más de diez años después de su adopción, España ratificó el Convenio en cumplimiento de la Ley de 8 de abril de 1932, cuyo único artículo disponía: «Se ratifica el Convenio relativo a edad mínima de admisión de los niños al trabajo de la Agricultura, adoptado en la sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra el año 1921, y se autoriza al Gobierno para que registre esta ratificación en la Secretaría de la Sociedad de las Naciones, de acuerdo con lo que dispone la Constitución. Por tanto: Mando a todos los ciudadanos que coadyuven al cumplimiento de esta Ley, así como a todos los Tribunales y Autoridades que la hagan cumplir»²⁵.

Para aquel entonces ya había sido promulgada la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, a tenor de cuyo art. 15.b, se había elevado la edad mínima de trabajo a los 14 años, límite al que además se impuso, hasta los 18 años, el requisito de que los niños contaran con la correspondiente autorización para trabajar, ya fuera familiar, ya administrativa²⁶. En cualquier caso, esta ratificación del Convenio n.º 10, que oficialmente tendría lugar el 29 de agosto de 1932, fue celebrada por algunos diarios, que también ensalzaron el compromiso de la República con la labor desempeñada por la OIT: «Por lo que se refiere a su actuación como miembro de la Organización Internacional del Trabajo, el Gobierno de la República, que, por boca del señor Largo Caballero, dio ante la XV Conferencia la garantía absoluta de la continuidad de la

²³ *Vid. The International Labour Agreements. Progress of Ratification*, en *Yorkshire Post and Leeds Intelligencer*, 21 febrero 1924, p. 5.

²⁴ «Last year Japan ratified the Convention regarding the minimum age for the employment of children in agriculture, the main provision of which prohibits the employment of children under fourteen in agriculture work, save outside the hours fixed for school attendance» (*Progress in International Labour Legislation, Justice*, 15 enero 1925, p. 2).

²⁵ *Gaceta de Madrid*, 14 abril 1932, n.º 105, p. 334.

²⁶ *Vid. Gaceta de Madrid*, 22 noviembre 1931, n.º 326, pp. 1131 ss.

entusiástica adhesión española a aquella institución, ha cumplido ampliamente su palabra mediante la ratificación [...] de los acuerdos internacionales relativos a los asuntos siguientes: trabajo nocturno de mujeres y niños, edad mínima de admisión en la industria y en la agricultura»²⁷.

Más allá de estas halagüeñas perspectivas, se impone la necesidad de reflexionar acerca de cuál fue en verdad la trascendencia a nivel internacional de la norma. Teniendo en cuenta el carácter voluntario de las ratificaciones, resulta obligado recordar que países como Francia o Reino Unido no ratificarían el Convenio hasta 1951 y 1963 respectivamente y que grandes potencias agrarias, como Estados Unidos o Canadá jamás llegarían a adherirse a él. A ello habría que sumar la falta de sanciones derivadas de su incumplimiento, o las dificultades que pudo conllevar su incorporación legislativa y efectiva aplicación en los estados miembros. Partiendo de estos considerandos, especialistas como Boockmann han cuestionado la repercusión que los convenios de edad mínima tuvieron en variables como la contratación de niños o los niveles de escolarización²⁸. Pese a ello, es de justicia reconocer el papel que estas primeras normas internacionales desempeñaron como puntas de lanza de la protección de los derechos de la infancia.

5. El Convenio n. 138 sobre la edad mínima

El Convenio de edad mínima de admisión al empleo, n. 138 fue aprobado en la quincuagésimo octava conferencia de la OIT, celebrada en Ginebra en 1973. A diferencia del Convenio n. 10, que estaba focalizado en la agricultura, el nuevo Convenio, llamado a sustituir a los anteriores acuerdos sectoriales de edad mínima, abarca todos los sectores económicos²⁹. Según el § 1 de su art. 10, el Convenio n. 138 viene a reemplazar, entre otros, al Convenio n. 10 sobre la edad mínima en el trabajo en la agricultura de 1921. Concretamente, a tenor del art. 10.5.b, se entiende que la aceptación de las obligaciones del Convenio n. 138

²⁷ *El haber de la República en Ginebra*, en *Luz*, 7 diciembre 1932, n. 288, p. 3. Véase también *El Ideal del Magisterio*, 2 mayo 1932, n. 311, p. 4.

²⁸ *Vid.* B. BOOCKMANN, *The Effect of ILO Minimum Age Conventions on Child Labour and School Attendance*, ZEW Research Paper, 2004, n. 04-52; E.V. EDMONDS, M. SHRESTHA, *The impact of minimum age of employment regulation on child labor and schooling*, en *IZA Journal of Labor Policy*, 2012, vol. 1, n. 1.

²⁹ *Vid.* D.M. SMOLIN, *Strategic Choices in the International Campaign against Child Labor*, en *Human Rights Quarterly*, 2000, vol. 22, n. 4, pp. 942-987.

implicarán, con respecto a la agricultura, la denuncia de dicho Convenio sobre edad mínima de 1921. De ahí que, en la inmensa mayoría de los países, entre ellos España, el Convenio n.º 10 no esté en vigor, debido a la denuncia automática que ha supuesto la aceptación del Convenio n.º 138. De hecho, cuando está a punto de cumplirse el centenario de su adopción – recordemos que fue acordado en noviembre de 1921 –, sólo mantiene su vigencia en Australia, Nueva Zelanda, Camerún y Senegal.

El Convenio n.º 138 representa un importante avance en la defensa de los derechos del niño, en tanto en cuanto ha consagrado los objetivos de la OIT de abolir el trabajo infantil y de garantizar que ningún menor acceda al mercado laboral hasta que termine la enseñanza obligatoria (art. 2.3).

6. Consideraciones finales

El Convenio n.º 10 sobre edad mínima en el trabajo agrícola fue pactado en la tercera conferencia de la OIT, celebrada en Ginebra en el otoño de 1921. Junto a otros convenios sectoriales sobre la edad mínima de admisión al empleo acordados en el período de entreguerras, evidencia la preocupación de la OIT por el problema del trabajo infantil y del acceso a la educación.

Desde su entrada en vigor, el 31 de agosto de 1923, ha servido de referente legal internacional en la materia, cual demuestra su temprana ratificación por parte de países miembros como Suecia, Japón, Italia y Polonia. Sin embargo, no se llegó a alcanzar en este Convenio un consenso tan amplio como en otros. Ello bien pudo obedecer, por un lado, a la generalización – e importancia económica – del trabajo infantil agrícola; y, por otro, al predicamento del que gozaba esa teoría, según la cual las faenas en el campo constituyan una actividad saludable y beneficiosa para el niño. Estas podrían ser las causas de las reticencias mostradas y consiguiente retraso en adherirse al Convenio por parte de algunos países, como Francia (1951) y Reino Unido (1963); o que grandes potencias agrícolas, como Canadá o Estados Unidos, nunca llegaran a ratificarlo. A pesar de lo cual, conviene recordar el papel ejemplarizante desempeñado por este y otros convenios de edad mínima, que sentaron las bases de otros acuerdos de mayor repercusión, como el Convenio de edad mínima n.º 138 de 1973 o la Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 20 noviembre de 1989.

Por lo demás, y cuando se cumple el centenario de la fundación de la OIT, no resulta ocioso traer a la memoria y poner en valor el Convenio n.º 10. Conviene tener presente que, aún hoy en día, la agricultura sigue

siendo la principal fuente de trabajo para los niños en los países menos desarrollados. Tanto en pequeñas granjas como en extensas plantaciones, sigue habiendo niños que trabajan en labores agrícolas y que comprometen con ello su salud y su posterior desarrollo. En muchos países de Iberoamérica – El Salvador o Guatemala, entre otros – se contratan niños menores de 14 años, a los que se les obliga a trabajar más horas diarias de las permitidas y cuyos jornales son muy inferiores al salario mínimo. La precariedad económica de sus familias y la necesidad de mano de obra durante las cosechas se conjuran para propiciar la contratación de niños obligados a padecer largas jornadas de trabajo. Y aunque, en efecto, los niños están en contacto con el sol y el aire libre durante estas labores, ello no impide que los movimientos repetitivos y la exposición a los pesticidas les causen daños irreversibles en su salud³⁰. Además, y como antaño, el trabajo prematuro impide a los menores asistir a la escuela, la cual acaban abandonando definitivamente. Amén de vulnerarse así el derecho a la educación de estos niños, se les introduce en una dinámica de empleos mal remunerados que a la larga perpetúa la desigualdad social³¹. De ahí que convenga alertar sobre la revitalización de teorías que pretenden justificar nuevamente el trabajo infantil, bajo pretextos tales como las presuntas reivindicaciones de los menores³² o la adaptación de sus condiciones a la capacidad del trabajador infantil³³.

³⁰ Vid. C. TUTTLE, *History Repeats Itself: Child Labor in Latin America*, en *Employee Responsibilities and Rights Journal*, 2006, vol. 18, n. 2, pp.143-154. Para una visión sobre la protección legal y los instrumentos internacionales relativos a los derechos laborales de los niños en las economías emergentes, B.A. BHAT, *Human rights perspective and legal framework of child labour with special reference to India*, en *International Journal of Sociology and Anthropology*, 2010, vol. 2, n. 2, pp. 19-22; M.L. PEIRÓ, M.E. RAUSKY, *Los organismos internacionales frente al trabajo infantil y juvenil. Aportes para un análisis de sus discursos y propuestas*, en *Cuestiones de Sociología*, 2009, n. 5-6, pp. 313-338.

³¹ Vid. M. JIMÉNEZ RAMÍREZ, *La ciudadanía negada. La exclusión del derecho a la educación en la infancia*, en *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, 2009, vol. XXXIX, n. 3-4, pp. 79-98; J.A. MADERA PACHECO, J.L. MARÍN GARCÍA, D. DE DIOS HERNÁNDEZ, *El trabajo infantil migrante en los cultivos de tabaco y caña de azúcar en Nayarit, México*, en *Revista de Ciencias Sociales*, 2016, n. 154, pp. 63-78.

³² Véase, por ejemplo, el *Reclamo al Comité de los Derechos del Niño y de la Niña*, Movimiento Latinoamericano y del Caribe de Niñas, Niños y Adolescentes Trabajadores, 11 noviembre 2017.

³³ Vid. M.F.C. BOURDILLON, B. WHITE, W.E. MYERS, *Re-assessing minimum-age standards for children's work*, en *International Journal of Sociology and Social Policy*, 2009, vol. 29, n. 3-4, pp. 106-117; K. HANSON, A. VANDAELE, *Working children and international labour law: A critical analysis*, en *The International Journal of Children's Rights*, 2003, vol. 11, n. 1, pp. 73-146

7. Bibliografía

BELLACE J.R., *The ILO and the right to strike*, en *International Labour Review*, 2014, vol. 153, n. 1, pp. 29-70

BHAT B.A., *Human rights perspective and legal framework of child labour with special reference to India*, en *International Journal of Sociology and Anthropology*, February, 2010, vol. 2, n. 2, pp. 19-22

BOOCKMANN B., *The Effect of ILO Minimum Age Conventions on Child Labour and School Attendance*, ZEW Research Paper, 2004, n. 04-52

BOURDILLON M.F.C., WHITE B., MYERS W.E., *Re-assessing minimum-age standards for children's work*, en *International Journal of Sociology and Social Policy*, 2009, vol. 29, n. 3-4, pp. 106-117

Child Labour in the States, en *The Woman's Leader and the Common Cause*, 22 julio 1921, n. 25, pp. 1-2

Child Labour on Farms, en *Sheffield Daily Telegraph*, 18 octubre 1921, n. 20673, pp. 4-4

EDMONDS E.V., SHRESTHA M., *The impact of minimum age of employment regulation on child labor and schooling*, en *IZA Journal of Labor Policy*, 2012, vol. 1, n. 1, pp. 1-28

EFFLAND A.B.W., *Agrarianism and Child Labor Policy for Agriculture*, en *Agricultural History*, 2005, vol. 79, n. 3, pp. 281-297

El haber de la República en Ginebra, en *Luz*, 7 diciembre 1932, n. 288, pp. 3-3

GOLDSTEIN H., *Child labor in America's History*, en *Journal of Clinical Child Psychology*, 1976, vol. 5, n. 3, pp. 47-50

GRATTON B., MOEN J., *Immigration, Culture, and Child Labor in the United States, 1880-1920*, en *The Journal of Interdisciplinary History*, 2004, vol. 34, n. 3, pp. 355-391

HANSON K., VANDAELE A., *Working children and international labour law: A critical analysis*, en *The International Journal of Children's Rights*, 2003, vol. 11, n. 1, pp. 73-146

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *The Labour Provisions of the Peace Treaties*, 1920

JARDÓN PARDO DE SANTAYANA P., *Margarita Nelken: del feminismo a la revolución*, Sanz y Torres, 2013

JIMÉNEZ RAMÍREZ M., *La ciudadanía negada. La exclusión del derecho a la educación en la infancia*, en *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, 2009, vol. XXXIX, n. 3-4, pp. 79-98

League Labour Organisation's Far Reaching Suggestions, en *Sheffield Daily Telegraph*, 11 octubre 1921, n. 20667, pp. 7-7

MADERA PACHECO J.A., MARÍN GARCÍA J.L., DE DIOS HERNÁNDEZ D., *El trabajo infantil migrante en los cultivos de tabaco y caña de azúcar en Nayarit, México*, en *Revista de Ciencias Sociales*, 2016, n. 154, pp. 63-78

MARTÍNEZ PEÑAS L., *Los inicios de la legislación laboral española. La Ley Benot*, en *Revista Aequitas*, 2011, n. 1, pp. 25-70

MOEHLING C.M., *State Child Labor Laws and the Decline of Child Labor*, en *Explorations in Economic History*, 1999, vol. 36, n. 1, pp. 72-106

PEIRÓ M.L., RAUSKY M.E., *Los organismos internacionales frente al trabajo infantil y juvenil. Aportes para un análisis de sus discursos y propuestas*, en *Cuestiones de Sociología*, 2009, n. 5-6, pp. 313-338

Progress in International Labour Legislation, en *Justice*, 15 enero 1925, pp. 2-2

Questions to Come Before World Conference at Geneva, en *Nottingham Journal*, 11 octubre 1921, n. 29916, pp. 3-3

SMOLIN D.M., *Strategic Choices in the International Campaign against Child Labor*, en *Human Rights Quarterly*, 2000, vol. 22, n. 4, pp. 942-987

The International Labour Agreements. Progress of Ratification, en *Yorkshire Post and Leeds Intelligencer*, 21 febrero 1924, pp. 5-5

The Third International Labour Conference, en *Gloucester Journal*, 22 octubre 1921, n. 10386, pp. 4-4

TIANA FERRER A., *Educación obligatoria, asistencia escolar y trabajo infantil en España en el primer tercio del siglo XX*, en *Historia de la Educación*, 1987, n. 6, pp. 43-60

TUTTLE C., *History Repeats Itself: Child Labor in Latin America*, en *Employee Responsibilities and Rights Journal*, 2006, vol. 18, n. 2, pp. 143-154

Women and World Problems, en *Western Mail*, 20 octubre 1921, n. 16348, pp. 4-4

Publicaciones periódicas

El Ideal del Magisterio, 2 mayo 1932, n. 311

The Woman's Leader and the Common Cause, 28 octubre 1921, n. 39

Textos legales

Ley de ratificación del Convenio relativo a edad mínima de admisión de los niños al trabajo de la Agricultura, de 8 de abril de 1932, en *Gaceta de Madrid*, 14 abril 1932, n. 105

Ley de Contrato de Trabajo, de 21 de noviembre de 1931, en *Gaceta de Madrid*, 22 noviembre 1931, n. 326

Ley de 13 de marzo de 1900, en *Gaceta de Madrid*, 14 marzo 1900, n. 73

Ley de 24 de julio de 1873, *Gaceta de Madrid*, 28 julio 1873, n. 209

Ley de Instrucción pública, de 9 de septiembre de 1857, en *Gaceta de Madrid*, 10 septiembre 1857, n. 1710

Convenio sobre el descanso semanal (industria) 1921 (núm. 14)

José Eduardo LÓPEZ AHUMADA*

RESUMEN: Este estudio analiza el contenido normativo del Convenio 14 de la OIT, relacionando sus reglas con los estándares laborales internacionales. Asimismo, el trabajo intenta ofrecer al lector determinados criterios interpretativos, así como una visión de conjunto sobre los principales problemas aplicativos que presenta actualmente el Convenio. Por último, se formulan una serie de reflexiones generales sobre las principales observaciones formuladas por la Comisión de Expertos en la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT.

Palabras clave: Descanso semanal, limitación del tiempo de trabajo, normas internacionales del trabajo, OIT.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La codificación del descanso semanal desde la perspectiva de la Comunidad Internacional. 3. El reconocimiento del descanso semanal en el C014: su génesis paralela al propio nacimiento de la OIT. 4. El carácter necesario del descanso semanal. 5. Ámbito de aplicación del Convenio. 6. Régimen general de descanso semanal. 6.1. Duración, periodicidad y carácter ininterrumpido del descanso. 6.2. Momento de disfrute del reposo. 6.3. Sistema de retribución. 7. Regímenes especiales. 8. El régimen del descanso semanal no disfrutado: la imposibilidad de la compensación económica del descanso no disfrutado. 9. La limitación del tiempo de trabajo. 10. Observaciones de la Comisión de Expertos en aplicación de los Convenios y Recomendaciones. 11. Consideraciones sobre la vigencia y finalidad actual del Convenio 14 OIT. 12. Bibliografía.

* Investigador principal de la Línea estable de investigación sobre Relaciones Laborales y Protección Social del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá (IELAT).

Weekly Rest (Industry) Convention 1921 (No. 14)

ABSTRACT: This paper analyzes the normative content of ILO Convention 14, relating its rules to international labor standards. The study also tries to offer the reader certain interpretative criteria, as well as an overview of the main application problems currently presented by the Convention. Finally, a series of general reflections is made on the main observations proposals by the Committee of Experts on the Application of ILO Conventions and Recommendations.

Key Words Weekly rest, limitation of working time, international labor standards, ILO.

1. Introducción

El presente trabajo aborda el análisis del Convenio OIT n. 14, relativo al descanso semanal en la industria, analizando sus reglas en sintonía con las normas internacionales del trabajo y apuntando determinados criterios interpretativos que permitan un mejor entendimiento de sus postulados. Del mismo modo, se presenta una visión de conjunto de los principales problemas de aplicación que el Convenio presenta, así como aquellos aspectos que se han visto en cierto modo sobrepasados por el propio transcurso del tiempo. En este sentido, se contemplan algunas consideraciones sobre las principales observaciones formuladas por la Comisión de Expertos en la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT, así como una reflexión general sobre la función y finalidad actual de dicho Convenio orientado monográficamente al sector de la industria.

2. La codificación del descanso semanal desde la perspectiva de la Comunidad Internacional

La comunidad internacional ha mostrado tradicionalmente un interés especial por la figura jurídica de los descansos laborales. En este sentido, es preciso destacar la alusión que al reposo laboral se hace en los textos internacionales básicos, como son la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 24), de 10 de diciembre de 1948, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 (art. 7.d). Dicho Pacto incluye también el derecho al disfrute de los días festivos remunerados¹.

La proclamación del descanso se garantiza generalmente en las distintas constituciones nacionales de los países miembros de la OIT y se reconoce previamente en las declaraciones internacionales relativas a los derechos

¹ La Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948 declaró, como derecho humano fundamental, que «Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo». Es el pacto de derechos económicos, sociales y culturales el que establece como derecho de las personas la limitación razonable de las horas de trabajo (art. 7.d) al prever que «Los Estados [...] reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo, equitativas y satisfactorias, que aseguren en especial: d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo [...] así como la remuneración de los días festivos». En relación con la codificación internacional de los descansos. *Vid.* G. MEQUET, *Vers une action internationale en faveur des loisirs des travailleurs*, en *Revue Internationale du Travail*, (dedicada a *Les loisirs des travailleurs*), 1934, pp. 617-636.

esenciales del hombre. En este sentido, conviene recordar que es preciso interpretar la referencia constitucional al descanso en virtud a la propia Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por los Estados miembros de la OIT². El reconocimiento del descanso laboral como derecho humano supone que estamos ante un derecho esencial, que corresponde al hombre por su propia naturaleza. Además, no cabe duda de la eficacia actual de la aplicación del descanso como derecho del hombre, puesto que la observancia de su regulación internacional se presenta como una exigencia internacional e incluso comunitaria. Por tanto, desde la perspectiva internacional, el reconocimiento del descanso semanal tiene su fundamento en otros textos internacionales básicos, previos a los Convenios OIT. Nos estamos refiriendo a los instrumentos internacionales declarativos de derechos sociales, que prevén expresamente referencias esenciales al carácter necesario de los descansos laborales.

Junto a estas normas jurídicas inspiradas en el movimiento social internacional, también es preciso destacar la larga colección de tratados internacionales emanados de la OIT, en relación al descanso dominical y a la limitación de la jornada en relación con los descansos dentro de la jornada y el descanso diario. En este trabajo solamente nos vamos a limitar a analizar la relevancia del Convenio 14 OIT, pero igualmente podríamos apuntar la importante presencia del convenio 106 OIT, orientado a la garantía del descanso semanal en el comercio y las oficinas de 1957, así como otros instrumentos OIT relativos al tiempo de trabajo, que se refieren a la propia ordenación de los descansos laborales y, en especial, al descanso semanal³.

² La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales actúan como criterio hermenéutico de los sistemas jurídicos nacionales de los descansos laborales. Los derechos y libertades reconocidos en las Constituciones nacionales, entre los que está presente el “descanso necesario”, deberán ser interpretados conforme a las Declaraciones de Naciones Unidas. En este sentido, el Tribunal Constitucional español garantiza el canon interpretación del derecho al descanso de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados en materia de reposo laboral. Téngase en cuenta en relación con el valor hermenéutico de los textos jurídicos internacionales, entre otras, las SSTC 78/1982 (RTC 182, 78), 84/1989 (RTC 1989, 84) y 139/1989 (RTC 1989, 139).

³ En esencia nos estamos refiriendo a los siguientes instrumentos pertenecientes a la OIT: a) Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (n. 1); b) Convenio sobre las cuarenta horas, 1935 (n. 47); c) Recomendación sobre la reducción de la duración del trabajo, 1962 (n. 116); d) Convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970 (n. 132); e) Convenio sobre trabajo nocturno, 1990 (n. 171).

Realmente, a diferencia de las declaraciones general al descanso de Naciones Unidas, el reconocimiento efectivo del descanso semanal se produce a través de los convenios OIT. El reconocimiento internacional del descanso no supone la existencia de una tutela internacional del derecho. Solamente el carácter de auténticas normas internacionales del trabajo y una garantía esencial de derecho se encuentra en la regulación de los convenios OIT. La declaración internacional del descanso es una norma programática, que únicamente contempla un fin, cuyos destinatarios son los Estados obligados por medio de convenio o tratado internacional. Asimismo, convendría indicar que finalmente la tutela efectiva del derecho al descanso se realizará en virtud de su recepción en las normas nacionales de los Estados y serán sus tribunales los que velarán por su correcta aplicación, respeto y cumplimiento.

3. El reconocimiento del descanso semanal en el C014: su génesis paralela al propio nacimiento de la OIT

El Convenio OIT n. 14, sobre descanso semanal en la industria de 1921, junto con el 106 de 1957 (comercio y oficinas) y su Recomendación 103, sobre el descanso semanal en el comercio y oficinas de 1957, abordan la ordenación del descanso semanal desde la perspectiva de las leyes internacionales del trabajo. En este trabajo nos referiremos monográficamente al C014, que fue el primer instrumento internacional del trabajo que incorporó el reconocimiento del derecho al descanso semanal para el ámbito de industria. Precisamente, dicho convenio aplicable a las empresas industriales entró en vigor en 1923, concretamente, el 19 de junio de 1923 y fue ratificado por España el 28 de abril de 1924 (Gaceta de 13 de mayo de 1924)⁴.

El Convenio 14 OIT es uno de los primeros instrumentos internacionales, que coincide en el tiempo prácticamente con el propio nacimiento de la OIT. Como sabemos, la OIT fue creada en virtud del Tratado de Versalles en 1919, coincidiendo con el término de la Primera Guerra Mundial, como un organismo esencial a favor de la lucha por la justicia social y la paz. Estos objetivos igualmente fueron trasladados al ámbito laboral, en una época especialmente convulsa de lucha entre el trabajo y capital, cuyos primeros hitos de la conquista obrera fueron la limitación de

⁴ En relación al proceso de codificación de los descansos laborales. *Vid. J.E. LÓPEZ AHUMADA, Evolución normativa de los descansos laborales: primer centenario de la promulgación de la Ley de Descanso Dominical de 1904*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pp. 113-115.

la jornada y reconocimiento del descanso semanal. Estamos, pues, en presencia de la propia respuesta internacional al desarrollo del liberalismo económico más ortodoxo, que tenía que hacer frente en ese momento de la historia a una respuesta corregida ante los problemas derivados de la cuestión social⁵.

En este sentido, debemos apuntar la importancia del derecho al descanso semanal, como período esencial de asueto orientado a la reducción del tiempo de trabajo, al desarrollo de descanso necesario, al fomento de la atención a la vida familiar y al ocio. Esta necesidad de limitación de la jornada y garantía del descanso fue especialmente importante en las reivindicaciones obreras en la industria, debido a la importante relevancia del tiempo de presencialismo, que unido al maquinismo de la época suponía la necesidad de la presencia sin límite en los talleres industriales. De este modo, y ante lo continuos abusos, los principales congresos internacionales de la época abogaban por la necesaria recepción del derecho al descanso semanal desde la perspectiva de la OIT⁶.

El Convenio 14 OIT se presenta como un instrumento de trabajo de carácter técnico, cuyo estatuto actual es el de convenio actualizado y plenamente vigente desde la perspectiva de las relaciones industriales. Actualmente, el Convenio ha sido ratificado hasta la fecha por ciento veinte Estados, mientras que sesenta y ocho Estados no lo han ratificado, lo que da muestra del tímido nivel de ratificación, máxime tratándose de un convenio técnico OIT tan esencial y pionero en el tiempo. Entre los países que no lo han ratificado, tenemos aquellos sistemas más renuentes al intervencionismo laboral, como sucede con Estados Unidos, Reino Unido, Japón o Sudáfrica, así como distintos países que en muchos casos

⁵ Los principales temas del momento tenían su relación directa o indirecta con la cuestión social. Dichos asuntos tenían su origen en la cuestión social, o bien se veían agravados por la propia dinámica de los profundos problemas sociales existentes. Ello es así hasta el punto de que podríamos decir que no había problema político que no estuviera relacionado o se encontrara ajeno a la cuestión social. *Vid.* J.E. LÓPEZ AHUMADA, *La gran reforma social de 1900. Filantropía y emergencia de las primeras leyes obreras*, Cinca, 2018, pp. 49-50.

⁶ En este sentido, podemos destacar el debate político desarrollado durante los primeros años del Siglo XX que culminaría en la Conferencia internacional obrera y socialista de Berna de 1919. Ciertamente, en este período de la historia el movimiento obrero internacional tenía una importante proyección a la hora de influir en las políticas sociales de los Estados. Los gobiernos de las distintas naciones siguieron atentamente el debate surgido en el seno del movimiento internacional del proletariado, con el fin de poder recoger en sus programas de gobierno el espíritu de justicia social, que se presentaba como principio básico de las reivindicaciones obreras. Sin duda, entre todas estas medidas destacó el reconocimiento del descanso semanal con un protagonismo especialmente importante.

por sus problemas de aplicación no lo han ratificado, pudiendo destacar en América Latina países como Ecuador, El Salvador o República Dominicana. Precisamente, esta circunstancia del bajo nivel de ratificación ha hecho a la propia OIT plantearse en su centenario su papel en la gobernanza de las relaciones laborales internacionales y la propia función de futuro de las normas internacionales del trabajo.

4. El carácter necesario del descanso semanal

El convenio 14 OIT parte de la noción general del descanso necesario, que se manifiesta como un principio de la legislación internacional del trabajo. El descanso necesario insta a los poderes públicos de los Estados a garantizar el descanso laboral⁷. Al contrario de lo que sucede con las libertades individuales, que tienen como destinatario a la persona como sujeto de derechos, los principios sociales están dirigidos a los poderes públicos que realmente son los que deben hacerlos efectivos. La garantía internacional del descanso tutela un interés vital de la persona, como aspecto esencial de su dignidad y del desarrollo de la personalidad. No obstante, ello no desvirtúa el contenido eminentemente social de dicho principio, que garantizaría igualmente el desarrollo social de la persona. El descanso necesario no se entiende sólo como descanso fisiológico, sino que debe ser un tiempo de recuperación global del esfuerzo del trabajador (recuperación psicofisiológica). Ello engloba todos los aspectos que procuran el descanso efectivo, tomando en consideración aspectos jurídicamente relevantes de índole social y cultural. Por tanto, únicamente se consigue la garantía del descanso mediante el reposo integral del trabajador⁸.

La expresión descanso necesario se refiere al descanso laboral, esto es, el aplicable a una relación jurídica de trabajo, cuyo ámbito específico de aplicación se circscribe a los trabajadores dependientes por cuenta

⁷ En relación al carácter necesario del descanso semanal. *Vid. J.E. LÓPEZ AHUMADA, Descansos laborales y tiempo de trabajo. Régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos*, Consejo Económico y Social, 2004, pp.106-109.

⁸ *Vid. M. RODRÍGUEZ PIÑERO, El trabajo en la Constitución*, en AA.VV., *Los trabajadores y la Constitución*, Cuadernos de Derecho del Trabajo, 1980, n. 4. Esta cualidad del descanso laboral como asueto íntegro se ha destacado principalmente en materia de vacaciones. La doctrina ha destacado que, debido a la configuración de las vacaciones como período de reposo integral, el trabajador tiene «la oportunidad de recuperación, ocio y esparcimiento». *Vid. P. CHARRO BAENA, El derecho a vacaciones en el ámbito laboral*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, p. 139; C.L. ALFONSO MELLADO, S. PEÑA OBIOL, *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*, Tirant lo Blanch, 1996, p. 25.

ajena. El descanso laboral se prevé en virtud de la garantía del descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral y el derecho a las vacaciones periódicas retribuidas. E, igualmente, el descanso semanal se encuentra estrechamente relacionado con la finalidad protectora de la salud laboral. De este modo, no podemos negar la importancia de los descansos como institución garantizadora de la salud laboral de los trabajadores. En realidad, existe una relación recíproca entre la necesidad de organización de la empresa, que como es lógico perseguirá una gestión irregular de los recursos humanos en pro de una mayor productividad y, por otro lado, la necesidad de respetar la salud en el trabajo como salvaguardia esencial de la recuperación psicofisiológica del trabajador. En definitiva, es preciso afirmar que el incumplimiento reiterado de las normas imperativas sobre los descansos laborales supone un efecto perjudicial para la salud de los trabajadores. Precisamente, ello motiva que la salud laboral sea uno de los factores que inciden en la configuración de los descansos laborales como topes legales a la jornada de trabajo.

5. Ámbito de aplicación del Convenio

El Convenio 14 OIT se aplica al conjunto de las empresas del sector industrial, delimitando su artículo 1.1 dicha noción de empresa industrial. Nos estamos refiriendo a una idea de empresas industriales en el sentido amplio del término, que abarca a «las minas, canteneras e industrias extractivas de cualquier clase». A su vez, sus normas serán de aplicación a las industrias que «manufacturen, modifiquen, limpien, reparen, adornen, terminen o preparen productos para la venta, o en las cuales las materias sufran una transformación, comprendidas la construcción de buques, las industrias de demolición y la producción, transformación y transmisión de electricidad o de cualquier clase de fuerza motriz». De igual modo, las previsiones contenidas en el Convenio afectan también a las empresas de «la construcción, reconstrucción, conservación, reparación, modificación o demolición de edificios y construcciones de todas clases, los ferrocarriles, tranvías, puertos, depósitos, muelles, canales, instalaciones para la navegación interior, caminos, túneles, puentes, viaductos, cloacas colectoras, cloacas ordinarias, pozos, instalaciones telefónicas o telegráficas, instalaciones eléctricas, fábricas de gas, distribución de agua u otros trabajos de construcción, así como las obras de preparación y cimentación que preceden a los trabajos antes mencionados». Y, por último, es preciso indicar que también se incluyen en el ámbito de aplicación del Convenio las empresas dedicadas al «transporte de personas

o mercancías por carretera, ferrocarril o vía de agua interior, comprendida la manipulación de mercancías en los muelles, embarcaderos y almacenes, con excepción del transporte a mano»⁹.

Con todo, conviene apuntar que esta delimitación de la noción de empresas industriales se formula en el Convenio de forma flexible. Precisamente, ello se debe a la finalidad del Convenio de permitir la promoción del mayor número de ratificaciones por parte de los Estados. De este modo, la delimitación de las empresas industriales contenida en el artículo 1.1, a efectos del ámbito de aplicación de sus reglas, se entenderá a reserva de las posibles excepciones especiales que los Estados puedan contemplar previstas en el Convenio de Washington, relativo a la limitación de las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales. Ello podrá ser así en la medida que dichas excepciones sean aplicables al presente Convenio (art. 1.2).

De igual modo, el Convenio contempla un margen de maniobra a los Estados a la hora de determinar qué se entiende por sector industrial y las reglas aplicables en materia de descanso. Concretamente, el Convenio indica que se prevé la posibilidad de que cada Miembro pueda determinar, si lo considera necesario, «la línea de demarcación entre la industria, por una parte, y el comercio y la agricultura, por otra» (art. 1.3). Por tanto, cabe equiparar a la industria a determinados trabajos del comercio y la agricultura y viceversa, a la hora de aplicar el convenio, lo que nos sitúa ante un ámbito de posible concurrencia entre el Convenio OIT 14 de la industria y el Convenio 106 OIT relativo al comercio¹⁰. Finalmente, y en relación a las posibilidades de los Estados de orientar la aplicación del Convenio, debemos destacar que los artículos 8 a 10 y 13 a 15 del Convenio 14 OIT se refieren a distintas cuestiones relativas a la gestión o

⁹ En este sentido, conviene llamar la atención sobre la existencia de determinadas Recomendaciones OIT relativas al transporte, como sector especial de ordenación del descanso semanal. Nos estamos refiriendo a la Recomendación n. 161 de 1979, sobre duración del trabajo y períodos de descanso en los transportes por carretera. Asimismo, destacamos la Recomendación n. 68 de 1939, sobre el descanso aplicable a los conductores particulares. Dicha recomendación entró en vigor el 10 de febrero de 1983 y se trata de un instrumento pendiente de revisión, relacionada con los convenios técnicos OIT. En este sentido, conviene señalar que estas recomendaciones, por su contenido, se refieren más a la jornada y a los descansos diarios que al descanso semanal y las vacaciones.

¹⁰ Dicho Convenio n. 106, sobre el descanso semanal en el comercio y en las oficinas, 1957, entró en vigor el 4 de marzo de 1959. Dicho instrumento fue completado por la Recomendación n. 103 de 1957, sobre el descanso semanal aplicable al comercio y las oficinas y fue ratificado por España el 8 de abril de 1971 (*BOE*, 24 mayo 1971). De igual modo, es preciso constatar que el Convenio 106 OIT fue precedido por la Recomendación n. 18 de 1921, sobre el descanso semanal en el comercio.

administración del mismo. En concreto, podemos apuntar distintos aspectos que se refiere al régimen de ratificación, entrada en vigor, denuncia, y revisión.

6. Régimen general de descanso semanal

6.1. Duración, periodicidad y carácter ininterrumpido del descanso

El régimen general de descanso semanal en la industria se asienta en una noción de reposo recuperador y desconexión respecto del trabajo tras un ciclo de semana de trabajo. De este modo, la regla general tanto del Convenio 14, como del Convenio 106, es que cada siete días se goce de un descanso ininterrumpido de veinticuatro horas como mínimo. Concretamente, se prevé que «todo el personal empleado en cualquier empresa industrial, pública o privada, o en sus dependencias, deberá disfrutar en el curso de cada período de siete días – y a reserva de las excepciones que se indican a continuación – de un descanso que comprenda como mínimo veinticuatro horas consecutivas» (art. 2.1). Ciertamente, el precepto contempla un descanso obligatorio y obliga a los Estados a promover las condiciones de su disfrute efectivo¹¹. Por tanto, la duración del descanso será de veinticuatro horas semanales, cuya extensión temporal no se puede superponer al período de descanso diario, de manera que no se compute dentro del disfrute del descanso semanal las once horas de descanso entre jornadas a las que todo trabajador tiene derecho¹².

¹¹ En este sentido, conviene indicar que la ratificación del Convenio obligaba a los Estados miembros a aplicar las disposiciones de sus artículos 1 a 7. Dicha incorporación a sus legislaciones nacionales debía haberse producido antes del 1 de enero de 1924, adoptando las medidas necesarias para el cumplimiento de dichas disposiciones (art. 11). Asimismo, debemos destacar que dichas previsiones normativas se aplican incluso a las colonias, posesiones y protectorados de los Estados, de acuerdo con las disposiciones del artículo 35 de la Constitución de la OIT (art. 12).

¹² Por ejemplo, según el art. 5 de la Directiva, se prevé que el descanso semanal se disfrutará «por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas, a las que se añadirán las once horas de descanso diario establecidas en el artículo 3» (art. 5, § 1º). Precisamente, uno de los caracteres del descanso semanal es la regla de no superposición del reposo con otros descansos como el diario o el anual. *Vid.* J.E. LÓPEZ AHUMADA, *Problemas relativos al cómputo del descanso semanal y diario: una visión cualitativa del tiempo de descanso. Comentario a la SAN (Sala Social) de 19 de noviembre de 2008*, en *Aranzadi Social*, 2009, n. 22, pp. 55 ss.

Por su parte, conviene decir que en la Recomendación 103 OIT, relativa al descanso semanal en el comercio y las oficinas, se contempla la posibilidad de extender hasta treinta y seis horas el descanso semanal. Ello daría lugar a la denominada jornada inglesa clásica, y el consiguiente sábado inglés. Precisamente, esta es la modalidad contemplada en el art. 37.1 del Estatuto de los Trabajadores español (ET), que viene a mejorar, pues, la duración del descanso previsto con carácter general en los Convenios OIT 14 y 106. En las reglas internacionales de trabajo se sigue contemplando la previsión general de un descanso de un día a la semana, previendo la posibilidad de mejora en virtud de las prácticas nacionales y sectoriales.

Los convenios 14 y 106 OIT contemplan un descanso de periodicidad semanal. El carácter semanal del descanso supone, en principio, que después de seis jornadas de trabajo debe mediar como mínimo un día de interrupción semanal de la prestación de servicios. Asimismo, el carácter semanal del descanso nos sitúa ante la caracterización del cese en la prestación de servicios como una interrupción periódica de carácter semanal. Por ello, debido al carácter semanal del reposo deduciríamos la condición periódica de la interrupción laboral. El disfrute del descanso semanal supone, con carácter general, haber realizado previamente las seis jornadas de trabajo correspondientes¹³.

De igual modo, el art. 2 del Convenio se refiere a un periodo de descanso semanal consecutivo. Por tanto, el carácter ininterrumpido del descanso semanal es un presupuesto obligatorio y deberá permanecer inmune a las técnicas de flexibilización de la jornada de trabajo. Y ello es así, como ha puesto de relieve la doctrina científica, debido a que la rigidez del carácter ininterrumpido del descanso derivada del propio concepto del descanso semanal. Esto es, tiene su fundamento en la propia naturaleza jurídica del descanso semanal, dado que en caso contrario se truncaría la finalidad misma del derecho. Nos referimos a la posibilidad de facilitar semanalmente un período de asueto al trabajador. Ello motiva que esta

¹³ En algunas legislaciones, como ocurre con la española, se permite la posibilidad de acumular el descanso semanal en cómputo bisemanal. El art. 37.1 ET califica al asueto como un período de reposo de carácter semanal «acumulable por períodos de hasta catorce días». Por tanto, las empresas pueden organizar el ritmo de trabajo en cómputo semanal, de suerte que los descansos puedan ser acumulados cada dos semanas de trabajo. La acumulación bisemanal del descanso se fundamentaría en la consecución de una mayor productividad de las empresas, como consecuencia de la disposición flexible de la mano de obra por parte del empresario. La acumulación del descanso semanal se debe a una de las previsiones contenidas en la Directiva 93/104/CEE, cuyo art. 16 prevé que los Estados Miembros pueden establecer, en aplicación del art. 5 de la Directiva, un período de referencia de disfrute del descanso semanal que no exceda de catorce días.

característica del descanso semanal sea indisponible para las partes.

6.2. Momento de disfrute del reposo

Respecto del momento de disfrute del descanso, igualmente los Convenios OIT vienen a contemplar la regla general relativa a que el día del descanso coincida, en lo posible, con los días consagrados por la tradición y la costumbre del país. Esta concepción del domingo como día de descanso semanal ha sido contemplada por los principales textos normativos de carácter internacional. Así pues, tanto los convenios internacionales relativos al descanso semanal – el Convenio OIT 14 y el Convenio 106 OIT –, así como la Carta Social Europea de Turín, de 18 de octubre de 1961 prevén, con carácter general, que sea el domingo el día idóneo para el disfrute del descanso semanal¹⁴.

Esta fórmula de ordenación previa de los días de asueto es una pauta meramente indicativa, debido a la posibilidad de alterar los días de disfrute del descanso en virtud de pactos individuales o colectivos. El origen histórico del descanso dominical reside en su raíz confesional. No obstante, en la actualidad, el hecho de que se prevea como día idóneo para el disfrute del reposo semanal el domingo, no quiere decir que ello se deba a motivos religiosos o de orden público. Nuestro legislador ordinario ha elegido el domingo debido a que ese es el día tradicional y generalmente acostumbrado para disfrutar el descanso semanal¹⁵.

¹⁴ Por lo que se refiere al Convenio 106 OIT se prevé que el descanso semanal «coincidirá, siempre que sea posible, con el día de la semana consagrado al descanso por la tradición o las costumbres del país o de la región» (art. 2.5). De igual modo, la Carta Social Europea establece que el reposo deberá disfrutarse «en cuanto sea posible, con el día de la semana reconocido como día de reposo por la tradición o por los usos del país o de la región». A su vez, la Carta Social Europea prevé que el descanso semanal debería coincidir «en cuanto sea posible, con el día de la semana reconocido como día de reposo por la tradición o por los usos del país o de la región».

¹⁵ Esta misma regla se contempla en el art. 37.1 del Estatuto de los Trabajadores español y dicho efecto se produce en los países de América Latina, donde el domingo es, como regla general, el día ordinario de descanso, salvo excepción prevista por normativa especial o convención colectiva. Ello sucede en las leyes estatales de Argentina, Brasil, y México. *Vid.* H.A. PODETTI, *Descanso semanal y anual*, en N. DE BUEN LOZANO, E. MORGADO VALENZUELA (coords.), *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Universidad Nacional Autónoma de México, Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1997, pp. 436 ss. En España, la determinación del domingo para el disfrute del reposo laboral ayuda a realizar los fines personales y sociales del descanso, de suerte que se realizarían mejor las tareas propias de la convivencia social y la vida familiar. En este sentido, el descanso dominical tiene, como ha destacado el TC (S 19/1875), un fundamento eminentemente de carácter pragmático, dado que la

A efectos del sistema de organización del descanso semanal, el art. 2 del Convenio 14 OIT prevé, con carácter general, que siempre que sea posible, el descanso semanal se concederá simultáneamente a todo el personal de la empresa y que éste deberá coincidir con los días consagrados por la tradición o las costumbres del país o de la región. De igual modo, y con el fin de facilitar el régimen general del descanso semanal previsto en el convenio, las empresas estarán obligadas a seguir unas determinadas reglas de organización del disfrute del descanso entre sus trabajadores (art. 7). En este sentido, conviene señalar que, si el descanso semanal se concede a todo el personal conjuntamente, se deberá dar a conocer «los días y horas de descanso colectivo, por medio de anuncios puestos de manera bien visible en el establecimiento o en otro lugar conveniente, o de acuerdo con cualquier otra forma aprobada por el gobierno». En caso contrario, si el descanso no se concede a todo personal en su conjunto, se deberá dar a conocer el mismo en virtud de «un registro llevado en la forma aprobada por la legislación del país, o por un reglamento de la autoridad competente, los obreros o empleados sujetos a un régimen especial de descanso, y a indicar dicho régimen».

6.3. Sistema de retribución

A diferencia del Convenio 106, el Convenio 14 no contempla expresamente el carácter retribuido del descanso semanal. El art. 9 del Convenio 106 OIT prevé en relación a la retribución de los días de descanso semanal, que la aplicación de las normas sobre el descanso semanal no debe aparejar una disminución de la remuneración. Efectivamente, entendemos que la propia consideración del descanso como período de interrupción obligatoria del trabajo debe conllevar la

finalidad recuperadora del descanso semanal se consigue mejor si el disfrute del reposo se realiza en un día acostumbrado por la colectividad de la sociedad. No obstante, eso no significa que estas actividades no se puedan realizar igualmente en otro día de la semana. *Vid. STC 19/1985; M. ALONSO OLEA, Contrato de trabajo y prácticas religiosas. El descanso semanal según la tradición del país*, en AA.VV., *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Tomo III. 1985*, Civitas, 1986, p. 50.

Sin embargo, a nuestro juicio, esta tesis es incidental. El descanso se consigue de igual modo a efectos de recuperación, sea en domingo o en otro día de la semana. Obviamente, lo importante es el disfrute efectivo del tiempo de descanso. Además, como hemos analizado en las posibilidades de acumulación del descanso y su disfrute en día distinto del domingo, el legislador confirma la accesibilidad del día en que se realice el descanso. Sin embargo, no podemos olvidar que en realidad la tradición del disfrute del descanso semanal en domingo supone una condición de trabajo homogénea deseada por todos los trabajadores.

garantía de ausencia de posibles descuentos o mermas de salarios. La interrupción semanal del trabajo se garantiza, única y exclusivamente, cuando se conceden al trabajador los medios económicos necesarios que permiten la cesación en el trabajo, dado que en caso contrario la interrupción de la prestación de servicios correría a cargo del trabajador. Generalmente, en las legislaciones nacionales se suele contemplar que el salario correspondiente al reposo semanal se determine de forma proporcional según los jornales diarios percibidos durante la semana. Así pues, con carácter general, es preciso decir que la cuantía del salario del descanso se relaciona con el sistema de salario en función del montante de los jornales percibidos.

7. Regímenes especiales

El Convenio 14 OIT contempla la posibilidad de incluir en las legislaciones nacionales regímenes especiales de descanso semanal. De este modo, se podrán prever legalmente circunstancias justificativas que permitan establecer por la naturaleza del trabajo, o el carácter de los servicios prestados, un sistema especial de descanso. Estas fórmulas especiales de reposo, que hacen inaplicable el sistema general anteriormente contemplado, conllevan la necesaria concesión de otro día de descanso con una duración total equivalente. Esta regla afecta especialmente a aquellos casos en los que el descanso semanal no se pueda disfrutar el asueto tradicional pre establecido por la Ley. El art. 4 del Convenio contempla que se podrán autorizar excepciones totales o parciales a las mismas (incluso suspensiones y disminuciones de descanso), teniendo en cuenta especialmente cualesquiera consideraciones oportunas de orden económico y humanitario y previa consulta – la cual no será necesaria en el caso de excepciones que hubieren sido ya concedidas por la legislación vigente – a las asociaciones calificadas de empleadores y de trabajadores, cuando estas asociaciones existan¹⁶. En términos análogos se pronuncia el art. 7 del Convenio OIT 106, así como el punto 3 de la Recomendación 103 OIT.

Dicho régimen de excepción del descanso semanal se aplicaría igualmente

¹⁶ A dichos efectos, cada Estado miembro preparará una lista de las excepciones concedidas en aplicación de los artículos 3 y 4 del Convenio 14 OIT. Asimismo, se contempla la obligación de comunicar a la OIT, en primera instancia, y posteriormente cada dos años, todas las modificaciones que hubiere introducido en dicha lista de actividades exceptuadas (art. 6.1). A la vista de dicha comunicación, la citada Oficina presentará un informe sobre esta materia a la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (art. 6.2).

a los supuestos temporales de incidencia total o parcial en el descanso. Así pues, ello se aplicaría a los supuestos de accidente o grave peligro de accidente, fuerza mayor, trabajos urgentes, aumentos extraordinarios de trabajo por circunstancias excepcionales o la necesidad de evitar pérdidas de materias perecederas, se admite excepciones temporales totales o parciales al descanso semanal, pero con posterior descanso compensatorio. De igual modo, y ya en el concreto ámbito de la empresa industrial familiar, el Convenio habilita a los Estados a poder «exceptuar de la aplicación de las disposiciones anteriores a las personas empleadas en empresas industriales en las que únicamente estén empleados los miembros de una misma familia» (art. 3).

La aplicación de los sistemas especiales de descanso semanal se debe al fundamento mismo de las jornadas laborales especiales y al régimen específico de prestación de servicios en determinadas actividades laborales atípicas¹⁷. En ambos casos, se produciría una cobertura reglamentaria a las necesidades organizativas del trabajo en las empresas. De este modo, no podemos olvidar que en la reglamentación especial del descanso semanal late un interés empresarial directo de adecuación del descanso semanal de los trabajadores a los ritmos impuestos por el trácto productivo de la actividad laboral desarrollada¹⁸.

Con carácter general, el art. 5 del Convenio 14 OIT contempla que «cada Miembro deberá, en todo lo posible, dictar disposiciones que prevean períodos de descanso en compensación de las suspensiones o disminuciones concedidas en virtud del artículo 4, salvo en los casos en que los acuerdos o las costumbres locales hubieren ya previsto dichos descansos». El descanso semanal que no se pueda disfrutar de forma efectiva, deberá necesariamente ser compensado dentro de un tiempo

¹⁷ Por ejemplo, en el caso español, la ordenación del descanso semanal alternativo en la regulación reglamentaria de las jornadas laborales especiales se ha lleva a cabo, como prevé el art. 2.1 del RJE, mediante la regla de la compensación del tiempo de reposo. Dicha compensación se realiza, por ejemplo, en virtud de sistemas de acumulación de los descansos semanales en períodos de referencia de hasta cuatro semanas. Esto supone que, en un intervalo temporal de cuatro semanas, corresponderían, como mínimo, seis días de reposo en dicho cómputo temporal.

¹⁸ En el caso español, se contempla la posibilidad de flexibilización del régimen común de reposo semanal. Ya está previsto en el propio precepto estatutario regulador del descanso semanal la posibilidad de ordenar reglamentariamente «La fijación de regímenes de descanso alternativos, para actividades concretas» (art. 37.1, § 2º, ET). Por tanto, nuestra legislación laboral contempla una norma de desarrollo reglamentario del descanso semanal alternativo. En este sentido, debido a esta habilitación legal, el art. 2.1 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, relativo a las jornadas especiales de trabajo (RJE), regula el descanso semanal alternativo.

inmediato. En este sentido, y atención a la naturaleza del asueto, en lo posible, debería concederse un descanso compensatorio en la semana siguiente, sin tolerarse que se pueda sustituir por un pago en dinero. Estaríamos, pues, ante una regla esencial que prima el descanso y la desconexión respecto del trabajo, que vendría a limitar la posible proyección de una compensación económica por un descanso no disfrutado. El contenido concreto del descanso alternativo será determinado actividad por actividad, siendo la previsión normativa del descanso alternativo una regla de referencia y de garantía del sistema de desarrollo reglamentario del descanso semanal. De este modo, se trata de una norma que se complementa en virtud de la regulación específica realizada para cada actividad especial de trabajo, dado que el denominado descanso alternativo es una categoría jurídica en principio vacía de contenido¹⁹.

8. El régimen del descanso semanal no disfrutado: la imposibilidad de la compensación económica del descanso no disfrutado

El Convenio 14 OIT no contempla una declaración relativa a que el descanso semanal no puede ser compensado económicamente. Concretamente, el art. 5 prevé que «cada Miembro deberá, en todo lo posible, dictar disposiciones que prevean períodos de descanso en compensación de las suspensiones o disminuciones concedidas en virtud del artículo 4, salvo en los casos en que los acuerdos o las costumbres locales hubieren ya previsto dichos descansos». Por su parte, como sabemos, el art. 4 se refiere a la facultad de los Estados de poder autorizar excepciones totales o parciales al régimen general de descanso semanal, pudiendo incluir suspensiones y disminuciones al descanso. A diferencia de lo que sucede en el Convenio OIT 132, relativo a las vacaciones anuales, que prevé el disfrute necesario del descanso y la imposibilidad de compensación económica, en el descanso semanal en la industria no se prevé dicho efecto de forma expresa. El art. 5 se refiere a un sistema de compensación con descanso alternativo, concedido en otro momento. Sin embargo, entendemos que debido al principio de descanso necesario

¹⁹ Se habilita la aplicación de estos sistemas especiales de descanso semanal siempre que la regulación reglamentaria habilite un acuerdo específico en virtud de la negociación colectiva, el acuerdo de empresa o, en su defecto, el contrato de trabajo. Y, a su vez, se deberá respetar como garantía del derecho al descanso semanal, la naturaleza y la función del reposo, sin conculcar los intereses legítimos de los trabajadores.

igualmente debería contemplarse, como sucede con las vacaciones, la imposibilidad de contemplar pactos o acuerdos entre las partes relativos a la compensación económica del descanso no disfrutado. La regla debe ser la concesión de un descanso alternativo compensatorio, con el fin de garantizar el derecho al reposo laboral.

Estariamos, pues, ante el principio de descanso efectivo, que emana directamente de la garantía del descanso necesario. Es decir, el principio laboral del descanso efectivo califica al reposo sustitutivo por tiempo equivalente como un derecho laboral de carácter necesario. De este modo, si no se puede disfrutar el descanso, será preciso desplazarlo a otros días. De este modo, la máxima de la compensación en descanso equivalente o *in natura*, se entiende aplicable al régimen general del descanso semanal. En resumen, la alteración excepcional del día de descanso semanal se somete a una condición jurídica, consistente en que el trabajo prestado sea posteriormente compensado con un descanso alternativo. Así pues, se debe brindar al trabajador la posibilidad del disfrute de un descanso compensatorio. Dicho asueto sustitutivo no será inferior a la reducción producida en la duración del descanso semanal y se evitará cualquier modalidad de compensación económica del descanso no disfrutado, salvo extinción del contrato de trabajo.

Por lo que se refiere a la compensación del descanso por tiempo equivalente de reposo, debemos destacar que la concesión del descanso sustitutivo no puede suponer la consolidación de técnicas de reducción de la jornada o distribución irregular del tiempo de trabajo, cuya finalidad sea la gestión flexible de la empresa del descanso laboral de los trabajadores. En este sentido, es preciso decir que la compensación se debe realizar lo antes posible a fin de no alterar la periodicidad semanal del asueto. Así, por ejemplo, debido a la naturaleza del descanso no se puede sostener el pacto relativo a la acumulación de los descansos semanales a las vacaciones²⁰.

²⁰ *Vid.* C.L. ALFONSO MELLADO, S. PEÑA OBIOL, *op. cit.*, p. 81. En este sentido, se indica que «en principio, el descanso semanal debe disfrutarse efectivamente, bien en los términos que señala el ET, bien en cualquiera de las alternativas que pudieran ser aplicables conforme al RJE, o, en último extremo, si así se pacta en el convenio colectivo y existe acuerdo entre el empresario y el trabajador, acumulado, en los términos que se expusieron, los descansos pendientes a las vacaciones». En este supuesto concreto no cabría la acumulación de los descansos a las vacaciones, puesto que no hay cobertura legal. Sólo se habilita a ello en materia de jornadas especiales, y a nuestro juicio, no cabría la analogía vía art. 2 del RJE, pues se vulneraría el carácter periódico del descanso semanal.

9. La limitación del tiempo de trabajo

Un exponente más de la vinculación entre los descansos laborales y el tiempo de trabajo se encuentra en la función de aquéllos como límites a la jornada laboral²¹. Las condiciones mínimas de reposo del trabajador son fruto de una conquista obrera y se configuran jurídicamente como una verdadera garantía a favor del trabajador. De este modo, el ordenamiento jurídico tutela directamente los descansos laborales al impedir el establecimiento en la prestación laboral de ritmos de trabajo y de asueto distintos a los previstos legalmente. Ello supone en la aplicación de los descansos laborales el deber de observar, con carácter mínimo, el ritmo de trabajo predeterminado. Los Convenios 14 y 106 OIT garantizan a los trabajadores un descanso de un día con carácter semanal.

Existe una relación inescindible entre la duración y la ordenación de la jornada de trabajo. Precisamente, al coordinar ambas dimensiones se promueve el disfrute del descanso como expresión de la tutela de la salud laboral de los trabajadores²². Las posibilidades de distribución elástica del tiempo de trabajo exigen el análisis cualitativo de la relación entre los descansos y la jornada de trabajo. Así, podemos conocer las condiciones de disfrute de los descansos laborales que se aplican efectivamente en las relaciones laborales. La ordenación de los descansos laborales implica la ubicación de los descansos en la jornada de trabajo pactada. Ello supone, nada más y nada menos, que la liberación de la obligación de trabajo para los empleados. Esta remisión de la obligación laboral se podrá prever gracias a la ordenación del tiempo de trabajo y la consiguiente secuencia del descanso semanal.

Debido a la distribución del tiempo de trabajo la jornada laboral puede ser regular o irregular. En la jornada regular la distribución del tiempo de trabajo se realiza de tal modo que cada día y cada semana de trabajo se prestan con la misma cadencia las mismas horas de trabajo. Los descansos laborales tendrían, pues, un ritmo regular y estable en su devenir²³. Por

²¹ Este papel del descanso como límite a la jornada de trabajo ha sido analizado específicamente en materia de vacaciones laborales. *Vid.* J. MATÍA PRIM, *Vacaciones anuales*, en E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, 1982, tomo VII, p. 396; P. CHARRO BAENA, *op. cit.*, pp. 189-109.

²² *Vid.* M.R. ALARCÓN CARACUEL, *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, 1988, p. 134; F. DURÁN LÓPEZ, *Ordenación del tiempo de trabajo*, en T. SALA FRANCO, A. MONTOYA MELGAR, F. DURÁN LÓPEZ, *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las dificultades del empresario*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, p. 149; J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *La jornada de trabajo: duración y distribución*, en *Social Mes a Mes*, 2000, n. 51, pp. 23-24.

²³ *Vid.* C.L. ALFONSO MELLADO, J. GARCÍA ORTEGA, *Jornada y ordenación del tiempo de*

tanto, la duración y el momento del disfrute de los descansos laborales del trabajador estarían perfectamente predeterminados, sin que existiese ninguna duda a la hora de aplicar el horario y el calendario de trabajo. En este sentido, podemos afirmar que, por el hecho de que se distribuya regularmente el tiempo de trabajo los descansos laborales no pierden su función limitadora, ya que ésta se proyectará en los supuestos excepcionales de ampliación de la jornada de trabajo. Sin lugar a dudas, los problemas se presentan en las jornadas irregulares, debido a la incidencia de la flexibilidad en la ordenación de los descansos laborales. Como sabemos, el tiempo de trabajo se puede distribuir desigualmente no sólo durante el día, sino también a lo largo de la semana, el mes o el año, afectando directamente al carácter periódico de los descansos²⁴.

10. Observaciones de la Comisión de Expertos en aplicación de los Convenios y Recomendaciones

Con carácter general, debemos destacar la posición de la CEACR sobre la interpretación del art. 2 del Convenio sobre el derecho de los trabajadores al descanso semanal. En concreto, se refiere al deber de garantizar períodos de descanso suficientes, observando el derecho a la seguridad y salud en el trabajo. Por ejemplo, la Observación de la CEACR a Nueva Zelanda²⁵, insiste en la necesidad de disfrutar un período de descanso semanal, requiriendo a los empleadores a adoptar medidas factibles para garantizar la seguridad de los empleados, y deberá reconocerse expresamente el descanso semanal de veinticuatro horas a la hora de especificar las horas de trabajo que deberá concederse en un período de siete días de trabajo. En dicha observación el Comité destaca tres principios básicos, que son los siguientes: regularidad del descanso, que implica su concesión en períodos de siete días; continuidad, que supone

trabajo, Tirant lo Blanch, 1994, p. 35; G. RODRÍGUEZ PASTOR, *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 47.

²⁴ Así, se manifestó en su día que no era necesario para proceder a la flexibilización del tiempo de trabajo computar la jornada semanalmente. Ello da cabida a otros sistemas de jornadas más flexibles, como la jornada semanal o, incluso, la anual. Supuesto éste extremo que en la actualidad es un recurso común de organización del factor tiempo. *Vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL, op. cit.*, p. 88. De igual modo, se han pronunciado sobre la posibilidad de la distribución irregular de la jornada semanal de trabajo en relación con los descansos laborales. *Vid. J.I. GARCÍA NINET, Jornada*, en E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *op. cit.*, tomo VII, p. 73.

²⁵ *Vid.* la Observación de CEACR sobre el Convenio 14 OIT a Nueva Zelanda, Conferencia Internacional de Trabajo, 99^a Reunión, 2010.

un descanso de veinticuatro horas consecutivas y, por último, uniformidad, que supone, que en la medida de lo posible, el descanso debe disfrutarse por los trabajadores de forma simultánea. En este sentido, se destaca que igualmente el descanso, en la medida de lo posible, tendría que coincidir con el día ya designado por la tradición o la costumbre como día de descanso semanal.

Ciertamente, el tema de la conexión entre el descanso semanal y la distribución flexible del tiempo de trabajo plantea importantes cuestiones a la hora de ordenar el período de interrupción del trabajo. En el caso de España, la CEACR destacó que la regulación del art. 37.1 del Estatuto de los Trabajadores, versión aprobada por la Ley 11/1994, venía a forzar la interpretación del propio Convenio 14 OIT, así como del Convenio 106 OIT²⁶. Esta reforma tenía una clara vocación de flexibilidad del tiempo de trabajo. Como sabemos, los convenios OIT insisten en la idea que los trabajadores «tienen derecho a un período de descanso de al menos 24 horas por cada período de siete días», lo cual contrasta, como sabemos, con la redacción del art. 37.1 ET, que permite ordenar el descanso semanal en períodos de dos semanas²⁷. Con todo, el Estado español adoptó esta medida en aplicación del artículo 4, que permite a los Estados introducir excepciones, previa consulta a las asociaciones calificadas de empleadores y de trabajadores. Asimismo, esta habilitación concurría con la facultad prevista en la legislación española, que permite al gobierno establecer ampliaciones o limitaciones de los descansos para los sectores y trabajos especiales (arts. 37.1 y 34.7 ET). Con todo, la CEACR solicitó al Gobierno español que indicara las medidas adoptadas o previstas para armonizar la legislación con el convenio, así como informar sobre las disposiciones relativas a los períodos de descansos compensatorios. Esta misma cuestión se plantearía en la CEACR, en relación al Convenio 106 OIT. En esta ocasión, siguiendo las observaciones de CCOO, la CEACR indicaba que el art. 37.1 ET venía a infringir las disposiciones del Convenio, que prevé un descanso de veinticuatro horas tras siete días de trabajo, entendiendo que el art. 37.1 sobrepasaba dicho límite, al ir más allá de lo previsto en el art. 6.1 del Convenio.

Igualmente, la CEACR se pronunciaba sobre la proyección del descanso semanal en el sector del comercio, en atención a la aplicación del Real

²⁶ Vid. la Observación de CEACR sobre el Convenio 14 OIT al Reino de España, Conferencia Internacional de Trabajo, 83^a Reunión, 1996.

²⁷ En relación a las consultas al CEACR recomendamos el análisis del trabajo de investigación de L.M. CAMPS RUIZ, *Los Convenios de la OIT sobre vacaciones y sobre descanso semanal*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social – Derecho Social Internacional y Comunitario*, 2014, n. 112, pp. 25 ss.

Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, relativo a las jornadas especiales de trabajo (RJE)²⁸. En relación a la acción del RD 1561/1995, de jornadas especiales, la CEACR instaba al gobierno a que adoptara las disposiciones que previeran la necesidad de conceder períodos de descanso en compensación a las suspensiones o disminuciones establecidas, en aplicación del art. 5 del Convenio 14 OIT. Otra de las cuestiones ligadas a la adaptación del descanso a las circunstancias sobrevenidas lo encontramos en la proyección del art. 41.1 del ET en materia de descanso semanal. Dichas modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo no pueden suponer aplicar sistemas especiales de descanso semanal, que incumplan la previsión de un descanso semanal ininterrumpido de veinticuatro horas²⁹.

En relación a la posibilidad de acumular el descanso semanal en períodos de dos semanas, el gobierno español ha mantenido una posición basada en las posibilidades que le ofrece el Derecho Social Europeo, a través de la aplicación de la Directiva 94/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, sobre tiempo de trabajo³⁰. Y ello a pesar de que su aplicación suponga un incumplimiento del Convenio 14 y 106 OIT sobre descanso semanal. Expresamente lo ha indicado la CEACR, al entender que «por consecuencia que no se garantice un día de descanso por semana, como lo dispone el Convenio». El gobierno español sostiene, por su parte, que el sistema previsto de un descanso semanal de tres días cada dos semanas es acorde a la Directiva 93/104/CE, que permite establecer un régimen de descanso que no exceda de 14 días a efectos del descanso semanal (art. 5). Con todo, la CEACR ha seguido analizando dicha cuestión desde la perspectiva de los Instrumentos 14 y 106 OIT, indicando que «si la Directiva mencionada autoriza recurrir a períodos de referencia de 14 días,

²⁸ *Vid.* la Observación de la CEACR sobre el Convenio 106 OIT al Reino de España, Conferencia Internacional de Trabajo, 89^a Reunión, 2000. Posteriormente en 2004, se volvió a plantear ante la CEACR una solicitud discutida en la Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2005, en relación al Convenio 106. La Observación de la CEACR se pronunciaba sobre una comunicación del sindicato UGT, que previamente fue comunicada al gobierno español y que no fue contestada formalmente. En este caso, el sindicato señalaba que en el sector del comercio y oficinas se realizaban horas continuadas prácticamente sin descanso compensatorio y se procedía a la acumulación del descanso en períodos de dos semanas.

²⁹ Si, a pesar de existir acuerdo colectivo o individual sobre la acumulación permanente del descanso, el empresario altera el régimen de descanso estaríamos en presencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET).

³⁰ La acumulación del descanso semanal se debe a una de las previsiones contenidas en la Directiva 93/104/CEE, cuyo art. 16 prevé que los Estados Miembros pueden establecer, en aplicación del art. 5 de la Directiva, un período de referencia de disfrute del descanso semanal que no exceda de catorce días.

el Convenio no los autoriza». Ciertamente, la regulación española contempla un régimen de descanso más flexible, pero en esencia, podemos destacar que la regla general prevista en el art. 37.1 ET es el descanso semanal, cabiendo la facultad de ordenar el descanso bisemanal. Y ello además se produciría en un sistema de descanso semanal legal mejorado sobre el previsto por el Convenio 14 y 106 OIT, al contemplar la legislación española un descanso de día y medio cada semana o tres días de asueto excepcionalmente cada dos semanas³¹. Ciertamente, en este caso estamos ante un problema que afecta a la dimensión cualitativa de la ordenación del tiempo de trabajo y de descanso. Con todo, debemos tener en cuenta que el propio Convenio 14 OIT contempla la posibilidad a los Estados de establecer excepciones, siempre que estas estén justificadas (art. 4).

11. Consideraciones sobre la vigencia y finalidad actual del Convenio 14 OIT

Actualmente, debemos reflexionar sobre la propia virtualidad del Convenio 14 OIT en el ámbito de las relaciones laborales actuales. Estamos viviendo un momento de crisis del modelo clásico del Derecho del Trabajo, donde proliferan nuevas formas de trabajo atípico que se están desarrollando más allá del contrato de trabajo. Incluso estamos asistiendo a una pérdida de protagonismo del sector industrial frente a nuevos sectores de trabajo, que en base a la tecnología apuestan por una decidida huida del Derecho del Trabajo. Se trata de un momento que afecta especialmente a la OIT, que en su centenario está debatiendo sobre el propio futuro del Derecho del Trabajo y, por ende, sobre la eficacia jurídica de las reglas internacionales del trabajo. Ciertamente, hemos comentado un instrumento tradicional, que se incardina en el propio nacimiento de la OIT. Desde el año 1921 se han producido muchos cambios en el ámbito de las relaciones laborales.

El modelo de descanso paradigmático en la industria sirvió en su momento de modelo para el conjunto de las relaciones laborales. En dicho contexto se produjo una fuerte tensión derivada de la lucha entre capital y trabajo, debido a los excesos de liberalismo y el capitalismo más

³¹ En ausencia de acuerdo en materia de acumulación, el cómputo bisemanal del descanso se puede aplicar en virtud de la decisión unilateral de la dirección de la empresa. En este supuesto, estaríamos en presencia de una facultad concedida por la legislación laboral al empresario con el fin de conseguir un rendimiento más eficaz de la empresa, así como una gestión flexible de sus recursos humanos.

ortodoxos. En gran medida los temas sociales centrales tienen carácter cílico y la misma lucha se plantea actualmente ante una renovada cuestión social. No cabe duda de que el Convenio 14 OIT sigue siendo plenamente vigente y la conquista de un descanso semanal de un día debe seguir siendo un derecho esencial de los trabajadores. Las fórmulas flexibles de trabajo están poniendo actualmente en cuestión dicho modelo de descanso. La gran pregunta es saber si podremos dar hoy una respuesta firme y decida a la tensión producida entre una flexibilidad laboral casi ilimitada y el derecho al descanso, como se consiguió en su momento con motivo de la aprobación del Convenio 14 de la OIT.

12. Bibliografía

- ALARCÓN CARACUEL M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, 1988
- ALFONSO MELLADO C.L., GARCÍA ORTEGA J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch, 1994
- ALFONSO MELLADO C.L., PEÑA OBIOL S., *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*, Tirant lo Blanch, 1996
- ALONSO OLEA M., *Contrato de trabajo y prácticas religiosas. El descanso semanal según la tradición del país*, en AA.VV., *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Tomo III. 1985*, Civitas, 1986
- CAMPS RUIZ L.M., *Los Convenios de la OIT sobre vacaciones y sobre descanso semanal*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social – Derecho Social Internacional y Comunitario*, 2014, n. 112
- CHARRO BAENA P., *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993
- DURÁN LÓPEZ F., *Ordenación del tiempo de trabajo*, en T. SALA FRANCO, A. MONTOYA MELGAR, F. DURÁN LÓPEZ, *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las dificultades del empresario*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J., *La jornada de trabajo: duración y distribución*, en *Social Mes a Mes*, 2000, n. 51
- GARCÍA NINET J.I., *Jornada*, en E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, 1982, tomo VII
- LÓPEZ AHUMADA J.E., *La gran reforma social de 1900. Filantropía y emergencia de las primeras leyes obreras*, Cinca, 2018

LÓPEZ AHUMADA J.E., *Problemas relativos al cómputo del descanso semanal y diario: una visión cualitativa del tiempo de descanso. Comentario a la SAN (Sala Social) de 19 de noviembre de 2008*, en *Aranzadi Social*, 2009, n. 22

LÓPEZ AHUMADA J.E., *Descansos laborales y tiempo de trabajo. Régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos*, Consejo Económico y Social, 2004

LÓPEZ AHUMADA J.E., *Evolución normativa de los descansos laborales: primer centenario de la promulgación de la Ley de Descanso Dominical de 1904*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004

MATÍA PRIM J., *Vacaciones anuales*, en E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *Comentarios a las leyes laborales*, Edersa, 1982, tomo VII

MEQUET G., *Vers une action internationale en faveur des loisirs des travailleurs*, en *Revue Internationale du Travail*, 1934, pp. 617-636

PODETTI H.A., *Descanso semanal y anual*, en N. DE BUEN LOZANO, E. MORGADO VALENZUELA (coords.), *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Universidad Nacional Autónoma de México, Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1997

RODRÍGUEZ PASTOR G., *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, 1999

RODRÍGUEZ PIÑERO M., *El trabajo en la Constitución*, en AA.VV., *Los trabajadores y la Constitución*, Cuadernos de Derecho del Trabajo, 1980, n. 4

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo 1925 (núm. 17)

Gloria Aurora DE LAS FUENTES LACAVEX*

RESUMEN: La Organización Internacional del Trabajo surgió en 1919, en la Parte XIII del Tratado de Versalles al concluir la Primera Guerra Mundial. México ingresó el 12 de septiembre de 1931. El propósito fue encontrar alternativas de paz, para humanizar el mundo del trabajo. Se han adoptado, de forma tripartita, 189 convenios que regulan diversas actividades laborales en el mundo. El Convenio 017 (Convenio sobre la indemnización por accidentes el trabajo, 1925), contiene disposiciones tendientes a garantizar a las víctimas de accidentes del trabajo o a sus beneficiarios, a recibir una indemnización; fue ratificado por México, el 12 de mayo de 1934. La normatividad federal vigente en México en relación a la regulación de accidentes del trabajo, de trabajadores públicos y privados, cumple con las disposiciones del Convenio 017.

Palabras clave: OIT, Convenio 017, México, normatividad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Organización Internacional del Trabajo. 2.1. Evolución histórica. 2.2. México en la OIT. 3. Normatividad que regula los accidentes de trabajo en México. 3.1. Normatividad laboral. 3.2. Normatividad burocrática. 3.3. Normatividad de seguridad social laboral. 3.4. Normatividad de seguridad social burocrática. 4. Convenio 017 de la OIT y la regulación federal de accidentes de trabajo en México. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Profesora de tiempo completo, Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales, campus Ensenada, Universidad Autónoma de Baja California.

Workmen's Compensation (Accidents) Convention 1925 (No. 17)

ABSTRACT: The International Labour Organization was founded in 1919, in the Treaty of Peace, Part XIII, at the conclusion of the First World War. Mexico joined on September 12, 1931. The purpose was to find peace alternatives, to humanize the world of work. 189 conventions have been adopted, in a tripartite form, that regulate various work activities in the world. C017 (Workmen's Compensation (Accidents) Convention, 1925), has been approved to ensure that workmen who suffer personal injury due to a work accident, or their dependents, shall be compensated. It was ratified by Mexico on May 12, 1934. The federal normativity in force in Mexico in relation to the regulation of work accidents, of public and private workers, comply with the provisions of Convention 017.

Key Words: ILO, Convention 017, Mexico, normativity.

1. Introducción

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) surgió después de la Primera Guerra Mundial en 1919. Tenía como propósito ofrecer a los Estados miembros de la Sociedad de las Naciones, acuerdos tripartitos que permitieran alcanzar un mejor nivel de vida de los trabajadores. México se adhirió a la OIT en 1931. A la fecha ha aprobado ochenta convenios.

El propósito de este artículo es determinar la correspondencia entre el Convenio 017 y la normatividad federal vigente en México, que regula los accidentes de trabajo, de trabajadores públicos y privados.

2. Organización Internacional del Trabajo

2.1. Evolución histórica

Los antecedentes de la OIT se ubican entre 1840 y 1853, cuando el industrial francés Daniel Le Grand se dirigió a los gobiernos de Reino Unido, Francia, Alemania y Suiza, instándolos a que elaboraran una ley internacional que protegiera a los trabajadores contra el trabajo excesivo a una edad demasiado temprana¹.

En 1900 se constituyó la Asociación Internacional de Legislación del Trabajo en Basilea, creando una Oficina Internacional del Trabajo encargada de recopilar, traducir y publicar los textos de las leyes laborales de distintos países. Esta Asociación convocó a dos conferencias, en 1905 y en 1906, en Berna, adoptándose en 1906 dos Convenios, uno, relativo al trabajo nocturno de mujeres en la industria y otro, referente a la prohibición del uso del fósforo blanco en la fabricación de cerillos. En septiembre de 1913 se convocó a la tercera conferencia, celebrada en Berna, celebrándose dos Convenios, uno para regular la jornada de trabajo de las mujeres y los menores y otro para prohibir el trabajo nocturno de los niños.

Al concluir la primera Guerra Mundial se reunieron en Leed, Inglaterra, sindicalistas de varias partes del mundo, bajo los auspicios de movimientos obreros franceses y británicos, de donde se derivó la propuesta de que se incluyeran en el Tratado de Paz, disposiciones referentes a jornada de trabajo, seguridad social y seguridad en el trabajo,

¹ Vid. SECRETARÍA DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, *Convenios de la OIT ratificados por México*, 1984, pp. 11-16.

solicitándose la creación de una comisión internacional tripartita que vigilara la aplicación de esas disposiciones y organizara conferencias internacionales para la creación de normas de trabajo.

En 1919 se llevó a cabo la Conferencia de la Paz y uno de sus primeros actos consistió en nombrar una Comisión de Legislación Internacional del Trabajo para que se presentaran proyectos que se incluirían en el Tratado de Paz.

Las bases para la fundación de la OIT se encuentran en la Parte XIII del Tratado de Versalles, con el cual se concluyeron las negociaciones de paz al terminar la Primera Guerra Mundial.

Entre la Primera y la Segunda Guerras Mundiales la OIT desarrolló actividades como institución independiente de la Sociedad de Naciones.

En 1946 la OIT pasó a ser el primer Organismo Especializado de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

La OIT realiza su trabajo a través de tres órganos fundamentales, la Conferencia Internacional del Trabajo, el Consejo de Administración y la Oficina, los cuales cuentan con representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores. El Consejo de Administración y la Oficina son asistidos en su labor por comisiones tripartitas que se encargan de los principales sectores económicos. Además reciben apoyo de los comités de expertos en materia de formación profesional, desarrollo de la capacidad administrativa, seguridad y salud en el trabajo, relaciones laborales, educación de los trabajadores y problemas específicos que afectan a las mujeres y a los jóvenes trabajadores². El proceso de elaboración de las normas de la OIT se desarrolla en tres etapas³: la primera es de naturaleza técnica y corresponde a la Oficina Internacional del Trabajo, La segunda es de naturaleza política y tiene lugar en el Consejo de Administración y a tercera es la tarea legislativa en el seno de la Conferencia Internacional del Trabajo.

El artículo 19 de la Constitución de la OIT establece las obligaciones de los miembros en cuanto a los Convenios y en cuanto a las Recomendaciones. La OIT ha aprobado a la fecha 190 convenios de los cuales, varios han sido retirados; tiene 8 convenios fundamentales y 4 de gobernanza⁴. Los restantes 177 convenios se denominan convenios técnicos. Se han aprobado 206 Recomendaciones.

² Vid. OIT, [Como funciona la OIT](#), en www.ilo.org (consultado el 16 marzo 2019).

³ Vid. A. BRONSTEIN, *Derecho Internacional del Trabajo*, Astrea, 2013, pp. 63-69.

⁴ Vid. OIT, [Convenios y recomendaciones](#), en www.ilo.org (consultado el 16 marzo 2019).

2.2. México en la OIT

México ingresó a la OIT el 12 de septiembre de 1931, adquiriendo las obligaciones y derechos de todos los miembros. Desde 1925 el Grupo de los Trabajadores presentó al Consejo de Administración la propuesta de invitar a México a ingresar a la OIT, sobre las bases aceptadas por otros países que no eran aún miembros de la Sociedad de Naciones. Sin embargo, este ingreso se produjo hasta después de que el país se incorporó a la Sociedad de Naciones. La participación de México en la OIT debe calificarse como muy activa. Ha sido miembro del Consejo de Administración en diversas ocasiones, ocupando también la presidencia de la misma. Presidió la 64 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo⁵.

El 5 de enero de 1955 la Oficina Internacional del Trabajo y el Gobierno de México, firmaron un acuerdo para el establecimiento de una Oficina en la Ciudad de México. En sus inicios, la Oficina con sede en México conducía también las acciones de la OIT en la República Dominicana y en Haití, de hecho, en su carta constitutiva explicitaba que era un Centro cuya esfera de acción abarcaría a «Méjico, las Repúblicas de la América Central y las localizadas en el área del Caribe, a las cuales, por conveniencias prácticas, podrán ser añadidas otras repúblicas». La Oficina en México fue la segunda que se instaló en América Latina, después de la de Brasil. La Oficina abrió sus puertas el 5 de febrero de 1955⁶. Actualmente esta Oficina brinda asistencia técnica a México y Cuba⁷.

Desde su constitución a la fecha, México ha aprobado ochenta convenios: los ocho convenios fundamentales, uno de los convenios de gobernanza, que es el Convenio 144, y 71 de los 177 Convenios técnicos. De estos convenios, sesenta y seis están en vigor; nueve han sido denunciados y uno ha sido abrogado.

3. Normatividad federal que regula los accidentes de trabajo en México

3.1. Normatividad laboral

La Constitución política vigente en el país se promulgó el 5 de febrero de

⁵ Vid. SECRETARÍA DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, *op. cit.*, p. 16.

⁶ Vid. OIT, [Historia de la oficina de la OIT en México](#), en www.ilo.org (consultado el 16 marzo 2019).

⁷ OIT, [Oficina de la OIT para México y Cuba](#), en www.ilo.org (consultado el 16 marzo 2019).

1917, después de la celebración del Congreso Constituyente en la ciudad de Querétaro, durante diciembre de 1916 y enero de 1917. De estos debates destacan los celebrados los días 12, 19 y 23 de diciembre de 1916, en los que se discutieron los asuntos relativos al trabajo, para ser elevados a rango constitucional, en el artículo 123, por primera vez en el mundo.

Con fundamento en lo dispuesto en este precepto constitucional, se expedieron en diversas entidades federativas leyes locales⁸, de las que son de mencionarse: Veracruz: ley de Cándido Aguilar, 1918; y Yucatán: ley de Felipe Carrillo Puerto, 1918, y ley de Álvaro Torres Díaz, 1926.

En 1929 se reformó la Constitución y se estableció en el artículo 73, fracción X, que sería facultad del Congreso de la Unión, legislar en materia de trabajo.

El 18 de agosto de 1931 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) la Ley Federal del Trabajo (LFT).

La LFT⁹ vigente, inició su vigencia el 1 de mayo de 1970. En el Título Noveno se regulan los riesgos de trabajo que son los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo.

3.2. Normatividad burocrática

En relación a que, si el constituyente de Querétaro consideró o no a los miembros del servicio civil al momento de los debates sobre este precepto constitucional, existen dos teorías opuestas. La primera sostiene que el texto originario, al referirse a los sujetos del Derecho del Trabajo llamados “empleados”, incluyó tanto a los empleados particulares como a los del Estado, en sus tres niveles de gobierno¹⁰. La segunda sostiene que las relaciones laborales de los trabajadores al servicio del Estado, incluyendo a los que prestaban servicios a los gobiernos estatales y municipales, escaparon al espíritu visionario del Constituyente de 1917, porque no era un grupo socialmente significativo, sino que fueron algunas de las legislaturas locales las que se ocuparon de ello, como fueron Veracruz y Yucatán en 1918, Chihuahua en 1922, Tabasco en 1926, Chiapas en 1927 y Aguascalientes en 1928¹¹.

⁸ M. DE LA CUEVA, *Derecho Mexicano el Trabajo*, Porrúa, 1961, p. 129.

⁹ DOF 1 de abril de 1970, reformada en 32 ocasiones, la más reciente del 2 de julio de 2019.

¹⁰ A. TRUEBA URBINA, *Nuevo Derecho del Trabajo*, Porrúa, 1972, p. 177.

¹¹ J. DÁVALOS MORALES, *Los Trabajadores al Servicio de los Gobiernos de los Estados y de los Municipios dentro de los Beneficios Mínimos del Artículo 123*, en *Estudios Municipales*, 1985, n. 5,

El Presidente Pascual Ortiz Rubio, en el último informe de gobierno, el 1º de septiembre de 1932, manifestó «que se formuló la Ley de Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Agrarios, para sancionar toda burla a los derechos legítimos de los pueblos a las tierras y todo exceso ilícito que lesione al propietario de tierras, que legalmente no puedan afectarse»¹².

La necesidad de uniformar la legislación en materia de trabajo en todo el país, llevó a reformar el texto constitucional, publicada en el DOF del 6 de septiembre de 1929, modificándose los artículos 73, fracción X y 123, en el párrafo introductorio. Desde esta fecha, es facultad del Congreso de la Unión expedir la ley del trabajo¹³.

El 18 de agosto de 1931 se expidió la Ley Federal del Trabajo (LFT). El artículo segundo establecía: «Las relaciones entre el Estado y sus servidores se regirán por las leyes del servicio civil que se expidan». La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sostuvo en esa misma época este criterio, al dictar diversas ejecutorias determinando que «los empleados públicos no estaban ligados con el Estado por un contrato de trabajo y, por lo tanto, no gozaban de las prerrogativas del Artículo 123 de la Constitución».

El 5 de diciembre de 1960 se publicó en el DOF una reforma al Artículo 123 constitucional, en la que se adicionaba al mismo un Apartado B, que regula las relaciones de trabajo entre los Poderes de la Unión, los gobiernos del Distrito¹⁴ y Territorios¹⁵ Federales y sus trabajadores.

La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado reglamentaria del Apartado B del Artículo 123 Constitucional¹⁶ (LFTSE) dispone en el artículo 1, que las relaciones de subordinación entre los titulares y trabajadores de las dependencias de los Poderes de la Unión, del Gobierno del Distrito Federal, hoy Ciudad de México, y diversas instituciones que se enumeran.

El pleno de la SCJN, resolvió por jurisprudencia¹⁷ que la inclusión en el numeral 1 de la LFTSE de organismos descentralizados de carácter federal, es inconstitucional, por lo que su regulación debe ser por el

p. 57.

¹² J. CHANES NIETO, *Modernización Administrativa y Ley de Responsabilidades*, en AA.Vv., *Servidores Públicos y sus Nuevas Responsabilidades*, INAP, 1984, p. 48.

¹³ M. DE LA CUEVA, *op. cit.*, p. 140.

¹⁴ Actualmente Ciudad de México.

¹⁵ Actualmente no existen territorios federales, se trata de estados de la república.

¹⁶ DOF 28 de diciembre de 1963, reformada en 22 ocasiones, la más reciente del 1 de mayo de 2019.

¹⁷ Tesis P./J. 1/96, Pleno, Registro 200199, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta – Novena Época*, febrero 1996, tomo III, p. 52.

Apartado A.

Los artículos 115, fracción VIII y 116, fracción VI constitucionales, disponen que las relaciones de trabajo, entre los municipios y sus trabajadores y las relaciones de trabajo entre los estados y sus trabajadores, respectivamente, se regirán por las leyes que expidan las legislaturas de los estados con base en lo dispuesto en el Artículo 123 de la Constitución, y sus disposiciones reglamentarias. Por lo anterior, la normatividad burocrática local se integra por 31 ordenamientos jurídicos, además de la LFTSE.

La LFTSE regula en el Título Quinto los riesgos de trabajo, disponiendo que los riesgos profesionales y las enfermedades no profesionales, que sufran los trabajadores se rigen por las disposiciones de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (LISSSTE) y de la LFT, en su caso.

3.3. Normatividad de seguridad social laboral

El 6 de septiembre de 1929, se reformó también el artículo 123 constitucional, disponiéndose en la fracción XXIX, que se consideraba de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social (LSS), misma que debería comprender, entre otros, seguros referentes a accidentes.

Los trabajadores, sujetos a una relación jurídica de subordinación, regulada por la LFT deben ser inscritos por sus patrones, de forma obligatoria, en el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS). Actualmente también los que laboran en organismos descentralizados de los tres niveles de gobierno¹⁸.

La primera LSS se expidió el 10 de enero de 1943. En el capítulo III, regula los riesgos de trabajo, que comprendían los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

La LSS actual¹⁹, inició su vigencia el 1 de julio de 1997. En el Capítulo II, del Título Segundo, se regulan los riesgos de trabajo, que comprenden los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ DOF del 21 de diciembre de 1995, reformada en 20 ocasiones, la más reciente del 2 de julio de 2019.

3.4. Normatividad de seguridad social burocrática

Al adicionararse al texto construccional el Apartado B del Artículo 123, en la fracción XI se estableció que la seguridad social debía, entre otros, cubrir accidentes y enfermedades profesionales.

La primera Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del estado (LISSSTE) se publicó en el DOF del 30 de diciembre de 1959.

La segunda LISSSTE se publicó en el DOF del 27 de diciembre de 1983, iniciando vigencia el 1 de enero de 1984. Abrogó la ley de 1959. En el capítulo IV, de la Sección Segunda, del Título Segundo, se regulan los riesgos de trabajo que comprenden los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en el ejercicio o con motivo del trabajo.

La LISSSTE actual²⁰, inició su vigencia el 23 de junio de 2007. Los riesgos de trabajo, que son los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en el ejercicio o con motivo del trabajo, se regulan en el Capítulo V, del Título Segundo.

4. Convenio 017 de la OIT y la regulación federal de accidentes de trabajo en México

El Convenio 017 (Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo), fue adoptado el 10 de junio de 1925, en la séptima reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), celebrada en Ginebra. Este convenio fue ratificado por México el 12 de mayo de 1974.

El artículo 1 del Convenio establece que todo miembro de la OIT que lo ratifique, se obliga a garantizar a las víctimas de accidentes del trabajo, o a sus derechohabientes, una indemnización cuyas condiciones deben ser por lo menos iguales a las previstas en el mismo.

En México, en la normatividad federal vigente, en materia de seguridad social, se contienen disposiciones que regulan las prestaciones en dinero y en especie a que tienen derecho los trabajadores que, en el ejercicio de su trabajo, sufran un accidente de trabajo.

El artículo 2.1. del Convenio dispone que la legislación sobre la indemnización por accidentes del trabajo, debe aplicarse a trabajadores públicos o privados.

La Ley del ISSSTE, aplicable a trabajadores públicos, regula prestaciones

²⁰ DOF del 31 de marzo de 2017, reformada en 8 ocasiones, la más reciente del 4 de junio de 2019.

para los que llegaran a sufrir un accidente de trabajo.

En el mismo sentido, la LSS, aplicable a trabajadores privados y a trabajadores de organismos federales descentralizados²¹, regula los derechos que tienen los trabajadores que sufren un accidente de trabajo.

El artículo 2.2 del Convenio señala las excepciones.

Por lo que toca al inciso (a), si se trata de trabajadores contratados en la modalidad de subcontratación, la empresa contratante debe cerciorarse que la contratista cumple con las disposiciones relativas a seguridad social, según se establece en el numeral 15C de la LFT.

En el caso del inciso (b), los trabajadores a domicilio, que se regulan en la LFT, artículos 311 a 330, son considerados trabajadores, y por lo tanto el patrón tiene obligación de inscribirlos en el IMSS.

Por lo que se refiere al inciso (c), la industria familiar se regula en la LFT, artículos 351 a 353. El numeral 352 establece que no se aplican a los talleres familiares las disposiciones de esta Ley, con excepción de las normas relativas a higiene y seguridad. Este numeral debe interpretarse que se refiere a las normas que en esta temática contiene la LFT y no como obligación de inscripción al IMSS.

En relación al inciso (d), en México todos los trabajadores, públicos y privados, son sujetos de aseguramiento. Existen límites por lo que hace al monto del salario en el aseguramiento, que varía según la ley aplicable.

El Convenio en el artículo 3, señala que no se aplica a gente de mar, ni a pescadores o a trabajadores regulados por un régimen especial equivalente.

En México, la LFT regula a los trabajadores de los buques, artículos 187 a 214, que se consideran gente de mar; a pesar de la excepción del convenio, al existir una relación de trabajo, deben ser asegurados en el IMSS.

No se incluyen expresamente los pescadores. Si la actividad pesquera se realiza en forma independiente, los pescadores no serán sujetos del convenio. Si la actividad pesquera se realiza bajo un contrato de trabajo, son asegurables en el IMSS y, por lo tanto, sujetos del convenio.

El artículo 4 del convenio establece que no se aplica a la agricultura, para la cual se aplica el Convenio 012 (Convenio sobre la indemnización de accidentes de trabajo (agricultura), 1921). Este convenio fue ratificado por México el 12 de noviembre de 1937.

Independientemente de lo anterior, la LFT, regula el trabajo del campo, artículos 279 a 284, por lo que, al existir relación de trabajo, son sujetos de aseguramiento en el IMSS, y, por ende, le debe beneficiar este convenio.

El Convenio indica, en el artículo 5, que las indemnizaciones debidas en

²¹ *Vid.* Tesis P./J. 1/96, cit.

caso de accidente seguido de defunción, o en caso de accidente que cause una incapacidad permanente, se debe pagar a la víctima o a sus beneficiarios en forma de renta.

Por lo que hace a trabajadores privados, la LSS establece las prestaciones en dinero a que tienen derecho los trabajadores que sufren un accidente de trabajo, artículos 58 a 67.

Al declararse la incapacidad permanente total, el asegurado recibe una pensión mensual definitiva, equivalente al setenta por ciento del salario en que estuviera cotizando. Si el accidente trae como consecuencia la muerte del asegurado, los beneficiarios pueden ser: la viuda, a la que se le otorga una pensión equivalente al cuarenta y cinco por ciento de la que le hubiera correspondido al asegurado, tratándose de incapacidad permanente total. A falta de esposa, tiene derecho a recibir la pensión la concubina. Si al morir el asegurado, tuviera varias parejas, ninguna de ellas gozara de la pensión. Por lo que hace al viudo o concubinario, la LSS dispone que tienen derecho a la pensión de viudez, si dependían económicamente de la asegurada fallecida.

La Segunda Sala de la SCJN dictó jurisprudencia en la que establece que la condición que se contiene en el artículo 130 de la LSS, relativo a la pensión de viudez por invalidez, que condiciona la dependencia económica del viudo o concubinario de la asegurada fallecida para su otorgamiento, es constitucional²². Esta jurisprudencia debe ser aplicable también a la misma hipótesis de la pensión de viudez, derivada de un accidente de trabajo.

Cada uno de los huérfanos, que lo sean de padre o madre, que se encuentren totalmente incapacitados, se les otorga una pensión equivalente al veinte por ciento de la que le hubiera correspondido al asegurado, tratándose de incapacidad permanente total, misma que se extingue al recuperar el huérfano su capacidad para el trabajo.

Cada uno de los huérfanos, que lo sean de padre o madre, menores de dieciséis años, se les otorga una pensión equivalente al veinte por ciento de la que le hubiere correspondido al asegurado, tratándose de incapacidad permanente total, misma que se extingue cuando cumpla dieciséis años; esta pensión puede extenderse hasta los veinticinco años, si el huérfano se encuentra estudiando en planteles del sistema educativo nacional.

En el caso de que posteriormente falleciere el otro progenitor, la pensión de orfandad se incrementara al treinta por ciento.

²² Tesis 2a./J. 132/2009, Segunda Sala, Registro 166338, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta – Novena Época*, septiembre 2009, tomo XXX, p. 643.

Si al momento del fallecimiento, los huérfanos, en cualquiera de las hipótesis indicadas, lo fueran de padre y madre, recibirán una pensión equivalente al treinta por ciento de la que le hubiere correspondido al asegurado, tratándose de incapacidad permanente total.

A falta de viuda o viudo, huérfanos, concubina o concubinario, con derecho a pensión, la misma se asigna a cada uno de los ascendientes que dependían económicamente del trabajador fallecido, equivalente al veinte por ciento de la que le hubiere correspondido al asegurado, tratándose de incapacidad permanente total.

El total de las pensiones atribuidas a las personas señaladas, en caso de fallecimiento del asegurado, no debe exceder de la que correspondería a éste si hubiese sufrido incapacidad permanente total. En caso de exceso, se reducen proporcionalmente cada una de las pensiones.

La LISSSTE, en el numeral 62 establece que, al ser declarada una incapacidad temporal, se debe otorgar licencia con goce del cien por ciento del sueldo, cuando el riesgo del trabajo imposibilite al trabajador para desempeñar sus labores. El pago debe hacerse desde el primer día de incapacidad. Al ser declarada una incapacidad total, se concede al incapacitado una pensión vigente hasta que cumpla sesenta y cinco años, mediante la contratación de un Seguro de Pensión que le otorgue una renta, igual al sueldo básico que venía disfrutando el trabajador al presentarse el riesgo, cualquiera que sea el tiempo que hubiere estado en funciones. La cuantía de este beneficio será hasta por un monto máximo de diez veces el salario mínimo.

Terminada la vigencia del contrato de Seguro de Pensión, el trabajador que reúna los requisitos correspondientes tendrá derecho a recibir su pensión de vejez. El trabajador que no reúna los requisitos correspondientes recibirá la pensión garantizada.

Cuando el trabajador fallezca a consecuencia de un riesgo del trabajo, de conformidad con el numeral 67, los familiares señalados en la sección de pensión por causa de muerte del seguro de invalidez y vida en el orden que establece, gozarán de una pensión equivalente al cien por ciento del sueldo básico que hubiese percibido el trabajador en el momento de ocurrir el fallecimiento o la desaparición y la misma gratificación anual que le hubiere correspondido al trabajador como pensionado por riesgos del trabajo. En este caso, el Instituto cubrirá el Monto Constitutivo a la Aseguradora, con cargo al cual se pagará la pensión a los familiares Derechohabientes.

El numeral 131 establece el orden para gozar de las pensiones por los familiares Derechohabientes será el cónyuge supérstite sólo si no hay hijos o en concurrencia con éstos si los hay y son menores de dieciocho años o

que no sean menores de dieciocho años, pero estén incapacitados o imposibilitados parcial o totalmente para trabajar; o bien hasta veinticinco años previa comprobación de que están realizando estudios de nivel medio o superior de cualquier rama del conocimiento en planteles oficiales o reconocidos y que no tengan trabajo.

A falta de cónyuge, la concubina o concubinario solo o en concurrencia con los hijos o éstos solos cuando reúnan las condiciones señaladas, siempre que la concubina hubiere tenido hijos con el trabajador o pensionado o el concubinario con la trabajadora o pensionada, o vivido en su compañía durante los cinco años que precedieron a su muerte y ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el trabajador o pensionado tuviere varias concubinas o la trabajadora o pensionada tuviere varios concubinarios, ninguno tendrá derecho a pensión.

A falta de cónyuge, hijos, concubina o concubinario la pensión se entregará a la madre o padre conjunta o separadamente y a falta de éstos a los demás ascendientes, en caso de que hubiesen dependido económicamente del trabajador o pensionado.

Los hijos adoptivos sólo tendrán derecho a la pensión por orfandad, cuando la adopción se haya hecho por el trabajador o pensionado antes de haber cumplido cincuenta y cinco años de edad.

El artículo 6 del Convenio dispone que en caso de incapacidad la indemnización debe concederse a más tardar a partir del quinto día después del accidente.

La LSS establece en el artículo 60 que, en el caso de incapacidad temporal, el pago de los subsidios se hace por períodos vencidos no mayores de siete días.

Al declararse la incapacidad permanente total, la pensión, el seguro de sobrevivencia y las prestaciones económicas se otorgan al asegurado por la institución de seguros que éste elija, en términos de las disposiciones de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro²³. El cálculo de las prestaciones se realiza desde el día en que hubiere sucedido el accidente.

El numeral 62 de la LISSSTE establece que, en caso de riesgo del trabajo, el trabajador tendrá derecho a las siguientes prestaciones en dinero.

Al ser declarada una incapacidad temporal, se debe otorgar licencia con goce del cien por ciento del sueldo, cuando el riesgo del trabajo imposibilite al trabajador para desempeñar sus labores. El pago se hace desde el primer día de incapacidad y es cubierto por las Dependencias o

²³ DOF del 23 de mayo de 1996, reformada en trece ocasiones, la más reciente del 10 de enero de 2014.

Entidades hasta que termine la incapacidad cuando ésta sea temporal, o bien hasta que se declare la incapacidad permanente del trabajador.

Al ser declarada una incapacidad parcial, se concede al incapacitado una pensión calculada conforme a la tabla de valuación de incapacidades de la LFT, atendiendo al sueldo básico que percibía el trabajador al ocurrir el riesgo y los aumentos posteriores que correspondan al empleo que desempeñaba hasta determinarse la pensión. Esta pensión se paga mediante la contratación de un seguro de pensión que le otorgue una renta.

Al ser declarada una incapacidad total, se concede al incapacitado una pensión vigente hasta que cumpla sesenta y cinco años, mediante la contratación de un seguro de pensión que le otorgue una renta, igual al sueldo básico que venía disfrutando el trabajador al presentarse el riesgo, cualquiera que sea el tiempo que hubiere estado en funciones. La cuantía de este beneficio es hasta por un monto máximo de diez veces el salario mínimo.

El Convenio dispone en el artículo 7 que se debe conceder una indemnización suplementaria a las víctimas de accidentes que queden incapacitadas y necesiten la asistencia constante de otra persona.

El numeral 59 de la LSS establece que la pensión que se otorga en el caso de incapacidad permanente total, debe ser siempre superior a la que le correspondería al asegurado por invalidez, y debe comprender en todos los casos, las asignaciones familiares y la ayuda asistencial, así como cualquier otra prestación en dinero a que tenga derecho.

La LISSSTE dispone en el numeral 61, fracción III, que la pensión que corresponde a una incapacidad permanente total, se determina, por lo que corresponde a su monto, que al ser declarada una incapacidad total, se concede al incapacitado una pensión vigente hasta que cumpla sesenta y cinco años, mediante la contratación de un seguro de pensión que le otorgue una renta, igual al sueldo básico que venía disfrutando el trabajador al presentarse el riesgo, cualquiera que sea el tiempo que hubiere estado en funciones. La cuantía de este beneficio será hasta por un monto máximo de diez veces el salario mínimo. En este monto, debe considerarse incluida la ayuda asistencial.

El artículo 8 del Convenio indica que las legislaciones nacionales deben establecer las medidas de control y los procedimientos para la revisión de las indemnizaciones que se estimen necesarios.

La LSS dispone en el numeral 61 que, al declararse la incapacidad permanente, sea parcial o total, se concede al trabajador asegurado la pensión que le corresponde, con carácter provisional, por un período de adaptación de dos años. Durante ese período de dos años, en cualquier

momento el IMSS puede ordenar y, por su parte, el trabajador asegurado tiene derecho a solicitar la revisión de la incapacidad con el fin de modificar la cuantía de la pensión. Transcurrido el período de adaptación, se otorga la pensión definitiva.

El numeral 65 de la LISSSTE señala que los trabajadores que soliciten pensión por riesgos del trabajo y los pensionados por la misma causa, están obligados a someterse a los reconocimientos y tratamientos que el Instituto les prescriba y proporcione en cualquier tiempo, con el fin de aumentar o en su caso disminuir su cuantía y en su caso revocar la misma en virtud del estado físico que goce el pensionista, así como a las investigaciones y evaluaciones necesarias para verificar la vigencia de sus derechos por este concepto y, en caso de no hacerlo, no se tramitará su solicitud o se le suspenderá el goce de la Pensión.

El Convenio establece en el numeral 9 que las víctimas de accidentes del trabajo tienen derecho a la asistencia médica y a la asistencia quirúrgica y farmacéutica que se considere necesaria a consecuencia de los accidentes.

La LSS establece en el numeral 56 que el asegurado que sufra un riesgo de trabajo tiene derecho a las siguientes prestaciones en especie: asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica; servicio de hospitalización; aparatos de prótesis y ortopedia, y rehabilitación.

La LISSSTE establece en el numeral 61 que el trabajador que sufra un riesgo del trabajo tiene derecho a las siguientes prestaciones en especie: diagnóstico, asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica; servicio de hospitalización; aparatos de prótesis y ortopedia, y rehabilitación.

El numeral 10.1 del Convenio señala que las víctimas de accidentes del trabajo tienen derecho al suministro y a la renovación normal, de los aparatos de prótesis y de ortopedia cuyo uso se considere necesario.

El derecho de los asegurados que sufren un accidente de trabajo la prestación en especie de aparatos de prótesis y ortopedia, se contiene en el artículo 56 de la LFT.

El derecho de los asegurados que sufren un accidente de trabajo la prestación en especie de aparatos de prótesis y ortopedia, se contiene en el artículo 61 de la LISSSTE.

El Numeral 10.2 del Convenio señala que las legislaciones nacionales deben establecer, en lo que se refiere a la renovación de los aparatos, las medidas de control necesarias.

La LSS establece en el numeral 61, la posibilidad de que en tanto la incapacidad que se hubiere determinado, durante los dos años que tenga el carácter de provisional, el pensionado o el IMSS tienen derecho a solicitar la revisión de la calificación de la incapacidad. En su caso, esa revisión puede resultar que se entreguen otros o nuevos aparatos de prótesis al

incapacitado.

La LISSSTE dispone en el numeral 65 que los trabajadores que soliciten pensión por riesgos del trabajo y los pensionados por la misma causa, están obligados a someterse a los reconocimientos y tratamientos que el Instituto les prescriba y proporcione en cualquier tiempo, con el fin de aumentar o en su caso disminuir su cuantía y en su caso revocar la misma en virtud del estado físico que goce el pensionista, así como a las investigaciones y evaluaciones necesarias para verificar la vigencia de sus derechos por este concepto y, en caso de no hacerlo, no se tramitará su solicitud o se le suspenderá el goce de la pensión.

La suspensión del pago de la pensión sólo requiere que el Instituto lo solicite por escrito a la Aseguradora correspondiente.

El pago de la Pensión o la tramitación de la solicitud se reanuda a partir de la fecha en que el Pensionado se someta al tratamiento médico, sin que haya lugar, en el primer caso, al reintegro de las prestaciones que dejó de percibir durante el tiempo que haya durado la suspensión. Asimismo, el Instituto solicitará a la Aseguradora que esté pagando la Renta contratada por el Pensionado, la devolución de la Reserva del Seguro de Pensión, correspondiente al plazo que dure la suspensión.

El artículo 11 del Convenio establece que las legislaciones nacionales deben establecer las disposiciones que, de acuerdo con las condiciones particulares de cada país, sean más adecuadas para garantizar, en toda circunstancia, el pago de la indemnización a las víctimas de accidentes y a sus beneficiarios, y para garantizarlos contra la insolvencia del empleador o del asegurador.

En el caso de México, por su propia naturaleza, como organismos públicos descentralizados de seguridad social de la administración pública federal, tanto el IMSS como el ISSSTE son solventes. Suponiendo que se presentara alguna contingencia que impidiera el cumplimiento de sus obligaciones, el gobierno federal queda obligado a cumplirlas.

Los artículos 12 a 19 del Convenio determinan las formalidades para la ratificación, vigencia y aplicación del mismo. Disponen también procedimientos para su revisión o modificación y establecen la autenticidad de las versiones inglesa y francesa del mismo.

5. Conclusiones

La Organización Internacional del Trabajo surgió en 1919, al concluir la primera Guerra Mundial, teniendo como propósito ofrecer a los Estados miembros de la Sociedad de las naciones, acuerdos tripartitos en virtud de

los cuales fuera posible alcanzar para los trabajadores un mejor nivel de vida. México se adhirió en 1931 y a la fecha ha aprobado ochenta convenios.

En México, la normatividad que regula las relaciones de subordinación tiene su fundamento constitucional en el artículo 123, apartados A y B, de donde surge el Derecho del Trabajo y el Derecho Burocrático.

La Ley Federal del Trabajo, de 1970, que se aplica a las relaciones jurídicas entre los trabajadores y los patrones de la iniciativa privada o los patrones que sean organismos descentralizados de carácter federal. Este ordenamiento regula en el Título Noveno los riesgos de trabajo que son los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo de su trabajo.

La normatividad de seguridad social laboral es la Ley del Seguro Social, siendo la vigente de 1997. En el Título Segundo, Capítulo II, regula los riesgos de trabajo, que comprenden los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, de 1963, regula las relaciones jurídicas entre burócratas y las dependencias de los Poderes de la Unión y de la Ciudad de México.

Este ordenamiento establece en el Título Quinto que los riesgos profesionales y las enfermedades no profesionales que sufren los trabajadores, se rigen por las dispociones de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

La normatividad de seguridad social burocrática es la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, siendo la vigente de 2007. Regula en el Título Segundo, Capítulo V, los riesgos de trabajo, que son los accidentes de trabajo y las enfermedades a las que están expuestos los trabajadores en el ejercicio o con motivo del trabajo.

El Convenio 017 (Convenio sobre indemnización por accidentes del trabajo), fue adoptado en 1925. Fue ratificado por México en 1974.

La normatividad la laboral y burocrática en México, cumplen con los dispuesto en el Convenio 017. Algunas de esta norma fueron expedidas aun antes de la ratificación del Convenio en cita, pero desde el inicio de su vigencia regularon los riesgos de trabajo, comprendiendo los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

En los cuatro ordenamientos jurídicos citados se encuentran disposiciones que protegen a todos los trabajadores en general y a todos los burócratas federales, a diversos grupos de trabajadores en específico, así como las prestaciones en dinero y en especie a que tienen derecho, estos trabajadores directamente o sus beneficiarios.

Entre las prestaciones en dinero se regulan subsidios por incapacidad

temporal y pensiones por incapacidad permanente, total o parcial. Entre las prestaciones en especie se regulan diagnósticos; asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica; servicio de hospitalización; aparatos de prótesis y ortopedia; y rehabilitación. Se protege a los trabajadores contratados en la modalidad de subcontratación, a los trabajadores a domicilio, a la industria familiar, a los trabajadores del campo. Se protege también a la esposa, a la concubina, a los huérfanos, a los ascendientes, para el caso de fallecimiento del asegurado. El Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, son organismos públicos de seguridad social descentralizados de la administración pública federal. Por su propia naturaleza son solventes. Si se presentara alguna contingencia que impidiera el cumplimiento de sus obligaciones con sus derechohabientes, es decir, con los asegurados y los beneficiarios, el gobierno federal queda obligado a cumplirlas. Por lo anteriormente expuesto, es de concluirse que la normatividad laboral y burocrática federal mexicana en materia de accidentes de trabajo cumple con el Convenio 017 de la OIT.

6. Bibliografía

- BRONSTEIN A., *Derecho Internacional del Trabajo*, Astrea, 2013
- CHANES NIETO J., *Modernización Administrativa y Ley de Responsabilidades*, en AA.VV., *Servidores Públicos y sus Nuevas Responsabilidades*, INAP, 1984
- DÁVALOS MORALES J., *Los Trabajadores al Servicio de los Gobiernos de los Estados y de los Municipios dentro de los Beneficios Mínimos del Artículo 123*, en *Estudios Municipales*, 1985, n. 5
- DE LA CUEVA M., *Derecho Mexicano el Trabajo*, Porrúa, 1961
- OIT, [Como funciona la OIT](#), en www.ilo.org (consultado el 16 marzo 2019)
- OIT, [Convenios y recomendaciones](#), en www.ilo.org (consultado el 16 marzo 2019)
- OIT, [Historia de la oficina de la OIT en México](#), en www.ilo.org (consultado el 16 marzo 2019)
- OIT, [Oficina de la OIT para México y Cuba](#), en www.ilo.org (consultado el 16 marzo 2019)
- OIT, [Ratificaciones de México](#), en www.ilo.org (consultado el 16 marzo 2019)

SECRETARÍA DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, *Convenios de la OIT ratificados por México, 1984*

TRUEBA URBINA A., *Nuevo Derecho del Trabajo*, Porrúa, 1972

Textos legales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado

Ley del Seguro Social

Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del Apartado B del Artículo 123 Constitucional

Ley Federal del Trabajo

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo 1925 (núm. 17)

Concepción MORALES VÁLLEZ*

RESUMEN: El objeto del presente estudio es el Convenio de la OIT sobre la prevención de accidentes industriales mayores del año 1993, Convenio que hasta la fecha no ha sido ratificado por España, no obstante lo cual en nuestro marco normativo nacional y supranacional, hemos de señalar que si existe un importante marco legal en materia de prevención de accidentes industriales mayores, como después veremos. Los accidentes industriales mayores trascienden los límites de las empresas en los que acontecen y tienen una especial repercusión en el entorno en el que acontecen, ya sea por la gravedad de sus consecuencias, ya sea por el elevado número de víctimas, de heridos, de pérdidas materiales y, en fin, de los graves y en muchos casos irreparables daños al medio ambiente que ocasionan. Creemos necesario abordar la materia de una manera objetiva, pero sin olvidar la necesidad de adoptar un enfoque global y coherente, que nos permita alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible (ODS), y en particular los relativos a combatir el cambio climático y a la defensa del medio ambiente¹. Los accidentes industriales mayores no son muy frecuentes², pero su impacto social y medioambiental sí que lo es, de modo que se hace necesaria la implementación de un conjunto de herramientas de carácter preventivo, informativo, formativo, de control y de sanción en la materia, con el objeto de eliminar el riesgo de acaecimiento de un accidente industrial mayor, o en su caso, de minimizar los efectos devastadores que para el entorno ocasionan.

Palabras clave: Accidente, prevención, minimizar riesgos, minimizar consecuencias, salud humana y protección del medio ambiente.

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos.

¹ En 2015, la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, agenda que cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

² Cfr. [Los ejemplos históricos de accidentes graves](#), disponible en página web a 12/08/2019.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Campo de aplicación y definiciones. 3. Principios generales. 4. Responsabilidad de los empleadores. 4.1. Proceso de identificación y notificación. 4.2. El plan de riesgos de accidentes mayores. 4.3. El informe de seguridad. 4.4. El informe de accidente. 5. Responsabilidad de las Autoridades competentes. 5.1. Planes de emergencia fuera de la instalación. 5.2. Emplazamiento de las instalaciones expuestas a riesgos de accidentes mayores. 5.3. Procedimiento de inspección. 6. Derechos y obligaciones de los trabajadores y de sus representantes. 7. Responsabilidad de los países exportadores. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

Workmen's Compensation (Accidents) Convention 1925 (No. 17)

ABSTRACT: The purpose of this study is the ILO Convention on the prevention of major industrial accidents of 1993, an agreement that has not been ratified to date by Spain, despite which in our national and supranational regulatory framework, we must point out that if there is an important legal framework for the prevention of major industrial accidents, as we will see later. Major industrial accidents transcend the boundaries of the companies in which they occur and have a special impact on the environment in which they occur, either because of the seriousness of their consequences, or because of the high number of victims, injuries, losses materials and, in short, the serious and in many cases irreparable damage to the environment they cause. We believe it is necessary to address the matter in an objective manner, but without forgetting the need to adopt a comprehensive and coherent approach, which allows us to achieve the objectives of sustainable development (SDGs), and in particular those related to combating climate change and defending environment³. Major industrial accidents are not very frequent⁴, but their social and environmental impact is, so that it is necessary to implement a set of tools of a preventive, informative, formative, control and sanction nature, in order to eliminate the risk of a major industrial accident, or, where appropriate, to minimize its devastating effects that the environment causes.

Key Words: Accident, prevention, minimize risks, minimize consequences, human health and environmental protection.

³ In 2015, the UN approved the 2030 Agenda on Sustainable Development, an agenda that has 17 Sustainable Development Goals (SDG).

⁴ Cfr. [Historical examples of serious accidents](#), available on website 12/08/2019.

1. Introducción

El Convenio cuyo análisis nos ocupa es el nº 174, sobre la prevención de accidentes industriales mayores⁵, y parte del Repertorio de recomendaciones prácticas para la prevención de accidentes industriales mayores publicado por la OIT el 1 de enero de 1991⁶.

El objeto del Convenio es:

- 1.-Prevenir los accidentes mayores.
- 2.-Reducir al mínimo los riesgos de accidentes mayores.
- 3.- Reducir al mínimo las consecuencias de esos accidentes mayores.

No podemos obviar que las causas que se sitúan en el origen o detonante de su acaecimiento son exógenas, de modo que pueden existir errores en la organización y en la ejecución, errores humanos, averías o deficiencias del material utilizado o de alguno de sus componentes, desviaciones respecto de las condiciones normales de funcionamiento, injerencias externas e incluso los fenómenos naturales pueden estar en la base del acontecimiento imprevisto e imprevisible.

Creemos necesario hacer una breve referencia al *Programa Internacional de Seguridad en las Sustancias Químicas* (IPCS)⁷. Este programa articula una actividad conjunta de la OMS, la OIT y el PNUMA⁸ bajo la administración de la OMS, que se estableció en 1980 a raíz de la adopción de las resoluciones WHA30.47⁹, WHA31.28¹⁰ y EB63.R19¹¹.

El objetivo inicial del citado Programa era el de proporcionar información científica evaluada internacionalmente en la que los Estados miembros pudieran basar sus medidas de seguridad química para la protección de la salud humana y del medio ambiente.

⁵ La fecha de entrada en vigor lo fue el 03/01/1997, y aún no ha sido ratificado por España.

⁶ ISBN n. 92-2-307101-1.

⁷ A través del IPCS, la OMS se dedica a establecer una base científica para la gestión adecuada de las sustancias químicas y a reforzar las aptitudes y capacidades nacionales en relación con la seguridad de dichas sustancias.

⁸ Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Es una organización creada en el año 1972 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en respuesta a las recomendaciones de la Conferencia de la ONU sobre Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo en ese mismo año. Tiene su sede central en Nairobi (Kenia), y su órgano rector es el Consejo de Administración, integrado actualmente por 58 países.

<https://www.unenvironment.org/es>. Disponible en página web a 09/08/2019.

⁹OMS, Actas Oficiales n. 240 (1977), pp. 27 y 28.

¹⁰OMS, Actas Oficiales n. 247 (1978), p 18.

¹¹ Consejo Ejecutivo, n. 63. (1979). Programa de la OMS en relación con la salud humana y el medio ambiente: evaluación de los efectos de las sustancias químicas sobre la salud.

En el marco nacional hemos de tener en cuenta el Real Decreto 840/2015, de 21 de septiembre, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas¹².

Y también la Orden PRE/1206/2014, de 9 de julio, por la que se modifica el anexo I del Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas¹³, con el objeto de adaptarlo al contenido del artículo 30 de la Directiva 2012/18/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio¹⁴.

Asimismo, en marco legislativo nacional se completa con la Ley 17/2015, de 9 de julio, del sistema nacional de Protección Civil¹⁵, como instrumento esencial para asegurar la coordinación, la cohesión y la eficacia de las políticas públicas de protección civil, y regular las competencias de la Administración General del Estado en la materia¹⁶.

Finalmente, hay que colacionar la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria¹⁷. Esta norma prevé en el Título III, Capítulo I, relativo a la “seguridad industrial”, un interesante marco normativo que se completa con lo dispuesto en su Título IV, relativo a las infracciones y sanciones administrativas y penales, y en el que se determina que los sujetos responsables de las infracciones serán las personas físicas o jurídicas que incurran en las mismas¹⁸.

En el marco legislativo supranacional, tenemos que hacer expresa referencia a la Directiva 2012/18/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas y por la que se modifica y ulteriormente deroga la Directiva 96/82/CE¹⁹, cuyo objeto, conforme a lo dispuesto en su artículo 1 es establecer “normas para la prevención de accidentes graves en que intervengan sustancias peligrosas, así como para la limitación de sus consecuencias en la salud humana y el medio ambiente, con miras a garantizar de forma coherente y eficaz un

¹² BOE n. 251/2015, de 20 de octubre. Vigente desde el 21/10/2015.

¹³ BOE n. 169/2014, de 12 de julio. Vigente desde el 13/07/2014.

¹⁴ “En la Directiva 96/82/CE se añaden las palabras «d) fuelóleos pesados» bajo la rúbrica «Productos derivados del petróleo» de la parte 1 del anexo I.”

¹⁵ BOE n. 164/2015, de 10 de julio. Vigente desde el 10/01/2016.

¹⁶ Cfr. artículo 1.2 de la Ley 17/2015, de 9 julio.

¹⁷ BOE n. 176/1992, de 23 de julio. Vigente desde el 12/08/1992.

¹⁸ Cfr. artículo 31 bis del Código Penal, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¹⁹ Diario Oficial L 197, de fecha 24/07/2012. Pp. 1 a 37.

nivel elevado de protección en toda la Unión”²⁰.

2. Campo de aplicación y definiciones

El Convenio que nos ocupa tiene por objeto la prevención de accidentes mayores que involucren sustancias peligrosas y, en la medida de lo posible la limitación de las consecuencias de dichos accidentes, y es de aplicación a las instalaciones expuestas a riesgos de accidentes mayores.

No obstante, hemos de señalar que el Convenio no es de aplicación a:

- Las instalaciones nucleares y fábricas de tratamiento de sustancias radiactivas, a excepción de los sectores de dichas instalaciones en los que se manipulen sustancias no radiactivas.
- Las instalaciones militares.
- Al transporte fuera de la instalación distinto del transporte por tuberías.

En cuanto a las definiciones, y a los efectos del presente Convenio, nos encontramos con las siguientes:

- *Sustancia peligrosa*, designa toda sustancia o mezcla que, en razón de propiedades químicas, físicas o toxicológicas, ya sea sola o en combinación con otras, entraña un peligro.
- *Cantidad umbral*, designa respecto de una sustancia o categoría de sustancias peligrosas la cantidad fijada por la legislación nacional con referencia a condiciones específicas que, si se sobrepasa, identifica una instalación expuesta a riesgos de accidentes mayores.
- *Instalación expuesta a riesgos de accidentes mayores*, designa aquella que produzca, transforme, manipule, utilice, deseche, o almacene, de manera permanente o transitoria, una o varias sustancias o categorías de sustancias peligrosas, en cantidades que sobrepasen la cantidad umbral.
- *Accidente mayor*, designa todo acontecimiento repentino, como una emisión, un incendio o una explosión de gran magnitud, en el curso de una actividad dentro de una instalación expuesta a riesgos de accidentes mayores, en el que estén implicadas una o varias sustancias peligrosas y que exponga a los trabajadores, a la población o al medio ambiente a un peligro grave, inmediato o diferido.

²⁰ Cfr. Informe de la Comisión sobre la aplicación en los Estados miembros, durante el período 2012-2014, de la Directiva 96/82/CE relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas (COM/2017, de fecha 16/11/2017. Pp. 665 y siguientes).

- *Informe de seguridad*, designa un documento escrito que contenga la información técnica, de gestión y de funcionamiento relativa a los peligros y los riesgos que comporta una instalación expuesta a riesgos de accidentes mayores y a su prevención, y que justifique las medidas adoptadas para la seguridad de la instalación.
- “*Cuasiaccidente*”, designa cualquier acontecimiento repentino que implique la presencia de una o varias sustancias peligrosas y que, de no ser por efectos, acciones o sistemas atenuantes, podría haber derivado en un accidente mayor.

Nuestro marco legislativo tiene un ámbito de aplicación más minucioso y detallado pues contiene 21 definiciones, lo cual dota a la norma nacional de un mayor rigor y a los operadores jurídicos de una mayor seguridad jurídica²¹.

3. Principios generales

Llegados a este punto, el Convenio establece unos principios programáticos para los estados miembros, de modo que éstos deberán formular, adoptar y revisar periódicamente, habida cuenta de la legislación, las condiciones y la práctica nacionales, y en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores y con otras partes interesadas que pudieran ser afectadas, una política nacional coherente relativa a la protección de los trabajadores, la población y el medio ambiente, contra los riesgos de accidentes mayores. Esta política nacional coherente deberá ser aplicada mediante disposiciones preventivas y de protección para las instalaciones expuestas a riesgos de accidentes mayores y, cuando sea posible, deberá promover la utilización de las mejores tecnologías de seguridad disponibles.

Asimismo se deberá establecer un *sistema de clasificación* para la identificación de las instalaciones expuestas a riesgos de accidentes mayores basado en una lista de sustancias peligrosas o de categorías de sustancias peligrosas, o de ambas, que incluya sus cantidades umbrales respectivas, de conformidad con la legislación nacional o con las normas internacionales²². El citado sistema de clasificación deberá ser revisado y

²¹ Cfr. artículos 2 y 3 del RD 840/2015, de 21 de septiembre.

²² Cfr. Reglamento (CE) n. 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, y por el que se modifican y derogan las Directivas 67/548/CEE y 1999/45/CE y se modifica el Reglamento (CE) n. 1907/2006 (Diario Oficial L 353, de fecha 31/12/2008. Páginas 1 a 1355. Y también Anexo I del RD 840/2015, de 21 de septiembre.

actualizado regularmente, con el objeto de no quedar obsoleto y anticuado.

Finalmente, y también como principio general, el Convenio señala que la Autoridad competente deberá adoptar disposiciones especiales para proteger las informaciones confidenciales que le sean transmitidas o puestas a su disposición por los empleadores, de conformidad con los deberes de información contenidos en los artículos 8, 12, 13 y 14 del Convenio, y cuya revelación pudiera causar perjuicio a las actividades de un empleador, siempre y cuando dicha confidencialidad no implique un peligro grave para los trabajadores, la población o el medio ambiente²³.

En el ámbito nacional, hemos de hacer expresa referencia a las disposiciones relacionadas con el acceso del público a la información sobre la aplicación del Real Decreto 840/2015, de 21 septiembre, en el que se prevé la participación efectiva del público interesado en la toma de decisiones y también el derecho del público a interponer el correspondiente recurso ante la Justicia²⁴.

En fin, con el citado Real Decreto se potencian los mecanismos para la recopilación de información, el intercambio de la misma entre las autoridades competentes y la Comisión Europea y su difusión y puesta a disposición del público, a los efectos oportunos.

4. Responsabilidad de los empleadores

4.1. Proceso de identificación y notificación

Los empleadores deberán identificar toda instalación expuesta a riesgos de accidentes mayores sujeta a su control²⁵.

Asimismo, sobre los empleadores recae la obligación de notificar a la Autoridad competente toda instalación expuesta a riesgos de accidentes

²³ Cfr. artículo 45 de la Constitución.

²⁴ Cfr. Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE). BOE n. 171/2006, de 19 de julio. Y también la Decisión 2005/370/CE, del Consejo de 17 de febrero, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Diario Oficial L 124, de fecha 17/05/2005. Pp. 1 a 3), y el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Diario Oficial L 124, de fecha 17/05/2005. Pp. 4 a 20).

²⁵ Cfr. artículo 5 del Convenio.

mayores que hayan identificado en los términos y plazos establecidos por la norma.

Y del mismo modo, sobre ellos recae la obligación de comunicar a la Autoridad competente el cierre definitivo de una instalación expuesta a riesgos de accidentes mayores antes de que éste tenga lugar.

En el ámbito nacional, la obligación de enviar una notificación al órgano competente de la Comunidad Autónoma en la que radiquen se contiene en el artículo 7 del Real Decreto 840/2015, de 21 septiembre.

4.2. El plan de riesgos de accidentes mayores

No acaban las obligaciones de los empleadores con las expuestas en el ordinal que antecede, sino que además deberán establecer y mantener un sistema documentado de prevención de riesgos de accidentes mayores en el que se prevean:

1.- La identificación y el estudio de los peligros y la evaluación de los riesgos, teniendo también en cuenta las posibles interacciones entre sustancias.

2.- Las medidas técnicas que comprendan el diseño, los sistemas de seguridad, la construcción, la selección de sustancias químicas, el funcionamiento, el mantenimiento y la inspección sistemática de la instalación.

3.- Las medidas de organización que comprendan la formación e instrucción del personal, el abastecimiento de equipos de protección destinados a garantizar su seguridad, una adecuada dotación de personal, los horarios de trabajo, la distribución de responsabilidades y el control sobre los contratistas externos y los trabajadores temporales que intervengan dentro de la instalación.

4.- Los planes y procedimientos de emergencia que, a su vez, deben comprender:

- La preparación de planes y procedimientos de emergencia eficaces, con inclusión de procedimientos médicos de emergencia, para su aplicación *in situ* en caso de accidente mayor o de peligro de accidente mayor, la verificación y evaluación periódica de su eficacia y su revisión cuando sea necesario.
- El suministro de información sobre los accidentes posibles y sobre los planes de emergencia *in situ* a las autoridades y a los organismos encargados de establecer los planes y procedimientos de emergencia para proteger a la población y al medio ambiente en el exterior de la instalación.

- Todas las consultas necesarias con dichas autoridades y organismos.
 - 5.- Las medidas destinadas a limitar las consecuencias de un accidente mayor.
 - 6.- La consulta con los trabajadores y sus representantes.
 - 7.- Las disposiciones tendentes a mejorar el sistema, que comprendan medidas para la recopilación de información y para el análisis de accidentes y de cuasiaccidentes.
- La experiencia así adquirida deberá ser discutida con los trabajadores y sus representantes y deberá ser registrada, de conformidad con la legislación y la práctica nacional.
- En nuestro marco legislativo nacional, sobre los industriales recae la obligación de definir e implantar correctamente su política de prevención de accidentes graves así como plasmarla en un documento escrito.
- Esta política de prevención de accidentes graves, y su correspondiente puesta en marcha tendrá por objeto garantizar un alto grado de protección de la salud humana, del medio ambiente y de los bienes y será proporcional a los peligros de accidente grave del establecimiento. En ella, se deben incluir los objetivos generales y los principios de actuación del industrial, el reparto de tareas y responsabilidades de gestión así como el compromiso de mejorar de forma permanente el control de los riesgos de accidente grave y de garantizar un elevado nivel de protección²⁶.

4.3. El informe de seguridad

Asimismo, los empleadores deberán redactar un informe de seguridad, informe que deberá ser revisado, actualizado y modificado en los siguientes supuestos:

- 1.- En caso de modificaciones que tengan una influencia significativa sobre el nivel de seguridad en la instalación o en los procedimientos de trabajo de la misma, o sobre las cantidades de sustancias peligrosas presentes.
 - 2.- Siempre que lo justifiquen los nuevos conocimientos técnicos o los progresos en la evaluación de los peligros.
 - 3.- En los intervalos prescritos por la legislación nacional.
 - 4.- Cuando así lo solicite la Autoridad competente.
- Los citados informes de seguridad deberán estar a disposición de la Autoridad competente.

²⁶ Cfr. artículo 8 del RD 840/2015, de 21 septiembre.

En nuestro ordenamiento jurídico nacional, el informe de seguridad se contempla en el artículo 10 del RD 840/2015, de 21 septiembre, que como mínimo, debe contener la información que recoge la Directriz básica de protección civil para el control y planificación ante el riesgo de accidentes graves en los que intervienen sustancias peligrosas²⁷.

Asimismo deben contemplarse en el informe de seguridad los accidentes que puedan producirse por “efecto dominó” entre instalaciones de un mismo establecimiento²⁸.

4.4. El informe de accidente

Igualmente, los empleadores están obligados a informar tan pronto como se produzca un accidente mayor a la Autoridad competente y a los demás organismos que se designen a tal fin.

Asimismo, y en el plazo previamente establecido, los empleadores deberán, presentar a la Autoridad competente un informe detallado en el que se analicen las causas del accidente, sus consecuencias inmediatas *in situ*, y todas las medidas adoptadas para atenuar sus efectos.

El precitado informe deberá incluir recomendaciones que describan en detalle las medidas que se vayan a llevar a cabo para impedir que el accidente vuelva a producirse.

En el ámbito nacional, el artículo 17 del RD 840/2015, de 21 septiembre, establece la información que deberá facilitar el industrial ante un accidente grave, el artículo 18 del citado RD contempla las medidas que deberá adoptar la Autoridad competente, después de un accidente grave, y el artículo 19 del precitado RD regula la información que el órgano competente de la Comunidad Autónoma facilitará en caso de accidente grave, con el objeto de asegurar la coordinación en los casos de accidentes graves entre las autoridades llamadas a intervenir, así como para cumplir los requisitos de información a la Comisión Europea.

²⁷ Cfr. RD 1196/2003, de 19 de septiembre, por el que se aprueba la Directriz básica de protección civil para el control y planificación ante el riesgo de accidentes graves en los que intervienen sustancias peligrosas (BOE n. 242/2003, de 9 de octubre). Vigente desde el 10/10/2003. Y también el RD 407/1992, de 24 de abril, por el que se aprueba la norma básica de Protección Civil (BOE n. 105/1992, de 1 de mayo). Vigente desde el 02/05/1992.

²⁸ Cfr. artículo 9.4 del RD 840/2015, de 21 septiembre.

5. Responsabilidad de las Autoridades competentes

5.1. Planes de emergencia fuera de la instalación

La Autoridad competente deberá velar por que se establezcan y actualicen a intervalos apropiados, y se coordinen con las autoridades y organismos interesados, los planes y procedimientos de emergencia que contengan disposiciones para proteger a la población y al medio ambiente fuera del emplazamiento en que se encuentre cada instalación expuesta a riesgos de accidentes mayores.

Asimismo, la Autoridad competente deberá velar por que:

- 1.- Se difunda entre los miembros de la población que estén expuestos a los efectos de un accidente mayor, sin que tengan que solicitarlo, la información sobre las medidas de seguridad que han de adoptarse y sobre la manera de comportarse en caso de accidente mayor, y por qué se actualice y se difunda de nuevo dicha información a intervalos apropiados.
- 2.- Se dé la alarma cuanto antes al producirse un accidente mayor.
- 3.- Cuando las consecuencias de un accidente mayor puedan trascender las fronteras, se proporcione a los Estados afectados la información requerida en los apartados a) y b) con el fin de contribuir a las medidas de cooperación y coordinación.

En nuestro ordenamiento jurídico se contempla la elaboración de los planes de emergencia interior o de autoprotección y los planes de emergencia exterior, en los que se define la organización y el conjunto de medios y procedimientos de actuación, con el fin de prevenir los accidentes de cualquier tipo y, en su caso, limitar los efectos en el interior y en el exterior del establecimiento²⁹.

5.2. Emplazamiento de las instalaciones expuestas a riesgos de accidentes mayores

La Autoridad competente deberá elaborar una política global de emplazamiento que prevea una separación adecuada entre las instalaciones en proyecto que estén expuestas a riesgos de accidentes mayores y las áreas de trabajo, las zonas residenciales y los servicios públicos

Asimismo, la Autoridad competente deberá adoptar disposiciones apropiadas al respecto en lo que atañe a las instalaciones ya existentes.

²⁹ Cfr. artículos 13 y 14 del RD 840/2015, de 21 septiembre.

En el ámbito nacional, el artículo 14 del RD 840/2015, de 21 septiembre, se ocupa de la planificación del uso del suelo para los establecimientos ya existentes y para los establecimientos nuevos.

5.3. Procedimiento de inspección

La Autoridad competente deberá disponer de personal debidamente cualificado que cuente con una formación y competencia adecuadas y con el apoyo técnico y profesional suficiente para desempeñar sus funciones de inspección, investigación, evaluación y asesoría sobre la materia objeto del Convenio que aquí se analiza, así como para asegurar el cumplimiento de la legislación nacional.

Los representantes del empleador y los representantes de los trabajadores de la instalación expuesta a riesgos de accidentes mayores podrán acompañar a los inspectores cuando controlen la aplicación de las medidas prescritas en la materia, a menos que los inspectores estimen, a la luz de las directrices generales de la Autoridad competente, que ello puede perjudicar el cumplimiento de sus funciones de control.

Y finalmente, y lo más importante, es que la Autoridad competente deberá tener derecho a suspender cualquier actividad que presente una *amenaza inminente* de accidente mayor.

En nuestro marco normativo de ámbito nacional, la labor de inspección recae sobre los órganos competentes de las Comunidades Autónomas quienes deberán establecer un sistema de inspecciones y las medidas de control adecuadas a cada tipo de establecimiento comprendido en su ámbito de aplicación, y ello mediante inspecciones rutinarias e inspecciones no rutinarias que son las que se llevan a cabo para investigar, lo antes posible, denuncias graves, accidentes graves y conatos de accidente, incidentes y casos de incumplimiento³⁰.

También hemos de hacer referencia al *régimen sancionador* expresamente previsto en el artículo 25 del RD 840/2015, de 21 septiembre, de modo que los incumplimientos serán calificados y sancionados de conformidad con la Ley 17/2015, de 9 de julio, del sistema nacional de Protección Civil³¹, los artículos 30 a 38 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria³², y los artículos 35 a 40 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental³³.

³⁰ Cfr. artículo 21 del RD 840/2015, de 21 septiembre.

³¹ BOE n. 164/2015, de 10 de julio. Vigente desde el 10/01/2016.

³² BOE n. 176/1992, de 23 de julio. Vigente desde el 12/08/1992.

³³ BOE n. 255/2007, de 24 de octubre. Vigente desde el 25/10/2007.

6. Derechos y obligaciones de los trabajadores y de sus representantes

Los trabajadores y sus representantes deberán ser consultados mediante mecanismos apropiados de cooperación, con el fin de garantizar un sistema seguro de trabajo.

A tales efectos, los trabajadores y sus representantes deberán:

1.- Estar suficiente y adecuadamente informados de los riesgos que entraña dicha instalación y de sus posibles consecuencias.

2.- Estar informados acerca de cualquier instrucción o recomendación hecha por la Autoridad competente.

3.- Ser consultados para la preparación de los siguientes documentos y tener acceso a los mismos:

- El informe de seguridad.
- Los planes y procedimientos de emergencia.
- Los informes sobre los accidentes.

4.- Recibir periódicamente instrucciones y formación con respecto a los procedimientos y prácticas de prevención de accidentes mayores y de control de acontecimientos que puedan dar lugar a un accidente mayor y a los procedimientos de emergencia que han de aplicarse en tales casos.

5.- Dentro de sus atribuciones, y sin que en modo alguno ello pueda perjudicarlos, tomar medidas correctivas y, en caso necesario, interrumpir la actividad cuando, basándose en su formación y experiencia, tengan razones válidas para creer que existe un peligro inminente de accidente mayor y, según corresponda, informar a su supervisor o dar la alarma antes o tan pronto como sea posible después de haber tomado las medidas correctivas.

6.- Discutir con el empleador cualquier peligro potencial que ellos consideren que puede causar un accidente mayor y tener derecho a informar a la Autoridad competente acerca de dichos peligros.

Asimismo, los trabajadores empleados en el emplazamiento de una instalación expuesta a riesgos de accidentes mayores deberán:

1.- Observar todos los procedimientos y prácticas relativos a la prevención de accidentes mayores y al control de acontecimientos que puedan dar lugar a un accidente mayor en las instalaciones expuestas a dichos riesgos.

2.- Observar todos los procedimientos de emergencia en caso de producirse un accidente mayor.

Por su parte, el RD 840/2015, de 21 septiembre, no contempla específicamente los derechos y obligaciones de los trabajadores y de sus representantes, de modo entendemos que es de integra aplicación la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales³⁴, y en particular los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores previstos en sus artículos 18 y 33 a 40.

7. Responsabilidad de los países exportadores

Cuando en un Estado miembro exportador el uso de sustancias, tecnologías o procedimientos peligrosos haya sido prohibido por ser fuente potencial de un accidente mayor, dicho Estado deberá poner a disposición de todo país importador la información relativa a esta prohibición y a las razones que la motivan.

8. Conclusiones

En definitiva, podemos afirmar que el marco regulatorio es adecuado y tiene un carácter eminentemente preventivo y cautelar, de modo que las industrias afectadas deben ser objeto de una supervisión y de un control adecuado por la Autoridad competente con la finalidad de disuadir a los empresarios y a los industriales de los incumplimientos potenciales de las medidas de seguridad adecuadas con el objeto de que no se produzcan accidentes industriales graves y daños irreparables en el medio ambiente, con trascendencia para la población, para la salud de los ciudadanos y para los bienes materiales e inmateriales.

9. Bibliografía

BARAJAS MONTES DE OCA S., *La prevención de accidentes industriales mayores*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1995, n. 82

CASTRO DELGADO R., ARCOS GONZÁLEZ P., *El riesgo de desastre químico como cuestión de salud pública*, en *Revista Española de Salud Pública*, Madrid, 1998, vol. 72, n. 6

³⁴ BOE n. 269/1995, de 10 de noviembre. Vigente desde el 10/02/1996.

RYTAS VAIDOGAS E., JUOCEVIČIUS V., *El desarrollo sostenible y los accidentes industriales mayores: El papel beneficioso de la ingeniería estructural orientada al riesgo*, en Revista Virtual Pro, 2009, n. 87

VITTONI R.A., VARELA R.E., *Prevención de accidentes industriales mayores. Implementación de la norma internacional IEC 61511*, en Revista Virtual Pro, 2009, n. 87

Web sites

<https://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm>

<https://www.un.org/es/>

<https://www.unizar.es/guiar/index.html>

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre las enfermedades profesionales 1925 (núm. 18)

José Antonio GONZÁLEZ MARTÍNEZ*

RESUMEN: A diferencia de los accidentes del trabajo, la identificación de las enfermedades de origen profesional puede ser muy complicada y difícil en muchos casos. La definición y la lista de enfermedades profesionales de la OIT desempeñan una función clave a la hora de armonizar el desarrollo de políticas sobre enfermedades profesionales y de promover su prevención, adquiriendo un gran reconocimiento en el campo de la seguridad y la salud en el trabajo. Se trata de una enumeración de enfermedades o trastornos que pueden y deben prevenirse, si bien no incluye todas las enfermedades profesionales. Su objetivo es indicar las que son más corrientes en las ramas de actividad de muchos países y donde la prevención puede tener mayor repercusión para la salud de los trabajadores. Resulta complejo determinar qué provoca las enfermedades por el largo periodo de latencia de algunas enfermedades y a las causas múltiples de otras, y porque muchas de ellas podrían relacionarse con la profesión y las condiciones de trabajo. En la Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo de la OIT, entre las condiciones patológicas que afectan a los trabajadores, se diferencian las enfermedades provocadas por el trabajo (enfermedades profesionales) y las enfermedades agravadas por el trabajo o con una mayor incidencia debido a las condiciones de trabajo (enfermedades relacionadas con el trabajo). La línea fronteriza que separa las enfermedades profesionales y las relacionadas con el trabajo es muy estrecha, y la distinción entre ellas siempre suscita diferencias doctrinales.

Palabras clave: Enfermedad profesional, salud, prevención.

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. 2. El concepto de la Enfermedad Profesional en las normas internacionales de la OIT. 3. Bibliografía.

* Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Contratado Doctor acreditado) de la UA.

Workmen's Compensation (Occupational Diseases) Convention 1925 (No. 18)

ABSTRACT: Unlike occupational accidents, the identification of occupational diseases can be very complicated and difficult in many cases. The definition and list of occupational diseases of the ILO play a key role in harmonizing the development of policies on occupational diseases and promoting their prevention, acquiring great recognition in the field of occupational safety and health. It is an enumeration of diseases or disorders that can and should be prevented, although it does not include all occupational diseases. Its objective is to indicate those that are most common in the branches of activity of many countries and where prevention can have the greatest impact on workers' health. It is complex to determine what causes diseases due to the long latency period of some diseases and the multiple causes of others, and why many of them could be related to the profession and working conditions. In the ILO Encyclopedia of Health and Safety at Work, among the pathological conditions that affect workers, work-related illnesses (occupational diseases) and diseases aggravated by work or with a greater incidence due to working conditions (work related illnesses). The border line that separates occupational and work-related diseases is very narrow, and the distinction between them always causes doctrinal differences.

Key Words: Occupational diseases, health, prevention.

1. Consideraciones previas

La protección que el sistema de Seguridad Social ofrece a los casos de enfermedad varía en función del origen profesional o común de las dolencias, así como de la gravedad de las mismas, en atención a su grado incapacitante para el trabajo. La relevancia de este punto se concreta en la aplicación de determinadas acciones de protección previstas por el ordenamiento jurídico, dirigidas fundamentalmente a la prevención de esta contingencia profesional, y que se sitúan en la corriente de incentivar la acción preventiva en la empresa.

Existen elementos de identidad entre el accidente y las enfermedades profesionales: ambos son debidos a la actividad profesional que el trabajador realiza (en este trabajo de investigación se encuentra la razón productora de la alteración de la salud), siendo muy secundaria la concreta manifestación de la misma, tanto en cuanto al tiempo como en lo referente a su mayor o menor previsibilidad; y también hay una plena identidad en las consecuencias que para el trabajador tienen ambas (afectación a su plena normalidad fisiológica, y reducción o imposibilidad de su capital laboral)¹.

Con el paso del tiempo se apreció, no obstante, que la enfermedad profesional requiere una atención especializada², entre otras razones por su acción lenta y progresiva, que requiere periodos de observación y seguimiento de las dolencias o patologías, y por su relación directa con las condiciones ambientales o el carácter nocivo del trabajo, lo cual permite cierta previsibilidad de sus efectos y cierta acción preventiva³.

¹ En este sentido, SSTS de 20 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 1782), de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2092), de 13 de octubre de 2003 (RJ 2004, 264), de 28 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8288) y de 15 de mayo de 2000 (RJ 2000, 7165).

² Como señala J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, Atelier, 2007, p. 124, «originariamente – y a diferencia del accidente de trabajo – las enfermedades profesionales no contaron con un tratamiento jurídico específico. En la célebre STS de 17 de junio de 1903 relativa a la enfermedad del saturnismo, conforme a la cual la definición de accidente no se hace “con referencia a un suceso repentino más o menos importante, sino al hecho mismo constitutivo en sí de la lesión”, lo que hacía que debieran considerarse como accidentes a efectos legales las lesiones “lentas” o de evolución lenta derivadas de una enfermedad profesional».

³ En este sentido, la STSJ Cataluña de 14 de abril de 2005 (JUR 2005, 123202) señala: «consideraciones: 1^a) Básicamente, en los artículos 115 y 116 LGSS 1994 (actuales 156 y 157 LGSS), se hallan los criterios diferenciadores entre lo que es accidente de trabajo, y lo que es enfermedad profesional: a) en principio (no siempre) el primero se produce por un hecho de aparición súbita; mientras la enfermedad profesional es de aparición más o menos paulatina. 2^a) Pero no es siempre determinante tal criterio de diferenciación:

La patología de las enfermedades profesionales que los trabajadores pueden desarrollar es previsible según su trabajo. Los síntomas se manifiestan de manera lenta y progresiva, comúnmente tras un largo periodo de latencia que puede durar años, lo que a menudo dificulta la identificación del momento concreto en que se ha causado, pudiendo el trabajador haber cambiado de empresa entre la fecha en que contrajo la enfermedad y su manifestación, lo que puede plantear delicados problemas de imputación de responsabilidad⁴.

La desvinculación de las enfermedades profesionales del más amplio concepto de accidente de trabajo ha sido resultado de un proceso que, hace años, se fue gestando de forma progresiva en la normativa de Seguridad Social. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido y al notable esfuerzo, normativo y doctrinal, llevado a cabo en esa tarea de delimitación conceptual acerca de qué debía entenderse por enfermedad profesional como categoría diferente de la de accidente de trabajo, lo cierto es que todavía persiste cierto grado de indeterminación (o si se prefiere de confusión) entre ambos conceptos⁵.

La configuración, elaboración y regulación del concepto de enfermedad profesional puede responder a la implantación de tres sistemas o modelos⁶:

- a) el sistema “de lista” supone que tienen la consideración de enfermedad profesional las enfermedades recogidas en una lista y causadas por las

puesto que por definición, la enfermedad profesional, en el sentido legal es sólo la originada por las actividades y por la acción de los elementos o sustancias que se incluyen en el “cuadro” legal. 3^a) El cuadro de enfermedades profesional, responde al sistema de lista, y por lo tanto, de enumeración “cerrada”. De modo que no estando allí comprendido, si el hecho tiene relación con el trabajo, merece la conceptualización del accidente de trabajo».

⁴ F. CAVAS MARTÍNEZ, F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, 2006, p. 48.

⁵ J.A. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *El trato privilegiado de las Prestaciones de origen profesional*, Aranzadi, 2017, p. 240.

⁶ A.V. SEMPERE NAVARRO, *La protección de la enfermedad profesional: planteamientos para su modificación*, en *Aranzadi Social*, 2001, n. 5, pp. 9 ss., sugiere un sistema de doble inclusión: «a) Mantenimiento de una lista, estableciendo un procedimiento de iniciativa múltiple (pluralidad de sujetos legitimados) en orden a su actualización y puesta al día a medida que se vaya precisando, en los que operaría la presunción de que la patología correspondiente en una enfermedad profesional cuando se produce en el sector de actividad contemplado normativamente; b) Adicción de un segundo cauce para la consideración de la patología como verdadera enfermedad profesional, de manera que, las enfermedades del trabajo abandonaran su condición de accidente de trabajo y pasasen a ser como lo que realmente son, siendo necesario demostrar la existencia del nexo de causalidad entre actividad profesional y patología».

sustancias y elementos en sectores todos ellos previamente determinados por el legislador en cada momento, y que sean contraídas en unas condiciones predefinidas. Como ventajas de este sistema para abordar la protección de los riesgos profesionales se han enumerado las siguientes⁷: hay una presunción *iuris et de iure* de su etiología laboral, de manera que las enfermedades profesionales listadas se deben al trabajo que se realiza y a las sustancias indicadas y no necesita ser probado el nexo causal; simplifica y facilita el diagnóstico y disminuye el margen de error; llama la atención y facilita la detección de riesgos en orden a su prevención y a las obligaciones de la empresa de realizar reconocimientos médicos; permite al trabajador relacionar su enfermedad actual con el trabajo que pudo realizar muchos años antes; agiliza los trámites para acceder a las prestaciones; garantiza la uniformidad de las prestaciones; y permite la confección de estadísticas de sectores con riesgo de enfermedad profesional. Los inconvenientes que se presumen de la utilización de este sistema vienen representados por el hecho de que la lista de enfermedades profesionales puede quedar desfasada e incompleta con el paso del tiempo, y de que a menudo transcurre mucho tiempo hasta que se incorporan las nuevas enfermedades profesionales que han ido apareciendo⁸;

- b) el sistema “abierto” o “de determinación judicial” implica que las enfermedades profesionales no están determinadas previamente, sino que en cada caso concreto se calificará o no una enfermedad como profesional a través de decisiones judiciales, siempre que se pruebe que tiene su origen en el trabajo que se realiza. Como virtudes de este sistema se apunta el hecho de que permite tener en cuenta las insuficiencias del sistema “de lista” e incorporar nuevas enfermedades profesionales de acuerdo con la evolución de la medicina, teniendo el médico un papel activo al estudiar y diagnosticar la enfermedad. Entre los inconvenientes cabe señalar los siguientes⁹: genera cierta

⁷ J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA, M.A. MOMPARLER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social I. Parte general*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 299.

⁸ J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *Concepto de accidente de trabajo. El riesgo objeto de protección jurídica*, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, 2006, p. 88, puntualiza que «la existencia de listas oficiales para las enfermedades profesionales tiene desviaciones indeseables: cualquier enfermedad no listada no es profesional, aunque pueda probarse su conexión con el trabajo y obtener el mismo tratamiento que el accidente de trabajo. En nuestro ordenamiento el problema deriva de la rigidez del sistema, que puede ignorar actividades determinantes de enfermedad y desconocidas en el momento de la realización de la lista formal».

⁹ J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA, M.A. MOMPARLER CARRASCO, *op. cit.*, p. 300.

inseguridad jurídica; es difícil averiguar el origen de las enfermedades; aumenta el número de peticiones de calificación de la enfermedad como profesional; el informe médico puede ser contradicho por otro informe médico; y no facilita medidas preventivas ni estadísticas nacionales o internacionales;

- c) el sistema “mixto” significa que el establecimiento por vía legislativa previamente de una lista de enfermedades profesionales, pero con la existencia de una cláusula abierta para que, mediante la analogía o la valoración judicial, puedan añadirse nuevas enfermedades profesionales surgidas con la evolución de la producción, de las tecnologías y de los conocimientos médicos y científicos¹⁰; y que se acepta la posibilidad de probar la conexión causal del trabajo con la enfermedad que padece el trabajador, dando lugar a la consideración y calificación de la patología sufrida como enfermedad profesional, aunque no esté contemplada en el cuadro o lista¹¹.

2. El concepto de la Enfermedad Profesional en las normas internacionales de la OIT

Las enfermedades profesionales fueron consideradas como accidente de trabajo desde 1900, si bien la Ley de Accidentes de Trabajo de 1922 es el primer texto normativo en el que no tienen tal consideración. Ello obedece a la legislación internacional, con su orientación hacia la unificación de leyes, así como a la acción normativa de la OIT, y especialmente la irradiación de sus convenios específicos sobre protección de enfermedades profesionales.

La actividad normativa de la OIT no es la única fuente de Derecho internacional de Seguridad Social, pero es la más relevante¹². Para la

¹⁰ J. LÓPEZ GANDÍA, J. AGUDO DÍAZ, *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*, Bomarzo, 2007, p. 17.

¹¹ S. MORENO CÁLIZ, *La lista española de Enfermedades Profesionales a la luz de recientes textos internacionales* en, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2004, n. 52, p. 120, quien señala que esta posibilidad se acepta en el sistema de reconocimiento mixto de las enfermedades profesionales, que es defendido por la OIT en sus textos legales, y que la Recomendación 194 institucionaliza y consolida.

¹² En este sentido, J.L. ROALES-NIETO LÓPEZ, *Introducción. La influencia de la actividad de la OIT en la legislación laboral española*, en J.M. OLIVAR DE JULIÁN (dir.), *Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España*, Laocoonte, 2009, p. 16, señala que «nuestra legislación recepciona automáticamente el contenido formal y material de los tratados internacionales con su publicación en el BOE, sin perjuicio de que la mayoría de los muchos mandatos materiales que aprueben las normas de la OIT, convenios y

consecución de sus fines, la OIT ha venido elaborando convenios¹³ y recomendaciones, siendo los primeros la fuente formal más importante del Derecho internacional en materia social¹⁴. Es por ello que estimamos conveniente realizar una panorámica normativa al respecto, para justificar nuestra tesis de suprimir o, al menos, atenuar en un primer paso el actual trato diferenciado entre contingencias.

El Convenio n.º 18, relativo a la indemnización por enfermedades profesionales, revisado posteriormente por los Convenios n.º 42 y n.º 121, estableció la obligación de los Estados miembros de considerar como enfermedades profesionales «las enfermedades y las intoxicaciones producidas por las sustancias incluidas en el siguiente [cuadro de enfermedades profesionales], cuando dichas enfermedades e intoxicaciones afecten a los trabajadores pertenecientes a las industrias o profesiones correspondientes en dicho cuadro y resulten del trabajo en una empresa sujeta a la legislación nacional» (art. 2)¹⁵.

El origen profesional de estas enfermedades debería presumirse, salvo prueba en contrario, cuando el trabajador haya estado expuesto al riesgo durante un periodo determinado y haya mostrado síntomas de la enfermedad dentro de un periodo determinado tras la terminación del último empleo en que haya estado expuesto al riesgo.

Con este Convenio n.º 18 se establece la primera lista de enfermedades profesionales, la cual incluía tan solo tres enfermedades¹⁶. Poco después

recomendaciones, deban ser traspuestas a normas internas para su aplicabilidad ya que de forma muy extraordinaria las normas provenientes de la OIT son directamente ejecutivas o autosuficientes».

¹³ En su condición de norma adoptada por una organización internacional, el convenio OIT genera para los Estados que lo ratifican obligaciones que deben expresarse en su legislación y en sus prácticas jurídicas internas de los países.

¹⁴ J.L. ROALES-NIETO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 17, señala que «da OIT aprueba esencialmente dos tipos de normas: convenios, con valor vinculante para los Estados que los ratifican, y las recomendaciones, que generalmente actúan como guía, aclaración u orientación para la interpretación del contenido de los convenios, o como complemento de éstos, y a diferencia de los convenios, que son normas vinculantes para los Estados que los ratifican, las recomendaciones son simples propuestas sin fuerza de obligar».

¹⁵ El Convenio OIT n.º 18 fue adoptado el 10 de junio de 1925, con una entrada en vigor el 1 de abril de 1927, y ratificado por España el 29 de septiembre de 1932. El Convenio n.º 42 fue adoptado el 21 de junio de 1934, con fecha de entrada en vigor el 17 de junio de 1936, y ratificado por España el 12 de mayo de 1958. El Convenio n.º 121 fue adoptado con fecha 8 de julio de 1964, y su fecha de entrada en vigor fue el 28 de julio de 1967, pero este Convenio no ha sido ratificado por el Estado español, pese a ser uno de los países que más convenios de la OIT ha ratificado.

¹⁶ La lista de enfermedades y sustancias tóxicas, establecida en su art. 2, comprendía: la intoxicación producida por el plomo, sus aleaciones o sus compuestos, con las consecuencias directas de dicha intoxicación; la intoxicación producida por el mercurio,

fue modificado por el Convenio n. 42 de 1934, en el que figuraban diez enfermedades¹⁷.

Para la OIT la enfermedad profesional es «todo estado patológico derivado de la exposición a riesgos derivados de la actividad laboral». Y se debe garantizar a las víctimas de enfermedades profesionales o a sus derechohabientes una indemnización basada en los principios generales de su legislación nacional sobre la indemnización por accidentes del trabajo. La tasa de esta indemnización no será inferior a la que establezca la legislación nacional por el daño resultante de los accidentes del trabajo (cada país tiene libertad de adoptar las modificaciones y adaptaciones que estime oportunas, al determinar en su legislación nacional las condiciones que han de regular el pago de la indemnización por enfermedades profesionales, y al aplicar a las mismas su legislación sobre la indemnización por accidentes del trabajo).

El Convenio n. 42 obliga a los Estados cuyas ratificaciones haya registrado el Director General, y entra en vigor a los doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación (plazos no previstos en el Convenio n. 18).

Tan pronto como se registraron las ratificaciones de dos Miembros de la OIT, el Director General de la Oficina notificó el hecho a todos los Miembros (Igualmente notifica el registro de las ratificaciones que le comuniquen posteriormente los demás Miembros de la Organización). Todo Estado que haya ratificado el Convenio puede denunciarlo a la expiración de un periodo de cinco años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la OIT, si bien, la denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año

sus amalgamas y sus compuestos, con las consecuencias directas de dicha intoxicación; la infección carbuncosa.

¹⁷ Que incluía las tres anteriores, incorporando otras siete nuevas: la silicosis con o sin tuberculosis pulmonar, siempre que la silicosis sea una causa determinante de incapacidad o muerte; la intoxicación producida por el fósforo o sus compuestos, con las consecuencias directas de esta intoxicación; la intoxicación producida por el arsénico o sus compuestos, con las consecuencias directas de esta intoxicación; la intoxicación producida por el benceno o sus homólogos, sus derivados nitrosos y amínicos, con las consecuencias directas de esta intoxicación; la intoxicación producida por los derivados halógenos de los hidrocarburos grasos; los trastornos patológicos debidos: a) al radio y a otras sustancias radiactivas, y b) a los rayos X; los epitelomas primitivos de la piel. Conforme lo establecido en el art. 2, Convenio n. 18.

después de la expiración del período de cinco años. El Estado que no haga uso del derecho de denuncia quedará obligado durante un nuevo período de cinco años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de cinco años.

A la expiración de cada período de diez años (en el Convenio núm. 18, «cada vez que se estime necesario»), a partir de la fecha en que el Convenio entra en vigor, el Consejo de Administración de la OIT debe presentar a la Conferencia General una memoria sobre la aplicación del mismo, y deberá considerar la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de la revisión total o parcial.

Con posterioridad, el Convenio n. 102¹⁸, relativo a la norma mínima de la Seguridad Social, que no realiza una definición de la enfermedad profesional, estableció que deberá garantizarse a las personas protegidas, la concesión de prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, precisando cuales son las contingencias cubiertas. Recordemos que es una “norma de mínimos” que establece un umbral de requisitos por debajo del cual el Estado firmante del mismo dejaría de cumplir con sus obligaciones derivadas del mismo, aunque no impone ni métodos ni fines que alcanzar, pues superando tales mínimos los Estados pueden operar en libertad plena. Al igual que el Código Europeo de Seguridad Social, se trata de textos internacionales ambiciosos a pesar de las enormes cautelas adoptadas para evitar el fracaso, que imponen la protección de un mínimo de contingencias, la cuantía mínima de las prestaciones y unos porcentajes mínimos de población asegurada¹⁹.

En 1964, la OIT aprobó un nuevo Convenio²⁰, el n. 121, relativo a las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (al que se le unió como anexo una Lista de enfermedades profesionales²¹, que permitía su modificación sin necesidad de adoptar un

¹⁸ El Convenio n. 102 fue adoptado con fecha 28 de junio de 1952, produciéndose su entrada en vigor el 27 de abril de 1955.

¹⁹ A. OJEDA AVILÉS, C. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, *La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, en AA.VV., *op. cit.*, p. 36.

²⁰ Este Convenio, que propugna un sistema mixto, no ha sido ratificado por España. En el ámbito de la UE, con la misma fecha se adoptó la Recomendación n. 121, sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, con el objeto de complementar el Convenio n. 121, y cuyo punto 1 del § 6 señala que «Todo miembro debería, en las condiciones establecidas, considerar como enfermedades profesionales las que se sabe provienen de la exposición a sustancias o condiciones peligrosas inherentes a ciertos procesos, oficios u ocupaciones».

²¹ Que concretamente contenía 29 enfermedades profesionales y que fue modificada en 1980. La lista de la OIT desempeña una función clave en la armonización del desarrollo de la política relativa a las enfermedades profesionales y a la promoción de su

nuevo convenio), el cual no realiza una definición de la enfermedad profesional, pero sí establece la obligación de los Estados miembros de llevar a cabo cualquiera de las siguientes opciones relativas a su determinación:

- a) prescribir una lista de enfermedades reconocidas como enfermedades profesionales (sistema “de listas”);
- b) incluir en su legislación una definición general de las mismas, suficientemente amplia para que abarque unas enfermedades concretas (sistema “abierto”);
- c) establecer una lista de enfermedades añadiendo, además, una definición general de enfermedades profesionales o bien otras disposiciones que permitan establecer el origen profesional de las que no figuren en la lista o que manifiestan bajo condiciones diferentes de las prescritas; es lo que se conoce como (sistema “mixto”), que integra las ventajas de los otros dos y permite solventar sus posibles inconvenientes.

Prevé que la autoridad competente defina los accidentes en el trabajo y las enfermedades profesionales con miras a proporcionar ciertas prestaciones compensatorias: entre ellas se incluye el pago por servicios de rehabilitación y asistencia médica para los trabajadores víctimas de lesiones o trastornos relacionados con el trabajo; la garantía de ingresos para los trabajadores accidentados y sus familiares a cargo durante el período de discapacidad temporal o permanente o en caso de fallecimiento.

Dentro del modelo cambiante de los riesgos profesionales, es necesario revisar periódicamente la lista y añadir enfermedades que han sido calificadas como enfermedades profesionales con el fin de asegurar un máximo de eficacia de las estrategias preventivas. Las listas exhaustivas de enfermedades profesionales y de aquellas que se presume que tienen un origen profesional constituirían un aporte importante para suscitar la toma de conciencia sobre los riesgos inherentes al trabajo y estimular estrategias preventivas.

El análisis de muchos de los sistemas nacionales examinados por la Oficina de la OIT muestra que en algunos países el registro y la notificación se limitan a las enfermedades o afecciones que ya se sabe que tienen un origen profesional, o están específicamente relacionados con la

prevención. De hecho, ha logrado una importancia considerable en el campo de la salud y la seguridad en el trabajo. En ella se especifican claramente los trastornos o enfermedades susceptibles de prevención. En realidad, la lista no incluye la totalidad de las enfermedades profesionales; su objeto es exponer las que tienen mayor incidencia en las empresas de muchos países y cuya prevención puede beneficiar en mayor medida la salud de los trabajadores.

concesión de prestaciones. Sin embargo, es evidente que no pueden cumplirse las necesidades en materia de registro y notificación de enfermedades profesionales y problemas de salud causados por actividades laborales con una breve lista de enfermedades respecto de las cuales se han reconocido efectivamente causas profesionales.

Hay controversia en torno a la relación causal entre el trabajo y ciertos problemas de salud que pueden tener muchas causas, particularmente cuando se trata de problemas musculares y óseos, y los que se deben a factores psicosociales, y esto ha dado lugar a una considerable divergencia en cuanto a los datos recopilados por los países y las empresas. Por lo tanto, un método de recopilar datos que no implique necesariamente una causa profesional contribuiría a incentivar el registro y la notificación de síntomas de enfermedades y problemas de salud, lo cual, en el caso de que se pruebe después que tienen un origen profesional, aumentaría las posibilidades de comprender su causa y prevenir su repetición. Asimismo, el reconocimiento de que una enfermedad tiene un origen profesional, ya sea en todo o en parte, fortalecería las disposiciones relativas a la vigilancia de la salud y crearía mayor conciencia acerca de las actividades preventivas apropiadas²².

La OIT recomienda el sistema mixto pues deja abierta la posibilidad de probar el nexo causal entre el trabajo y la enfermedad considerándose en tal caso la patología como enfermedad profesional, pese a no estar contemplada en la lista²³.

El 20 de junio de 2002, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, en su nonagésima reunión, celebrada el día 3 de junio del mismo año, aprueba una Recomendación, la n. 194, que tiene por finalidad establecer una lista de enfermedades profesionales, a los fines de la prevención, registro y notificación de las enfermedades profesionales, fundamentalmente.

Y de ser procedente, indemnización de las mismas, mediante métodos adecuados a las condiciones y práctica nacionales y, de ser necesario, por etapas y previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas²⁴.

²² OIT, *Registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y lista relativa a las enfermedades profesionales. Informe V*, Conferencia Internacional del Trabajo, 90^a reunión, 2002.

²³ J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA, *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 281.

²⁴ J.F. BLASCO LAHOZ, *Enfermedades Profesionales. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 29.

En este sentido el texto internacional mencionado insta a los Estados miembros al cumplimiento de los objetivos fijados por la Recomendación. De hecho, el primer punto de la misma se refiere al establecimiento, revisión y aplicación de sistemas de registro y notificación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuestiones, todas ellas, que ya fueron tratadas en un Repertorio de recomendaciones prácticas sobre registro y notificación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de 1996, pero que vuelve a retomar la Conferencia General²⁵.

Así pues, la protección de la salud ocupacional es un tema global máximo en las circunstancias actuales de constantes migraciones de trabajadores entre los diferentes pueblos. La OIT reglamenta tal asunto mediante diversos instrumentos jurídicos y declarativos, como los citados, si bien la mayoría de los Convenios aparejan las respectivas recomendaciones sobre cada tema²⁶.

En comparación con la lista internacional que elabora la OIT, la lista española incluye más agentes químicos en el primer grupo de enfermedades: cuarenta y tres, en total, frente a los treinta y uno que reconoce aquella. Sin embargo la lista internacional contiene una cláusula abierta que permite incluir a cualquier enfermedad causada por un agente químico que no se haya mencionado antes, cuando exista un vínculo entre la exposición y la enfermedad, por lo que permite considerar las enfermedades del trabajo como enfermedades profesionales y no como accidentes de trabajo, como ocurre en nuestro ordenamiento jurídico²⁷.

3. Bibliografía

BAYLOS GRAU A., FLORENCIO THOMÉ C., GARCÍA SCHWARZ R., *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2014

BLASCO LAHOZ J.F., *Enfermedades Profesionales. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 2008

BLASCO LAHOZ J.F., LÓPEZ GANDÍA J., *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2012

²⁵ S. MORENO CÁLIZ, *op. cit.*, p. 119.

²⁶ A. BAYLOS GRAU, C. FLORENCIO THOMÉ, R. GARCÍA SCHWARZ, *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 864-865.

²⁷ S. MORENO CÁLIZ, *op. cit.*, p. 128.

- BLASCO LAHOZ J.F., LÓPEZ GANDÍA J., MOMPARNIER CARRASCO M.A., *Curso de Seguridad Social I. Parte general*, Tirant lo Blanch, 2007
- CAVAS MARTÍNEZ F., FERNÁNDEZ ORRICO F.J., *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, 2006
- FERNÁNDEZ AVILÉS J.A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, Atelier, 2007
- FERNÁNDEZ AVILÉS J.A., *Concepto de accidente de trabajo. El riesgo objeto de protección jurídica*, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, 2006
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ J.A., *El trato privilegiado de las Prestaciones de origen profesional*, Aranzadi, 2017
- LÓPEZ GANDÍA J., AGUDO DÍAZ J., *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*, Bomarzo, 2007
- MORENO CÁLIZ S., *La lista española de Enfermedades Profesionales a la luz de recientes textos internacionales en*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, n. 52
- OIT, *Registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y lista relativa a las enfermedades profesionales. Informe V*, Conferencia Internacional del Trabajo, 90^a reunión, 2002
- OJEDA AVILÉS A., GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA C., *La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, 2006
- ROALES-NIETO LÓPEZ J.L., *Introducción. La influencia de la actividad de la OIT en la legislación laboral española*, en J.M. OLIVAR DE JULIÁN (dir.), *Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España*, Laocoonte, 2009
- SEMPERE NAVARRO A.V., *La protección de la enfermedad profesional: planteamientos para su modificación*, en *Aranzadi Social*, 2001, n. 5

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo) 1925 (núm. 19)

M^a Fuencisla RUBIO VELASCO*

RESUMEN: La Organización Internacional del Trabajo cumple 100 años. Se trata de una fuente de derecho internacional del trabajo centrada en garantizar el derecho a la Seguridad Social a la totalidad de la población, así como mejorar la calidad del empleo, tanto en el ámbito laboral como respecto a la dignidad del trabajo, la protección de las personas trabajadoras contra enfermedades o accidentes, la seguridad en el empleo, garantizando un equilibrio entre trabajo y vida personal. La formulación de la Seguridad Social como un derecho humano universal, y el establecimiento progresivo de regímenes nacionales básicos de protección social adaptados a los cambios sociales, son la consecuencia de un laborioso trabajo de la OIT, desde su creación en 1919. En este trabajo comenzaremos por algunas consideraciones previas en relación a la OIT, pasando a concretar el derecho a la Seguridad Social y, finalmente, analizaremos el contenido y aplicación del convenio 19 de la OIT.

Palabras clave: OIT, Seguridad Social, accidentes de trabajo, extranjeros.

SUMARIO: 1. 100 años de la Organización Internacional del Trabajo. 2. La Seguridad Social como elemento fundamental de la OIT. 3. El fenómeno migratorio. 4. La igualdad de trato en materia de accidentes de trabajo. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Profesora Sustituta Interina. Universidad de Huelva.

Equality of Treatment (Accident Compensation) Convention 1925 (No. 19)

ABSTRACT: The International Labor Organization turns 100 years old. It is a source of international labor law focused on guaranteeing the right to Social Security to the entire population, as well as improving the quality of employment, both in the workplace and with respect to the dignity of work, the protection of working people against illness or accidents, job security, guaranteeing a balance between work and personal life. The formulation of Social Security as a universal human right, and the Progressive establishment of basic national social protection regimes adapted to social changes are the result of a laborious work of the ILO, since its creation in 1919. In this work we will begin with some previous considerations in relation to the ILO, going on to realize the right to Social Security and, finally, we will analyze the content and application of ILO Convention 19.

Key Words: LO, Social Security, accidents at work, foreign workers.

1. 100 años de la Organización Internacional del Trabajo

Hace una centuria, los fundadores de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), reconocieron la importancia de la justicia social en el aseguramiento de la paz en un contexto en el que los trabajadores eran explotados en las naciones industrializadas de la época¹.

Creada en 1919, se trata del organismo especializado más antiguo de las Naciones Unidas, y acaba de conmemorar su centenario. En su creación, como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial, la OIT plasmó la convicción de que la justicia social es esencial para alcanzar una paz universal y permanente, mediante una serie de principios de Derecho laboral y recomendaciones a los miembros de la Sociedad de Naciones, con el fin de asegurar unas condiciones de trabajo equitativas y humanas para el hombre, la mujer y el niño, eliminando las relaciones de trabajo que entrañaran algún grado de injusticia y miseria².

Desde este organismo, se han elaborado un gran número de normas que tratan de establecer criterios comunes, sobre aspectos relacionados con el trabajo, tales como, las condiciones de trabajo, el empleo y la formación, los salarios, la salud y la seguridad, la Seguridad Social, la administración e inspección del trabajo, y la migración; así como, las diferentes categorías específicas de las personas trabajadoras³.

Entre los objetivos principales de la OIT destacamos la promoción de los derechos laborales, el fomento de las oportunidades de trabajo decente, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar los temas relacionados con el trabajo⁴.

Como objetivo general, procurar la justicia social en todo el mundo, a través de las normas internacionales del trabajo. Esta actividad normativa es el reflejo de la convicción de la comunidad mundial de que la justicia social tiene que abordarse colectivamente y de que ésta no debería delegarse en los acuerdos bilaterales accidentales entre los Estados. En consecuencia, una vez que un Estado miembro ha ratificado un convenio internacional del Trabajo, debe hacerlo vinculante, en virtud de la legislación nacional⁵.

¹ <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/100/lang--es/index.htm>.

² Constitución de la OIT (parte III del Tratado de paz entre las potencias aliadas y asociadas y Alemania), adoptada el 28 de junio de 1919.

³ A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 123.

⁴ <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--es/index.htm>

⁵ Oficina Internacional del Trabajo Departamento de Seguridad Social. Documentos de política de seguridad social documento 7. Seguridad social para todos. Una inversión en

Con una primera aproximación a los convenios y recomendaciones de la OIT, se evidencia claramente que la Organización ha realizado un enorme trabajo regulador que, además, ha sabido ir adaptando a las necesidades y evolución. Por ello, la producción normativa de la OIT ha resultado -y resulta- indispensable para la regulación del trabajo⁶.

La OIT ocupa ciertamente una posición privilegiada. Las empresas, los trabajadores y los gobiernos se sientan a su mesa. Sus instrumentos son el diálogo social y las normas relativas a la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, el empleo y la seguridad de las personas⁷.

Su misión principal es mejorar la situación de los seres humanos en el mundo del trabajo, por lo que su interés debe ser por todos los trabajadores, sin distinción alguna⁸. Todos los que trabajan tienen derechos en el trabajo. Es por ello que la Constitución de la OIT aboga por el mejoramiento de las “condiciones de trabajo”, organizadas o no y se trabaje donde se trabaje, ya sea en la economía estructurada o bien en la no estructurada, en casa o en asociaciones locales o de carácter voluntario⁹.

Resulta indispensable crear unos sistemas económicos y sociales que garanticen el empleo y la seguridad, a la vez que sean capaces de adaptarse a unas circunstancias en rápida evolución, en un mercado mundial muy competitivo¹⁰.

Respecto a las migraciones, la OIT persigue principalmente que los Estados adopten una política migratoria internacional coherente cuyo objetivo sea la creación de empleo, sin perder de vista tanto las necesidades económicas y sociales de los países de origen y de los países de empleo, como las necesidades y recursos de mano de obra a corto

la justicia social y en el desarrollo económico Campaña Mundial sobre Seguridad Social y Cobertura para Todos Departamento de Seguridad Social. Organización Internacional del Trabajo Abril de 2009. Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2009 Primera edición 2009, p. 11, <https://www.ilo.org/secsoc/lang--en/index.htm>.

⁶ M.I. RIBES MORENO, *La labor de la Organización Internacional del Trabajo respecto a la marina mercante*, en *Revista de Relaciones Laborales*, Lan Harremanak/39, 2018, 120-151, Universidad País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, p. 29.

⁷ [Memoria del director general, Trabajo Decente](#), Conferencia Internacional del Trabajo 87.a reunión 1999, Oficina Internacional del Trabajo, primera edición 1999, Ginebra, p. 2.

⁸ G.W. VON POTOBOSKY, H.G. BARTOLOMEI DE LA CRUZ, *La Organización Internacional del Trabajo. El sistema normativo internacional. Los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales*, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 385.

⁹ [Memoria del director general, Trabajo Decente](#), Conferencia Internacional del Trabajo 87.a reunión 1999, Oficina Internacional del Trabajo, primera edición 1999, Ginebra, p. 4.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 4-5.

plazo¹¹.

En definitiva, se trata de mejorar las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores en el ámbito internacional a través de los Convenios y las Recomendaciones¹².

2. La Seguridad Social como elemento fundamental de la OIT

La OIT ha realizado importantes aportaciones al mundo del trabajo, con un enfoque directo al trabajo, la promoción del empleo y el diálogo social, así como de los diferentes aspectos de la protección social, mejorar la calidad del empleo, no sólo en términos del entorno laboral u organizacional, sino también en aspectos tales como la dignidad del trabajo, la protección de las personas trabajadoras contra las enfermedades o accidentes, la seguridad en el empleo, el equilibrio entre trabajo y la vida personal, la duración y organización de la jornada de trabajo, la productividad y la remuneración¹³.

Dado que existen condiciones de trabajo que conllevan injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, resulta urgente mejorar dichas condiciones, especialmente en la protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres¹⁴.

El mensaje básico de la OIT es directo y sencillo: la seguridad social constituye una de las herramientas más eficaces para combatir la pobreza y la vulnerabilidad. La seguridad social es una necesidad social y

¹¹ A. CEINOS SUARÉZ, *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2006, p. 102.

¹² A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 199. El TC establece el carácter orientativo o aclaratorio de las Recomendaciones, sin eficacia vinculante, STC 38/1981, de 23 de noviembre. RTC 1981/38. También del TS en sentencia de 20 de junio de 2000. RJ 2000/7172, recoge el argumento del TC.

¹³ P. CALLAU DALMAU, *La seguridad social: un elemento fundamental del mandato de la OIT desde su creación en 1919*, en *Revista de Relaciones Laborales*, Lan Harremanak/39, 2018, 26-50, Universidad País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, p. 29.

¹⁴ Adoptada el 11 de abril de 1949 en virtud del Tratado de Versalles. El texto original de la Constitución, aprobado en 1919, ha sido modificado por la enmienda de 1922, que entró en vigor el 4 de junio de 1934; por el Instrumento de enmienda de 1945, que entró en vigor el 26 de septiembre de 1946; por el Instrumento de enmienda de 1946, que entró en vigor el 20 de abril de 1948; por el Instrumento de enmienda de 1953, que entró en vigor el 20 de mayo de 1954; por el Instrumento de enmienda de 1962, que entró en vigor el 22 de mayo de 1963, y por el Instrumento de enmienda de 1972, que entró en vigor el 1.º de noviembre de 1974.

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/F?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRY_ID:2453907:NO.

económica¹⁵.

No constituye una necesidad marginal de las personas. Los seres humanos tienen, por naturaleza, aversión a los riesgos y asignan un gran valor a la seguridad¹⁶.

Desde una perspectiva legal global, el reconocimiento del derecho a la seguridad social se ha desarrollado a través de instrumentos universalmente negociados y aceptados que proclaman que la seguridad social es un derecho fundamental de todo ser humano de cualquier sociedad. Este principio se establece en, entre otros, los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La seguridad social como derecho humano, es parte del mandato de la OIT y está consagrado en una serie de convenios de la Organización, siendo uno de los más destacados el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), que pasó a ser el anteproyecto del Código Europeo de Seguridad Social y al que se hace referencia en otros instrumentos regionales¹⁷.

La larga experiencia de los países de la OCDE ha venido a demostrar que la seguridad social es una herramienta poderosa para aliviar la pobreza y las desigualdades. Se considera que las tasas de pobreza y de desigualdad en muchos países de la OCDE se han reducido casi a la mitad, en comparación con los niveles que han de esperarse sin tales regímenes¹⁸.

¹⁵ Oficina Internacional del Trabajo Departamento de Seguridad Social. Documentos de política de seguridad social documento 7. Seguridad social para todos. Una inversión en la justicia social y en el desarrollo económico Campaña Mundial sobre Seguridad Social y Cobertura para Todos Departamento de Seguridad Social. Organización Internacional del Trabajo Abril de 2009. Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2009 Primera edición 2009, p. 1, <http://www.ilo.org/secsoc>.

¹⁶ Oficina Internacional del Trabajo Departamento de Seguridad Social. Documentos de política de seguridad social documento 7. Seguridad social para todos. Una inversión en la justicia social y en el desarrollo económico Campaña Mundial sobre Seguridad Social y Cobertura para Todos Departamento de Seguridad Social. Organización Internacional del Trabajo Abril de 2009. Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2009 Primera edición 2009, p. 8, <http://www.ilo.org/secsoc>.

¹⁷ Oficina Internacional del Trabajo Departamento de Seguridad Social. Documentos de política de seguridad social documento 7. Seguridad social para todos. Una inversión en la justicia social y en el desarrollo económico Campaña Mundial sobre Seguridad Social y Cobertura para Todos Departamento de Seguridad Social. Organización Internacional del Trabajo Abril de 2009. Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2009 Primera edición 2009, pp. 9-10, <http://www.ilo.org/secsoc>.

¹⁸ Oficina Internacional del Trabajo Departamento de Seguridad Social. Documentos de política de seguridad social documento 7. Seguridad social para todos. Una inversión en la justicia social y en el desarrollo económico Campaña Mundial sobre Seguridad Social y Cobertura para Todos Departamento de Seguridad Social. Organización Internacional

3. El fenómeno migratorio

Uno de los colectivos que requieren mayor necesidad de protección social son los trabajadores migrantes, sean éstos trabajadores que se trasladan de sitio dentro de su país (migrantes internos) o a través de fronteras internacionales, presenta dificultades especiales¹⁹.

Los trabajadores migrantes se han convertido en la principal fuente de ingresos de muchas familias de un gran número de países, mientras que sigue siendo un gran desafío la extensión de la cobertura tradicional de seguridad social a los migrantes y a aquellos que se quedaron atrás²⁰.

A la hora de llevarse a cabo los servicios de asesoramiento técnico y de desarrollo de las capacidades, en relación con la seguridad social, el enfoque seguido²¹ será la promoción, entre otros, de la cobertura universal de la seguridad del ingreso y sistemas de salud, es decir, todos los residentes (permanentes y temporales) deberían tener un acceso justo en términos de género a un nivel adecuado de prestaciones básicas que condujera a una seguridad del ingreso y a una asistencia médica integral. Las prestaciones y protección contra la pobreza como un derecho, estas prestaciones deberían proteger efectivamente a las personas de la pobreza y estar en consonancia con el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102) o con los convenios más recientes que prevén niveles más elevados de protección²², y con el Código Europeo de

del Trabajo Abril de 2009. Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2009
Primera edición 2009, p. 23, <http://www.ilo.org/secsoc>.

¹⁹ Oficina Internacional del Trabajo Departamento de Seguridad Social. Documentos de política de seguridad social documento 7. Seguridad social para todos. Una inversión en la justicia social y en el desarrollo económico Campaña Mundial sobre Seguridad Social y Cobertura para Todos Departamento de Seguridad Social. Organización Internacional del Trabajo Abril de 2009. Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2009
Primera edición 2009, p. 28, <http://www.ilo.org/secsoc>.

²⁰ Oficina Internacional del Trabajo Departamento de Seguridad Social. Documentos de política de seguridad social documento 7. Seguridad social para todos. Una inversión en la justicia social y en el desarrollo económico Campaña Mundial sobre Seguridad Social y Cobertura para Todos Departamento de Seguridad Social. Organización Internacional del Trabajo Abril de 2009. Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2009
Primera edición 2009, p. 29, <http://www.ilo.org/secsoc>.

²¹ Especialmente dentro del mandato de la OIT, como se dispone en la Constitución y se refleja en los convenios y en las recomendaciones.

²² El Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121); el Convenio sobre prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967 (núm. 128); el Convenio sobre asistencia médica y prestaciones

Seguridad Social del Consejo de Europa²³.

La OIT se interesa desde hace tiempo por este asunto y aspira a dispensar protección a los trabajadores migrantes. Ha promovido, asimismo, las políticas que contribuyen a que la migración redunde en beneficio de los países de emigración y de los de inmigración, así como de los mercados de trabajo en general²⁴.

En la propia empresa, el asunto principal en materia de protección social es la seguridad y la salud en el trabajo. Todos los años, los trabajadores sufren accidentes mientras trabajan. La OIT se ha interesado siempre por la seguridad y salud en el trabajo y va a emprender un gran programa InFocus. El programa apuntará a crear alianzas y asociaciones sobre el particular, a la vez que se facilita asistencia técnica en apoyo de la acción nacional. En los últimos años han surgido nuevos problemas de salud relacionados con el trabajo. Está cudiendo, por ejemplo, la preocupación a propósito del agotamiento debido al estrés provocado por el trabajo, la obsesión enfermiza de trabajar y el trabajo excesivo, especialmente en el caso de los trabajadores no manuales bien remunerados. La OIT preparará un informe especial, con un análisis de la desigualdad entre los sexos, para acotar esas formas, relativamente nuevas, de riesgo laboral y para discutir medidas que puedan limitar sus efectos²⁵.

Desde la perspectiva del inmigrante, en líneas generales, cualquier ciudadano tiene derecho a salir de su país y desplazarse a un estado distinto para ejercer una actividad laboral. Los movimientos migratorios responden principalmente a motivos económicos²⁶.

De ahí que la normativa internacional, como hemos visto, haya desarrollado de manera esencial un régimen de seguridad social adecuado

monetarias de enfermedad, 1969 (núm. 130); el Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (núm. 168); y el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183).

²³ Oficina Internacional del Trabajo Departamento de Seguridad Social. Documentos de política de seguridad social documento 7. Seguridad social para todos. Una inversión en la justicia social y en el desarrollo económico Campaña Mundial sobre Seguridad Social y Cobertura para Todos Departamento de Seguridad Social. Organización Internacional del Trabajo Abril de 2009. Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2009 Primera edición 2009, p. 38, <http://www.ilo.org/seccsoc>.

²⁴ Memoria del director general, Trabajo Decente, Conferencia Internacional del Trabajo 87.a reunión 1999, Oficina Internacional del Trabajo, primera edición 1999, Ginebra, p. 44.

²⁵ Memoria del director general, Trabajo Decente, Conferencia Internacional del Trabajo 87.a reunión 1999, Oficina Internacional del Trabajo, primera edición 1999, Ginebra, pp. 43-44.

²⁶ J. SÁNCHEZ PÉREZ, *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, Comares, Granada, 2011, p. 32.

a tal situación.

En este sentido, hay que destacar la labor de la OIT en materia de derechos sociales²⁷.

4. La igualdad de trato en materia de accidentes de trabajo

Se entiende por accidente de trabajo “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”²⁸.

La cuestión esencial es si procede la aplicación de convenio n. 19 de la OIT, que impone la igualdad de trato entre trabajadores y extranjeros en materia de accidentes de trabajo²⁹.

Tanto la doctrina³⁰ como la jurisprudencia, entienden que no se debe hacer distinción entre un extranjero en situación regular o irregular, en el caso de que sufra este tipo de contingencia³¹.

Pero no podemos obviar que existen ciertas posturas doctrinales que interpretan el artículo 1.2 del convenio n. 19, al referirse a “la igualdad de trato (...) sin ninguna condición de residencia”³², en el sentido de la

²⁷ J.L. MONEREO PÉREZ, *El derecho a la Seguridad Social*, en AA.VV. (J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete, M^aN. Moreno Vida dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, Granada, 2002.

²⁸ Art. 115 LGSS.

²⁹ Artículo 1. Convenio n. 19 OIT. “1. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo”.

³⁰ J.R. Mercader Uguina, *La protección de los trabajadores extranjeros*, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*, Tomo II, Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, Santander, 2003, pp. 1154-1155. Este autor considera que el Convenio n. 19 y la Recomendación n. 25 relativos a la igualdad de trato entre y trabajadores extranjeros y nacionales en materia de accidentes de trabajo, “constituyen las piedras básicas en el ámbito internacional”. Disfrutando de protección a pesar de carecer de la correspondiente autorización de trabajo, como resultado de la larga tradición en el ámbito internacional en base a este convenio. Además de la OM de 28 de diciembre de 1966 que en su artículo 1.4 b) reconoce la reciprocidad respecto de contingencias profesionales.

³¹ STSJ Madrid de 5 de septiembre de 2002, AS 2002/3359; de 11 de octubre de 2004, AS 2004/2915; de 14 de marzo de 2005, AS 2005/1213; de 20 de junio de 2005, AS 2005/2466 y de 30 de septiembre de 2005, AS 2005/3049.

³² Art. 1 Convenio n. 19 OIT “2. Esta igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes sin ninguna condición de residencia. Sin embargo,

posibilidad de hacer efectivo el cobro de la indemnización sin importar donde se resida. Hipótesis que sería distinta al argumento en virtud del cual se puede indemnizar sin atención a la situación administrativa personal del trabajador.

En este sentido, la Recomendación n. 25 de la OIT en su apartado I a), parece aclarar la cuestión al exponer que, en lo relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo, se tomen las medidas necesarias “para facilitar a los beneficiarios de una indemnización que no residan en el país en que ésta deba pagárseles el cobro”³³.

El convenio n. 19 puede ser objeto de diversas interpretaciones pero la Recomendación n. 25, más explícita, hace mención a la residencia como lugar en el que se esté residiendo con expresiones tales como, “para facilitar a los beneficiarios de una indemnización que no residan en el país en que ésta deba pagárseles”, “en caso de conflicto por falta o suspensión de pago, o reducción del importe de una indemnización debida a una persona que no resida en el país donde haya adquirido su derecho a indemnización”, “para que el beneficio de las exenciones de derechos fiscales, de la expedición gratuita de documentos oficiales y de las demás ventajas concedidas por la legislación de un Miembro, en materia de indemnización por accidentes del trabajo, sea extendido, en las mismas condiciones, a los nacionales de los demás Miembros que hayan ratificado el Convenio”³⁴; “donde no exista un régimen de indemnización (...) de accidentes del trabajo los gobiernos, hasta que se instituya dicho régimen, concedan a los trabajadores extranjeros el beneficio de la legislación nacional de éstos”³⁵.

Nuestros tribunales aplican este convenio siempre y cuando haya sido ratificado por el país del que es nacional el extranjero que sufre el accidente de trabajo, pero es necesario que el estado del que es origen el

en lo que se refiere a los pagos que un Miembro, o sus nacionales, tengan que hacer fuera de su propio territorio en virtud de este principio, las disposiciones que hayan de tomarse se regirán, si fuere necesario, por acuerdos especiales celebrados con los Miembros interesados”.

³³ Apartado I Recomendación n. 25 OIT. “La Conferencia recomienda que, para la aplicación del Convenio relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo, cada Miembro de la Organización Internacional del Trabajo tome las medidas necesarias: a) para facilitar a los beneficiarios de una indemnización que no residan en el país en que ésta deba pagárseles el cobro de las sumas que se les adeuden y para garantizar la observancia de las condiciones establecidas en las leyes y reglamentos para el pago de dichas sumas”.

³⁴ Parte I Recomendación n. 25 OIT.

³⁵ Parte II Recomendación n. 25 OIT.

extranjero que sufre el accidente haya ratificado el convenio³⁶.

No obstante, en el caso de que se trate de un extranjero nacional de un estado que no haya ratificado el convenio, la ampliación de la cobertura viene concedida por el artículo 4.1 b) de la [Orden de 28 de diciembre de 1966³⁷](#) y la Resolución de la Dirección General de Previsión de [15 de abril de 1968](#) de la Dirección General de Previsión sobre equiparación de trabajadores extranjeros a los nacionales, a efectos de inclusión en el campo de aplicación de la Seguridad Social, y “respecto a extranjeros, la reciprocidad se entenderá reconocida en todo caso, en relación a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional”³⁸, “sin que el hecho de ser extranjero ilegal le impida la equiparación automática”³⁹.

Sin embargo, no se mantiene una postura unánime negando, en ocasiones, la protección con fundamento en que el contrato de trabajo sin los correspondientes permisos debe considerarse nulo, y de ahí que no produzca efectos en el Sistema de Seguridad Social⁴⁰.

En el mismo supuesto, ¿cuál sería la posición de otros estados vinculados por el convenio⁴¹?

³⁶ En la STS de 9 junio 2003 RJ 2003/3936, aunque se invoca el convenio n.º 19 de la OIT, en el caso enjuiciado no se pudo aplicar pues para que se pueda dar esa igualdad de trato tiene el tercer Estado que haber ratificado dicho convenio. Al respecto A.V. SEMPERE NAVARRO, *Accidente laboral de extranjero sin permiso*, en *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 13/2003, parte Comentario, BIB 2003\998, Aranzadi, Pamplona, 2003.

³⁷ Art. 4. Orden de 28 de diciembre de 1966 RCL/1966/2404. “Estarán incluidos en este Régimen General, en cuanto reúnan las condiciones del número 1 de este artículo, excepto la relativa a nacionalidad: (...) b) Los súbditos de los restantes países que residan en territorio español, en cuanto así resulte de lo que se disponga en los Convenios o Acuerdos ratificados o suscritos al efecto o a cuantos les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida. La reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.” Al respecto P. CHARRO BAENA, *Trabajadores extranjeros “ilegales” y accidente de trabajo y enfermedad profesional: cobertura en el sistema de Seguridad Social (Comentario a la STSJ Murcia de 4 de octubre de 1999 AS 1999/3206)*, en BIB 1999/1889 Aranzadi Social, vol. III parte Presentación, Aranzadi, Pamplona, 1999. J.R. Rivera Sánchez, *La acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular*, en *Boletín Aranzadi laboral* n.º 1/2002, BIB 2002/3, Aranzadi, Pamplona, 2001.

³⁸ STSJ Madrid de 16 abril de 1998 AS 1998/1392.

³⁹ STSJ Andalucía, Granada de 7 enero de 1998 AS 1998/378.

⁴⁰ STSJ Aragón de 1 abril de 1998 AS 1998/1415.

⁴¹ Respecto a la aplicación del convenio 19 de la OIT en otro estados vinculados por el convenio, véase C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Efectos jurídicos de la contratación de inmigrantes “ilegales”: una aproximación desde el Derecho Comparado*, en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (coord.), *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2008, pp. 29 y ss.

En Austria, en el caso de accidente de trabajo o enfermedad de un inmigrante en situación irregular, tienen básicamente los mismos derechos en relación a la Seguridad Social que los contratados legalmente. Y aunque el Convenio n.º 19 fue ratificado por este país, tiene escasa relevancia. El caso de Bélgica, todos los que trabajan están asegurados, con independencia de la situación legal o ilegal. Lo que genera el derecho a las prestaciones de Seguridad Social es el hecho mismo de trabajar. La única excepción sería para las prestaciones por desempleo en las que el trabajador inmigrante necesitará estar en posesión de la autorización de residencia y trabajo. En Francia como norma general los inmigrantes deben exhibir un permiso de residencia válido para el derecho a prestaciones sociales. Pudiendo ser beneficiario de estas prestaciones en virtud de la legislación de accidentes laborales. Se puede conceder una tarjeta de residencia temporal por un año con la posibilidad de renovación por otro más, en el caso de accidente laboral o enfermedad profesional. En el Reino Unido, el empleador al contratar a un inmigrante ilegal debe satisfacer las obligaciones sociales, teniendo el trabajador derecho a cualquiera de las prestaciones que derivan de dicha cotización. Aunque este país ratificó el convenio n.º 19 de la OIT, se muestra reacio a la hora de reconocer a los trabajadores inmigrantes irregulares prestaciones derivadas de riesgos profesionales. Mientras en Holanda la normativa vigente no contempla a los inmigrantes ilegales bajo la cobertura de la Seguridad Social, en el caso de Hungría, estas prestaciones derivan de la relación laboral. Aunque se trate de un contrato inválido, se contemplan los derechos y obligaciones como si estuviéramos ante un contrato de trabajo válido. Procedió a la ratificación del convenio n.º 19 de la OIT, pero al no estar registrada en la Oficina de la OIT, no obliga al país. No aplicando el convenio en caso de accidente laboral del trabajador inmigrante ilegal⁴².

Si tenemos en cuenta que hay países que no aplican el convenio, estando obligado a ello por haber procedido a la ratificación, ¿por qué España sí lo aplica? ¿Podría ser la postura anteriormente expuesta, que se refiere a la posibilidad del cobro con independencia de la residencia y no a la situación administrativa del inmigrante, la que se debería tener presente? En definitiva, en España, parece que no existiría duda en reconocer a los extranjeros irregulares la prestación por contingencia profesional por diferentes cauces como son, el Convenio n.º 19 y la Recomendación n.º 25, ambos de la OIT; por el principio de reciprocidad, además de lo dispuesto en el artículo 36.5 Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma

⁴² C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Efectos jurídicos de la contratación...*, op. cit., p. 34.

de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁴³, que establece que el contrato de trabajo celebrado por un extranjero en situación irregular como no válido, tampoco esta circunstancia será obstáculo para “la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación”⁴⁴ y entre estos convenios, el convenio n.º 19 de la OIT.

El Tribunal Supremo⁴⁵ ha consolidado el reconocimiento de dichas prestaciones tanto a los nacionales miembros de un Estado que haya ratificado el convenio como en el supuesto de no ratificación ya que en virtud de la OM de 28 de diciembre de 1966 que reconoce dicha reciprocidad en todo caso en materia de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, aunque la relación de empleo se haya celebrado en contra de una prohibición legal⁴⁶.

En cualquier caso, no debemos olvidar que las consecuencias que se derivan de la obligación de establecer el mismo trato en materia de indemnización de accidentes de trabajo, tanto para trabajadores irregulares como para los nacionales sería el alta de pleno derecho y la automaticidad de las prestaciones⁴⁷, lo que supondría dar de alta a un trabajador sin el correspondiente requisito administrativo y, en consecuencia, un supuesto

⁴³ BOE de 12 de diciembre de 2009. En adelante LOEx.

⁴⁴ Artículo 36 LOEX “5. La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo.

Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero”.

⁴⁵ STS (Sala de lo Social) de 7 octubre 2003 RJ 2003/6497.

⁴⁶ Art. 4.1 OM de 28 de diciembre de 1966 “b) Los súbditos de los restantes países que residan en territorio español, en cuanto así resulte de lo que se disponga en los Convenios o Acuerdos ratificados o suscritos al efecto o a cuantos les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida. La reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional”.

⁴⁷ Art. 125 LGSS “3. Los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral”.

de regularización del extranjero⁴⁸.

Ahora bien, la LOEx establece en su artículo 36.5 que “salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero”, con lo cual no supondría el cambio de situación.

5. Conclusiones

La OIT ha centrado sus esfuerzos en establecer una Seguridad Social para todos, es decir, como un derecho humano básico.

La Seguridad Social es parte integrante del desarrollo económico, por lo que debe proteger a los trabajadores ante cualquier circunstancia y/o contingencia.

Los trabajadores migrantes constituyen un colectivo altamente vulnerable en relación a los accidentes de trabajo, de ahí que el convenio 19 contemple la igualdad de trato entre trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización de accidentes de trabajo.

Tal y como establece el TS, un trabajador extranjero que carezca de las correspondientes autorizaciones para residir y trabajar, y no esté de alta en Seguridad Social, tendrá derecho a una prestación derivada de accidente de trabajo al tratarse de un trabajador cuyo país ratificó el convenio n.º 19, al igual que hizo España. Y es que, el principio de reciprocidad obliga a conceder el mismo trato a los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo. El extranjero irregular se entenderá en situación de alta de pleno derecho en la Seguridad Social.

6. Bibliografía

CALLAU DALMAU P., *La seguridad social: un elemento fundamental del mandato de la OIT desde su creación en 1919*, en Revista de Relaciones Laborales, Lan Harremanak/39, 2018, 26-50, Universidad País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

CEINOS SUARÉZ A., *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2006

⁴⁸ M.T. VELASCO PORTERO, *La protección de los trabajadores sin residencia legal frente a accidentes laborales*, en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (coord.), *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2008, pp. 184-185.

CHARRO BAENA P., *Trabajadores extranjeros "ilegales" y accidente de trabajo y enfermedad profesional: cobertura en el sistema de Seguridad Social (Comentario a la STSJ Murcia de 4 de octubre de 1999 AS 1999/3206)*, BIB 1999/1889 Aranzadi Social, vol. III parte Presentación, Aranzadi, Pamplona, 1999

MARTÍN VALVERDE A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO F., GARCÍA MURCIA J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2009

MERCADER UGUINA J.R., *La protección de los trabajadores extranjeros*, en AA.VV. *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*, Tomo II, Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, Santander, 2003

MONEREO PÉREZ J.L., *El derecho a la Seguridad Social*, en AA.VV. (J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, MⁿN. MORENO VIDA dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, Granada, 2002

MONTOYA MELGAR A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2009

RIBES MORENO M.I., *La labor de la Organización Internacional del Trabajo respecto a la marina mercante*, en *Revista de Relaciones Laborales*, Lan Harremanak/39, 2018, 120-151, Universidad País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

RIVERA SÁNCHEZ J.R., *La acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular*, en *Boletín Aranzadi laboral n 1/2002*, BIB 2002/3, Aranzadi, Pamplona, 2001

SÁNCHEZ PÉREZ J., *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, Comares, Granada, 2011, p. 32

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO C., *Efectos jurídicos de la contratación de inmigrantes "ilegales": una aproximación desde el Derecho Comparado*, en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (coord.), *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2008

VELASCO PORTERO M.T., *La protección de los trabajadores sin residencia legal frente a accidentes laborales*, en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (coord.), *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2008

VON POTOBOSKY G.W., BARTOLOMEI DE LA CRUZ H.G., *La Organización Internacional del Trabajo. El sistema normativo internacional. Los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales*, Astrea, Buenos Aires, 1990

Web sites

<https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/100/lang--es/index.htm>

<http://www.ilo.org/secsoc>

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

<https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09651/09651%281999-87%29.pdf>

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENT_RIE_ID:2453907:NO

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la inspección de los emigrantes 1926 (núm. 21)

Jacqueline HELLMAN*

RESUMEN: La preocupación en torno a los movimientos migratorios ha existido desde el comienzo de la mismísima civilización y, en este peculiar ámbito, cobra relevancia el final de la Primera Guerra Mundial en la medida en que fue un momento especialmente convulso en lo que a desplazamientos humanos se refiere. Siguiendo con este planteamiento, resulta razonable esgrimir que la citada contienda bélica influyó en la adopción, *inter alia*, del Convenio relativo a la simplificación de la inspección de los emigrantes a bordo de los buques del año 1926. Analizaremos, pues, el mencionado instrumento y haremos hincapié en la referencia realizada a favor de la normativa internacional en la medida en que a través de aquélla se quiso no sólo proteger los derechos más esenciales de las personas migrantes, sino también fomentar el protagonismo de las herramientas supranacionales. En relación con esta última observación, constataremos el dudoso papel ejercido por aquéllas a tenor de la actual crisis migratoria en la que estamos inmersos.

Palabras clave: Movimientos migratorios, inspecciones en buques, regulación internacional, OIT.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Ideas esenciales en torno a los movimientos migratorios de principios del siglo XX. 3. Un análisis del Convenio de 1926: la mención a la regulación internacional como una manera de reforzar los derechos de los inmigrantes. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Acreditada como profesora contratada desde mayo 2017; es doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. En la actualidad, imparte las siguientes asignaturas en varios centros universitarios: Derecho Internacional Público, Derecho Penal Internacional, Derecho de la Unión Europea y Derechos Humanos.

Inspection of Emigrants Convention 1926 (No. 21)

ABSTRACT: The concern about migratory movements has existed since the beginning of the very same civilization and, in this peculiar area, the end of the First World War becomes relevant to the extent that it was a particularly convulsive moment in terms of human displacements. Following this approach, it is reasonable to conclude that the aforementioned warfare influenced the adoption of, *inter alia*, the Convention concerning the Simplification of the Inspection of Emigrants on Board Ship of 1926. We will analyze, then, the aforementioned instrument and we will emphasize the reference made in favor of international norms insofar as it encouraged not only the protection of the most essential rights of migrant people, but also the prominence played by the supranational tools. In relation to this last observation, we will verify the doubtful role exercised by them in the light of the current migratory crisis in which we are immersed.

Key Words: Migratory movements, inspections on board ships, international regulation, ILO.

1. Introducción

Los flujos migratorios no constituyen un nuevo fenómeno. No hay duda de que los desplazamientos humanos, motivados por un sinfín de razones, han existido siempre y, consecuentemente, la necesidad de controlar los flujos de la población ha sido, desde tiempos inmemoriales, objeto de una especial preocupación¹. De hecho, en los albores de la civilización, los gobernantes de turno implementaron medidas que encajarian en lo que hoy conocemos como estrategias propias de una política migratoria de carácter supranacional. Así, por ejemplo, en el II milenio a.C., se adoptaron acuerdos que pretendían organizar y/o regular el movimiento de la población con el propósito de hacer frente a los innegables desafíos que generalmente conllevan².

La situación esbozada en el párrafo anterior casa a la perfección con la situación actualmente imperante, puesto que sin excesiva duda cabe afirmar que los flujos migratorios siguen desestabilizando, fundamentalmente, a los países afectados por dicho fenómeno. A modo de ejemplo podemos mencionar las dificultades que la llegada masiva de inmigrantes está suponiendo para algunos Estados europeos como Grecia e Italia³. En este peculiar contexto, conviene apuntar que la Unión Europea se ha puesto manos a la obra y ha tratado de suavizar los efectos de aquélla mediante, *inter alia*, la adopción de innumerables instrumentos jurídicos, los cuales han venido acompañados de la consiguiente controversia⁴, tal y como se ha reflejado en la sentencia emitida el 6 de septiembre del año 2017 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵.

¹ Ello se justifica del siguiente modo: la posibilidad de ejercer el poder se encontraba estrechamente vinculado a la densidad de la población del lugar o región en el que desplegarlo. Sánchez así lo alega: «el factor poblacional era uno de los vectores principales del poderío de cualquier reino de la época» (V. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *Migraciones, refugiados y amnistía en el derecho internacional del Antiguo Oriente Medio, II milenio a.C.*, Tecnos, 2016, p. 131).

² En este sentido, se pone de relieve la siguiente idea: «el conjunto de los convenios y sus particularidades, así como la información sobre los exiliados [...] esbozan un cuadro muy revelador de la problemática que comportaban estos movimientos de personas en aquella época» (*ibidem*, pp. 77 ss.).

³ A estos efectos, debe traerse a colación la guerra que comenzó en Siria en el año 2011 en la medida en que dicho factor ha contribuido a que, en los últimos años, el número de personas desplazadas al continente europeo haya aumentado de forma significativa.

⁴ Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a la Decisión 2015/1601 adoptada por el Consejo de la Unión Europea conforme a la cual se estableció un proceso de reubicación de 120.000 migrantes.

⁵ *República Eslovaca y Hungría c. Consejo de la Unión Europea*, asuntos acumulados C-643/15 y C-647/15. En dicho asunto se pudo apreciar el claro enfrentamiento existente entre los

Al margen de casos puntuales como el anteriormente citado, es importante tener presente que los Estados han sido, tradicionalmente, los protagonistas indiscutibles a la hora de confrontar y buscar soluciones en relación con los desafíos que los movimientos migratorios entrañan⁶. Sin embargo, debe señalarse también que, desde el comienzo del siglo XX, han proliferado la confección de normas supranacionales ideadas con el propósito de articular soluciones uniformes y, en la medida de lo posible, globales⁷ con la intención de proteger a quienes se embarcan en estos singulares recorridos plagados, la mayoría de las veces, de grandes peligros. Consecuentemente, se puede afirmar que la normativa internacional elaborada desde el comienzo del siglo pasado se encuentra especialmente diseñada con el firme propósito de reforzar los derechos más básicos de aquéllos⁸, lo que según algunos autores ha motivado gran parte de su fracaso⁹.

Estados Miembros y las instituciones europeas. *Vid.* J. ABRISKETA URIARTE, *La reubicación de los refugiados: un déficit de solidaridad y una brecha en el Unión Europea. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2017, asuntos C-643 y C-647/15 Hungría y Eslovaquia contra el Consejo*, en *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, n. 44, pp. 126 ss.

⁶ A estos efectos, *vid. supra*, nota 1. Asimismo, avanzando de forma considerable en el tiempo, podemos señalar a modo de ejemplo que, a finales del siglo XIX, «los gobiernos comenzaron a intentar regular los flujos migratorios y su composición para adecuar la oferta de mano de obra a la demanda, y “manipular” la composición de los flujos para reducir posibles desequilibrios en determinados sectores y ocupaciones» (B. SÁNCHEZ ALONSO, *La época de las grandes migraciones: desde mediados del siglo XIX a 1930*, en M. PIMENTEL SILES (dir.), *Procesos migratorios, economía y persona*, Instituto de Estudios de Cajamar, 2002, p. 26). Así, podemos traer a colación la Comisión Dillingham, constituida a comienzos del siglo XX, conforme a la cual Estados Unidos decidió limitar de forma considerable la llegada masiva de inmigrantes a su territorio (*idem*). Todo ello pone de relieve, pues, el relevante papel desempeñado tradicionalmente por los Estados en el ámbito relativo a la inmigración.

⁷ En este sentido, debe traerse a colación un documento recientemente promovido por la comunidad internacional: el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular.

⁸ Al hilo de lo comentado en el cuerpo principal del texto, conviene traer a colación la siguiente aseveración: «The first international legal standards were adopted under the auspices of the International Labour Organization [...]. ILO is meant to protect the rights of workers in an ever-industrializing world. After the First World War, tentative attempts were made to establish a human rights system under the League of Nations» (F. VILJOEN, *International Human Rights Law: A Short History*, en *UN Chronicle*, 2009, vol. XLVI, n. 1-2).

⁹ En este sentido, Torrecuadrada ha afirmado lo siguiente: «el desarrollo progresivo del derecho en este punto materializado en un tratado que pretenda dar una respuesta a los problemas actuales que plantea la migración teniendo en cuenta un enfoque en los Derechos Humanos puede abocarlo al fracaso derivado de la ausencia de compromiso de los Estados que son destino de migraciones. Incluso puede conducirnos a algo peor: a la

Siendo, pues, conscientes de todo lo anterior, es evidente que los instrumentos jurídicos adoptados y promovidos por la comunidad internacional despliegan un gran interés. Ante dicha tesis, es fundamental indicar que centraremos nuestro análisis en uno de ellos, concretamente en el Convenio relativo a la simplificación de la inspección de los emigrantes a bordo de los buques (adoptado el 5 de junio del año 1926). Como ya veremos, la importancia de aquél radica en que exemplifica de un modo muy peculiar la preocupación que existía, prácticamente desde comienzos del siglo pasado, en torno a la salvaguarda de los derechos más esenciales de los inmigrantes en determinado tipo de situaciones. Todo lo cual, entronca con lo afirmado en el párrafo anterior. Sea como fuere, antes de proceder a ello, haremos hincapié en el contexto en el que aquél fue adoptado para de esta manera comprender los objetivos que tenían en mente los instigadores de aquél.

2. Ideas esenciales en torno a los movimientos migratorios de principios del siglo XX

Como ya se apuntó en el anterior apartado, los movimientos migratorios son considerados un proceso natural que todas las regiones, zonas, países, etc., han sufrido en mayor o menor medida. Y, como es evidente, los mismos no son ajenos a ningún momento temporal concreto, aunque evidentemente las cifras disminuyen o incrementan en función de las circunstancias existentes, las cuales pueden ser más o menos favorables para propiciar dichos desplazamientos. Siendo conscientes de todo ello, debemos retrotraernos al comienzo del siglo pasado para entender cuál fue el contexto en el que se implementó el Convenio relativo a la simplificación de la inspección de los emigrantes a bordo de los buques de 1926 para, de esta manera, determinar las prioridades que en aquel momento tenía la comunidad internacional.

Así pues, es evidente que cuando se adoptó el referido instrumento se estaba viviendo un momento especialmente virulento dado que no sólo la Primera Guerra Mundial había culminado, sino que se estaba gestando el inicio de un nuevo conflicto armado de dimensiones inconcebibles que, además, arrojaría unas cifras dramáticas en lo que al número de personas desplazadas se refiere¹⁰. En este tenso y hostil periodo de entreguerras,

regulación migratoria conforme defienden los sistemas populistas» (S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, *Los derechos humanos como límite a la gestión de los flujos migratorios mixtos*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018, n. 36, p. 24).

¹⁰ Tales fueron las cifras que se manejaron en aquel momento que la Organización de las

algunos Estados optaron por salvaguardar los derechos más esenciales de las personas que pretendían desplazarse¹¹. No cabe duda de que el Convenio de 1926 auspiciado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual fue creada en 1919, constituye una buena prueba de ello.

Asimismo, y como era de esperar, hubo otros Estados que, por el contrario, decidieron endurecer el régimen de acceso a su territorio y, por tanto, ignorar el contenido de aquéllos. Ese fue el caso de Estados Unidos, quien antes del comienzo del conflicto bélico se caracterizó por mostrarse particularmente abierto y receptivo a la llegada de personas migrantes y, sin embargo, tras el inicio de la citada contienda, la estrategia cambió de forma sustancial, truncando las esperanzas de aquellos que pretendían asentarse en territorio norteamericano¹².

Independientemente del modo en el que los Estados decidieron confrontar la cuestión sobre inmigración en el referido momento temporal, cabe extraer una conclusión clara: el conflicto bélico que comenzó en 1914 – por aquel entonces considerado como el más grave hasta la fecha¹³ – trajo consigo movimientos migratorios sin precedentes, puesto que millones fueron los individuos, fundamentalmente europeos, que se vieron en la obligación de abandonar sus hogares. Ello explica, en gran medida, la proliferación de variadas y diversas estrategias que los Estados decidieron implementar con el propósito de atajar la inquietante

Naciones Unidas decidió regular en profundidad el derecho de asilo. Ello trajo como resultado la creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, el cual tenía como objetivo proteger fundamentalmente a los europeos desplazados con motivo de la Segunda Guerra Mundial, así como la adopción de la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951 conforme al cual se reconoce «el carácter social y humanitario del problema de los refugiados» y se impone a su vez un deber de colaboración entre los Estados contratantes.

¹¹ En relación con lo expuesto en el cuerpo principal del texto, conviene traer a colación la siguiente idea: «While the Versailles peace treaty gave 60 million people a new nation-state, it turned 25 million into minorities» (M. MAZOWER, *Dark Continent: Europe's Twentieth Century*, Penguin Books, 1998, p. 41).

¹² La Primer Guerra Mundial puso fin a uno de los períodos más intensos en cuanto a la llegada de inmigrantes a Estados Unidos se refiere. Antes del estallido bélico, al citado país llegaba una media de un millón de inmigrantes al año. Éstos alcanzaban suelo estadounidense, fundamentalmente, a través de la isla Ellis en donde se sometían a una inspección médica y legal que, generalmente, culminaba en un permiso de entrada al país en prácticamente la mayoría de los casos. *Vid.* E.H. MULLAN, *Mental Examination of Immigrants: Administration and Line Inspection at Ellis Island*, en *Public Health Reports (1896-1970)*, 1917, vol. 32, n. 20, pp. 733 ss.

¹³ *Vid.* J. DALE, [Un mundo nuevo y roto tras la Primera Guerra Mundial](#), en [La Vanguardia](#), 11 noviembre 2018.

situación anteriormente esbozada¹⁴.

Consecuentemente, no hay duda de que un factor esencial que motivó la adopción del Convenio de 1926 fue la guerra que tuvo lugar entre 1914 y 1918, la cual no sólo redibujó el mapa europeo¹⁵, sino que también – como hemos dejado entrever – propició intensos desplazamientos migratorios. Así pues, el Convenio que será objeto de examen en el siguiente apartado, refleja la especial y delicada situación a la que trató de hacer frente una parte de la comunidad internacional, la cual se encontraba comprometida con la protección de los derechos de los inmigrantes. Veamos, pues, a continuación de qué modo procedió a ello.

3. Un análisis del Convenio de 1926: la mención a la regulación internacional como una manera de reforzar los derechos de los inmigrantes

A la luz de lo apuntado en el apartado anterior, examinaremos a continuación el Convenio relativo a la inspección de los emigrantes de 1926 cuya entrada en vigor se produjo tan sólo unos meses después de que fuera adoptado¹⁶. En este contexto, es interesante recalcar que el

¹⁴ Ante dicha tesisura, la Sociedad de Naciones trató de reaccionar y, entre otras estrategias, abogó por la protección de las personas desplazadas por medio de la entrega de un certificado de identidad conocido como el pasaporte Nansen. Cabe destacar que fue Fridtjof Nansen quien instigó la creación del citado documento que, en un primer momento, pretendía procurar protección a los refugiados procedente de la Rusia soviética, pero posteriormente se extendió a otros grupos de refugiados y apátridas víctimas de los nacionalismos y totalitarismos imperantes de la época. *Vid. O. HIERONYMI, The Nansen Passport: A Tool of Freedom of Movement and of Protection*, en *Refugee Survey Quarterly*, 2003, vol. 22, n. 1, p. 41

¹⁵ En este sentido, conviene tener presente la caída del imperio austrohúngaro otomano y ruso en la medida en que redibujó los límites de los mapas, dando lugar – como es lógico – al nacimiento de nuevos Estados. *Vid. H.J. STEINER, P. ALSTON, International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Oxford University Press, 2000, p. 93.

¹⁶ Resulta de interés apuntar que el citado Convenio vino acompañado de la Recomendación n.º 26 relativa a la protección de las trabajadoras migrantes a bordo de buques, la cual estipuló lo siguiente: «Cuando, por lo menos, quince mujeres o muchachas, no acompañadas de una persona responsable, estén comprendidas entre los emigrantes, deberá ir a bordo una mujer debidamente calificada, cuya única misión será la de prestar a estas emigrantes la asistencia moral y material que puedan necesitar, sin que por ello se usurpe en nada la autoridad del capitán. Esta persona informará a la autoridad que la haya nombrado y su informe será puesto a disposición de los gobiernos interesados». *Vid. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Recomendación general N° 26 sobre las trabajadoras migratorias*, 2008, CEDAW/C/2009/WP.1/R. En el año 2004, dejó de estar en vigor.

citado instrumento jurídico estuvo vigente durante más de noventa años, ya que fue en el año 2018 cuando la Conferencia Internacional de Trabajo – en su 107^a reunión¹⁷ – decidió proceder a su derogación. Al margen del largo periodo temporal en el que fue aplicado, debe ponerse de relieve el principal objetivo que asumió la Conferencia a través de éste: proteger los derechos de los emigrantes en, como ya veremos, determinado tipo de situaciones; y, a tenor de sus preceptos legales, la normativa internacional sería de gran ayuda¹⁸.

Con el ánimo de ofrecer detalles más exhaustivos acerca del referido Convenio, conviene recordar que éste tenía solamente quince artículos, los cuales fueron ratificadas por más de treinta Estados inmediatamente después – en la mayoría de los casos – de su adopción. En este orden de ideas, resulta interesante destacar que aquél fue debidamente respaldado por un conjunto de países muy diverso entre sí. Podemos mencionar el apoyo conferido por, entre otros, Suecia, Myanmar, Pakistán, Luxemburgo y Albania; así pues, es razonable pensar que todos ellos estuvieron implicados en la necesidad de proporcionar, en un momento temporal especialmente convulso, unos mínimos estándares de protección a las personas migrantes que pretendían marcharse de su lugar de origen a través del mar.

En relación con la última observación realizada, es fundamental ser precisos y aclarar – de forma más detallada y concienzuda – el modo en el que el comentado Convenio pretendía atender a las personas que protagonizaron los movimientos migratorios de la época. Así pues, tal y como estipula el título de éste, la protección debía articularse por medio de una simplificación de las inspecciones a las que normalmente se veían abocados los emigrantes ubicados en buques. En este sentido, el artículo 2 del comentado instrumento jurídico resulta altamente clarificador al afirmar la siguiente cuestión: «todo Miembro que ratifique el presente Convenio se obliga [...] a aceptar el principio de que el servicio oficial de inspección encargado de velar por la protección de los emigrantes a bordo de un buque de emigrantes no sea realizado por más de un gobierno». En definitiva, a través de la referida herramienta, la OIT quiso promover unas condiciones básicas en favor de los inmigrantes que se hubieran

¹⁷ Vid. OIT, [Derogación del Convenio sobre la inspección de los emigrantes, 1926 \(núm. 21\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018.

¹⁸ Vid. V. CHETAIL, *International Migration Law*, Oxford University Press, 2019, p. 56. De forma muy similar, la OIT indicó – en 1999 – que la adopción del Convenio mencionado en el cuerpo principal del texto tenía como propósito «buscar soluciones globales a los problemas con que se enfrentan los trabajadores migrantes adoptando instrumentos a ese efecto».

desplazado en barco y, con este fin en mente, la citada Organización abogó por la idea de que se realizará una única inspección en todo desplazamiento, la cual debía procurarse por el gobierno correspondiente al pabellón del buque (salvo que mediara un acuerdo entre éste y otros gobiernos a cuyas nacionalidades pertenecieran los emigrantes objeto de la referida exploración). Así pues, si las anteriores circunstancias hubieran concurrido en un determinado caso, hubiera sido posible – de acuerdo con el artículo 3 del Convenio – que la designación del inspector fuera realizada por un gobierno diferente al del pabellón enarbolado por el buque¹⁹.

Al hilo de lo anterior y con la intención de ofrecer una “foto” completa de lo que implicó el Convenio de 1926, debemos detener nuestro análisis en el precepto legal quinto, el cual determina el modo en el que el inspector debía hacer su trabajo. Así pues, éste determinó que había que tomar en consideración «la ley del país cuyo pabellón lleve el buque o de cualquier otra ley que sea aplicable, de los acuerdos internacionales y de los contratos de transporte». En otras palabras, el inspector debía comprobar que se habían respetado los derechos de los emigrantes contemplados no sólo en la legislación del pabellón del buque, sino también en la normativa internacional, así como en la relativa a los contratos de transporte. Por lo tanto, el inciso relativo a la regulación supranacional tiene su importancia, puesto que el inspector la debía tener presente en lo que a protección de derechos básicos se refiere²⁰. Como ya se dijo previamente, esta clase de artículos fueron esbozados con la idea de dar mayor protagonismo a los preceptos legales contenidos en la regulación internacional²¹.

¹⁹ Junto a lo expuesto en el cuerpo principal del texto, conviene tener presente el segundo párrafo del art. 2 en la medida en que posibilita la presencia de un tercero, siempre que actúe como mero observador y que no interfiera en las funciones del inspector oficial.

²⁰ Asimismo, conviene apuntar que su trabajo finalizaba una vez elaborado el pertinente informe, el cual debía realizarse en el plazo de ocho días desde la llegada del buque al puerto de destino. Además, hay que mencionar que se debía entregar al gobierno del país cuyo pabellón llevara el buque y éste, a su vez, podía enviar un ejemplar a otros gobiernos interesados, siempre que se hiciera bajo las condiciones fijadas por el § 1 del art. 7.

²¹ No olvidemos que no sería hasta el final de la Segunda Guerra Mundial cuando aquélla empezó a gozar de cierta entidad. En este sentido, cobra especial interés la Declaración de los Derechos Humanos, la cual es considerada como un «punto de referencia programático indispensable en el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos» que sin duda ha sido determinante en muchos ámbitos como el de la inmigración. *Cfr.* J. BONET PÉREZ, *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigran. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Universidad de Deusto, 2003, p. 19.

A modo de conclusión, cabe decir que si nos proponemos valorar la trascendencia del comentado instrumento desde un prisma más actual, podría argumentarse que no fue muy ambicioso en cuanto a su contenido, puesto que a lo máximo a lo que aspiró fue a que las inspecciones realizadas fueran las indispensables; pero, para la época en la que fue adoptado, puede entenderse que el Convenio de 1926 constituyó toda una declaración de intenciones en la medida en que puso de relieve la necesidad de salvaguardar los derechos de los individuos en situaciones un tanto extremas y, también, subrayó la importancia que, en este ámbito, debe tener la regulación supranacional. Lo anterior es, pues, un antícpo del enfoque que la regulación migratoria tendría en las décadas siguientes²².

4. Conclusiones

A la luz de lo comentado en apartados anteriores podemos apreciar como a comienzos del siglo pasado existió una especial preocupación en torno a los movimientos migratorios, los cuales se hicieron más intensos tras el final de la Primera Guerra Mundial. La especial coyuntura de aquel momento llevó a la OIT a promover la adopción, fundamentalmente, de acuerdos y/o convenios que pretendían aliviar la delicada situación en la que las personas migrantes se encontraban. Evidentemente, la adopción y posterior implementación del Convenio de 1926 así lo corrobora.

En este orden de ideas, es crucial indicar que el instrumento jurídico citado en el párrafo anterior hizo hincapié en la regulación internacional como una manera de facilitar el cumplimiento de su principal cometido: proteger los derechos de los inmigrantes mediante una simplificación de las inspecciones a las que éstos se encontraban normalmente abocados en sus – generalmente – largas y arriesgadas travesías a bordo de buques. Así pues, en aras de cumplir con el referido objetivo, la normativa supranacional – como ya se ha dicho en repetidas ocasiones – debía tomarse en consideración. Evidentemente, no fue hasta que culminó la Segunda Guerra Mundial cuando aquella verdaderamente empezó a cobrar cierta entidad. Sin embargo, no hay duda de que herramientas jurídicas como las aquí comentadas dejaban entrever la peculiar obstinación que tenían ciertos sujetos del Derecho Internacional de promover la aplicación de disposiciones legales internacionales en la medida en que ello redundaría en una mayor protección de los derechos

²² *Vid. supra.*

más básicos de, en este caso, las personas desplazadas.

Lo anteriormente comentado nos obliga a establecer un paralelismo con la actualidad en la medida en que, en estos últimos años, se está imponiendo una trágica realidad en lo que a desplazamientos migratorios se refiere. Es más, se están manejando cifras muy similares a las 1945, lo que refleja la tremenda crisis migratoria y humanitaria que actualmente estamos viviendo. Y, como todos sabemos, la situación de la Unión Europea es especialmente alarmante en relación con el altísimo número de personas que tratan de alcanzar suelo europeo a través, fundamentalmente, del mar Mediterráneo, elevando con ello el número de muertes de manera exponencial.

En este sentido, conviene apuntar que como ya hizo el Convenio de 1926 ante la delicada coyuntura del momento, la comunidad internacional está tratando de confrontar la situación. La extinta herramienta se propuso, *inter alia*, incentivar la aplicación de la normativa internacional. Hoy en día la comunidad internacional parece no tener una estrategia muy diferente. Sin embargo, la falta de consenso y contundencia parece ser una característica de estos tiempos en el ámbito de la inmigración. Así se ha podido apreciar en las negociaciones que culminaron en la reciente adopción del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, el cual dispone – como no podía ser de otro modo – que los refugiados e inmigrantes son titulares de los derechos humanos y libertades fundamentales contemplados en la regulación internacional. No obstante, la falta de obligatoriedad de aquél muestra el escaso o exiguo compromiso existente en la materia. Es más, lo anterior revela los importantes desafíos que los movimientos migratorios siguen generando y las dificultades que surgen a la hora idear estrategias que se materialicen en una verdadera y eficaz protección de los inmigrantes. El Convenio de 1926 trató tímidamente de abrir camino, pero, desgraciadamente, nada parece auspiciar la aplicación de una medida que tenga por objetivo atajar la crisis migratoria actual. Es importante recordar que hemos pasado de idear instrumentos vinculantes, a comienzos del siglo pasado, a otros mucho más actuales, pero sin el comentado rasgo. Sin duda, parece que los desafíos, en este marco tan singular y delicado, van sólo *in crescendo*.

5. Bibliografía

ABRISKETA URIARTE J., *La reubicación de los refugiados: un déficit de solidaridad y una brecha en la Unión Europea. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de*

septiembre de 2017, asuntos C-643 y C-647/15 Hungría y Eslovaquia contra el Consejo, en Revista General de Derecho Europeo, 2018, n. 44

BONET PÉREZ J., *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigran. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Universidad de Deusto, 2003

CHETAIL V., *International Migration Law*, Oxford University Press, 2019

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Recomendación general Nº 26 sobre las trabajadoras migratorias, 2008, CEDAW/C/2009/WP.1/R

DALE J., Un mundo nuevo y roto tras la Primera Guerra Mundial, en La Vanguardia, 11 noviembre 2018

HIERONYMI O., *The Nansen Passport: A Tool of Freedom of Movement and of Protection*, en *Refugee Survey Quarterly*, 2003, vol. 22, n. 1

MAZOWER M., *Dark Continent: Europe's Twentieth Century*, Penguin Books, 1998

MULLAN E.H., *Mental Examination of Immigrants: Administration and Line Inspection at Ellis Island*, en *Public Health Reports (1896-1970)*, 1917, vol. 32, n. 20

OIT, Derogación del Convenio sobre la inspección de los emigrantes, 1926 (núm. 21), Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018

SÁNCHEZ ALONSO B., La época de las grandes migraciones: desde mediados del siglo XIX a 1930, en M. PIMENTEL SILES (dir.), Procesos migratorios, economía y persona, Instituto de Estudios de Cajamar, 2002

SÁNCHEZ SÁNCHEZ V., *Migraciones, refugiados y amnistía en el derecho internacional del Antiguo Oriente Medio, II milenio a.C.*, Tecnos, 2016

STEINER H.J., ALSTON P., *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Oxford University Press, 2000

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO S., Los derechos humanos como límite a la gestión de los flujos migratorios mixtos, en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2018, n. 36

VILJOEN F., International Human Rights Law: A Short History, en UN Chronicle, 2009, vol. XLVI, n. 1-2

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos 1928 (núm. 26)

Adela Noemí MONROY ENRÍQUEZ*

RESUMEN: Derivado de las actividades académicas en festejo del Centenario de la Organización Internacional del Trabajo, se presenta el siguiente comentario al Convenio n. 26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos con la intención de divulgar desde la academia su contenido y propósito en el mundo del trabajo internacional.

Palabras clave: Salarios mínimos, tasas mínimas, métodos de fijación, industria.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El salario mínimo. 3. El Convenio OIT n. 26. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro de la Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional (CIELO). Coordinadora de Noticias CIELO (Méjico).

Minimum Wage-Fixing Machinery Convention 1928 (No. 26)

ABSTRACT: Derived from the academic activities in celebration of the Centenary of the International Labor Organization, the following comment is presented to the Minimum Wage-Fixing Machinery Convention No. 26 with the intention of disseminating from the academy its content and purpose in the international relations work.

Key Words: Minimum wage, minimum wage-fixing machinery, industry.

1. Introducción

El centésimo aniversario de la OIT se presenta como una oportunidad idónea para hacer hincapié a la gran labor y trabajo que realiza, en beneficio de la justicia social y la paz universal, así como, para el impulso de los derechos humanos laborales reconocidos mundialmente. La OIT a sus cien años, se distingue por ser una de las agencias especializadas de Naciones Unidas más antigua. La cual, al transcurso de los años ha ido evolucionando a la par de las distintas formas de trabajo. Situación que es de reconocerse ante la comunidad internacional, dado que busca responder a las necesidades de las mujeres y hombres trabajadores al establecer normas laborales, desarrollar políticas y concebir programas que promuevan el trabajo decente. La sólida y creciente dignificación del trabajo en el mundo a cargo de la OIT, se ha llevado a cabo gracias al diálogo y a la vocación de homogeneizar estándares internacionales mínimos sobre determinados temas relevantes para las relaciones de trabajo. Tal es el caso de los Convenios internacionales, a los que se comprometen los países Miembros a respetar e integrar en sus sistemas jurídicos y así, hacerlos parte de su derecho positivo, con la única finalidad de garantizar el ejercicio de los derechos humanos laborales¹.

2. El salario mínimo

En el presente documento se comenta uno de los 178 Convenios (técnicos)² de la OIT. El Convenio n. 26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, el cual fue adoptado el 16 de junio de 1928, en la reunión undécima de la Organización. Dicho Convenio ha sido ratificado actualmente por 105 países Miembros y, denunciado únicamente por el Reino Unido (el 25 julio 1985), de acuerdo con las disposiciones de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo³. Con el propósito de dar continuidad al análisis del presente Convenio, resulta importante precisar que significa salario mínimo para la

¹ C. REYNOSO CASTILLO, *Los derechos humanos laborales*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 65.

² “Convenio técnico” se refiere al que no es un convenio ni fundamental ni de gobernanza establecido por el Consejo de Administración de la OIT y para el cual se aplica un ciclo de memorias de seis años. Véase OIT, [Glosario. Términos y jerga asociados a las memorias sobre las normas internacionales del trabajo](#), en managing-ils-reporting.itcilo.org/es; OIT, [NORMLEX User Guide](#), en www.ilo.org.

³ Vid. OIT, [Ratificación del C026 - Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 \(núm. 26\)](#), en www.ilo.org.

OIT: «la cuantía mínima de remuneración que un empleador está obligado a pagar a sus asalariados por el trabajo que éstos hayan efectuado durante un período determinado, cuantía que no puede ser rebajada ni en virtud de un convenio colectivo ni de un acuerdo individual»⁴. En ese tenor, al establecer un salario mínimo se busca proteger a la mujer y al hombre trabajador contra el pago de remuneraciones inferiores a los mínimos mediante los cuales se pueda combatir la pobreza y garantizar una justa retribución. La cual no puede ser objeto de disminución o descuento, salvo casos previstos en la legislación laboral⁵. Sin embargo, el objetivo de fijar o establecer un salario mínimo se ha ido transformando en cada país con el paso de los años.

3. El Convenio OIT n. 26

La Organización Internacional del Trabajo, con base en las normas y prácticas internacionales existentes, ha buscado establecer y fortalecer los métodos para el establecimiento y fijación de los salarios mínimos. En ese tenor, ha adoptado el Convenio n. 26. Dicho Convenio comprende los principales aspectos respecto de la aplicación de métodos que permitan a un Estado la fijación de tasas mínimas. Señalando en su contenido lo relativo a su:

- a) establecimiento;
- b) aplicación;
- c) excepciones;
- d) obligatoriedad;
- e) informe anual;
- f) ratificación, vigor y denuncia;
- g) evaluación.

Dicha información, se desarrollará a continuación a través de una serie de preguntas y respuestas, con la intención de enfatizar el contenido y propósito del Convenio n. 26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos.

a) ¿Quién se obliga a establecer o mantener un método?

Todo Estado miembro que ratifique el Convenio en comento, se obligará a establecer y mantener los métodos que permitan fijar salarios mínimos.

⁴ OIT, [¿Qué es un salario mínimo?](#), en www.ilo.org.

⁵ A. SÁNCHEZ CASTAÑEDA, *Diccionario de derecho laboral*, Oxford, 2013, p. 149.

Dichas tasas mínimas contemplarán únicamente a la fuerza de trabajo de las industrias de transformación y el comercio – especialmente de las industrias a domicilio – en las que se encuentren vinculados trabajadores o trabajadoras con salarios excepcionalmente bajos y sin otro régimen o sistema eficaz para la fijación de sus remuneraciones.

b) ¿A qué industrias o partes de la industria se aplicarán los métodos?

El Convenio 26 señala que los Miembros tendrán la libertad de decidir qué métodos para la fijación de salarios mínimos se aplicarán y, a qué industrias o partes de industria, especialmente a qué industrias a domicilio, se destinarán.

c) ¿Existen consideraciones adicionales para su aplicación?

Si, en caso de que existan, el país Miembro debe consultarla con los y las representantes de empleadores y trabajadores interesados, con las y los representantes de sus organizaciones respectivas, así como con cualquier persona calificada que considere oportuno, antes de aplicar un método determinado de fijación de tasas mínimas. Ejerciendo de tal forma una participación en igualdad de condiciones de las y los empleadores y trabajadores interesados.

d) ¿Son obligatorias las tasas mínimas establecidas?

Si, una vez acordados los salarios mínimos serán obligatorios para las y los empleadores y trabajadores interesados. Sin que puedan rebajarlos o incumplirlos mediante contratos individuales ni contratos colectivos. Excepto cuando la autoridad laboral competente dé una autorización general o especial al respecto. En caso de que algún trabajador o trabajadora haya recibido una tasa inferior a la mínima establecida, puede recuperar la suma adeudada vía judicial o cualquier otra vía legal, dentro del plazo que establezca la legislación nacional.

e) ¿Existe un Informe al respecto del Convenio 26?

Los Estados que hayan ratificado el Convenio 26 deben rendir un informe anual a la Oficina Internacional del Trabajo, señalando las formas de aplicación de los métodos de fijación de los salarios mínimos, y sus resultados, así como, a las industrias o partes de industria a las que se les aplican dichos métodos. De igual manera, dicho informe general debe

contener el número aproximado de trabajadoras y trabajadores sujetos a esta reglamentación, las tasas de salarios mínimos fijadas y, si fuera necesario, las demás medidas importantes relativas a los salarios mínimos.

f) Ratificación, entrada en vigor y denuncia del Convenio 26

Las ratificaciones realizadas al Convenio 26 deben ser registradas en la Oficina Internacional del Trabajo. Una vez registrada la ratificación formal correspondiente, doce meses después el Convenio 26 entrará en vigor para el Estado Miembro. Dichas ratificaciones deben hacerse de conocimiento de los demás Estados Miembros por el Director General de la Oficina en comento. Los Miembros podían denunciar el Convenio, a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que puso inicialmente en vigor. En caso de que el Estado, no hubiese hecho uso del derecho a la renuncia en dicho período, quedará obligado durante un nuevo período de cinco años, y en lo sucesivo podrá denunciar el Convenio a la expiración de cada período de cinco años⁶.

g) Evaluación del Convenio

Es importante señalar que el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo entregará a la Conferencia General de la OIT, una memoria sobre la aplicación del Convenio 26 por lo menos una vez cada diez años. Lo anterior, a efecto de considerar su revisión o modificación en la orden del día de la Conferencia.

4. Conclusiones

Sin bien el Convenio 26 se refiere en particular a las y los trabajadores de las industrias de transformación y el comercio, especialmente de las industrias a domicilio. No debe dejarse de lado, que dicho Convenio ha sido parteaguas para la adopción de otros instrumentos complementarios para la protección de demás grupos asalariados que se encuentran en situación desventajosa. En el entendido de que, el salario mínimo debe ser complementario a otras políticas públicas sociales y de empleo. Entre dichos instrumentos, podemos mencionar el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951, el Convenio sobre los métodos para la fijación de

⁶ Vid. OIT, [Ratificación del C026 - Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 \(núm. 26\)](#), cit.

salarios mínimos (agricultura), 1951 y el Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970. Resultando de suma importancia el estudio y análisis de los Convenios celebrados por la OIT, a efecto de que los gobiernos sigan sumándose a la defensa de los derechos humanos laborales mínimo, con la plena convicción de: una paz universal, de un trabajo decente y con ello, una justicia social real⁷. Actualmente, la desigualdad salarial sigue siendo un problema a nivel mundial. Existiendo personas a quienes su remuneración aún no es la mínima y, a quienes sus ingresos se han visto disminuidos en razón al incremento de los salarios laborales más altos⁸. Por ello, ante el panorama y reconocimiento de derechos debemos seguir conmemorando y congratulándonos del papel trascendental que ha ejercido la Organización Internacional del Trabajo. Toda vez que en nuestros días se enfrenta a grandes retos en los procesos de globalización y defensa de los derechos de las mujeres y hombres trabajadores en el mundo.

5. Bibliografía

BANYULS LLOPIS J., CANO CANO E., AGUADO BLOISE E., [La incidencia del salario mínimo interprofesional en sectores de bajos salarios](#), en [Cuadernos de Relaciones Laborales, 2011, vol. 29, n. 2](#), pp. 363-389

OIT, [¿Qué es un salario mínimo?](#), en www.ilo.org

OIT, [Diez por ciento de los trabajadores recibe casi la mitad de la remuneración mundial](#), en [OIT Noticias](#), 4 julio 2019

OIT, [Glosario. Términos y jerga asociados a las memorias sobre las normas internacionales del trabajo](#), en managing-ils-reporting.itcilo.org/es

OIT, [Los beneficios de las Normas](#), en www.ilo.org

OIT, [NORMLEX User Guide](#), en www.ilo.org

OIT, [Ratificación del C026 - Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 \(núm. 26\)](#), en www.ilo.org

REYNOSO CASTILLO C., *Los derechos humanos laborales*, Tirant lo Blanch, 2015

SÁNCHEZ CASTAÑEDA A., *Diccionario de derecho laboral*, Oxford, 2013

⁷ Cf. J. BANYULS LLOPIS, E. CANO CANO, E. AGUADO BLOISE, [La incidencia del salario mínimo interprofesional en sectores de bajos salarios](#), en [Cuadernos de Relaciones Laborales, 2011, vol. 29, n. 2](#), pp. 363-389.

⁸ OIT, [Diez por ciento de los trabajadores recibe casi la mitad de la remuneración mundial](#), en [OIT Noticias](#), 4 julio 2019.

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación 1933 (núm. 34)

Martha Elisa MONSALVE CUELLAR*

RESUMEN: La globalización trae como consecuencia que el derecho laboral tenga que adaptarse a un mundo lleno de cambios, en donde confluyen nuevos sistemas, mecanismos que permiten que la cobertura para los trabajadores, sea completa y ajustada a las necesidades de los mismos. Es por ello, que a partir de 1933 la OIT promulga el convenio 34, relativo a las agencias retribuidas de colocación, creando de esta manera la figura de la intermediación laboral la cual en Colombia años más adelante empezara a ser implementada como una medida cuyo propósito es hacer más eficiente y rentable la actividad económica de una empresa utilizando la figura de la empresa de servicios temporales o la bolsa de empleo. En el caso de Latinoamérica, específicamente en Colombia se tiene que la figura de la intermediación laboral ha tenido un buen tratamiento normativo, que de manera muy específica se ha tratado de encargar de los principales aspectos para regular tan importante tema. Sin embargo numerosas han sido los cuestionamientos acerca de esta figura, ya que mientras para unos, resulta ser un alivio en materia de gastos y que podría llegar a considerarse un generador de empleo, para otros el verdadero problema está en la estabilidad laboral, debido al poco tiempo que debe cumplir el trabajador en determinada empresa.

Palabras clave: Intermediación laboral, OIT, empresa de servicios temporales.

SUMARIO: 1. Inicios de las Agencias Retribuidas de Empleo. 2. La Intermediación Laboral en Colombia. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

* Doctora en Derecho y Ciencias Políticas, Consejera Técnica Asesora del Grupo Empleador en la Conferencia Internacional del Trabajo desde 1989, Negociación Colectiva U de Harvard, U Castilla la Mancha, Presidenta ILTRAS e ILERA Colombia Docente Invitada a Universidades Latinoamericanas y Europeas, Conferencista Nacional e Internacional.

Fee-Charging Employment Agencies Convention 1933 (No. 34)

ABSTRACT: The consequence of globalization is that labour law has to adapt to a world full of changes, where new systems converge, mechanisms that allow coverage for workers to be complete and adjusted to their needs. For this reason, in 1933, the ILO promulgated agreement 34 on paid employment agencies, thus creating the figure of labour intermediation, which in Colombia years later began to be implemented as a measure whose purpose is to make the economic activity of a company more efficient and profitable by using the figure of the temporary service company or the employment exchange. In the case of Latin America, specifically in Colombia the figure of labour intermediation has had a good normative treatment, which in a very specific way has tried to deal with the main aspects to regulate this important issue. However, there have been numerous questions about this figure, since while for some, it turns out to be a relief in terms of expenses and could be considered a generator of employment, for others the real problem is in job stability, due to the short time that the worker must comply in a certain company.

Key Words: labour intermediation, ILO, temporary services company.

1. Inicios de las Agencias Retribuidas de Empleo

Se ocupó la Organización Internacional del Trabajo de este tema para regular el trabajo que venía siendo suministrado de actividades no reguladas y dando el carácter de lucro a las agencias que se dedicaran al suministro de personal temporal pero a través de un empleador que le otorgara las garantías y derechos laborales consagrando la figura de la intermediación laboral pues estos trabajadores son enviados a un tercero que demanda de tales servicios y que paga por ellos a la agencia.

Hizo la diferenciación con las simples colocadoras de trabajo sin fines lucrativos que con el carácter de servicio social se adscribieran a organizaciones que se denominaron Bolsas de Empleo ya que quienes estuvieran en búsqueda de trabajo podían acudir allí y eran ubicados sin costo alguno al servicio de un empleador quien entraba a contratarlo directamente.

Consideramos que este Convenio se ocupó de una problemática que ya en esos tiempos se venía presentando y era la de ubicar una fuerza laboral al alcance de quien la necesitara diferenciando la actividad entre lucrativa y no lucrativa y la vinculación directa del trabajador a la agencia para ser enviado a un tercero con la figura de la triangulación y la de simplemente poner al trabajador en contacto con un empleador que lo vincularía a su servicio.

Estaba orientado en primer término a los estibadores que ejercían el descargue de los buques y que obedeciendo a una temporalidad no eran contratados directamente por el Capitán de la nave con lo cual a través de esas Agencias Privadas de Empleo contrataban esa labor con la compañía naviera, enviaban su personal contratado por ellos a ejecutar esas labores específicas y recibían por este servicio una contraprestación, un lucro con el cual pagaría a los trabajadores contratados por la Agencia.

2. La Intermediación Laboral en Colombia

Por haber sido Colombia uno de los países líderes en la reglamentación de esta actividad que se desprendió del Convenio OIT 34 nos referiremos a su aplicación en el marco de la legislación colombiana.

Es precisamente el fenómeno de la globalización que habiendo existido siempre, ha influido grandemente en el tránsito a las relaciones laborales exigiéndolas más flexibles y la constante evolución de la oferta y mercado laboral, generados por esa globalización en aumento por los grandes y constantes cambios económicos en el mundo y de los cuales Colombia,

no ha sido ajeno y han generado que varias empresas adapten su modelo a unos mecanismos formas de ofertar el trabajo que permitan suprimir costos, disminuir riesgos, y poder seleccionar una mano de obra capacitada que sea más competitiva y genere mayor productividad atendiendo a las exigencias de la gran competencia de mercados de bienes y servicios y adaptándose a la evolución del mundo del trabajo que viene presentándose desde mediados del siglo pasado.

De lo anterior, surgen figuras como la intermediación, las comúnmente denominadas empresas de trabajo temporal en desarrollo de las Agencias Privadas de Empleo establecidas en el Convenio 34 que en otras palabras han diseñado un modelo de relación laboral entre la EST como verdadero empleador y el trabajador a su servicio con los derechos y garantías conferidas en la ley pero que es enviado como trabajador en misión a prestar sus servicios personales en beneficio de un tercero que suscribe con la EST un contrato comercial de prestación de servicios temporales siempre bajo la figura de la triangulación que consagró el Convenio 34/33 pero con los derechos y garantías de los trabajadores amparados por la legislación nacional viniendo a suplir las necesidades de la temporalidad y de unos servicios especializados diferentes a los ordinarios de la empresa contratante por circunstancias especiales reguladas en la misma ley.

Los primeros antecedentes de esto se remontan a la década de los años sesenta, ya que en ejercicio de la libertad de empresa, surge como una modalidad en la cual un empresario suministra de manera independiente trabajadores a otra empresa usuaria, para que presten servicios subordinados al usuario¹ y con esto se hace especial mención del Decreto Ley 2351 de 1965 artículo 3. Que dio a Colombia el carácter de pionera en la iniciativa de la actividad de empresas de servicios temporales al establecer la figura del Contratista Independiente con la cual empezaron estas empresas a desarrollar su actividad lucrativa y consagrando igualmente la actividad de las Bolsas de Empleo de carácter no lucrativo la cual fue reglamentada por el Decreto 2676 de 1971.

El empleo de la figura del Contratista Independiente bajo la cual proliferaron en Colombia Empresas dedicadas al suministro de personal temporal obligó al gobierno a expedir el Decreto 1433 de 1983 que reguló esta actividad pues para la época existían ya más de 600 empresas con carácter lucrativo suministrando trabajadores temporales y se hacía precisa esta regulación ante los muchos abusos que se estaban cometiendo por esas empresas no reglamentadas en su actividad real.

¹ O.A. BLANCO RIVERA, *Las empresas de servicios temporales en Colombia*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2007, n. 5, pp. 231-237.

Se destaca el alcance principal de la norma regulatoria que «señaló la condición de verdadero empleador o patrono de los trabajadores a la empresa suministradora de mano de obra, la cual se obligaba a constituirse como persona jurídica y garante de los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores enviados al usuario para la prestación de un servicio»².

El mundo entero clamando por la flexibilización de la relación laboral para ajustarse a las necesidades de un mundo globalizado de una internacionalización de las economías y porque no decirlo, de la urgente necesidad de vigilar los costos laborales de una mano de obra costosa frente a la de países orientales que empezaron a vulnerar seriamente las empresas en el mundo occidental y que llevaron a Colombia a proponer una reforma laboral.

Conforme con lo anterior con la Ley 50 de 1990 por primera vez se le da una definición clara de las empresas de servicios temporales, de la misma manera se encargó de suplir los vacíos que se habían visto en el tiempo de utilización de esta modalidad de trabajo³, en esa misma línea, esta Ley, pretendió regular de manera formal a las empresas de servicios temporales con el propósito de que dichas empresas se encuentren dentro de la legalidad, siempre que cumplan con unos requisitos, como lo son el respeto absoluto de los derechos de los trabajadores, como deben funcionar, como se puede contratar con este tipo de empresa, etc.

De la misma manera se reglamentó la manera en que estas empresas, podían celebrar un contrato de prestación de servicios, se establecieron las obligaciones a cargo del empleador así como los derechos del trabajador en misión. De esta manera el fin de las EST (empresas de servicios temporales) no es más que la de servir de apoyo en las actividades de un empresa beneficiaria, colaborando con el talento humano necesario y la mano de obra calificada que para este caso se les denomina trabajadores en misión, pues el hecho de que dichos trabajadores laboren para la empresa beneficiaria no quiere decir que este sea su verdadero empleador, pues siempre es la EST la verdadera responsable legalmente del trabajador en misión.

Las EST deben cumplir las mismas formalidades como cualquier otra empresa, como constituirse en el registro mercantil, poseer un capital mínimo de 300 veces el salario mínimo legal vigente para la fecha de su constitución, su RIT (reglamento interno de trabajo) debe contener parámetros especiales para los trabajadores en misión y lo más importante

² *Ibidem*, p. 231.

³ *Ibidem*, p. 232.

de todo, la empresa debe contar con un permiso para su funcionamiento por parte del Ministerio del trabajo que debe ser renovado periódicamente.

Sin embargo, no basta la promulgación de la Ley 50, ya para el año de 2006, casi 15 años después se sancionó el decreto 4369 que hizo claridad en los casos en los cuales única y especialmente pueden ser utilizadas las empresas de servicios temporales EST a saber: «1) Cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo. 2) Cuando se requiera, reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad. 3) Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis meses, prorrogable hasta por seis meses más»⁴.

Lo pretendido inicialmente con el anterior decreto fue fijar los casos en los cuales pueden las empresas usuarias contratar los servicios temporales únicamente enfatizado por la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de justicia que ha señalado que estas empresas tienen a su cargo la prestación de los servicios temporales en la empresa cliente, en actividades propias o ajena al negocio habitual de la misma por tiempo limitado y en los casos establecidos en la ley puntualmente.

Dentro de lo implementado, se trata de agregar algunas condiciones entre las que están el plazo máximo del contrato entre la Empresa Usuaria y la EST que no puede exceder de un año, con la finalidad de que no se excedan los términos de la temporalidad o la eventualidad del servicio.

Con ello hemos tomado como desarrollo del Convenio 34 de 1933 ratificado por Colombia como país miembro todas las normas promulgadas para dar cumplimiento a la obligación generada por la ratificación pero a la vez habiendo servido de guía a muchos países que ratificaron en Convenio y entraron a regular la actividad de las Agencias Privadas de Empleo tomando como base la legislación colombiana entre ellos España con su ley de 1993.

3. Conclusiones

Dicho lo anterior, es clara evidencia que desde la década del sesenta Colombia ha estado a la vanguardia en regular lo que atañe a «labores

⁴ Decreto 4369 de 2006, por medio del cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de servicios temporales y se dictan otras disposiciones.

ocasionales o transitorias, de reemplazar temporalmente el personal en vacaciones o en uso de licencia, de atender el incremento de la producción, el transporte o las ventas o de otras actividades análogas»⁵, pues es abiertamente claro que Colombia ha cumplido plenamente con los compromisos adquiridos con la firma del Convenio 34 de 1933. A su vez, el desarrollo de esta figura ha contribuido a que se unifique la relación empleado/trabajador, así como de buscar trabajadores que cumplan las condiciones necesarias y requeridas por parte del empleador.

Colombia camina a la par con las grandes transformaciones del mundo laboral, ajustando sus modelos de cara a la estabilidad laboral y el trabajo de decente, con la generación de nuevas oportunidades de empleo que cumplen con unas condiciones de trabajo digno. Si bien es cierto en Colombia se han creado los outsourcing, las empresas de servicios temporales, las bolsas de empleo, creando condiciones como las ya mencionadas, pero por otra parte existe que para muchos aquellos que se dedican a este tipo de actividades están dejando en detrimento el futuro del trabajo al no estar ofreciendo las suficientes garantías y condiciones de trabajo que cumplan los criterios de “trabajo estable”.

4. Bibliografía

BLANCO RIVERA O.A., *Las empresas de servicios temporales en Colombia*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2007, n. 5, pp. 231-237

BRONSTEIN A.S., *La flexibilidad del trabajo: panorama general*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 1990, vol. 35, n. 75, pp. 372-413

FEDESARROLLO, *Evolución de la figura de tercerización laboral en Colombia*, Informe Mensual del Mercado Laboral, marzo 2017

GÓMEZ VÉLEZ M.A., *Sobre la flexibilidad laboral en Colombia y la precarización del empleo*, en *Diversitas*, 2014, vol. 10, n. 1, pp. 103-116

IBARRA USTARIZ M.D., *Desventajas de la contratación de trabajadores a través de Empresas de Servicios Temporales*, Universidad Santo Tomás, 2017

JARAMILLO JASSIR I.D., *Presente y futuro del derecho del trabajo: breve historia jurídica del derecho del trabajo en Colombia*, en *Opinión Jurídica*, 2010, vol. 9, n. 18, pp. 57-74

Las empresas de servicios temporales y el trabajo temporal, en *Semana*, 20 abril 1987

MINISTERIO DE SALUD, *Servicios de intermediación laboral*

⁵ *Las empresas de servicios temporales y el trabajo temporal*, en *Semana*, 20 abril 1987.

MONSALVE G.A., La contratación de trabajadores a través de Empresas de Servicios Temporales, en Precedente – Anuario Jurídico, 2002, pp. 207-222

Textos legales

Decreto 4369 de 4 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones

Ley 50 de 28 de diciembre de 1990, por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación 1933 (núm. 34)

Francisco RUBIO SÁNCHEZ*

RESUMEN: Entre los distintos criterios que a lo largo del tiempo ha venido manteniendo la OIT en materia de intermediación en el trabajo, el Convenio n. 34 opta por permitir la coexistencia de agencias de colocación privadas (ya sea con fines lucrativos o sin ánimo de lucro) junto a los servicios públicos de empleo, en un difícil equilibrio que ha sido objeto de modificaciones en otros Convenios posteriores, los cuales han ido restando protagonismo a las entidades privadas sobre la base de un relativo monopolio de los servicios públicos de empleo.

Palabras clave: Mediación en la contratación, agencias de colocación, servicios de empleo.

SUMARIO: 1. Origen del Convenio n. 34. 2. Definición de agencia retribuida de colocación. 2.1. La efímera vigencia de las agencias de colocación con fines lucrativos. 2.1.1. La revisión sobre los modelos de intermediación en el mercado de trabajo operada por los Convenios n. 88, n. 96 y n. 181. 2.2. Las agencias de colocación sin fines lucrativos. 2.2.1. Declaración de «gratuidad o retribución» a la autoridad competente. 2.2.2. Régimen disciplinario y sanciones. 3. Régimen jurídico de las agencias de colocación en España. 3.1. Gratuidad de las agencias de colocación. 3.2. Recolocación de trabajadores. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Extremadura.

Fee-Charging Employment Agencies Convention 1933 (No. 34)

ABSTRACT: Among the different terms concerning intermediation which the ILO has safeguarded over time, there are those laid down in Convention No. 34, allowing for the coexistence of public and private employment agencies, irrespective of whether the latter are for-profit or not-for-profit entities. The ILO Conventions issued subsequently have made provisions in order to ensure a balance between these bodies, somewhat playing down the relevance of private employment agencies due to the relative monopoly of public employment services.

Key Words: Mediation in recruitment, employment agencies, employment services.

1. Origen del Convenio n. 34

Desde su origen, uno de los propósitos destacados de la OIT ha sido el de impedir que los intermediarios privados consiguieran un beneficio económico a costa de la colocación de trabajadores¹, sobre la base de uno de los pilares que cimentan la génesis y la actuación de la OIT: «el trabajo no es una mercancía». Ya en los albores del nacimiento de la OIT, el Convenio n. 2 sobre el desempleo², preveía en su artículo 2 que todo Estado miembro que ratificase dicha norma debería establecer un sistema de agencias públicas no retribuidas de colocación, bajo el control de una autoridad central. Se nombrarían comités, en los que deberían figurar representantes de los trabajadores y de los empleadores, que serán consultados en todo lo que concierne al funcionamiento de dichas agencias. En su apartado 2, el mismo precepto añadía que cuando coexistieran agencias gratuitas, públicas y privadas, deberían tomarse medidas para coordinar las operaciones de unas y otras, con arreglo a un plan nacional. A su vez, la Recomendación n. 1 de 1919 sobre desempleo³, que complementaba el Convenio n. 2, instaba igualmente a los estados miembros al monopolio de los servicios públicos de empleo, aconsejando la prohibición de las agencias privadas de colocación.

Partiendo de este remoto y lacónico precedente, el Convenio OIT n. 34, relativo a las agencias retribuidas de colocación, se adoptó el 29 de junio de 1933, entrando en vigor el 18 de octubre de 1936. Con posterioridad, se publicaron varios Convenios sobre distintas perspectivas de la intermediación en el mercado de trabajo: Convenio n. 88, adoptado el 9 de julio de 1948, Convenio n. 96, adoptado el 1 de julio de 1949, y el Convenio n. 181, en este caso, más afín al Convenio n. 34, bajo la rúbrica *sobre las agencias de empleo privadas*, adoptado el 19 de junio de 1997⁴. A todos ellos nos referiremos nuevamente más adelante para analizar la evolución de la materia que nos ocupa.

Al igual que la Recomendación n. 42 sobre agencias de colocación⁵, el

¹ I. BALLESTER PASTOR, *Asunción por España de los Convenios de la OIT en materia de empleo y colocación: ¿una meta realizable?*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, n. 117, p. 159.

² Convenio relativo al desempleo (entrada en vigor: 14 julio 1921; adopción: Conferencia Internacional del Trabajo, Washington, 1^a Reunión, 28 noviembre 1919; estatus: instrumento en situación provisoria (Convenios Técnicos)). Actualmente abierto a denuncia.

³ Adoptada en Washington el 28 de noviembre de 1919.

⁴ Ratificado por España el 27 de abril de 1935; no está en vigor; denuncia automática el 4 de mayo de 1972 en virtud del Convenio n. 96.

⁵ Adoptada en Ginebra el 29 de junio de 1933.

Convenio n. 34 se genera coincidiendo con los años de la Gran Depresión económica, cuyas consecuencias no aconsejaban prohibir drásticamente la permanencia de entes privados que se ocuparan de la intermediación laboral hasta que no se instituyeran servicios públicos de empleo⁶. Dicho de otro modo, la OIT se ve abocada, si no a ir contra uno de sus pretendidos cimientos básicos, cuando menos a una cierta laxitud del pretendido monopolio de los servicios públicos de mediación en el mercado de trabajo, que pasa a ser de preponderancia y convivencia con las agencias de colocación privadas, a las que, eso sí, se les controla y restringe un eventual ánimo de lucro.

A diferencia de los referidos Convenios posteriores, a los que anteriormente aludíamos, nos encontramos ante una norma muy breve sobre una materia que ha sido objeto de diferentes avatares a nivel internacional y, como veremos al final de este comentario, también ha pasado por distintas etapas dentro de nuestra legislación interna.

2. Definición de agencia retribuida de colocación

Desde la perspectiva de quienes comparecen en el mercado de trabajo, la colocación puede analizarse como un problema de información o de comunicación sobre la existencia de ofertas o demandas de empleo y sobre los posibles candidatos o puestos de trabajo disponibles para su cobertura u ocupación. Al resultar insuficientes dichos mecanismos en determinados segmentos de trabajo, surgieron las agencias de colocación, en las que la información mediadora en vistas a la contratación laboral se puede realizar de manera exhaustiva y sistemática mediante el recurso a listas de ofertas y demandas (registros de empleos), así como a puestas en contacto de ofertantes y demandantes (mediaciones en empleo)⁷.

Para delimitar la expresión “agencia retribuida de colocación”, el artículo 1 del Convenio n. 34 establece la diferenciación entre aquellas agencias con fines lucrativos y las que carecen de tales fines. En este sentido, se consideran agencias de colocación sin fines lucrativos «toda persona, sociedad, institución, oficina u otra organización que sirva de intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador, con objeto de obtener de uno u otro un beneficio material directo o indirecto; esta definición no se aplica a los periódicos u otras

⁶ I. BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, p. 160.

⁷ A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2018, p. 483.

publicaciones, a no ser que tengan por objeto exclusivo o principal el de actuar como intermediarios entre empleadores y trabajadores». A su vez, se definen las agencias de colocación sin fines lucrativos como «los servicios de colocación de las sociedades, instituciones, agencias u otras organizaciones que, sin buscar un beneficio material, perciban del empleador o del trabajador, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera».

A la luz de este precepto, se aprecia una variedad sujetos que, como persona física o en una amplia e imprecisa gama de personas jurídicas, podrían actuar como intermediarios para buscar un empleo a cualquiera de las partes de la relación laboral, es decir, un trabajo a un trabajador o un trabajador a un empresario. Curiosamente, la definición restringe la intermediación de periódicos u otras publicaciones a los supuestos en que la intermediación sea su objeto exclusivo o principal, permitiendo esta actividad cuando resulte accesoria o tangencial con relación a otros contenidos de las publicaciones.

Sin embargo, el segundo apartado del precepto transcritto no solo excluye la actuación de personas físicas como agencias de colocación sin fines lucrativos y reduce el abanico de personas jurídicas, sino que, con cierta imprecisión, excluye el beneficio material, limitando la posibilidad de los servicios de colocación o entidades similares a lo que cabría colegir que no iría más allá de una compensación por los gatos que pudiera suponer la intermediación, no siempre fácil de delimitar o controlar.

2.1. La efímera vigencia de las agencias de colocación con fines lucrativos

Tras llevar a cabo su definición en los términos que acabamos de comentar, el artículo 2 del Convenio n.º 34 instaba a los Estados miembros a suprimir ese tipo de agencias en el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la propia norma, al tiempo que no se permitía la creación de ninguna nueva agencia y se imponía la sujeción de las agencias ya existentes a una vigilancia de la autoridad competente, apostillando la exigencia del establecimiento de unas tarifas sobre derechos y gastos que podían percibirse durante este período transitorio abocado a su aniquilación jurídica. Una vez expirado el plazo en cuestión, ya no podría autorizarse el establecimiento de nuevas agencias retribuidas de colocación.

No obstante, la losa que se hizo pesar sobre las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos no era tan férrea, por cuanto que el

artículo 3 del Convenio n. 34 dejaba abierto un resquicio «en casos excepcionales» para conceder – valga la redundancia – excepciones a las meritada crónica de una muerte anunciada, previa consulta a las organizaciones interesadas de trabajadores y empleadores. Acotando algo más la excepción, el apartado 2 del artículo 3 advertía que «sólo podrán aplicarse a las agencias dedicadas a la colocación de las clases de trabajadores que designe expresamente la legislación nacional y que pertenezcan a profesiones en las que la colocación se efectúe en condiciones especiales que justifiquen la excepción». Durante la vigencia de esta situación excepcional, las agencias retribuidas de colocación deberían cumplir una serie de limitaciones y exigencias que se enumeraban en el apartado 4 del artículo 3 del Convenio n. 34:

- a) sujeción a la vigilancia de la autoridad competente;
- b) estar en posesión de una licencia anual, renovable a discreción de la autoridad competente, durante un período que no excederá de diez años;
- c) limitación a las percepción de retribuciones y gastos que figuren en una tarifa aprobada por la autoridad competente;
- d) prohibición de colocar o reclutar trabajadores en el extranjero, a menos que su licencia lo autorice y las operaciones se efectúen en virtud de un acuerdo entre los países interesados.

El artículo 7 del Convenio n. 34 remite la información necesaria sobre las aludidas excepciones a las memorias anuales previstas en el artículo 22 de la Constitución de la OIT.

2.1.1. La revisión sobre los modelos de intermediación en el mercado de trabajo operada por los Convenios n. 88, n. 96 y n. 181

Tras la imprecisa, forzada y encorsetada apertura a las agencias de colocación privadas, incluso con fines lucrativos, operada por el Convenio n. 34, el Convenio n. 88 prendía otorgar nuevamente un papel predominante a los servicios públicos y gratuitos de empleo con la finalidad de lograr la mejor organización posible del mercado de trabajo en los términos programáticos de la esencia constituyente de la OIT.

Más adelante, aun cuando reconocía la licitud de la actividad empresarial de las agencias de colocación, el Convenio n. 96⁸ llevó a cabo una

⁸ Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (adopción: Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 32^a Reunión, 1º julio 1949; estatus: instrumento en

regulación restrictiva de las mismas mediante la exigencia de una licencia o autorización administrativa para su establecimiento, la prohibición o limitación de establecer tarifas u honorarios a cargo de trabajadores atendidos, la exigencia de colaboración entre las agencias privadas y los servicios públicos de empleo, la vigilancia especial respecto de las agencias para el reclutamiento o colocación de trabajadores migrantes, y la protección frente a la discriminación o frente a la difusión de los datos personales de los trabajadores solicitantes de empleo. En una concepción similar al primitivo Convenio n. 34, el Convenio n. 96 dota de mayor flexibilidad a los Estados, al permitirles optar entre suprimir progresivamente las agencias retribuidas de colocación o prever un sistema de coexistencia entre las agencias privadas que hayan podido establecerse y los servicios públicos de empleo⁹.

Finalmente, el Convenio n. 181¹⁰ reconoce expresamente «el papel que las agencias de empleo privadas pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo», brindando protección a los trabajadores temporales y migrantes cuando se utilicen agencias de colocación privadas, controlando y reglamentando su funcionamiento¹¹. Nos encontramos una vez más ante una excepción de la regla general del monopolio de los servicios públicos, compelida por la acuciante y prácticamente permanente necesidad de creación de empleo en los diferentes países, frente a la que, por unas u otras razones o circunstancias, los referidos servicios públicos no siempre resultan suficientes, eficaces y ágiles.

Como puede apreciarse, en el Convenio OIT n. 88 se hablaba de servicios de empleo y, sin embargo, en los Convenios OIT n. 34 y n. 96 de agencias de colocación. Con la entrada en vigor del Convenio OIT n. 181, ambos sujetos, públicos y privados, que desarrollan la misma actividad, se constituyen como servicios de empleo. Las consecuencias son significativas. Por una parte, este nuevo concepto es mucho más amplio y permite englobar actividades tanto de colocación como de trabajo temporal. Actividades jurídicamente dispares, puesto que la una se articula dentro de la mediación y la otra dentro de la cesión de trabajadores. Pero

situación provisoria (Convenios Técnicos); ratificado por España el 5 de mayo de 1941). No está en vigor por denuncia automática el 14 de junio de 2000 por el Convenio n. 181.

⁹ G.M. SOBRINO GONZÁLEZ, *La política de colocación*, Bomarzo, 2006, p. 222.

¹⁰ Convenio sobre las agencias de empleo privadas (adopción Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, Ginebra, 85^a Reunión, 19 junio 1997; estatus: instrumento actualizado (Convenios Técnicos); ratificado por España el 15 de junio de 1999). Está en vigor. El Convenio puede ser denunciado: 10 de mayo 2020-10 mayo 2021.

¹¹ I. BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, p. 161.

lo cierto es que las dos tienen una naturaleza funcional idéntica, a las dos se recurre para satisfacer una demanda de mano de obra en una empresa concreta¹².

2.2. Las agencias retribuidas de colocación sin fines lucrativos

Del propio epígrafe del artículo 4 del Convenio n. 34 se colige la intención de la OIT de restringir básicamente la intermediación en el mercado de trabajo a las agencias cuya retribución por sus servicios no excedan del coste derivado de la prestación de los mismos. En concreto, tras contemplar la exigencia de autorización por parte de la autoridad competente y la sujeción a la vigilancia de dicha autoridad, se establecen las siguientes limitaciones:

- a) prohibición de percibir una retribución superior a la tarifa de la autoridad competente, más allá de los gastos ocasionados;
- b) prohibición de colocar o reclutar trabajadores en el extranjero.

Ahora bien, esta segunda prohibición no era tan severa, pudiendo llevarse a cabo la colocación o el reclutamiento de trabajadores en el extranjero cuando la autoridad competente lo autorizase y las operaciones se llevaran a cabo en virtud de un acuerdo entre los interesados.

2.2.1. Declaración de «gratuidad o retribución» a la autoridad competente

El artículo 5 del Convenio n. 34 establece que las agencias de colocación sin fines lucrativos comprendidas en el apartado 1.b) del artículo 1 estarán obligadas a presentar una declaración a la autoridad competente en la que se indique «si sus servicios de colocación son gratuitos o retribuidos», obligación que expresamente se extiende a cualquier persona, sociedad, institución, oficina u otra organización privada que se dedique a procurar colocaciones, incluso a título gratuito. Lo que en definitiva pretende este precepto es una clasificación o distinción, sin mayores efectos, entre aquellas agencias que perciben alguna compensación por los gastos de la intermediación de aquellas otras cuya actividad es gratuita. Curiosa y confusamente, a estos efectos de clasificación se vuelve a traer a colación a las personas físicas que, como vimos, quedaban excluidas del meritorio apartado 1.b) del artículo 1, en el que se contemplaban y definían las

¹² G.M. SOBRINO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 226.

agencias de colocación «sin fines lucrativos». Confusión o contradicción que se acrecienta cuando se baraja la posibilidad de que quienes intervienen “a título gratuito” tuvieran que declarar si sus servicios de colocación son a título gratuito o retribuidos.

2.2.2. Régimen disciplinario y sanciones

Según dispone el artículo 6 del Convenio, las respectivas legislaciones nacionales establecerán sanciones penales apropiadas para cualquier infracción de los artículos precedentes o de la «legislación que les dé efecto». En concreto, dichas sanciones comprenderán, si ello fuera necesario, incluso la cancelación de la licencia o de la autorización prevista en el Convenio.

3. Régimen jurídico de las agencias de colocación en España

En consonancia con la OIT, una larga tradición ha venido favoreciendo en España el monopolio público en los procesos de intermediación y colocación de trabajadores, contemplándose con hostilidad las agencias privadas de colocación. Sin embargo, dicha tradición quebró a finales del pasado siglo cuando el Real Decreto Legislativo 18/1993 legalizó las agencias privadas de colocación, en gran medida debido a la incapacidad del servicio público de empleo para «abrir la totalidad de las cada vez más complejas y diversificadas ofertas de empleo», como advertía la Exposición de Motivos de la Ley 10/1994, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, en que se convirtió el referido Real Decreto Legislativo¹³.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 3/2015, de Empleo, las agencias de colocación son «aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el artículo 31, bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos. Asimismo, podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal».

Teniendo en cuenta que las Administraciones Públicas no pueden acudir a

¹³ A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2018, p. 580.

los servicios de estas entidades, su actividad se limita al ámbito de las empresas privadas. La jurisprudencia de la Unión Europea ha considerado que es contrario a la libre circulación de servicios impedir la existencia de este tipo de agencias de colocación cuando el servicio público no puede satisfacer la demanda existente en el mercado para cierto tipo de actividades como son las de alta cualificación profesional¹⁴.

Por lo que se refiere a las coordenadas en las que se desarrolla la actuación de las agencias de colocación, su intervención se produce estrictamente como sujetos ajenos por completo al contrato de trabajo, actuando en las fases previas al perfeccionamiento del mismo, como mera instancia que facilita su celebración¹⁵. Normalmente información, formación, orientación y selección son eslabones de una misma cadena que, convenientemente ordenados, conducen a incrementar la empleabilidad del trabajador y, por tanto, a mejorar sus expectativas de empleo¹⁶.

Al igual que los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación deben llevar a cabo la intermediación laboral de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizando la plena transparencia en su funcionamiento (artículo 34.1 Ley de Empleo).

La reforma de las Empresas de Trabajo Temporal operada por el artículo 33.6 de la Ley de Empleo permitió la atribución a dichas empresas la facultad de operar como agencias de colocación, siempre que se ajusten a lo establecido en la propia ley y sus disposiciones de desarrollo con respecto a dichas agencias, incluida la obligación de garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de los servicios, a la que nos referimos en el siguiente apartado.

3.1. Gratuidad de las agencias de colocación

No puede exigirse a los trabajadores ninguna contraprestación por la actividad de intermediación de los Servicios Públicos de Empleo o de las agencias de colocación, incluidas las que tienen fines lucrativos. Gratuidad que se extiende a los empleadores cuando la intermediación laboral es llevada a cabo por los servicios públicos de empleo, por sí mismos o a través de entidades o agencias de colocación. De este modo, las agencias

¹⁴ En este sentido, SSTJUE de 23 de abril de 1991, *Klaus Höfner y Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, asunto C-41/90, y de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre coop. arl*, asunto C-55/96.

¹⁵ J. CRUZ VILLALÓN, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2018, p. 120.

¹⁶ J.I. GARCÍA NINET (dir.), *Derecho del Trabajo*, Aranzadi, 2018, p. 488.

de colocación sólo podrán cobrar a los empleadores exclusivamente cuando realicen su actividad de intermediación de forma autónoma¹⁷.

3.2. Recolocación de trabajadores

Como variante novedosa de las agencias de colocación, algunas de ellas se vienen especializando en la actividad de recolocación de trabajadores, atendiendo a los excedentes de personal en procesos de reestructuración empresarial, cuando dicha recolocación se determina o se acuerda con los trabajadores o sus representantes en planes o programas de recolocación¹⁸.

4. Conclusiones

Durante el siglo de vida que ha recorrido la OIT desde su creación hasta nuestros días, se ha venido planteando la diatriba sobre la conveniencia, naturaleza y objeto de las agencias de colocación de trabajadores. Aun cuando existe una práctica unanimidad en la necesidad de su existencia, no ha sido igualmente pacífico el criterio sobre el monopolio de servicios públicos de empleo (obviamente, gratuitos) o la coexistencia de agencias privadas y, en este último caso, respecto de la aceptación del ánimo de lucro en estas últimas. A su vez, cuando se han levantado las prohibiciones de las agencias retribuidas, surgía el debate sobre quién o quienes debían pechar con los gastos derivados de la mediación en la contratación.

A modo de epílogo, el devenir y los avatares de este largo período secular han puesto de manifiesto que los poderes públicos no abren la puerta a las agencias privadas por criterios técnicos o razones estructurales, sino por motivos coyunturales en momentos de recesiones o crisis económicas y, por ende, de crisis de empleo, impetrando al sector privado coadyuvar en el acercamiento de oferta y demanda de trabajo, llegando a permitir además el ánimo de lucro a estas agencias. En todo caso y en todo momento, las agencias privadas no vienen operando con libertad e independencia, sino como colaboradoras de los servicios públicos y de manera coordinada con éstos.

¹⁷ J. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 119.

¹⁸ *Ibidem*, p. 120.

5. Bibliografía

ALARCÓN CASTELLANOS M.M., *La intermediación laboral como un instrumento eficaz en tiempos de crisis. Servicios públicos de empleo y entidades afines*, Aranzadi, 2009

ARIAS DOMÍNGUEZ A., *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, Laborum, 2003

BALLESTER PASTOR I., *Asunción por España de los Convenios de la OIT en materia de empleo y colocación: ¿una meta realizable?*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, n. 117

CRUZ VILLALÓN J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2018

GARCÍA NINET J.I. (dir.), *Derecho del Trabajo*, Aranzadi, 2018

MARTÍN VALVERDE A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ F., GARCÍA MURCIA J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2018

MERCADER UGUINA J.R., *La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1994, n. 14

MONTOYA MELGAR A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2018

RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *La intermediación en el mercado de trabajo. Análisis y propuestas*, La Ley, 2012

SERRANO FALCÓN C., *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas*, Comares, 2009

SOBRINO GONZÁLEZ G.M., *La política de colocación*, Bomarzo, 2006

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre las enfermedades profesionales (revisado) 1934 (núm. 42)

José Antonio GONZÁLEZ MARTÍNEZ*

RESUMEN: El Convenio OIT (núm. 42), adoptado el 21 de junio de 1934, con fecha de entrada en vigor el 17 de junio de 1936, y ratificado por España el 12 de mayo de 1958, no es ni mucho menos un Convenio destacable, ni relevante, dentro del acervo normativo de la Organización. No es ni un Convenio problemático ni con contenido encomiable, pues, como su antecesor, carece de contenido concreto sobre la materia. Al igual que el anterior, es un Convenio que la OIT clasifica dentro el tema de Seguridad Social y que no se consideran ni fundamentales ni prioritarios. El Convenio ha sido ratificado por 53 países. Consta de un preámbulo y 9 artículos, cuyo contenido es escaso. Para la OIT se consideran enfermedades profesionales las enfermedades y las intoxicaciones producidas por las substancias incluidas en el cuadro de su art. 2, cuando las mismas afecten a los trabajadores pertenecientes a las industrias, profesiones u operaciones correspondientes en el citado cuadro y resulten del trabajo en una empresa sujeta a la legislación nacional.

Palabras clave: Enfermedad profesional, salud, prevención.

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. 2. La influencia del Convenio en el sistema de relaciones laborales español. 3. Bibliografía.

* Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Contratado Doctor acreditado) de la Universidad de Alicante.

Workmen's Compensation (Occupational Diseases) Convention (Revised) 1934 (No. 42)

ABSTRACT: The ILO Convention (No. 42), adopted on June 21, 1934, effective as of June 17, 1936, and ratified by Spain on May 12, 1958, is by no means a remarkable Convention, nor relevant, within the normative acquis of the Organization. Not in a problematic agreement nor with commendable content, because as its predecessor, they lack specific content on the subject. Like the previous one, it is an agreement that the ILO classifies within the theme of Social Security and that are considered neither fundamental nor priority. The Convention has been ratified by 53 countries. It consists of a preamble and 9 articles, whose content is scarce. For the ILO, diseases and poisonings caused by the substances included in the table of its art are considered occupational diseases. 2, when they affect the workers belonging to the corresponding industries, professions or operations in the aforementioned table and result from work in a company subject to national legislation.

Key Words: Occupational diseases, health, prevention.

1. Consideraciones previas

El papel de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) es la creación de un marco institucional determinado por las normas internacionales¹.

Creada en 1919, la OIT, como organismo especializado más antiguo de las Naciones Unidas, conmemora su centenario. En su creación, como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial, la OIT plasmó la convicción de que la justicia social es esencial para alcanzar una paz universal y permanente, mediante una serie de principios de Derecho laboral y recomendaciones a los miembros de la Sociedad de Naciones, con el fin de asegurar unas condiciones de trabajo equitativas y humanas para el hombre, la mujer y el niño, eliminando las relaciones de trabajo que entrañaran algún grado de injusticia y miseria².

Este organismo elabora normas que tratan de establecer criterios comunes, sobre aspectos relacionados con los derechos en el trabajo, como el tema relativo a la Seguridad Social. Conviene recordar que la mayoría de los convenios de la OIT no son auto-ejecutivos porque no fueron concebidos para ello, sino para que cada país implementara medidas para su efectiva aplicación³.

La OIT, organismo tripartito compuesto por gobiernos, entidades empleadoras y personas trabajadoras, ha realizado importantes aportaciones al mundo del trabajo desde sus primeros días, con un enfoque integrado de los derechos en el trabajo, la promoción del empleo

¹ Como señala P. CALLAU DALMAU, *La Seguridad Social: un elemento fundamental del mandato de la OIT desde su creación en 1919*, en *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, Centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 2018, n. 39, p. 28: la OIT es la fuente de derecho internacional laboral representada en sus Convenios y Recomendaciones y en los documentos que emanen de su mecanismo de control de la aplicación de esas normas internacionales del trabajo. Los Convenios de la OIT son Tratados internacionales sujetos a ratificación por los Estados miembros de la OIT, que en España requieren la autorización de las Cortes (art. 94.1 CE) y el consentimiento del Jefe del Estado (art. 56.1 CE). Sus Recomendaciones son instrumentos no vinculantes, que por regla general tratan de los mismos temas que los Convenios, y que simplemente se limitan a fijar líneas de orientación e interpretación. Otros documentos destinados a tener un efecto normativo pero que no se consideran parte del sistema de las normas internacionales del trabajo, son códigos de conducta, resoluciones, declaraciones y conclusiones adoptadas por la CIT y por diversos órganos de la OIT.

² Constitución de la OIT (Parte XIII del Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania), adoptada el 28 de junio de 1919.

³ En este sentido, J. FARGAS FERNÁNDEZ, *Uso jurisprudencial de los convenios de la OIT en materia de Seguridad Social, La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2011, p. 215.

y el diálogo social, así como de los diferentes aspectos de la protección social: su objetivo ha sido, desde sus comienzos, mejorar la calidad del empleo, no sólo en términos del entorno laboral u organizacional, sino también en aspectos tales como la dignidad del trabajo, la protección de las personas trabajadoras contra las enfermedades o accidentes, la seguridad en el empleo, el equilibrio entre trabajo y la vida personal, la duración y organización de la jornada de trabajo, la productividad y la remuneración⁴.

El presente Convenio no define la enfermedad profesional como tal. Su artículo 1 se limita a decir que todo Estado de la OIT que ratifica el Convenio se obliga a garantizar a las víctimas de enfermedades profesionales o a sus derechohabientes una indemnización basada en los principios generales de su legislación nacional sobre la indemnización por accidentes del trabajo. Y añade que la tasa de la citada indemnización no podrá ser inferior a la que establezca la legislación nacional por el daño resultante de los accidentes del trabajo; a reserva de esta disposición, cada Estado queda en libertad de adoptar las modificaciones y adaptaciones que estime oportunas, al determinar en su legislación nacional las condiciones que han de regular el pago de la indemnización por enfermedades profesionales y al aplicar a las mismas su legislación sobre la indemnización por accidentes del trabajo.

Uno de los objetivos operacionales de la OIT es aclarar y poner puntos en común entre los Estados en materia de Seguridad Social. Este Convenio se aprueba en 1934, se sitúa, por tanto en los años previos a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, a la Carta Social Europea de 1961, al Código Europeo de Seguridad Social de 1964 y al Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972. Por tanto, no coincide con una transformación relevante del sistema de relaciones laborales a nivel internacional.

La idea principal es que la lista de enfermedades se adecúe a la realidad productiva del momento, incluso a los nuevos procesos productivos y de organización, que afloren enfermedades profesionales ocultas y se consiga evitar la infradeclaración de tales enfermedades.

El Convenio obliga únicamente a los Estados si el Director General de la OIT registra sus ratificaciones, y entra en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Estados fueron registradas por el mismo, notificando dicho hecho a todos los Estados Miembros de la OIT, e igualmente notifica el registro de las ratificaciones que le

⁴ P. CALLAU DALMAU, *La Seguridad Social: un elemento fundamental del mandato de la OIT desde su creación en 1919*, *op. cit.* (nota 2), p. 29.

comuniquen posteriormente los demás Estados.

Matizar que todos los gobiernos de los Estados Miembros deben dar cuentas periódicas respecto de determinados convenios que cada año se le señalen (hayan o no ratificado tales convenios) acerca de cuál es la posición de su legislación y de su práctica efectiva, demostrando o bien que se están cumpliendo las previsiones de tales convenios, o si así no fuere, deberán explicar los motivos por lo que se retrasan en ratificar dichos convenios⁵.

En cuanto a la lista de enfermedades y sustancias tóxicas contenida en el cuadro del art. 2:

En el primer grupo se clasifican las enfermedades profesionales por Intoxicación producida por el plomo, sus aleaciones o sus compuestos, con las consecuencias directas de dicha intoxicación. Y como profesiones, industrias u operaciones causantes de las mismas, las siguientes: tratamiento de minerales que contengan plomo, incluidas las cenizas plumbíferas de las fábricas en que se obtiene el zinc; fusión del zinc viejo y del plomo en galápagos; fabricación de objetos de plomo fundido o de aleaciones plumíferas; industrias poligráficas; fabricación de los compuestos de plomo; fabricación y reparación de acumuladores, preparación y empleo de los esmaltes que contengan plomo; pulimentación por medio de limaduras de plomo o de polvos plumíferos; trabajos de pintura que comprendan la preparación o la manipulación de productos destinados a emplastecer, masilla o tintes que contengan pigmentos de plomo.

En el segundo, la intoxicación producida por el mercurio, sus amalgamas y sus compuestos, con las consecuencias directas de dicha intoxicación: tratamiento de minerales de mercurio; fabricación de compuestos de mercurio; fabricación de aparatos para medir y aparatos de laboratorio; preparación de materias primas para sombrerería; dorado a fuego; empleo de bombas de mercurio para la fabricación de lámparas incandescentes; fabricación de pistones con fulminato de mercurio.

En el tercero, la infección carbuncosa: obreros que estén en contacto con animales carbuncosos; manipulación de despojos de animales; carga, descarga o transporte de mercancías.

⁵ A lo largo de los años, ha prevalecido continuamente un espíritu de respeto mutuo, cooperación y responsabilidad en las relaciones de la Comisión con la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo. El vicepresidente de la misma sugiere que se preste atención a los convenios técnicos, tales como los relativos a la seguridad social y a la seguridad y salud en el trabajo (Esto cobra importancia a la luz de la decisión adoptada en el marco de la iniciativa relativa a las normas de prolongar a seis años el ciclo de presentación de memorias para los convenios técnicos).

En el cuarto, la silicosis con o sin tuberculosis pulmonar, siempre que la silicosis sea una causa determinante de incapacidad o muerte: Las industrias u operaciones que la legislación nacional considere están expuestas a los riesgos de la silicosis.

En el quinto, la intoxicación producida por el fósforo o sus compuestos, con las consecuencias directas de esta intoxicación: todas las operaciones de la producción, desprendimiento o utilización del fósforo o de sus compuestos.

En el sexto grupo, la intoxicación producida por el arsénico o sus compuestos, con las consecuencias directas de esta intoxicación: todas las operaciones de la producción, desprendimiento o utilización del arsénico o sus compuestos.

En el séptimo, la intoxicación producida por el benceno o sus homólogos, sus derivados nitrosos y amínicos, con las consecuencias directas de esta intoxicación: todas las operaciones de la producción, desprendimiento o utilización del benceno o de sus homólogos o de sus derivados nitrosos y amínicos.

En el octavo, la intoxicación producida por los derivados halógenos de los hidrocarburos grasos: todas las operaciones de la producción, desprendimiento o utilización de los derivados halógenos de los hidrocarburos grasos, designadas por la legislación nacional.

En el noveno, los trastornos patológicos debidos al radio y otras substancias radioactivas, y a los rayos X: todas las operaciones que expongan a la acción del radio, de las substancias radiactivas o de los rayos X.

Y en el décimo y último grupo, los epitelomas primitivos de la piel: todas las operaciones de la manipulación o el empleo de alquitrán, brea, betún, aceites minerales, parafina, o de compuestos, productos o residuos de estas substancias.

2. La influencia del Convenio en el sistema de relaciones laborales español

Sin perjuicio de que la noción amplia de dolencia establecida por la jurisprudencia, y de que algunas enfermedades específicas (como la silicosis) hubieran sido objeto de atención especializada (la Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de marzo de 1941 instituyó el seguro obligatorio de silicosis, enfermedad profesional por antonomasia de los mineros), fue la Ley de Bases de Enfermedades Profesionales, de 13 de julio de 1936, la primera norma con regulación específica en esta materia,

y en la que se incluía un listado de enfermedades (21 en total) y una relación de las industrias o trabajos en los que podían contraerse. La citada Ley fue consecuencia de la ratificación por España del Convenio (núm.) 18 de la OIT de 1925, sobre indemnización por enfermedades profesionales⁶.

A partir del Decreto de 10 de enero de 1947, de enfermedades profesionales, y su Reglamento (Decreto de 19 de julio de 1949), se definen las enfermedades profesionales y se regulan con carácter general, estableciéndose un aseguramiento especial para ellas (de forma autónoma respecto del accidente de trabajo), que contenía en su anexo el cuadro de enfermedades profesionales y daba una definición material de la enfermedad profesional de la siguiente forma: “Son enfermedades profesionales aquellas que, producidas por consecuencia del trabajo y con evolución lenta y progresiva, ocasionen al productor una incapacidad para el ejercicio normal de su profesión o la muerte”.

Más adelante, el Decreto 792/1961, de 13 de abril, aprobó un nuevo cuadro con las enfermedades que merecían esa calificación, y estableció nuevas pautas para su tratamiento (reconocimientos médicos, períodos de observación, cambio de puesto de trabajo, etc.); y fue desarrollado por la Orden de 9 de mayo de 1962, aún vigente en buena parte de sus preceptos. Ambos, derogaron la normativa anterior y reordenaron el Seguro de Enfermedades Profesionales, pero manteniendo el régimen de lista cerrada⁷ y sin definir el concepto de enfermedad profesional⁸. Una

⁶ J.A. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *El trato privilegiado de las Prestaciones de origen profesional*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A.U., 2017, p. 247.

⁷ En la STSJ Cataluña 2950/2003, de 13 de mayo de 2003 (JUR 2003, 160563), se concreta que “pese a la discusión doctrinal sobre si la lista es o no abierta (por la generalidad de la formulación de algunos apartados, que permitirían a través de la analogía añadir enfermedades no listadas y considerarlas como profesionales por la vía judicial), sigue vigente un sistema de lista cerrada, de manera que, cuando surja una enfermedad nueva habrá que acudir al artículo 115.2 e) LGSS 1994 (actual 156.2 e) LGSS) y considerarla como accidente de trabajo, hasta que no se modifique y se actualice el Decreto por el Gobierno. Sólo en el caso Ardystil, la Resolución de 30-12-1993 (de manera provisional), hizo una interpretación abierta de sistema de lista, situando el síndrome en un apartado del Real Decreto 1995/78, aunque no se haya precisado en concreto el agente enfermante. Un argumento todavía en el sentido de que se trata de una lista cerrada es que el artículo 116.2 LGSS 1994 (actual 157.2 LGSS) establece que el Decreto que regule el cuadro de enfermedades profesionales debe establecer “el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo”, por lo que el Decreto no puede ser ejemplificativo, sino cerrado”.

⁸ A. MONTOYA MELGAR, *Curso de Seguridad Social*, 2^a edición, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 2000, p. 368.

vez implantado el sistema de Seguridad Social, la enfermedad profesional pasó a ser una de las contingencias protegidas, y contó con una previsión específica dentro de la correspondiente Ley de Seguridad Social de 1966, de la Ley General de Seguridad Social de 1974, de la LGSS 1994 y en la LGSS actual.

El cuadro de enfermedades profesionales se contemplaba en el Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo (parcialmente modificado por Real Decreto 2821/1981, de 27 de noviembre) que fue tachado de obsoleto y con un desfasado catálogo.

La lista de enfermedades profesionales de 1978, presenta más similitudes con la lista europea aprobada en el año 2003 que con la lista internacional elaborada por la OIT en el 2002. Tanto la lista europea como la lista internacional han sido elaboradas pensando antes en la prevención de las enfermedades que incluyen en su texto, que en la reparación del daño que producen en la salud de los trabajadores. La estructura de ambas listas es muy similar, al agrupar las enfermedades por características comunes, identificando, en algunos casos, el agente o sustancia enfermante y, en otros, el aparato o parte del cuerpo afectada por la enfermedad, pero no establecen la actividad o actividades concretas que pueden generar o producir esas patologías, a diferencia de lo que hace el legislador español en el cuadro de enfermedades profesionales vigente. Efectivamente, el cuadro español establece una conexión entre enfermedad, agente y actividad.

Conviene tener presente que la lista española de enfermedades profesionales es un cuadro de enfermedades que dan lugar a reparación⁹. Posteriormente, un nuevo cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social se establece por Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre (BOE, 19 de diciembre)¹⁰. Se estructura, siguiendo la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales, sobre un primer anexo, conteniendo la lista de enfermedades profesionales cuyo origen profesional se ha reconocido científicamente, y un segundo anexo, que establece una lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha, y que podrían contemplarse en el primero en el

⁹ S. MORENO CÁLIZ, *La lista española de Enfermedades Profesionales a la luz de recientes textos internacionales*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2004, n. 52, p. 129.

¹⁰ Véase un análisis comparativo del cuadro de enfermedades profesionales instaurado por el Real Decreto 1299/2006 y sus diferencias con el cuadro de enfermedades profesionales aprobado por el Real Decreto 1995/1978 en D. LANTARÓN BARQUÍN, *Cuadro de enfermedades profesionales: una radiografía jurídica*, en *Relaciones Laborales*, 2008, n. 1, pp. 420 y ss.

futuro¹¹.

Con ello, a nuestro juicio, se da un gran paso a partir del Real Decreto 1299/2006 porque se elimina el sistema de lista cerrada tan anticuado y que tanto perjudicó al trabajador, pues tiene el inconveniente de que el catálogo quede desfasado, manteniendo afecciones ya desaparecidas retrasando la incorporación de nuevas enfermedades profesionales que vayan apareciendo. La revisión del cuadro de enfermedades profesionales debe ser un hecho y no una mera ilusión con el fin de eliminar la rigidez de la lista¹².

El Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre señalaba que las deficiencias de protección a los trabajadores afectados por esta contingencia profesional se derivan, en gran medida, no sólo de la falta de actualización de la lista de enfermedades profesionales sino muy especialmente de las deficiencias de su notificación, producidas por un procedimiento que se ha demostrado ineficiente, sin una vinculación suficiente con el profesional médico que tiene la competencia para calificar la contingencia o con aquel otro que pueda emitir un diagnóstico de sospecha. En consecuencia, al tratarse de elementos que se consideran decisivos para la configuración de un sistema eficaz de notificación y registro, parece oportuno incluirlos en esta norma.

El Real Decreto 257/2018, de 4 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, a través de su artículo único añade un nuevo contenido a la lista.

Así pues, la influencia del Convenio en el sistema de relaciones laborales español fue escasa, casi nula.

3. Bibliografía

CALLAU DALMAU P., *La Seguridad Social: un elemento fundamental del mandato de la OIT desde su creación en 1919*, en *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, Centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2018, n. 39

¹¹ J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 127-128.

¹² J.A. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *El trato privilegiado de las Prestaciones de origen profesional*, op. cit. (nota 7), p. 249.

FARGAS FERNÁNDEZ J., *Uso jurisprudencial de los convenios de la OIT en materia de Seguridad Social. La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2011

FERNÁNDEZ AVILÉS J.A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social: su contradictorio proceso de institucionalización jurídica*, Barcelona, Atelier, 2007

GONZÁLEZ MARTÍNEZ J.A., *El trato privilegiado de las Prestaciones de origen profesional*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A.U., 2017

LANTARÓN BARQUÍN D., *Cuadro de enfermedades profesionales: una radiografía jurídica*, en *Relaciones Laborales*, 2008, n. 1

MONTOYA MELGAR A., *Curso de Seguridad Social*, 2^a edición, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 2000

MORENO CÁLIZ S., *La lista española de Enfermedades Profesionales a la luz de recientes textos internacionales*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2004, n. 52

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre el desempleo 1934 (núm. 44)

Miguel GUTIÉRREZ PÉREZ*

RESUMEN: En el presente trabajo abordamos la protección por desempleo desde el punto de vista del Convenio OIT n. 44, sin adentrarnos en el resto de instrumentos normativos de carácter internacional que vienen a abordar esta materia. En concreto, en relación dicho Convenio se analizan las distintas posibilidades, contempladas en el Convenio, en cuanto a la estructura que puede adoptar el modelo de protección. Asimismo, se examinan los distintos colectivos a los que se incluye en el ámbito de protección de la norma, así como los que quedan al margen de la misma, realizando una especial mención en este caso a algunos colectivos concretos, tal cual viene a ser el caso de las personas empleadas en el servicio doméstico. Por otro lado, se viene a enjuiciar cual es la noción de desempleo protegible que se ofrece a tenor de los propios preceptos del Convenio. A partir de aquella noción, se delimitan los tipos de desempleo protegible, con una especial referencia al desempleo parcial. Finalmente, nos adentramos en el contenido de la protección contemplado en dicha norma.

Palabras clave: Desempleo, subsidio, indemnización, cuantía y protección.

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. 2. La estructura del sistema de protección: las distintas vías recogidas en el Convenio. 3. Ámbito subjetivo de aplicación. 4. La contingencia protegible. 4.1 Tipos de desempleo protegible: El protagonismo del desempleo parcial. 5. El contenido de la protección. 6. Bibliografía.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura.

Unemployment Provision Convention 1934 (No. 44)

ABSTRACT: In this paper we address unemployment protection from the point of view of ILO Convention No. 44, without entering into the rest of the international normative instruments that come to address this issue. Specifically, in relation to said Convention, the different possibilities contemplated in the Convention are analyzed, in terms of the structure that the protection model can adopt. Likewise, it examines the different groups to which it is included in the scope of protection of the rule, as well as those that are left out of it, making a special mention in this case to some specific groups, as it is the case of persons employed in domestic service. On the other hand, it comes to prosecute what is the notion of protectable unemployment that is offered according to the precepts of the Convention. From that notion, the types of protectable unemployment are defined, with a special reference to partial unemployment. Finally, we delve into the content of the protection contemplated in said norm.

Key Words: Unemployment, subsidy, compensation, amount and protection.

1. Consideraciones previas

En tanto que expresión de un desajuste entre la oferta y la demanda de trabajo, el desempleo es un riesgo social inherente al modo de producción capitalista y, con toda probabilidad, eso explica el temprano interés de la normativa internacional que, desde antiguo, regula este fenómeno en su doble vertiente: la prevención y la protección¹ (lo que, en nomenclatura más actual, suele nombrarse como medidas de política activa y de política pasiva frente al desempleo)².

No obstante, en este trabajo vamos a abordar únicamente la vertiente de la protección, desde un concreto instrumento normativo como es el Convenio OIT n. 44, de 23 de junio de 1934³, por el que se garantizan indemnizaciones o subsidios a los desempleados involuntarios⁴. Aun cuando no debe obviarse que no es este el único instrumento normativo de la OIT que regula la protección que otorga la Seguridad Social a las personas desempleadas. Es por ello que junto a otros tantos Convenios⁵ encontramos un amplio número de Recomendaciones⁶ que, con carácter

¹ Cabe destacar que con referencia al desempleo, según datos de 2015, solo el 28% de los trabajadores de la economía mundial cuentan con prestaciones contributivas o asistenciales, mostrándose diferencias regionales enormes. En Europa está cubierto el 80% de los trabajadores, en América Latina el 38%; en el Medio Oriente el 21%; en la región de Asia y el Pacífico el 17% y en África solo el 8%, datos estos teóricos que luego la realidad rebaja todavía más, de modo que se convierten, respectivamente, en porcentajes ciertos del 64%, 5%, 3%, 7% y 3%. L.E. DE LA VILLA GIL, *Editorial*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, n. 117, p. 14.

² C. VIQUEIRA PÉREZ, *La protección del desempleo en los Convenios de la OIT*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, n. 117, p. 137.

³ Véase, N. VALTICOS, M.J. TRIVINO, *Derecho Internacional del Trabajo*, Tecnos, 1977.

⁴ Instrumento de ratificación de 8 de abril de 1971 (BOE 18 Mayo 1972). En este sentido, debe advertirse que este Convenio, adoptado en la época de la Gran Depresión, fue el primer Convenio en que se estipularon concretamente las condiciones de las prestaciones que deberían contemplar los países ratificantes. W. KIM, *La ratificación de los Convenios de la OIT y la provisión de prestaciones por desempleo: análisis empírico*, en *Revista Internacional de Seguridad Social*, 2010, vol. 63, n. 1, p. 47.

⁵ Convenio 002 sobre desempleo de 1919; Convenio 008 sobre las indemnizaciones de desempleo –naufragio– (1920); Convenio 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo (1988); Convenio 179 sobre contratación y colocación de la gente del mar (1996); Convenio 102 sobre Seguridad Social (1952).

⁶ Recomendación 1, sobre el desempleo (1919); Recomendación 10, sobre el seguro de desempleo (gente del mar) (1920); Recomendación 11, sobre desempleo –agricultura– (1921); Recomendación 44 sobre desempleo (1934); Recomendación 45 sobre desempleo –menores– (1935); Recomendación 176, sobre fomento del empleo y protección contra el desempleo (1988); Recomendación 151, sobre trabajadores migrantes (1975); Recomendación 67, sobre la seguridad de los medios de vida (1944); Recomendación 165, sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

central o tangencial, se ocupan también de la protección por desempleo y con un buen número de disposiciones que, aunque contenidas en normas reguladoras de otras materias, inciden en la ordenación de la protección por desempleo. Si bien, debe resaltarse que los instrumentos internacionales en materia de desempleo, entre ellos el Convenio OIT n. 44, se vienen ocupando de propugnar mecanismos de protección frente al desempleo coyuntural y estacional, cuando el reto principal en esta materia es, en cambio, la lucha contra los efectos del desempleo estructural⁷. Concretamente, por lo que se refiere a nuestro país debe advertirse que el Convenio OIT n. 44 es el eje central de la regulación internacional en materia de protección por desempleo, al no haber sido ratificado por España el Convenio 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo (1988)⁸. Por lo que, como instrumento internacional de referencia en nuestro país sobre la protección por desempleo nos encontramos con una norma que perfectamente puede considerarse antigua⁹, la cual, lógicamente, como veremos posteriormente, contiene una regulación acorde a los estándares de la época, lejanos de los que hoy delimitan el escenario en el que opera y se aplica¹⁰.

⁷ M. BASTERNA HERNÁNDEZ, *De la protección frente al desempleo a la renta básica universal: un análisis comparativo entre España y Portugal*, en *Revista de Información Laboral*, 2018, n. 12, p. 3 (versión digital).

⁸ Esta materia seguirá rigiéndose en lo que al Estado español hace referencia, por el Convenio anterior sobre la misma cuestión, ratificado en su momento. S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. BARCELON COBEDO, *Cien años de promoción de la Seguridad Social. El papel de la OIT en la creación, expansión, perfeccionamiento y adaptación de los sistemas de protección social*, en *Revista Trabajo y Derecho*, 2019, n. 9, p. 6. Véase, J.M. SERVAIS, *España y las normas de la OIT o cómo renovar una bella historia*, en AA.VV. (J.L. GIL Y GIL, coord.), *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante*, Cinca, 2017, pp. 27 y ss.

⁹ En este sentido, se ha venido afirmando que el Convenio n. 44 quedó totalmente obsoleto en la década de 1970 y que fue sustituido por el Convenio no 168 de 1988, véase W. KIM, *La ratificación de los Convenios de la OIT y la provisión..., op. cit.*, p. 47. Del mismo modo, J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA, *La Seguridad Social en general, en los Convenios de la OIT*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, n. 112, p. 36. O S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. BARCELON COBEDO, S., *Cien años de promoción de la Seguridad Social. El papel de la OIT en la creación, expansión, perfeccionamiento y adaptación de los sistemas...*, *op. cit.*, p. 3, quienes afirman que se trata de un Convenio totalmente superado por el Convenio 168.

¹⁰ C. VIQUEIRA PÉREZ, *La protección del desempleo en los Convenios...*, *op. cit.*, p. 138.

2. La estructura del sistema de protección: las distintas vías recogidas en el Convenio

La estructura de la protección frente al desempleo es uno de los temas de mayor complejidad a los que deben hacer frente los sistemas de protección social. Como es consabido, resulta ya clásica la reflexión acerca de la inadecuación de la técnica del seguro social como fórmula de protección frente al paro, en la medida en que la lógica contributiva descansa en una previsión estadística y casa mal con un fenómeno de intensidad y duración difícilmente previsible. Este desajuste resulta especialmente apreciable cuando (como ha ocurrido durante el periodo de recesión económica) el desempleo alcanza a un elevado porcentaje de la población activa, adquiere carácter intermitente para gran parte de los afectados y alcanza de modo masivo a los demandantes de primer empleo (como es el caso de la población juvenil) y, por ello, tradicionalmente se ha defendido que, además de la protección contributiva (seguro) es necesario articular una protección de base asistencial que permita ofrecer cobertura a quienes resultan excluidos del ámbito contributivo o hubiesen agotado las prestaciones allí ofrecidas¹¹.

Precisamente, aquella dificultad para articular un modelo adecuado de protección venga a explicar el hecho de que el Convenio OIT n. 44 establezca un amplio abanico de posibilidades en cuanto a la estructura que puede adoptar el modelo de protección. En este sentido, el artículo 1.2 del Convenio determina que “a condición de que garantice a todas las personas a las que se aplica el presente Convenio las indemnizaciones o subsidios previstos en el párrafo 1, este sistema podrá ser:

- a) un sistema de seguro obligatorio;
- b) un sistema de seguro voluntario;
- c) una combinación de los sistemas de seguro obligatorio y de seguro voluntario;
- d) cualquiera de los sistemas precitados completado con un sistema de asistencia”. Por tanto, de acuerdo con dicho precepto, el modelo de protección podrá asentarse en un sistema de seguro obligatorio, voluntario o mixto, completado en todo caso con un sistema de asistencia. Este precepto, aun cuando se constituye en el eje central en torno al cual ha de construirse la protección por desempleo, entendemos que debe completarse con la Recomendación 44 sobre el seguro de desempleo y las diversas formas de asistencia a los desempleados, adoptada en Ginebra, 18^a reunión CIT (23 junio 1934), cuyo principio 4.d) establece que

¹¹ *Idem, op. cit.*, p. 138.

“siempre que sea posible y en particular cuando puedan aplicarse medidas de control adecuadas, deberían tomarse disposiciones especiales para ayudar, en caso de desempleo, a los trabajadores independientes con escasos recursos económicos”. Esto es, la protección por desempleo ha de completarse con un sistema de protección propio de los trabajadores autónomos, a pesar de situarse los mismos fuera de la protección por desempleo en sentido estricto.

3. Ámbito subjetivo de aplicación

En este sentido, el Convenio OIT n. 44 delimita el ámbito subjetivo de la protección por la vía de la regla y la excepción, indicando a que personas debe alcanzar la cobertura y estableciendo, posteriormente, los colectivos que pueden ser excluidos de dicha protección. Como regla general el artículo 2 del Convenio determina que deben estar incluidas en la protección por desempleo todas las personas habitualmente empleadas que perciban un salario o un sueldo. A partir de aquí, en el párrafo segundo de dicho precepto se contemplan las excepciones a aquella regla general, las cuales vienen constituidas por un variado panorama, a las que dan cuerpo diez colectivos que el Convenio permite excluir de la protección por desempleo. De este modo, podrán quedar excluidos de la protección por desempleo: a) las personas empleadas en el servicio doméstico; b) los trabajadores a domicilio; c) los trabajadores que ocupen empleos estables dependientes del gobierno, de las autoridades locales o de un servicio de utilidad pública; d) los trabajadores no manuales cuyas ganancias sean consideradas por la autoridad competente suficientemente elevadas para que puedan protegerse ellos mismos contra los riesgos del desempleo; e) los trabajadores cuyo empleo tenga carácter temporal, siempre que la duración de la temporada sea normalmente inferior a seis meses y que los interesados no ocupen habitualmente durante el resto del año otro empleo comprendido en el presente Convenio; f) los trabajadores jóvenes que aún no hayan alcanzado una edad determinada¹²;

¹² En relación a esta exclusión, debe señalarse que la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT recuerda que si el Convenio consiente la exclusión del subsidio por desempleo a los jóvenes trabajadores que no hayan alcanzado una edad determinada (artículo 2, párrafo 2, f), se sobreentiende sin embargo de los trabajos preparatorios que la palabra joven fue añadida a esta disposición del Convenio para garantizar que la edad prescrita no sea demasiado elevada. (Conferencia Internacional del Trabajo, n. 88, 2000, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, p. 150). En este sentido, en el caso

g) los trabajadores que excedan de una edad determinada y que disfruten de una pensión de retiro o de vejez¹³; h) las personas que sólo estén ocupadas, a título ocasional o subsidiario, en empleos comprendidos en el presente Convenio; i) los miembros de la familia del empleador; j) aquellas clases excepcionales de trabajadores a las que, por circunstancias especiales, resulte innecesaria o impracticable la aplicación de las disposiciones del presente Convenio¹⁴.

En relación a las diferentes exclusiones contempladas por la norma internacional, debemos llamar la atención sobre las personas empleadas en el servicio doméstico. En este sentido, la exclusión de este colectivo profesional de la prestación por desempleo, parece claro que obedece a la evidente conveniencia del mercado, puesto que la protección social de trabajo doméstico se ha mantenido siempre en niveles mínimos por ser éste un sector extremadamente sensible al aumento de los constes sociales, cuyo incremento se traduce inevitablemente en un retraimiento de la demanda y en una precarización importante con motivo del paso del empleo declarado al empleo sumergido. No obstante, tal y como ya advertíamos al comienzo de este mismo trabajo, debe tenerse presente el carácter anacrónico que ostenta el Convenio OIT n. 44. Es por ello que esta exclusión contemplada en dicha norma debe ser relativizada, a tenor de las disposiciones contenidas en el Convenio OIT n. 189 sobre las

concreto de España, se muestra la preocupación por parte de la Comisión acerca de la exclusión de la protección por desempleo de los trabajadores con contratos formativos o de aprendices. Si bien, dicha Comisión (Conferencia Internacional del Trabajo, n. 101, 2012, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, p. 941), por lo que se refiere al artículo 2 del Convenio OIT n. 44, viene a mostrar, precisamente, su satisfacción por la aprobación en el ordenamiento español de la Ley 35/2010, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, la cual viene a extender a las personas que están recibiendo una formación la protección contra el desempleo, de conformidad con el artículo 2 del Convenio.

¹³ Esta exclusión viene amparada igualmente por la Recomendación n. 44, donde en el principio 4 b) se señala expresamente que “los beneficiarios de estos sistemas deberían estar protegidos por el seguro o por la asistencia hasta la edad en que tengan derecho a cobrar una pensión de vejez”.

¹⁴ No obstante, debe tenerse en cuenta que, tal y como recuerda la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT, los Estados que recurran a las excepciones autorizadas por las mencionada disposiciones del Convenio, deberán comunicar, en sus memorias siguientes, las informaciones relativas a las razones que hubiesen motivado la exclusión de los mencionados trabajadores, e indicar si éstas persisten y siguen justificando, por ejemplo, la existencia de edades límite diferentes, en función del tipo de programa de ayuda al retorno al empleo (Conferencia Internacional del Trabajo, 97.^a reunión, 2008, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, p. 681).

trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011, el cual en su artículo 14 viene a establecer que todo Miembro, actuando en conformidad con la legislación nacional y teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, deberá adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social. Por tanto, a pesar de la exclusión contenida en el Convenio OIT n. 44, este Convenio deja, sin duda, la puerta abierta a la inclusión de este colectivo profesional en el ámbito de la protección por desempleo¹⁵. Lo que en el caso concreto de nuestro país, precisaría de la ratificación del Convenio OIT n. 189, algo que hasta la fecha no se ha producido, al contrario de lo que ha ocurrido en otros países, como es el caso de Alemania¹⁶, Italia¹⁷ o Portugal¹⁸.

En otro orden de cosas, y desde otro punto de vista, debe tenerse en cuenta que la delimitación del ámbito subjetivo de la protección por desempleo va a depender de la respuesta que se otorgue a la cuestión de si dicha protección diferencia a nacionales y no nacionales. En este sentido, si acudimos al artículo 16 del Convenio OIT n. 44, el mismo establece que “los extranjeros deberán tener derecho a indemnizaciones y subsidios en las mismas condiciones que los nacionales. Sin embargo, todo Miembro podrá negar a los nacionales de otro Miembro o Estado no obligado por el presente Convenio la igualdad de trato con sus propios nacionales, con respecto a las prestaciones que provengan de fondos a los que el solicitante no haya contribuido”. Con lo que el precepto contempla la igualdad entre nacionales y extranjeros, debiendo estos últimos tener derecho a indemnizaciones y subsidios en las mismas condiciones que los nacionales. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el precepto admite la quiebra del trato igual para los nacionales de países no obligados por el Convenio con respecto a las prestaciones de carácter no contributivo. Si bien, la Recomendación n. 44 que desarrolla el Convenio OIT n. 44, alienta a no aplicar la regla anterior, al establecer en su principio 16 que “debería aplicarse la igualdad de trato, no sólo a los trabajadores de la nacionalidad de los Miembros obligados por el Convenio, sino también a

¹⁵ En relación a dicho Convenio, M. OELZ, *El convenio y la recomendación de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos.: una oportunidad para la justicia social*, en *Revista internacional del trabajo*, 2014, vol. 133, n. 1, pp. 161 y ss.; J. CABEZA PEREIRO, *El trabajo doméstico en la normativa de la OIT*, en *Revista Trabajo y Derecho*, 2019, n. 9, pp. 1 y ss.

¹⁶ Este país ratificó el Convenio OIT n. 189 el 20 de septiembre de 2013.

¹⁷ Este país ratificó el Convenio OIT n. 189 el 22 de enero de 2013.

¹⁸ Este país ratificó el Convenio OIT n. 189 el 17 de julio de 2015.

los nacionales de los Miembros o Estados que, sin haber ratificado el Convenio, apliquen efectivamente sus disposiciones”¹⁹.

4. La contingencia protegible

En cuanto a la noción de desempleo protegible, la misma puede ser inferida si acudimos a distintos preceptos del Convenio OIT n. 44. Así, dicha noción se identifica con una persona habitualmente empleada que percibe un salario (artículo 2 del Convenio) que deviene en desempleo involuntario (artículo 1 del Convenio) por la pérdida o reducción de su empleo (artículo 3 del Convenio) y que es apta y está disponible para un nuevo trabajo (artículo 4.a del Convenio). No obstante, si bien a tenor de los anteriores parámetros, la norma internacional se refiere con carácter general al desempleo involuntario, debe tenerse en cuenta que el propio Convenio n. 44 OIT en su artículo 10.2.b establece la posibilidad de suspender el derecho a indemnización o subsidio durante un periodo adecuado a quien haya abandonado voluntariamente sin motivo justificado su empleo. La dicción de la norma no es, ciertamente, concluyente pero, parece abundar en la idea de la conveniencia de revisar el tratamiento de los ceses voluntarios, terminando con su exclusión de la protección por desempleo (lo que no excluye la posibilidad de establecer un tratamiento distinto al de los ceses involuntarios)²⁰.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en consonancia con los parámetros establecidos por la norma internacional, que la misma permite condicionar el acceso a la protección por desempleo a que el desempleado sea apto para el trabajo, esté “disponible” para el mismo, se inscriba en una oficina pública (art. 4) y acepte un empleo en “trabajos de asistencia” (art. 9), al tiempo que autoriza a que se suspenda el derecho a la prestación si el desempleado rechaza una oferta de “empleo conveniente” (art. 10). Precisamente, el tema relativo al empleo conveniente es una de las materias que dota de visibilidad al Convenio n. 44 OIT.

La norma internacional muestra un evidente interés por la delimitación del empleo conveniente, siendo abordada esta cuestión por el Convenio n. 44 OIT en sentido negativo, señalando que empleos deben quedar fuera de esta calificación, que, en términos generales, se identifican con: a) un empleo cuya aceptación implique la residencia en una región donde no

¹⁹ En este sentido, en el caso del ordenamiento español, no se ha recogido la referida excepción y la protección por desempleo opera en las mismas condiciones para nacionales y extranjeros.

²⁰ C. VIQUEIRA PÉREZ, “*La protección del desempleo en los Convenios...*”, *op. cit.*, p. 144.

pueda conseguirse un alojamiento adecuado; b) un empleo cuya tasa de salario sea inferior o cuyas otras condiciones de trabajo sean menos favorables: i) que las que el solicitante hubiera podido esperar, dada su profesión habitual, en la región en que estaba generalmente empleado o las que hubiera obtenido si hubiese continuado empleado en la misma forma (cuando se trate de un empleo en la profesión y en la región en donde habitualmente estaba empleado el solicitante); ii) que el nivel que generalmente se observe en aquel momento en la profesión y en la región donde se le ofrezca el empleo (en todos los demás casos); c) un empleo que se encuentre vacante en virtud de una suspensión del trabajo causada por un conflicto de trabajo; d) un empleo que pueda ser rechazado con razonable fundamento en atención a la situación personal del trabajador o de otras circunstancias²¹.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que sendas Recomendaciones de la OIT²² han realizado una labor de concreción en relación a aquella noción en negativo de empleo conveniente, pudiendo extraerse de dicha

²¹ Sobre esta cuestión viene a incidir, precisamente, la Recomendación 165—sobre trabajadores con responsabilidades familiares-, en su principio 30, al concretar que a la hora de calificar un empleo como adecuado deben ser tenidas en cuenta las responsabilidades familiares del desempleado y, si el empleo implica un traslado, particularmente, debe considerarse la localidad en la que trabaja el cónyuge y las posibilidades de educación de los hijos.

²² Al respecto, la Recomendación 67—sobre la seguridad de los medios de vida- en su artículo 14.3 señala que “durante un período inicial, fijado equitativamente según las circunstancias del caso, deberían considerarse como empleos convenientes únicamente los siguientes: a) un empleo en el trabajo habitual del asegurado, en un lugar que no entraña un cambio de residencia, retribuido con la tasa vigente de salarios, fijada por un contrato colectivo, cuando ésta sea aplicable; o b) otro empleo aceptable para el asegurado. Después de la expiración del período inicial: a) podrá considerarse conveniente un empleo que entraña un cambio de profesión si puede ser ofrecido razonablemente al asegurado, habida cuenta de sus fuerzas, aptitud, experiencia previa y de las facilidades de formación a su alcance; b) podrá considerarse empleo conveniente aquel que entraña un cambio de residencia si existen posibilidades de alojamiento adecuado en el nuevo lugar de residencia; c) podrá considerarse conveniente un empleo en condiciones menos favorables que las que el asegurado obtuvo generalmente en su región y profesión habituales si las condiciones ofrecidas corresponden a las normas comúnmente observadas en el empleo y región en que se ofrece el trabajo”. Por su parte, la Recomendación 44, en su principio 9^a advierte que “cuando se trate de determinar si el empleo ofrecido a un solicitante en una profesión distinta de la que ejercía anteriormente es un empleo conveniente cuya no aceptación pueda dar lugar a la descalificación del solicitante autorizada por el Convenio, deberían tenerse en cuenta el tiempo de servicio del interesado en la profesión anterior, las posibilidades que tenga de encontrar nuevo empleo en la misma profesión, su formación profesional y sus aptitudes para el trabajo propuesto”.

labor que el empleo conveniente es, en primera instancia, el que se corresponde con la profesión habitual del trabajador, no exige cambio de residencia y está retribuido conforme a la tasa de salario fijada convencionalmente; y que, transcurrido un tiempo, la noción se ve ampliada, pudiendo considerarse también conveniente el empleo en profesión distinta (pero que se adecúe a la aptitud y formación), que exija cambio de residencia (si hay posibilidades de alojamiento adecuado) y que ofrezca condiciones menos favorables que las que el desempleado obtuvo generalmente en su región y profesión habitual (si respetan las ofrecidas en la profesión y región en que se ofrece el trabajo)²³.

4.1. Tipos de desempleo protegible: El protagonismo del desempleo parcial

En relación a esta cuestión, debe destacarse el especial interés que muestra el Convenio n. 44 OIT en la figura del desempleo parcial, al establecer expresamente el Convenio en su artículo 3 que “se concederán indemnizaciones o subsidios a los trabajadores cuyo empleo se encuentre reducido”. En idéntica línea la Recomendación 44 en su principio 3 determina que “todo sistema que establezca el pago de indemnizaciones o subsidios a los desempleados debería amparar no sólo a las personas que estén totalmente desempleadas, sino también a las que se encuentren desempleadas parcialmente”²⁴.

Un aspecto a tener en cuenta, en relación a la protección del desempleo parcial, es que el propio Convenio n. 44 OIT, establece la necesidad de proteger el desempleo parcial en las condiciones que fije la legislación nacional, con lo que se hace evidente que esta es una cuestión que dependerá por completo de la normativa existente en los distintos Estados, lo que evidencia un vacío de protección por parte de la norma

²³ Acerca de la noción de empleo conveniente en el marco internacional, véase, M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, *La nueva dimensión de la protección del desempleo*, La Ley, 2332, 2002, p. 1 y ss. (versión digital).

²⁴ Sobre esta cuestión, con mayor claridad se manifiesta el Convenio n. 168 OIT al afirmar en su artículo 10 que “Las contingencias cubiertas deberán abarcar ... el desempleo total, definido como la perdida de ganancias debida a la imposibilidad de obtener un empleo conveniente. Además, todo Miembro deberá procurar extender la protección...a las contingencias siguientes: a la pérdida de ganancias debida al desempleo parcial definido como una reducción temporal de la duración normal o legal del trabajo; la suspensión o reducción de ganancias como consecuencia de una suspensión temporal de trabajo, sin terminación de la relación de trabajo, en particular por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos”.

internacional, siquiera sea estableciendo ciertos límites que habrían de ser tenidos en cuenta por la normativa interna de los Estados.

5. El contenido de la protección

La protección por desempleo se articula en la norma internacional en torno a la concesión de una suma de dinero, distinguiéndose entre una indemnización , es decir, el pago de una cantidad devengada con motivo de las cotizaciones abonadas en virtud del empleo del beneficiario afiliado a un sistema obligatorio o voluntario y un subsidio, es decir, una prestación que no constituye ni una indemnización, ni un socorro concedido en virtud de medidas generales de asistencia a los indigentes, pero que puede constituir la remuneración de un empleo en trabajos de asistencia. Siendo la prestación económica, por tanto, el núcleo central de la protección, lo que explica que la norma internacional se ocupe de los dos elementos sobre los que ésta se define: la duración y la cuantía.

En primer lugar, debe partirse de la base de que determinar la duración de la prestación por desempleo es una cuestión ciertamente compleja, al tener que buscar el equilibrio entre una protección prolongada en el tiempo, especialmente en tiempos de crisis económica, y la necesidad de evitar poner en riesgo el sistema. De este modo, aunque la Recomendación 67 aconseja que la protección se extienda “hasta que se le ofrezca al asegurado un empleo conveniente” (art. 14.2) y a pesar de que la Recomendación 44, más concreta, señala que la prestación contributiva “debería prolongarse tanto como lo permita la solvencia del sistema” y los subsidios deberían pagarse “durante todo el tiempo que los solicitantes lo necesiten” (principio 7); lo cierto es que, más allá de lo que sería deseable, el Convenio n. 44 OIT autoriza a limitar la duración de la protección (sea prestación o subsidio) estableciendo un doble umbral mínimo: el que debe operar normalmente, que se sitúa en 156 días laborables por año, de acuerdo con el artículo 11 del Convenio; y el que opera como umbral mínimo, el cual se establece en 78 días laborables por año, según el referido precepto.

No menos complejo que determinar la duración de la prestación vendrá a resultar determinar la cuantía. Sobre esta cuestión, no hallamos requerimientos específicos por lo que respecta al Convenio. En este sentido, el artículo 12 de la norma internacional determina que el pago de las indemnizaciones no deberá depender del estado de necesidad del solicitante. Si bien, el derecho a recibir un subsidio podrá estar sujeto a la comprobación del estado de necesidad del solicitante. Habrá de acudirse a

la Recomendación 67, la cual viene a concretar al respecto que las prestaciones “deberían sustituir a las ganancias perdidas... hasta un nivel tan elevado como sea factible, sin que ello impida el deseo de reanudar el trabajo” (art. 22), de modo que la cuantía ha de fijarse con la idea de facilitar al desempleado una renta próxima a la renta salarial perdida pero procurando que no tenga un efecto disuasorio de cara a la búsqueda y aceptación de un nuevo empleo. Este equilibrio lo cifra la Recomendación 67 –para trabajadores no especializados– en un mínimo del “40% de las ganancias anteriores netas del asegurado, si no tiene cargas familiares, o del 60%” en el caso de que las tenga, al tiempo que autoriza a reducir esta relación cuando se trata de salarios elevados (art. 22)²⁵.

Por otro lado, aun cuando la prestación económica viene a constituir el núcleo esencial de la protección por desempleo, debe advertirse que el propio artículo 13 del Convenio contempla la posibilidad de establecer prestaciones suplementarias destinadas a facilitar la vuelta al trabajo del asegurado. Con lo que en el contenido de la acción protectora, conjuntamente con la prestación económica, será posible incluir una serie de acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación y reconversión profesionales, con las que se busca lograr el establecimiento de las condiciones que permitan salir de la situación de desempleo.

6. Bibliografía

BASTERRA HERNÁNDEZ M., *De la protección frente al desempleo a la renta básica universal: un análisis comparativo entre España y Portugal*, en *Revista de Información Laboral*, 2018, n. 12

CABEZA PEREIRO J., *El trabajo doméstico en la normativa de la OIT*, en *Revista Trabajo y Derecho*, 2019, n. 9

DE LA VILLA GIL. L.E., *Editorial*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, n. 117

GONZÁLEZ ORTEGA S., BARCELON COBEDO S., “Cien años de promoción de la Seguridad Social. El papel de la OIT en la creación, expansión, perfeccionamiento y adaptación de los sistemas de protección social”, *Revista Trabajo y Derecho*, n. 9, 2019

KIM W., *La ratificación de los Convenios de la OIT y la provisión de prestaciones por desempleo: análisis empírico*, en *Revista Internacional de Seguridad Social*, 2010, vol. 63, n. 1

²⁵ C. VIQUEIRA PÉREZ, *La protección del desempleo en los Convenios...*, op. cit., p. 150.

MARTÍNEZ GIRÓN J., ARUFE VARELA A., *La Seguridad Social en general, en los Convenios de la OIT*, en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014, n. 112

OELZ M., *El convenio y la recomendación de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos.: una oportunidad para la justicia social*, en Revista internacional del trabajo, 2014, vol. 133, n. 1

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER M., *La nueva dimensión de la protección del desempleo*, La Ley, 2332, 2002

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

VALTICOS N., TRIVIÑO M.J., *Derecho Internacional del Trabajo*, Tecnos, 1977

VIQUEIRA PÉREZ C., *La protección del desempleo en los Convenios de la OIT*, en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2015. n. 117

Web sites

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12_100_ILO_CODE:C044

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12_100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312382,es

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12_100_ILO_CODE:R165

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12_100_ILO_CODE:R067

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12_100_ILO_CODE:C168

[https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2000\)1A.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2000)1A.pdf)

[https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2008-97-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2008-97-1A).pdf)

[https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2012-101-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2012-101-1A).pdf)

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres) 1935 (núm. 45)

Sergio MARTÍN GUARDADO*

RESUMEN: En las siguientes páginas, se procederá a un análisis cualitativo de la norma en cuestión. Desde una perspectiva de género, aplicando los principios de igualdad y no discriminación, con su plena vigencia en el tiempo presente, podremos poner en cuestión la regulación del trabajo subterráneo para las mujeres. La prohibición absoluta opera a modo de presunción de pleno derecho de la ineptitud femenina para el desarrollo del trabajo minero. Esto, provocó en ámbito español un conflicto político y normativo sin precedentes que llevó a la denuncia del Convenio núm. 45 por parte de las autoridades nacionales. El Tribunal Constitucional de España cerró la puerta a que el Convenio rigiese para desvirtuar la vigencia de la igualdad como valor, principio y derecho, tal como prevé el entramado constitucional de referencia. Con las mismas premisas que hace más de una década el Máximo Intérprete de la Constitución ya lo había hecho, vamos a plasmar las razones que permanecen encima de la mesa para que la igualdad de trato y de oportunidades sea instaurada en todas las relaciones de trabajo y a nivel global.

Palabras clave: Trabajo subterráneo, minas, mujeres, perspectiva de género, legislación laboral internacional.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Convenio núm. 45 de la OIT, artículo a artículo. 3. El conflicto del instrumento con los principios de igualdad y no discriminación a la luz de la experiencia española. 3.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional (español) 229/1992, de 14 de diciembre. 3.2. Razones para apartarse del Convenio núm. 45 de la OIT. 4. Conclusiones finales: hacia una nueva regulación internacional del trabajo subterráneo (no sólo para mujeres). 5. Bibliografía.

* Personal Investigador en Formación (USAL-Santander). Departamento de Derecho Público General. Área de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Salamanca.

Underground Work (Women) Convention 1935 (No. 45)

ABSTRACT: In the following pages, we will proceed to a qualitative analysis of the standard in question. From a gender perspective, applying the principles of equality and non-discrimination, with its full force in the present time, we can question the regulation of underground work for women. The absolute prohibition operates as a presumption of full right of female ineptitude for the development of mining work. This led to an unprecedented political and regulatory conflict in Spain that led to the denunciation of Convention No. 45 by the national authorities. The Constitutional Court of Spain closed the door to the Convention ruling to distort the validity of equality as a value, principle and right, as provided for by the constitutional framework of reference. With the same premises that the Maximum Interpreter of the Constitution had already done more than a decade ago, we are going to translate the reasons that remain on the table so that equal treatment and opportunities can be established in all working relationships worldwide.

Key Words: Underground Work, Mines, Women, Gender Mainstreaming, International Labor Legislation.

1. Introducción

El asunto de la prohibición del trabajo subterráneo a las mujeres, sin distinción de edad, ha sido objeto de debate en las últimas décadas en los países desarrollados. Como en tantas otras cuestiones de actualidad en las sociedades más avanzadas, se debate en torno a la igualdad entre hombres y mujeres. Su incompatibilidad actual con el principio de no discriminación por razón de sexo es algo irrefutable. Gracias a la construcción de un cuerpo teórico que, vertido por la doctrina científica y la jurisprudencia de algunos países, ha hecho posible, hoy, poner en entredicho el articulado del instrumento que pasaremos a comentar: el Convenio núm. 45 de la OIT sobre prohibición del trabajo subterráneo de las mujeres.

La utilización comparativa de la debilidad física de la mujer frente al natural atributo masculino de fortaleza (pues esta cualidad se da en un mayor número de hombres que de mujeres) ha motivado ciertas regulaciones que, actualmente, calificables como discriminatorias, son insostenibles para algunos ordenamientos internos como el español¹. Es cierto que el trabajo de la minería es y ha sido, históricamente, expresión de uno de los trabajos más penosos, arduos y peligrosos que existen y, también, se ha venido atribuyendo socialmente al hombre fuerte y vigoroso. El minero y no la minera. No obstante, en el tiempo presente han de combatirse los prejuicios y estereotipos de género que han contribuido a crear una imagen de la mujer trabajadora incompatible con la minería² y que propiciaron normas nacionales e internacionales como el Convenio núm. 45 que, actualmente, choca con otras más avanzadas, de igual rango e incompatibles con esta visión discriminatoria de la mujer en el trabajo.

Particularmente, la experiencia española ha cuestionado dicha norma internacional a través de argumentos jurídico-técnico tan sólidos que hacen de ella un obstáculo a la igualdad entre los sexos y, por ende, una norma discriminatoria. Las interpretaciones vertidas por el Tribunal Constitucional español servirán de orientación al comentario que ha de hacerse al Convenio núm. 45 en sus más de ochenta años de historia y al cumplirse el centenario de la OIT. Así, vislumbraremos toda una serie de

¹ El art. 1.1 de la Constitución Española de 1978 dispone que la igualdad es un valor superior del ordenamiento jurídico, además de principio y derecho (arts. 14 y 35 CE).

² C. JIMÉNEZ ARAMAYO, P. ROJAS PIZARRO, R. TRONCOSO DEL RÍO, *Género, trabajo y subjetividad*, en *Persona y Sociedad*, Universidad Alberto Hurtado, 2015, n. 3, p. 71: “abriendo paso a la conformación de nuevas identidades y subjetividades laborales atravesadas por las relaciones de género”.

choques históricos entre el ordenamiento español y otras normas internacionales con este instrumento, que resultan del conflicto jurídico de las previsiones del mismo con las garantías insertas en su Norma Fundamental sobre igualdad y no discriminación. Así, lo pretendido en las siguientes líneas será plasmar todas las razones que llevaron a considerar necesaria la implantación de este tratado internacional y replantearnos lo siguiente: ¿pueden aceptarse este tipo de regulaciones a día de hoy?

De igual modo, tratar de poner en relación el convenio con las actuales tendencias jurídico-laborales para intentar vislumbrar la carencia de sus previsiones ante el tiempo presente. Finalmente, exponer toda una serie de argumentos que, desde la perspectiva española, hacen necesario recomponer todo el entramado jurídico que regula el trabajo de la mujer en la minería. Un camino que pasa, en primer término, por derogar, de entrada, la prohibición absoluta cuyo ámbito subjetivo se define, perversamente, por la pertenencia al sexo femenino, con independencia de otros factores.

2. El Convenio núm. 45 de la OIT, artículo a artículo

El Convenio núm. 45 de la OIT, relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas, se adopta en 1935 y establece la prohibición del trabajo subterráneo de las mujeres, conceptualizando el término *mina* para referirse a cualquier empresa, ya sea pública o privada, que se dedique a la extracción de cualesquiera sustancias situadas bajo la superficie de la tierra (artículo 1).

La prohibición se establece atendiendo simplemente a la pertenencia a un sexo o a otro, disponiendo que operará la prohibición de trabajar para todas aquellas personas que pertenezcan al sexo femenino sin distinción de edad (artículo 2). Aunque lo cierto es que la predisposición de la norma es prohibir los trabajos subterráneos manuales, ya que se permitirán otro tipo de trabajos aun siendo subterráneos; así, se expresa el Convenio núm. 45, al dejar en manos de los Estados la posibilidad de prever excepciones a la prohibición, tales como: el caso de mujeres directivas o aquellas que realicen servicios sociosanitarios (una previsión, por otra parte, bastante estereotipada), la realización de trabajos ocasionales no manuales por parte de trabajadores del sexo femenino y, además, cuando se trate de mujeres que realicen prácticas durante su formación en la mina (artículo 3).

Entonces, la *ratio legis* del instrumento radica en la penosidad característica del trabajo minero en relación a las mujeres, a las que se considerará como

ineptas para llevar a cabo su prestación de trabajo en el subsuelo debido a sus características fisiológicas. Sobre todo, si las mismas se ponen en relación con las del hombre. Es evidente, pues no hay norma positiva en todo el convenio que llame a la protección de las mujeres con razón de su estado de salud o la maternidad que justifiquen de forma razonada expulsar a las mujeres del trabajo subterráneo por situaciones riesgosas reales que incidan de forma más importante en los trabajadores del sexo femenino que en los del masculino³. La única razón de ser la norma estriba, por tanto, en ser hombre o mujer, ser fuerte o ser débil (según la consideración social), lo que hace del convenio una regulación paternalista y estereotipada.

El resto del convenio responde a cuestiones procedimentales y de forma. En torno a la ratificación y entrada en vigor (artículos 4 y 5), cabe señalar que el convenio entró en vigor una vez transcurrido doce meses desde la fecha en que, al menos, dos Estados Miembros manifestaron su ratificación al instrumento y la misma fue registrado por el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, para los restantes Estados parte entró en vigor transcurridos doce meses desde el registro de su ratificación. De igual modo, la ratificación originaria de los dos primeros Estados y el resto de Estados parte se notificaría a todos los Estados miembros de la OIT (artículo 6).

En ámbito de las denuncias al convenio (artículo 7), estas se harán llegar por aquellos Estados que, ratificando el convenio, lo hagan en un período de diez años posterior a la entrada en vigor originaria mediante acta dirigida al Director General. La denuncia no desplegará efectos hasta el transcurso de un año, posterior al registro de dicha acta. Si un Estado miembro no hiciere uso del derecho a denuncia en el plazo de un año tras el transcurso del período de diez señalado, quedará obligado por un nuevo período de diez años.

Por último, en relación al seguimiento del convenio, el mismo señala que tras el transcurso de cada período de diez años, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará una memoria a la Conferencia General sobre la aplicación del mismo y considerará la pertinencia o no de incluir en el orden del día la revisión total o parcial del mismo (artículo 8). En este sentido, si se optase por una revisión total o parcial del convenio por vía de otro convenio internacional de la OIT, se producirá la denuncia inmediata y de pleno

³ A. BLASCO MAYOR, *Daños derivados del trabajo*, en Actualidad Laboral, 2001, n. 1, p. 178: las mujeres gestantes y lactantes necesitan de una mayor protección que los demás trabajadores hombres y mujeres.

derecho del instrumento una vez entre en vigor el nuevo convenio (sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7). Una vez entrado en vigor el convenio que revise el Convenio núm. 45, este último no podrá continuar estando abierto a la ratificación de otros Estados miembros.

3. El conflicto del instrumento con los principios de igualdad y no discriminación a la luz de la experiencia española

En las últimas décadas se vino produciendo un conflicto entre el Convenio núm. 45 de la OIT, relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas, y el ordenamiento jurídico español. Ello generó todo un debate político, pero también, en términos jurídicos, se discutiría en torno a la igualdad entre mujeres y hombres en el empleo. Fue crucial entonces el papel del Tribunal Constitucional que, construyendo jurídicamente las repercusiones discriminatorias del instrumento, llegó a cuestionar su vigencia y compatibilidad con la Constitución Española de 1978 y con otros instrumentos internacionales posteriores al mismo⁴. El conflicto provocaría, tiempo después, la denuncia del Convenio por parte del Reino de España⁵.

Traer a colación la experiencia española y los conflictos con su legislación interna, así como con la mismísima Norma Fundamental y, en concreto, con el principio igualdad y no discriminación (art. 14 CE), evidencia el carácter discriminatorio de aquella regulación. España había ratificado el Convenio núm. 45 en 1958, en plena Dictadura franquista, con un marco de relaciones laborales desdibujado respecto al de hoy y que, ante una conflictividad importante, necesitaba acabar con las condiciones insalubres que venía aquejando el sector minero. Bien entrada la democracia, con la democratización de las relaciones laborales y la vigencia de los derechos fundamentales proclamados por la Constitución democrática en el contrato de trabajo⁶, se plantea la necesidad de dirimir si este tipo de regulaciones son o no discriminatorias para las mujeres y si las mismas están justificadas.

⁴ Véase Sentencia 229/1992 del Tribunal Constitucional español.

⁵ Por notificación de 14 de abril de 2008, España denunció el Convenio núm. 45 de la OIT. Años atrás, en 1991, había denunciado el art. 8.4 b) de la Carta Social Europea de 1961, que también prohibía el trabajo femenino en la minería.

⁶ En tanto derechos fundamentales inespecíficamente laborales, véase: M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos*, en AA.VV., *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2003, pp. 229-248.

En concreto, cuando una trabajadora se propone entrar a la mina, previamente participa en un proceso de selección convocado para cubrir novecientas plazas de ayudantes mineros y, habiendo superado el mismo, incluidas las pertinentes pruebas médicas, finalmente, se le deniega el acceso al empleo por su condición femenina. La empresa se ampara en la normativa internacional, tanto en el Convenio núm. 45 de la OIT como la Carta Social Europea de 1961, pero también en el Decreto de 26 de julio de 1957, sobre trabajos prohibidos a mujeres y niños. La cuestión es determinar si estas normas se contraponen a lo dispuesto por la Constitución: “todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo”, vid. art. 14 CE.

3.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional (español) 229/1992, de 14 de diciembre

El supuesto fáctico objeto de controversia, presentado *ut supra*, marca una importantísima tarea al Tribunal Constitucional en su resolución: dilucidar si estas disposiciones, mal llamadas protectoras, parten de una justificación que, desde los parámetros dilucidantes de la constitucionalidad, sea objetiva y razonable. Esto es, que articulen, en términos de justicia admisibles, un trato diferenciado entre mujeres y hombres. En suma, averiguar si existen razones que, aunque biológicas y naturales, constaten un mayor riesgo o peligro en aquellos trabajadores que pertenecen al sexo femenino, fuera de las vicisitudes propias de la maternidad o la lactancia.

Según el máximo intérprete de nuestra Carta Magna, las disposiciones internacionales y la norma interna (derogada por la Constitución Española de 1978 y el Estatuto de los Trabajadores) no responden a una finalidad protectora real y actual. Así pues, aunque estas suponen una conquista social histórica innegable y, en el contexto histórico, sacó a las mujeres de los trabajos más penosos y peligrosos, ha de ponerse en relación con la realidad social actual, teniendo presente la transformación de los trabajos propios de la minería debido al desarrollo tecnológico y a la implantación de un modelo democrático de relaciones laborales. Ello, junto a los avances científicos, coloca a estas prohibiciones genéricas, articuladas a modo de presunción *iuris et de iure* de la ineptitud de las mujeres o su debilidad general (presunción social), como normas carentes de sentido en el tiempo presente. La falta de justificación objetiva y razonable es obvia, pues no hay una constatación genérica de la especificidad de los riesgos laborales presentes en la minería en relación a las mujeres.

En este sentido, la Constitución establece un juicio de irracionalidad a la diferenciación, salvo que, excepcionalmente, se constaten circunstancias que hagan necesario un tratamiento legal diferenciado en materia de acceso y en el empleo, como sería los supuestos de la maternidad y la lactancia (F.J. 2º STC 229/1992). Está claro que dichas regulaciones no responden a favorecer al empleo de las mujeres en la minería sino a restringirlo so pretexto de un planteamiento que, de partida, es discriminatorio; el fundamento de la protección de la mujer *per se* no es suficiente, dado que responde a juridificar un estereotipo social más que a proteger a las trabajadoras en base a diferencias realmente existentes, a pesar de que las mismas fueran naturales o biológicas (F.J. 4º STC 229/1992).

En el concreto caso de autos, tal como se apuntó anteriormente, la trabajadora fue sometida a todos los chequeos médicos superando cuantas pruebas superaron los hombres. Si estas medidas fuesen destinadas a proteger a la mujer por razón de la maternidad, habría de justificarse de otro modo: no puede presumirse que la mujer no es apta para el trabajo minero por su condición femenina. Si un hombre débil físicamente se hubiese decidido, en su lugar, a ocupar el puesto de trabajo de ayudante minero, podrían haberse tomado dos soluciones cuanto menos irrazonables: negarle el acceso si no hubiere superado las pruebas físicas o aceptar su ingreso por su condición masculina. Realmente, el instrumento sólo prohíbe a las mujeres el empleo en la minería, por tanto, ¿sólo quedaría justificada la negativa en relación a las mujeres? Es lo que la norma internacional parece presuponer.

En definitiva, lo relevante es que no puede articularse una prohibición presuntuosa, carente de rigor y discriminatoria. Debería articularse en relación a ambos sexos, pues ni siquiera es válido el falso argumento de que el fin de la norma es la protección de la maternidad; si fuese así, ¿una mujer no tendría derecho por sí misma a decidir que prefiere la mina a tener descendencia y configurar su propia personalidad? Y, por tanto, ¿quedaría vulnerado su derecho a ser diferente? La articulación de la igualdad en el Estado Social de Derecho se concibe, no como un derecho a ser igual, sino que se construye en relación a la diferencia: el derecho a ser diferente de todos los individuos⁷. A ello responde, precisamente, la prohibición genérica de no discriminación y, en concreto, la no discriminación por razón de sexo (y/o género).

El trabajo de calidad o decente, al que se viene aludiendo en las últimas

⁷ J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional* (novena edición), Marcial Pons, Barcelona, 200, p. 309.

fechas, hace referencia también al trabajo en igualdad de género⁸; no debemos seguir cayendo en el error mismo error histórico: la infravaloración de la mujer en relación al tipo de trabajo que puede o debe hacer, según consideraciones sociales preestablecidas y legitimadas por regulaciones como el Convenio núm. 45 de la OIT. El Tribunal Constitucional español abrió la puerta a la integración cualitativa de la mujer en el empleo, a la vez que la cerró a estas disposiciones tan discriminatorias como carentes de sentido en la realidad presente, que optan por instaurar un mercado laboral segregado por sexos⁹.

3.2. Razones para apartarse del Convenio núm 45 de la OIT

Las razones que llevan al Estado español a la denuncia del Convenio núm. 45 de la OIT, en 2008, pueden agruparse, además de la luz aportada por la STC 229/1992, en las siguientes:

- El modo en que se articula la diferencia de trato *per se* llama a todas luces a calificar el artículo segundo del Convenio núm. 45 como discriminatorio. Ello se debe a que no responde a una justificación específica en aras de la salud de la mujer o la protección de la maternidad, de tal modo que es arbitrario no quedando justificada la diferencia de trato presente en su mismísimo tenor literal. Ello debe llevarnos a considerar, de partida, que el sexo y, más concretamente, el género, no pueden justificar por sí solos un trato diferenciado dado que se identifican como causas discriminatorias¹⁰, por parte de la propia Constitución en su artículo 14.
- La ratificación por parte de España de la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, hace incompatible el Convenio núm. 45 con la misma y, con la propia Constitución. En este sentido, la clavé está en el art. 10.2 de la Constitución Española, que llama a interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con aquellos textos internacionales ratificados por el Estado. ¿Cuál de ambos debiera prevalecer?

⁸ J.E. LÓPEZ AHUMADA, *Principios jurídicos y promoción de la igualdad de género como garantía de trabajo decente: problemas y experiencias en el seno de la OIT*, en *Relaciones Laborales, revista crítica de teoría y práctica*, 2012, n. 15-18, p. 196.

⁹ M.A. BALLESTER PASTOR, *Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femenino*, en AA.VV., *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 96.

¹⁰ A. APARISI MIRALLES, *Notas sobre el concepto de discriminación*, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1995, n. 5, p. 195.

Ciertamente, la interpretación a que abre paso el art. 10.2 de la Constitución, no puede hacerse de una forma “tan restrictiva que límite la referencia constitucional a los pactos o tratados sobre derechos civiles y políticos”¹¹. Es decir, el art. 10.2 constituye una regla hermenéutica que impide otorgar validez a normativas internacionales discriminatorias, dicho de otro modo, la igualdad de trato proclamada por el art. 14 no puede ser desplazada o quedar sin eficacia. Además, la norma no aporta un interés jurídico que deba prevalecer ante el sacrificio del principio de no discriminación entre los sexos. Entonces, debe prevalecer el sistema constitucional, al cual habrán de compatibilizarse los convenios internacionales, a resultas de no dejar sin efecto las garantías fundamentales de la igualdad proclamadas por la Norma Fundamental.

4. Conclusiones finales: hacia una nueva regulación internacional del trabajo subterráneo (no sólo para mujeres)

Ha de hacerse una reflexión profunda por parte de los Estados y de la OIT al respecto de la regulación del trabajo nocturno a escala mundial. La consecución de un trabajo decente y, por tanto, plenamente digno, pasa por la reconsiderar la vigencia de ciertos instrumentos internacionales que, gracias al aporte de los avances científicos y técnicos, han quedado más que obsoletos. Entre ellos, este Convenio núm. 45.

¿Debería desaparecer? La respuesta debe ser, sin lugar a dudas, afirmativa, ya no sólo por el tratamiento discriminatorio que hace de las mujeres trabajadoras, sino que, aún hoy, su vigencia opera del siguiente modo: vulnera la libertad de profesión u oficio, como expresión del libre desarrollo de la personalidad inherente a la condición humana.

Negar el trabajo de la mina a las mujeres supone, desde una visión dogmática, negarles su derecho a desarrollarse como personas humanas. Sin igualdad en el trabajo, no hay justicia social. No nos apoyamos más que en los postulados de la Declaración de Filadelfia de 1944. Por todo lo que aquí se ha expuesto, la manera en que habría de tutelarse a la mujer en relación a empleos donde la prestación de trabajo presenta una especial peligrosidad, es la siguiente: no cabe formular prohibiciones con carácter general ni con vigencia universal.

Es cierto que el Convenio núm. 45, a día de hoy, en muchos lugares del

¹¹ C.L. ALFONSO MELLADO, *La aplicación en el ámbito interno de los tratados internacionales en materia social*, en *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2015, n. 12, p. 24.

planeta, supone la única protección disponible para muchas mujeres frente a los peligros derivados del trabajo subterráneo. Pero, ¿no es tan cierto como paradójico? ¿Realmente protege? ¿Puede ser tratado como una verdadera norma internacional en materia de seguridad y salud en el trabajo? Ya se ha dado respuesta a estas interrogantes y es negativa. Entonces, lo procedente será la enmienda del Convenio núm. 45 para que, igual que ha sucedido históricamente con la cuestión del trabajo nocturno, la OIT acabe, de una vez por todas, con cualquier atisbo normativo que resulte discriminatorio de acuerdo con las exigencias de la igualdad de género, requisito indispensable de un trabajo digno del hoy y del mañana.

5. Bibliografía

AA.VV., *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Aranzadi, Navarra, 2011

ALFONSO MELLADO C.L., *La aplicación en el ámbito interno de los tratados internacionales en materia social*, en *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2015, n. 12, pp. 13-33

APARISI MIRALLES A., *Notas sobre el concepto de discriminación*, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1995, n. 5, pp. 185-200

BALLESTER PASTOR M.A., *Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femenino*, en AA.VV., *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Aranzadi, Navarra, 2011

BARREIRO GONZÁLEZ G., FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J., *Reordenación del sector minero (Perspectiva económica y laboral)*, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1993, n. 1, pp. 1009-1030

BLASCO MAYOR A., *Daños derivados del trabajo*, en *Actualidad Laboral*, 2001, n. 1, pp. 17-193

CASTRO ARGÜELLES M.A., *Normas internacionales y norma constitucional: A propósito del trabajo de la mujer en las minas*, en *Revista española de derecho del trabajo*, 1994, n. 63, pp. 157-178

JIMÉNEZ ARAMAYO C., ROJAS PIZARRO P., TRONCOSO DEL RÍO R., *Género, trabajo y subjetividad*, en *Persona y Sociedad*, Universidad Alberto Hurtado, 2015, n. 3, pp. 65-95

LÓPEZ AHUMADA J.E., *Principios jurídicos y promoción de la igualdad de género como garantía de trabajo decente: problemas y experiencias en el seno de la OIT*, en *Relaciones Laborales, revista crítica de teoría y práctica*, 2012, n. 15-18, pp. 195-233

LOUSADA AROCHENA J.F., *El derecho fundamental a la igualdad de género. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación al Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

MÉJICA GARCÍA J.M., *Reflexiones sobre el principio de no discriminación por razón de sexo: el derecho de la mujer al trabajo en el interior de las minas*, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1986, n. 2, pp. 1198-1200

MARTÍN MARTÍN G., *Igualdad en las relaciones jurídicas*, en AA.VV., *Estudios interdisciplinares sobre igualdad*, Iustel, Madrid, 2009

PALOMEQUE LÓPEZ M.C., *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos*, en AA.VV., *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo e inmigración, Madrid, 2003, pp. 229-248

PÉREZ ROYO J., *Curso de Derecho Constitucional (novenas edición)*, Marcial Pons, Barcelona, 2003

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre las cuarenta horas 1935 (núm. 47)

Ana Isabel PÉREZ CAMPOS*

RESUMEN: El tiempo de trabajo, la organización de las horas de trabajo y los períodos de descanso son aspectos fundamentales de las relaciones laborales; específicamente, la duración del trabajo ha sido siempre un objetivo primordial y un tema de capital importancia para la actividad normativa de la OIT. Actualmente, las normas de la OIT sobre el tiempo de trabajo constituyen un amplio marco de regulación de la jornada de trabajo, entre las que destaca el Convenio OIT n. 47 relativo a la reducción de las horas de trabajo a cuarenta semanales, objeto de este estudio.

Palabras clave: Tiempo de trabajo, Convenios, trabajador, OIT, cuarenta horas de trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Convenio sobre las cuarenta horas de trabajo. 2.1. Contenido. 2.2. Ratificación y denuncia. 3. La recepción del Convenio de la OIT. 4. El tiempo de trabajo en el Siglo XXI: tiempo de trabajo decente. 4.1. Tiempo de trabajo y productividad. 4.2. Flexibilidad y control sobre el tiempo de trabajo: ¿son compatibles? 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid.

Forty-Hour Week Convention 1935 (No. 47)

ABSTRACT: Working time, the organization of working hours and rest periods are fundamental aspects of labor relations; specifically, the duration of work has always been a primary objective and a topic of capital importance for the normative activity of the ILO. Currently, ILO standards on working time constitute a broad framework for regulating working hours, among which Convention No. 47 of the ILO concerning the reduction of working hours to forty per week subject of this study.

Key Words: Working time, Conventions, ILO, forty-hour of work.

1. Introducción

Una de las preocupaciones más antiguas de la legislación del trabajo ha sido la regulación del tiempo de trabajo.

La organización y distribución de las horas de trabajo y los períodos de descanso son aspectos fundamentales de las relaciones laborales. Específicamente, la duración del trabajo ha sido siempre un objetivo primordial y un tema de capital importancia para la actividad normativa de la OIT. Prueba de ello, es que el Convenio OIT n. 1, adoptado en 1919, limitaba las horas de trabajo y disponía los períodos adecuados de descanso para los trabajadores, porque trabajar demasiadas horas, constituía un peligro para la salud de los trabajadores y sus familias.

Actualmente, las normas de la OIT sobre el tiempo de trabajo componen un amplio marco de regulación de las horas de trabajo, de los períodos de descanso diarios y semanales, y de las vacaciones anuales. Estos instrumentos tienen como objetivo prioritario, garantizar una elevada productividad y la protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

Las horas de trabajo ocupan un lugar destacado en los debates públicos y de expertos sobre el impacto de la globalización en las condiciones laborales y la vida de los trabajadores en los países en desarrollo mantienen vivo el debate sobre la limitación y ordenación del tiempo de trabajo. Precisamente, como respuesta a la necesidad empresarial de establecer un módulo temporal superior al diario para el cómputo de la jornada, surge la jornada semanal.

El tiempo de trabajo es un elemento que sirve de equilibrio entre los sujetos del contrato de trabajo, en la medida en que para el empresario resulta fundamental, en aras a la productividad, que el trabajo se continúe durante un mínimo de horas al día, a la semana, al mes o al año; por su parte, para el trabajador es básico el establecimiento de un límite máximo de jornada, en garantía de su salud y seguridad y como medida que garantice los derechos de conciliación de la vida familiar o personal con el trabajo.

A partir de estas premisas cabría formular una serie de cuestiones, tales como ¿Cuáles serían sus horas de trabajo ideales? ¿Qué horarios de inicio o finalización serían los óptimos? ¿Cuánto tiempo es necesario trabajar para poder conciliar? La necesidad de encontrar respuestas a este tipo de preguntas, a través del análisis del Convenio OIT n. 47, constituye el objetivo principal de este estudio.

2. El Convenio sobre las cuarenta horas de trabajo

Desde su creación en 1919, la Organización Internacional del Trabajo ha dado máxima prioridad a la elaboración y adopción de normas internacionales sobre las horas de trabajo. Entre 1919 y 2004 se han adoptado diversos convenios¹ y recomendaciones² en materia de tiempo de trabajo.

La reducción de las horas de trabajo ha constituido uno de los objetivos originales de la legislación laboral. La técnica principal para lograr este objetivo, la exigencia de límites en las horas que se pueden trabajar en cada día o semana, se reflejó por primera vez en las leyes promulgadas en los países europeos a mediados del siglo XIX para reducir las horas de trabajo de los niños.

Limitar la duración de la semana de trabajo es también una cuestión que se planteó al fundarse la OIT y al adoptarse la primera norma internacional del trabajo, el Convenio n.º 1 de 1919, que especificó la aplicación general de un límite de 48 horas a horarios de trabajo semanales. Posteriormente, la limitación de la jornada semanal de trabajo a

¹ Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (n.º 1); Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (n.º 30); Convenio sobre las horas de trabajo (minas de carbón), 1931 (n.º 31); Convenio sobre las fábricas de vidrio, 1934 (n.º 43); Convenio (revisado) sobre las horas de trabajo (minas de carbón), 1935 (n.º 46); Convenio sobre las cuarenta horas, 1935 (n.º 47); Convenio sobre la reducción de las horas de trabajo (fábricas de botellas), 1935 (n.º 49); Convenio sobre la reducción de las horas de trabajo (obras públicas), 1936 (n.º 51); Convenio sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación, 1936 (n.º 57); Convenio sobre la reducción de las horas de trabajo (industria textil), 1937 (n.º 61); Convenio sobre las horas de trabajo y el descanso (transporte por carretera), 1939 (n.º 67); Convenio sobre los salarios, las horas de trabajo a bordo y la dotación, 1946 (n.º 76); Convenio sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación (revisado), 1949 (n.º 93); Convenio sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación (revisado), 1958 (n.º 109); Convenio sobre duración del trabajo y períodos de descanso (transportes por carretera), 1979 (n.º 153), y Convenio sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques, 1996 (n.º 180).

² Recomendación sobre las horas de trabajo (pesca), 1920 (n.º 7); Recomendación sobre las horas de trabajo (navegación interior), 1920 (n.º 8); Recomendación sobre las horas de trabajo (hoteles, etc.), 1930 (n.º 37); Recomendación sobre las horas de trabajo (teatros, etc.), 1930 (n.º 38); Recomendación sobre las horas de trabajo (hospitales, etc.), 1930 (n.º 39); Recomendación sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación, 1936 (n.º 49); Recomendación sobre los métodos para reglamentar las horas de trabajo (transporte por carretera), 1939 (n.º 65); Recomendación sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación, 1958 (n.º 109); Recomendación sobre la reducción de la duración del trabajo, 1962 (n.º 116); Recomendación sobre duración del trabajo y períodos de descanso (transportes por carretera), 1979 (n.º 161), y Recomendación sobre los salarios, las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques, 1996 (n.º 187).

48 horas se extendió al sector de servicios, en virtud del Convenio n. 30 de 1930. El hecho de que la adopción de la jornada de ocho horas como norma internacional figurase entre las prioridades de la OIT responde a una de las principales demandas formuladas por las organizaciones de trabajadores antes de la Primera Guerra Mundial³.

No obstante lo anterior, trabajar regularmente más de 48 horas semanales pareció ir en detrimento de la seguridad, el bienestar y la salud de la mayoría de los trabajadores y, además, parecía reducir las posibilidades de conciliación del trabajo y la vida familiar. Así pues, el límite de 48 horas no siguió siendo el único estándar que se adoptó a nivel nacional o internacional. Para la década de 1920, varias industrias en Europa y Estados Unidos introdujeron la semana de trabajo de 40 horas. Y durante la depresión de la década siguiente, cuando las reducciones de horas se identificaron por primera vez como potenciales para promover el empleo, se materializó en un nuevo instrumento internacional, el Convenio n. 47, que estableció una nueva limitación de la jornada máxima semanal, fijándola en 40 horas. La adopción de este instrumento normativo venía propiciado, entre otras motivaciones, por el aumento del desempleo como consecuencia de la crisis económica de 1929 y por la necesidad de reducir las horas de trabajo hacia este estándar.

Así pues, aun cuando la protección social de los trabajadores era el objetivo principal de los Convenios n. 1 y n. 30, la crisis económica de la década de 1929 dio lugar a que la reducción de las horas de trabajo se considerase también como un instrumento para combatir el desempleo. Surge así el denominado trabajo compartido como medida de reparto y fomento del empleo⁴.

Los ajustes del tiempo de trabajo constituyen una importante estrategia para limitar o evitar la pérdida de empleos y ayudar a las empresas a conservar su fuerza de trabajo, en momentos de recesión económica. Un aspecto principal en la adopción de este estándar que, en la actualidad, sigue siendo una razón fundamental de las políticas destinadas a mantener el tiempo de trabajo dentro de este límite.

En definitiva, a mediados del siglo XX había dos estándares principales disponibles para limitar las horas de trabajo semanales, el límite de 48 horas de los primeros instrumentos internacionales y el objetivo más

³ OIT, [Horas de trabajo ¿De lo fijo a lo flexible? Informe III \(Parte 1B\). Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo \(industria\), 1919 \(núm. 1\) y al Convenio sobre las horas de trabajo \(comercio y oficinas\), 1930 \(núm. 30\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 93^a Reunión, 2005.

⁴ OIT, [El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo](#), 2011, p. 64.

reciente de la semana de 40 horas con objetivos prioritarios basados tanto en la protección de la seguridad y salud como el empleo de los trabajadores.

Más específicamente, entre los motivos para la adopción del convenio objeto de estudio, cabe destacar, según se establece en los considerandos de la propia norma, los siguientes. En primer lugar, el incremento del desempleo y, por ende, su incidencia en el estado de bienestar de los trabajadores; en segundo lugar, la conveniencia de aplicar el progreso técnico al trabajo, y, en tercer y último lugar, la necesidad de reducir la duración de la jornada de trabajo con independencia del tipo de trabajo realizado.

2.1. Contenido

El Convenio sobre las cuarenta horas de trabajo semanal y el tiempo transcurrido hasta su entrada en vigor – 22 años después de su adopción – refleja la realidad del momento en que fue adoptado. Un momento convulso en el que el mundo estaba devastado por la crisis económica y la guerra. El Convenio n.º 47 nació en una situación de desempleo generalizado después de la Gran Depresión de 1929, en la cual millones de trabajadores, «sin ser responsables de su situación», estaban en la miseria y sufrían privaciones de las que «legítimamente tenían derecho a ser aliviados»⁵. De ahí, la necesidad de repartir el poco trabajo existente, implantando una limitación de la jornada de trabajo semanal de 40 horas, siempre como indica textualmente el convenio que tal reducción del tiempo de trabajo no implicase una disminución del nivel de vida de los trabajadores.

En este sentido, como señala autorizada doctrina, lo cierto es que las normas constituyen expresión inmejorable de las concepciones (políticas, económicas, ideológicas, religiosas, etc.) dominantes en cada momento y que tampoco pueden marginarse⁶.

No obstante lo anterior, el límite de 40 horas de trabajo a la semana no se ha considerado únicamente como un empleo estimulante, sino que contribuye a una gama más amplia de objetivos, que incluyen, en los últimos años, avanzar hacia el equilibrio entre el trabajo y la vida familiar o personal. Se ha convertido gradualmente en la visión de horas de trabajo

⁵ Véase un comentario sobre los mismos en L. MELLA MÉNDEZ, *El impacto de los convenios de la OIT sobre retribución, tiempo de trabajo, seguridad y salud y terminación del contrato en el derecho español: puntos críticos*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n.º 434, p. 70.

⁶ A.V. SEMPERE NAVARRO, *Sobre la OIT y su acción normativa*, en *Aranzadi Social*, 2002, n.º 5.

aceptables en muchas jurisdicciones y, a nivel internacional, se reforzó en el contexto económico sustancialmente diferente de principios de la década de 1960, cuando la Recomendación n. 116 de 1962 sobre la reducción de las horas de trabajo estableció que la fijación de la jornada de trabajo semanal en cuarenta horas es un «estándar social que debe alcanzarse por etapas si es necesario»⁷, tal y como se estableció en el Convenio n. 47.

La citada Recomendación n. 116 fue elaborada para complementar los instrumentos internacionales existentes y facilitar su aplicación, indicando las medidas prácticas para proceder a una reducción progresiva de la duración del trabajo, habida cuenta de la variedad de condiciones económicas y sociales que prevalezcan en los diferentes países, como la pluralidad de las prácticas nacionales para reglamentar la duración y las demás condiciones de trabajo; indicando de una manera general los métodos según los cuales dichas medidas prácticas podrán ser aplicadas.

En lo que refiere al alcance de convenio sobre las cuarenta horas, el legislador dispone que todo Miembro de la Organización Internacional del trabajo que ratifique el presente Convenio se declara a favor del principio de la semana de cuarenta horas, aplicado en forma tal que no implique una disminución del nivel de vida de los trabajadores; de la adopción o del fomento de las medidas que se consideren apropiadas para lograr esta finalidad, y se obliga a aplicar este principio a las diversas clases de empleos, de conformidad con las disposiciones de detalle que prescriban otros convenios ratificados por los países miembros.

El convenio es un instrumento promocional que no establece reglas detalladas sino «una norma social que ha de alcanzarse, por etapas si es necesario [...] habida cuenta de la variedad de condiciones económicas y sociales que prevalecen en los diferentes países, así como de la variedad de las prácticas nacionales para reglamentar la duración y las demás condiciones de trabajo»⁸.

Dos aspectos pueden resaltarse: el primero rígido referido al tiempo máximo de jornada; combinado con un segundo aspecto flexible, en la medida en que contempla la posibilidad de establecer ajustes en su implantación. Siendo consciente de las diferencias de trabajo no entra a especificar el computo de lo que se considera tiempo de trabajo diario efectivo, ni como han de computarse, así como la distribución de la jornada diaria de trabajo.

La fijación de límites al tiempo de trabajo semanal es una de las medidas

⁷ *Preámbulo* de la Recomendación n. 116.

⁸ *Idem*.

más evidentes que pueden tomarse para reducir los efectos adversos de una cantidad excesiva de horas de trabajo.

Los horarios semanales prolongados son, por otra parte, menos productivos que los cortos y pueden acarrear riesgos adicionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como costos considerables para las empresas. A la vista de todas estas pruebas, la reducción de los horarios de trabajo semanales excesivamente largos sigue revistiendo gran importancia. Y es que los límites de horas semanales son el método principal de la ley de tiempo de trabajo para evitar largas horas regulares o regulares⁹.

Las normas y la legislación internacionales en la gran mayoría de los países comparten una estructura similar, ya que especifican un límite en la cantidad de horas que se pueden trabajar antes de que se realicen los pagos de horas extras, más límites adicionales en las horas extras. Su similitud permite comparar la mayoría de los elementos principales de la legislación sobre el tiempo de trabajo en todo el mundo, incluidos los límites de horas semanales.

El legislador español no establece expresamente cuántas horas hay que trabajar al día, sino que atiende al respeto descanso diario o al principio de anualidad en función de las necesidades de producción de la empresa (el bien a proteger junto a los derechos de los trabajadores), pero siempre que no se superen los límites establecidos por la ley, que, desde luego, en muchos aspectos hay que poner el día para tener en cuenta la nueva realidad tecnológica, que, precisamente, favorece el control telemático y no necesariamente presencial.

2.2. Ratificación y denuncia

Otras de las cuestiones de interés en el análisis del convenio objeto de estudio es la relativa a los aspectos formales relacionados con la ratificación y sus efectos, así como la posible denuncia del convenio.

En lo que refiere a la necesaria ratificación del convenio, como es sabido, la aplicación de éste, única y exclusivamente, surte efectos una vez haya sido ratificado por los Estados miembros de la OIT. En este sentido, se matiza que una vez, ratificado la entrada en vigor del mismo tiene una especie de “*vacatio legis*” por medio de la cual, el convenio ratificado no entrará en vigor hasta que hayan transcurrido 12 meses desde el registro

⁹ OIT, *El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo*, cit., p. 64.

de su ratificación (art. 3).

A pesar de que la limitación del tiempo de trabajo se ha considerado una cuestión relevante, su entrada en vigor y la tasa de ratificación podrían calificarse de decepcionante, tanto por el largo tiempo de espera transcurrido hasta su entrada en vigor, como por el número de ratificaciones realizadas por los países miembros de la OIT.

En efecto, la entrada en vigor de la norma se demoró 22 años, desde la adopción del convenio en junio de 1935 hasta su entrada en vigor en junio de 1957.

En lo que refiere a la ratificación, los resultados son, si cabe, más decepcionantes. Tan sólo lo han ratificado 15 países¹⁰, entre los que no se encuentra España. De los países que lo han ratificado cabe destacar la amplia horquilla temporal de ratificación que se produjo con el primer país que lo ratificó, Nueva Zelanda en 1938, y el último, República de Corea en 2011. Las peculiaridades de cada país en relación con aspectos económicos, políticos y legislativos han podido ser los causantes del dilatado proceso de ratificación de este convenio.

Las dificultades de ratificación de los convenios, en la mayoría de los casos, obedecen, por una parte, a su contenido general y al hecho de que se perciben como demasiado rígidos y excesivamente prescriptivos y a la percepción que tengan los Estados miembros y, por otra, a las dificultades políticas, económicas y sociales internas de los respectivos países¹¹. Por esta razón, en vista de la tendencia actual a la flexibilización de la reglamentación del tiempo de trabajo en todo el mundo, pareció improbable cualquier aumento importante del número de ratificaciones del convenio en el futuro inmediato. Resultan evidentes las dificultades de aplicación de esta medida y las diferentes regulaciones existentes a nivel mundial en la determinación de una jornada máxima semanal.

Pudiera resultar sorprendente que España no haya ratificado el convenio, en la medida en que nuestra normativa interna sí que ha contempla una jornada máxima legal dentro de los parámetros fijados por el convenio. Los motivos para no ratificar el Convenio son de diverso alcance. En primer lugar, destacan razones de tipo histórico, político y económico; en segundo lugar, la ratificación de otros dos convenios de la OIT de especial

¹⁰ Australia (1970), Azerbaiyán (1992), Belarús (1956), República de Corea (2011), Finlandia (1989), Kirguistán (1992), Lituania (1994), República de Moldova (1997), Noruega (1979), Nueva Zelanda (1938), Federación de Rusia (1956), Suecia (1982), Tayikistán (1993), Ucrania (1956) y Uzbekistán (1992).

¹¹ OIT, *Horas de trabajo ¿De lo fijo a lo flexible? Informe III (Parte 1B). Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1) y al Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30)*, cit., p. 110.

interés en materia de tiempo de trabajo, como son el Convenio n. 1, sobre las horas de trabajo en la industria, por el que se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales a 8 diarias y 48 semanales, y el Convenio n. 30, sobre las horas de trabajo en el comercio y oficinas¹².

Si bien es cierto que el “éxito” de un convenio de la OIT no puede apreciarse exclusivamente en atención al número de ratificaciones de que ha sido objeto, también lo es que una norma internacional no puede lograr realmente sus objetivos si no es objeto de reconocimiento, aceptación y aplicación general.

Cabría pues preguntarse qué debiera hacer la OIT con respecto a la reglamentación del tiempo de trabajo en general, y del Convenio analizado sobre la limitación de la jornada máxima semanal a cuarenta horas, en particular.

Por otra parte, considerando que establecer normas mínimas relativas a la duración del trabajo sigue siendo una cuestión importante y pertinente, hay que precisar que, a pesar de la escasa ratificación del convenio, la mayoría de los países industrializados en la última década los límites de la duración de la jornada semanal se sitúan en las cuarenta horas confirma que el límite de 40 horas es ahora el estándar dominante¹³. Las excepciones y exclusiones en las leyes nacionales que permiten desviaciones sustanciales de los límites de horas son esporádicas, y se debe mantener el principio de universalidad en la protección de los trabajadores.

En este sentido, quizá no tendría sentido plantearse una reforma del convenio, en aras a lograr una mayor aceptación del mismo, que ofreciese mayor flexibilidad demandada por el impacto de las innovaciones tecnológicas en la forma y organización del trabajo, y que ajustase más la productividad y competitividad a nivel internacional y el derecho de los trabajadores al descanso y a la conciliación. Ahora bien, en la limitación de las horas de trabajo se debiera prestar gran atención a las necesidades y circunstancias de los países individuales, como su nivel de desarrollo económico, relaciones laborales, sistemas legales, y tradiciones culturales y sociales.

Quizá una posible modificación legislativa podría ser la de elaborar una definición clara del tiempo de trabajo semanal dotado de la flexibilidad suficiente para permitir que los países puedan adaptar la jornada de trabajo a las condiciones económicas y de mercado de trabajo de su país.

¹² Véase un comentario sobre los mismos en L. MELLA MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 69.

¹³ S. LEE, D. MCCANN, J.C. MESSENGER, *Working Time Around the World. Trends in working hours, laws and policies in a global comparative perspective*, Routledge, ILO, 2007.

Delimitación nada sencilla y, además, habría que precisar que parece poco probable que los límites legales por sí solos fuesen suficientes para lograr este objetivo; siendo necesaria la participación de otros órganos o instituciones, como la inspección de trabajo, en aras a la vigilancia y control del cumplimiento de la normativa legal¹⁴.

Toda reglamentación internacional de las horas de trabajo debe proteger las necesidades y los intereses legítimos de los trabajadores en materia de seguridad y salud, y valores los ámbitos familiar y personal. Establecer una protección efectiva de los trabajadores con este doble objetivo resulta una tarea muy complicada por la diversidad de particularidades y especialidades de tipo económico, social, político, etc. que se mantienen en los Estados miembros de la OIT.

3. La recepción del Convenio de la OIT

Han transcurrido 70 años desde que se adoptó el Convenio OIT n. 47 que fijaba la jornada de trabajo semanal en 40 horas, como la norma a la que los países deberían aspirar. El análisis de este convenio constituye una oportunidad para hacer balance y analizar la incidencia de esta norma en los países miembros de este organismo internacional.

Actualmente, en la mayoría de los países, la duración del tiempo de trabajo sigue regulándose en todos sus aspectos por la legislación nacional. En otros términos, a nivel internacional, la reglamentación de la duración del trabajo sigue siendo un conjunto desigual de instrumentos internacionales diversos.

Si bien es cierto que la OIT ha seguido recomendando hasta ahora que los gobiernos prosigan con políticas y medidas destinadas exclusivamente a reducir la duración de las horas de trabajo, no todos los países han seguido esta recomendación. Como se ha señalado, resulta significativo el escaso número de países que han ratificado el convenio analizado. Mientras que un número de países que ha preparado y proseguido con firmeza tales políticas y medidas, otros no se propone su reducción, sino cambiar su ordenación o incluso su ampliación¹⁵.

Entre las razones o motivos de esta situación podrían destacarse dos: el temor a la reducción de la productividad y competitividad, la situación histórica y política. El temor a la competencia internacional, la

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ OIT, [Horas de trabajo ¿De lo fijo a lo flexible? Informe III \(Parte 1B\). Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo \(industria\), 1919 \(núm. 1\) y al Convenio sobre las horas de trabajo \(comercio y oficinas\), 1930 \(núm. 30\)](#), cit., p. 78.

preocupación generalizada de que la adopción de la jornada de ocho horas diarias pudiera dificultar la producción intensiva necesaria y para reconstituir los activos destrozados por la guerra y los problemas económicos de la posguerra en general impidieron a muchos países ratificar el Convenio¹⁶.

La eficacia reguladora de los Convenios de la OIT, precisamente, tiene mucho que ver con el sistema que cada Estado haya diseñado en orden a su incorporación al sistema de fuentes nacional. Los Convenios de la OIT, igual que el resto de Tratados sometidos a ratificación se incorporan al sistema de fuentes nacional una vez publicados en el BOE. Esta incorporación directa, además, les sitúa en un lugar preeminente aunque no exento del control de constitucionalidad¹⁷.

A pesar de que España es uno de los países miembros que no lo ha ratificado, no hay duda que le ha servido de fuente inspiradora¹⁸, toda vez que la jornada máxima semanal en España está fijada en cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual (art. 34.1 ET).

En España los Tratados Internacionales tienen una eficacia directa, de tal forma que una vez ratificados y publicados pasan a conformar el ordenamiento interno, conforme al artículo 96.1 CE, sin que se precisa una Ley de transposición (en relación al artículo 5.1 CC). A su vez, en lo que refiere a la pirámide jerárquica de fuentes, este mismo precepto constitucional citado señala que «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» (art. 96.1 CE).

Si bien es cierto que originariamente el derecho del trabajo español se construye con una clara inspiración internacional, con el tiempo, esta situación se relaja, de forma que como se ha señalado 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»¹⁹. Esto es lo que ha ocurrido en materia de tiempo de trabajo y, en concreto, en relación con

¹⁶ OIT, [El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo](#), cit., p. 64.

¹⁷ Sobre la ratificación de los convenios de la OIT, véase; A. ARIAS DOMÍNGUEZ, *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, Laborum, 2003.

¹⁸ L. MELLA MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 70.

¹⁹ M.Á. FALGUERA BARÓ, [La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral](#), en *Lex Social*, 2016, n. 1, p. 36.

el convenio objeto de análisis.

En términos general, durante los últimos 50 años ha habido una tendencia mundial a adoptar el límite legal de 40 horas para la semana laboral, a pesar que es evidente la existencia de importantes diferencias regionales y un progreso desigual en la reducción de las horas²⁰.

Aunque difieren en los detalles, la mayoría de las políticas y medidas nacionales destinadas a reducir la duración del trabajo parecen tener una aplicación práctica débil principalmente, por las divergencias en aspectos jurídicos, económicos y sociales entre países industrializados y en vías de desarrollo, en términos de trabajo. A pesar de ello tienen unos objetivos comunes tales como que la reducción de las horas de trabajo no se considera el objetivo general sino más bien una herramienta para lograr dos metas importantes: la creación de puestos de trabajo adicionales y la consecución de un equilibrio entre la vida laboral y la vida privada de los empleados²¹.

Por otra parte, en la aplicación práctica de los convenios se debe considerar el hecho de que se sabe poco acerca de las brechas de aplicación en los países en desarrollo y cómo están relacionadas con el desempeño económico y del mercado laboral. Además, el panorama general del tiempo de trabajo puede ser bastante complicado a medida que pasamos a trabajadores individuales que trabajan en diferentes condiciones. Por ejemplo, a menudo se informa en los países industrializados que las largas jornadas laborales son un fenómeno masculino, mientras que las cortas son femeninas. Esta variación relacionada con el género puede complicarse aún más en países con empleo informal. Por su parte, aunque el equilibrio entre el trabajo y la familia no aparece como un gran problema social en los países en desarrollo, esto no significa que las dificultades de los trabajadores con responsabilidades familiares sean menores²².

4. El tiempo de trabajo en el Siglo XXI: tiempo de trabajo decente

Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han revolucionado la ordenación del tiempo de trabajo y la vida en el siglo XXI. La tecnología y su uso forman parte de un proceso sociocultural

²⁰ S. LEE, D. McCANN, J.C. MESSENGER, *op. cit.*

²¹ OIT, *Horas de trabajo ¿De lo fijo a lo flexible? Informe III (Parte 1B). Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1) y al Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30)*, cit., p. 116.

²² S. LEE, D. McCANN, J.C. MESSENGER, *op. cit.*

dinámico que participa de los principios y valores imperantes en las sociedades donde aquélla se desarrolla²³.

El potencial de cambios en la duración de las horas de trabajo y la diversificación en la organización del tiempo de trabajo es mayor entre los trabajadores de las TIC, ya que ayudan a las personas a organizar el trabajo de manera más flexible, permitiendo que se realice en cualquier momento y en cualquier lugar. Estos trabajadores no están obligados a prestar sus servicios en las instalaciones del empleador como lugar de trabajo fijo, sino que pueden realizar las tareas relacionadas con el trabajo en cualquier lugar y en cualquier momento, lo que conlleva mayor flexibilidad en la realización de su prestación de servicios y, en principio, mayores posibilidades de conciliación. Ahora bien, también comporta aspectos más perjudiciales para su seguridad y salud tales como el establecimiento de horarios de trabajo más largos y más flexibles²⁴, un incremento considerable de las horas de trabajo nocturno en fin de semana y, en definitiva, una mayor disponibilidad.

Todos estos hallazgos sugieren que los efectos del trabajo en la era digital en el equilibrio trabajo-vida son altamente ambiguos y quizás, incluso, contradictorios. Por un lado, los trabajadores tecnológicos tienen un trabajo flexible, más tiempo para sus familias y, en definitiva, un mejor equilibrio entre el trabajo y la vida personal; pero, por otro lado, este tipo de prestación de servicios también conlleva un aumento en las horas de trabajo, una confusión de los límites entre el trabajo y descanso y mayores dificultades de separación entre vida familiar y laboral, con el consiguiente efecto nocivo para su salud y seguridad.

En definitiva, el tiempo de trabajo también es un factor fundamental para las empresas en la actualidad. Las horas de trabajo y la forma en que éstas se distribuyen son factores importantes para determinar la productividad, la rentabilidad y la sostenibilidad de la empresa²⁵.

4.1. Tiempo de trabajo y productividad

En los últimos años, hemos sido testigos de la profunda transformación

²³ F. TRILLO PÁRRAGA, *Economía digitalizada y relaciones de trabajo*, en *Revista de Derecho Social*, 2016, n. 76.

²⁴ Véase AA.Vv., *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Eurofound, ILO, 2017.

²⁵ OIT, *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo. Informe III (Parte B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018, p. 2.

de la sociedad producida al compás de singulares avances tecnológicos, donde la información y la comunicación ordenan nuestra forma de relacionarnos, de pensar y hasta de vivir. Las relaciones laborales no han sido ajena a dicha transformación, mediante la aparición de nuevas formas de producción que permiten que el trabajo se realice en cualquier momento y desde casi cualquier lugar y donde el debate sobre el tiempo de trabajo, se ha convertido en una cuestión de indudable interés. Aumenta la utilización de modalidades de ordenación del tiempo de trabajo más modernas, a saber, el trabajo a tiempo parcial, la semana de trabajo concentrada, el tiempo de trabajo escalonado, la duración variable de los turnos diarios, las horas de trabajo computadas anualmente, el horario flexible y el trabajo sobre llamada²⁶.

La limitación del tiempo de trabajo, cuando se diseña en conjunto con otras políticas del mercado laboral hacia el mismo objetivo, puede contribuir a mejorar la productividad y, por lo tanto, pueden integrarse en las políticas sociales y económicas de las economías en desarrollo. Los límites de horas razonables ayudan a mantener la salud de los trabajadores y, por lo tanto, su capacidad productiva. También funcionan como un incentivo para que las empresas modernicen su organización del trabajo, incluidos sus arreglos de tiempo de trabajo, e inviertan en mejorar su tecnología y mejorar las habilidades y la destreza laboral.

La forma en que los trabajadores experimentan su tiempo de trabajo y las implicaciones de estos nuevos patrones de organización de la productividad para la regulación de las horas de trabajo deben explorarse más a fondo.

A lo anterior debe añadirse que, a pesar de la arraigada cultura del presentismo, en los últimos tiempos, las nuevas formas de trabajo donde el lugar y el tiempo se difuminan están propiciando nuevos efectos y retos en la actual configuración del tiempo de trabajo. La relación entre el uso de las TIC para realizar trabajos fuera de las instalaciones del empleador y el equilibrio entre trabajo y vida es complejo y debieran vincularse, principalmente, a dos objetivos: facilitar el equilibrio entre la vida laboral y personal y la mejorar de la productividad.

Las nuevas formas de organización productiva, el uso de la tecnología con fuerte disponibilidad del trabajador, las cada vez más habituales plataformas digitales, están situando esta cuestión clásica en la primera línea del debate político y jurídico laboral en nuestro país²⁷. Sería necesaria

²⁶ OIT, [*Horas de trabajo ¿De lo fijo a lo flexible? Informe III \(Parte 1B\). Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo \(industria\), 1919 \(núm. 1\) y al Convenio sobre las horas de trabajo \(comercio y oficinas\), 1930 \(núm. 30\)*](#), cit., p. 117.

²⁷ J. LAHERA FORTEZA, *Tiempo de trabajo efectivo europeo*, en *La Ley*, 6293/2018, p. 3.

una nueva configuración del tiempo de trabajo para la era digital. Tarea, por otra parte, nada sencilla²⁸.

Los retos de la época digital situados en alcanzar equilibrios entre variables complementarias – demanda a tiempo real, disponibilidad del trabajador, flexibilidad en la ejecución del trabajo, compatibilidad con otros trabajos similares, y respeto a la salud laboral, el ocio, el descanso y la desconexión digital – son muy complejos. En consecuencia, quizás resultase necesario encontrar un equilibrio adecuado entre las condiciones de determinados sistemas productivos, donde los clientes y el mercado exigen una demanda a tiempo real o un consumo inmediato del servicio, y donde la consideración de tiempo de trabajo efectivo pudiera conceptuarse como una noción flexible, a través del análisis de la libertad personal del trabajador en su tiempo de ocio y descanso²⁹.

Las políticas de tiempo de trabajo es la necesidad de continuar los esfuerzos para construir y fortalecer las instituciones y mecanismos que puedan garantizar que las políticas implementadas sean efectivas. Esto requiere, entonces, mejoras en la administración laboral y judicial, y esfuerzos para desarrollar mecanismos de diálogo social fuertes y efectivos, no solo para asegurar que las necesidades y preferencias de los trabajadores puedan ser identificadas, escuchadas y tomadas en cuenta, sino también para permitir que empleadores y trabajadores puedan desarrollar el nivel de cooperación necesario para elaborar medidas que protejan tanto a los trabajadores como a la productividad de las empresas.

4.2. Flexibilidad y control sobre el tiempo de trabajo: ¿son compatibles?

En los últimos años, propiciados por la crisis económica, se ha asistido a la instauración de nuevas reglas flexibilizadoras del tiempo de trabajo, con el objetivo de mejorar la adaptabilidad de los tiempos de trabajo, a las necesidades de producción y mercado. A este respecto, los riesgos para la salud y la seguridad de los trabajadores en cuanto al tiempo de trabajo deben conciliarse con las aspiraciones de mayor flexibilidad de los empleadores, en una economía que funciona veinticuatro horas al día,

²⁸ A este respecto, se ha señalado que «combinar un consumo inmediato del servicio a petición del cliente a través de este tipo de plataforma digital con una alta disponibilidad del trabajador en la prestación del servicio y una delimitación del tiempo de trabajo efectivo con este criterio de la restricción de su libertad personal, es una operación de enorme complejidad» (*idem*).

²⁹ *Idem*.

siete días de la semana, globalizada y altamente competitiva, y donde se busca un mejor equilibrio entre vida privada y vida laboral. Los trabajadores buscan cada vez más su autonomía, una vida laboral más flexible y el bienestar en el lugar de trabajo. Sin embargo, los nuevos modelos empresariales con una producción justo a tiempo exigen una mayor disponibilidad que, en ocasiones, conlleva una intensificación del trabajo.

La digitalización conduce a una mayor fragmentación del trabajo, tanto en lo relativo a la ubicación como al tiempo³⁰. Por su parte, la tecnología digital está abriendo paso a nuevas posibilidades para controlar el tiempo de trabajo³¹.

La jornada de trabajo forma parte del corazón mismo de la relación jurídica laboral, por lo que su regulación resulta clave para lograr un justo equilibrio entre la pluralidad de los derechos e intereses en juego.

Las medidas de flexibilidad del tiempo de trabajo, si están mal diseñadas, pueden dar paso a largas horas durante períodos sustanciales y evitar que los trabajadores se involucren por completo con los otros aspectos de sus vidas que dependen de que sus horarios de trabajo sean relativamente predecibles, o socavan los períodos tradicionalmente reservados para toda la comunidad para ocio, vida familiar y obligaciones domésticas.

Cuando se introducen medidas de flexibilidad del tiempo de trabajo, deben adaptarse para equilibrar la flexibilidad con la protección, mediante el uso de técnicas como máximos absolutos en las horas que se pueden trabajar en una semana determinada, períodos de aviso y medidas para la influencia individual, como como el derecho a negarse a trabajar en los días tradicionales de descanso.

La regulación debería contemplar la libertad del trabajador para fijar su horario y su jornada como característica especial de esta nueva forma de trabajo.

Las nuevas formas de trabajo, han propiciado la necesidad de conjugar dos aspectos de ordenación del tiempo de trabajo. Por una parte, las necesidades de flexibilidad de los empleadores para responder con su mano de obra a las cambiantes circunstancias económicas y, por otra, la exigencia de preservar la salud y la seguridad de los trabajadores,

³⁰ Alrededor del 30% de las personas empleadas trabajan en diferentes ubicaciones, pero solo el 3% teletrabaja desde casa y solo el 8% son exclusivamente trabajadores móviles del ámbito de las TIC. *Vid. AA.VV., 6th European Working Conditions Survey. Overview report*, Eurofound, 2016, pp. 62 y 86.

³¹ Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. (2017/C 165/01).

protegiendo su derecho a un tiempo de trabajo razonable. La necesidad de que el marco jurídico y los convenios colectivos entre los interlocutores sociales apoyen el equilibrio entre vida privada y vida laboral y la autonomía en la gestión del tiempo han sido y seguirá siendo un pilar fundamental en la ordenación del tiempo de trabajo.

5. Consideraciones finales

El tiempo de trabajo sigue siendo de gran importancia hoy en día, sin embargo, la ordenación del tiempo no es una tarea sencilla. El tiempo de trabajo es, como siempre, un área desafiante, que es técnicamente compleja y altamente polarizada desde el punto de vista de los diferentes actores. Para obtener un equilibrio entre las exigencias empresariales y las necesidades de los trabajadores sería necesario adoptar políticas relativas a la duración del trabajo que tengan presente cinco aspectos: promover la salud y seguridad; ayudar a los trabajadores a mejorar el cumplimiento de sus responsabilidades familiares; alentar la igualdad de género; mejorar la productividad...

En lugar de apostar por un enfoque desregulador del tiempo y las horas de trabajo, sería necesaria una regulación protectora, ampliamente aplicada y observada, como marco básico dentro del cual se organizan las horas de trabajo en las diferentes economías prósperas y en desarrollo.

La OIT debería restaurar su papel tradicional en los debates sobre el tiempo de trabajo y tomar medidas coordinadas para garantizar un tiempo de trabajo decente para los trabajadores de todo el mundo.

6. Bibliografía

AA.VV., [*Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*](#), Eurofound, ILO, 2017

AA.VV., [*6th European Working Conditions Survey. Overview report*](#), Eurofound, 2016

ARIAS DOMÍNGUEZ A., *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, Laborum., 2003

FALGUERA BARÓ M.Á., [*La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral*](#), en *Lex Social*, 2016, n. 1

LAHERA FORTEZA J., *Tiempo de trabajo efectivo europeo*, en *La Ley*, 6293/2018

LEE S., McCANN D., MESSENGER J.C., *Working Time Around the World. Trends in working hours, laws and policies in a global comparative perspective*, Routledge, ILO, 2007

MELLA MÉNDEZ L., *El impacto de los convenios de la OIT sobre retribución, tiempo de trabajo, seguridad y salud y terminación del contrato en el derecho español: puntos críticos*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 434

OIT, *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo. Informe III (Parte B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018

OIT, *El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo*, 2011

OIT, *Horas de trabajo ¿De lo fijo a lo flexible? Informe III (Parte 1B). Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1) y al Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 93^a Reunión, 2005

SEMPERE NAVARRO A.V., *Sobre la OIT y su acción normativa*, en *Aranzadi Social*, 2002, n. 5

TRILLO PÁRRAGA F., *Economía digitalizada y relaciones de trabajo*, en *Revista de Derecho Social*, 2016, n. 76

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas 1936 (núm. 50)

María del Ángel IGLESIAS VÁZQUEZ*

RESUMEN: La presente aportación tiene como objetivo el análisis del primer Convenio relativo a la protección de los derechos de los indígenas, relativo al trabajo y en concreto a su reclutamiento. Dada la novedad que este texto representaba, por más que desde luego quede lejos de los estándares actuales de protección de los derechos de las comunidades indígenas, constituye un hito en el derecho internacional respecto al cual, la OIT se mostraba como el órgano que comenzaba tal tarea de protección de los derechos de estos pueblos; el convenio debe entenderse desde una perspectiva histórica dado que está realizado en un momento de la historia en el que la colonización de numerosos estados de África y Asia, especialmente, establecía las reglas de juego en territorios dependientes de la metrópolis. Convenio dirigido pues a éstas, muestra un carácter paternalista, característica que hasta medio siglo después no va a desaparecer hasta el de esta misma organización, el n. 169 de 1989. Si bien la esclavitud había sido abolida teóricamente al menos en 1815, no es menos cierto que el indígena era la mano de obra principal del colono.

Palabras clave: OIT, reclutamiento, trabajador indígena.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Gestación y rasgos generales. 3. La falta de definiciones de conceptos esenciales. 3.1. El Indígena. 3.2. El “reclutamiento” y algunas de sus consecuencias. 3.3. El menor. 3.4. Otras disposiciones. 4. Apunte final. 5. Bibliografía.

* Profa. Dra. UNIR, Universidad Internacional de La Rioja.

Recruiting of Indigenous Workers Convention 1936 (No. 50)

ABSTRACT: The purpose of this contribution is to analyse the first Convention concerning the protection of the rights of indigenous people, relating to work and, in particular, to their recruitment. Given the novelty that this text represented, it constitutes a milestone in the development of international law for the protection of the rights of indigenous peoples; a convention that must be understood from a historical perspective given that it is carried out at a time in history when the colonization of numerous states in Africa and Asia, in particular, established the “rules of the game” in territories dependent on the metropolis. The Convention addressed to the latter therefore shows a paternalistic character, a characteristic that will not disappear until half a century later until that of this same organization, Convention No. 169 of 1989. Although slavery had theoretically been abolished at least in 1815, it is no less true that the indigenous people was the main labour force of the settler.

Key Words: ILO, recruitment, indigenous worker.

1. Introducción

Con la creación de la OIT en 1919 con el [Tratado de Versalles](#) se comenzó una importante labor en orden al reconocimiento de derechos básicos fundamentales del ser humano, y en concreto, de los indígenas.

La Parte XIII del Tratado bajo el título *Trabajo*, en su Sección I, artículo 387 fundaba una organización que comprendía (artículo 388) entre otros, una Oficina Internacional de Trabajo¹.

Además, el artículo 421 del Tratado de Versalles en su último párrafo estipulaba el deber de sus miembros de notificar a la Oficina Internacional del Trabajo la implantación de sus normas (Convenios) no sólo en el territorio de las metrópolis sino también en sus colonias o posesiones o en cada uno de sus protectorados que no se gobernaban totalmente por sí mismos.

En general, desde las primeras Reuniones se observan notables diferencias – respecto al cumplimiento de las obligaciones dimanadas de los Convenios en los diferentes territorios – por lo que se refiere a los llamados generalmente *nativos* o en el caso de las observaciones de Australia, los aborígenes. No faltan reseñas sobre dificultades en cuanto a la aplicación de las normas laborales a los mismos. Valga como ejemplo la observación efectuada por la Gran Bretaña² en la 16^a Reunión³ cuando respecto a los Convenios sobre el seguro por enfermedad (agricultura)⁴ e (industria)⁵ pone de manifiesto su inaplicación en los territorios coloniales alegando razones del tipo – entre otros – de la falta de instrucción suficiente por parte de los nativos a fin de apreciar los beneficios de un sistema de seguro obligatorio.

Aunque sin nombrar expresamente la palabra *indígena*, el Convenio n. 29, elaborado merced al esfuerzo del Comité de Expertos de 1926 es el señalado por MacKay⁶ como un texto dirigido a tratar de paliar la situación de trabajo en que se encontraban los trabajadores indígenas, aunque se trata con ese instrumento de regular genéricamente los trabajos forzados. Puede corroborarse, desde luego, la idea del autor teniendo en

¹ Sobre su gestación y primeras reuniones, *vid.* OIT, *Las normas internacionales del trabajo. Manual de educación obrera*, 1998.

² P. 628 del informe.

³ Ginebra 1932.

⁴ Convenio 25 de 1927, adoptado en la 10^a Reunión de Ginebra de 15 de julio.

⁵ Convenio n. 24 de 1927, adoptado asimismo en la 10^a Reunión de Ginebra el día 15 de julio.

⁶ F. MACKAY, [*A Guide to Indigenous Peoples' Rights in the International Labour Organization*](#), Forest Peoples Programme, 2002, p. 7.

cuenta los Informes a que acabamos de hacer referencia pues el principal destinatario era el nativo de esas tierras⁷.

Ya utilizando el término, y aun bajo la Sociedad de Naciones, la OIT⁸ elaboró tres Convenios sobre los trabajadores indígenas y sus labores en territorios aun no independientes. Nos referimos al n.º 50 o Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas de 1936, al n.º 64 o Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas) de 1939 y finalmente al n.º 65 o Convenio sobre las sanciones penales (trabajadores indígenas) también de 1939⁹. Del primero de ellos, nos ocuparemos en este capítulo.

2. Gestación y rasgos generales

El Convenio n.º 50 fue adoptado en Ginebra, en la 20^a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo el 20 de junio de 1936 contando con 33 ratificaciones y tres denuncias. Regula la «reglamentación de ciertos sistemas especiales de reclutamiento de trabajadores indígenas en territorios dependientes de los Estados Miembros»¹⁰ y entró en vigor tres años más tarde, en 1939¹¹. Se trata de un Convenio Técnico y se le

⁷ *Vid.* el informe de la Liga de Naciones (Conferencia Internacional del Trabajo, 16^a Reunión, Ginebra 1932), resumen de los Informes anuales a los que el artículo 408 del Tratado de Versalles hace referencia. En el mismo sentido, *vid.* C. ROY, M. KAYE, *The International Labour Organization: A Handbook for Minorities and Indigenous Peoples*, Minority Rights Group International and Anti-Slavery International, 2002, p. 19.

⁸ Debe resaltarse que, como afirma F. MACKAY, *op. cit.*, p. 7, hasta la década de los setenta la OIT fue el único órgano que había demostrado interés en las cuestiones indígenas indicando la *widespread exploitation of indigenous labour*.

⁹ Sobre este Derecho Internacional, *vid.* J.-M. SERVAIS, *The International Labour Organization*, Kluwer, 2011, quien estuviera al frente de la Organización durante tres décadas. Igualmente, sobre la dificultad de la aplicación de sus normas y su falta de sanción, a lo que se suma que las «conclusiones de sus órganos que las supervisan, no tienen carácter obligatorio», J.-M. SERVAIS, *Reflexiones sobre la dificultad de aplicar las normas internacionales de Trabajo* en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008, n.º conmemorativo. Asimismo, G.W. VON POTOBSKY, H.G. BARTOLOMEI DE LA CRUZ, *La Organización Internacional del Trabajo*, Astrea, 1990; N. VALTICOS, *Derecho internacional del trabajo*, Tecnos, 1977.

¹⁰ OIT, *Derogación de seis convenios internacionales del trabajo y retiro de tres recomendaciones internacionales del trabajo. Informe VII (1)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018, p. 4.

¹¹ A pesar de que la entrada en vigor se produjo en el año de comienzo de la segunda conflagración mundial, con las dificultades fácilmente imaginables, se enviaron Informes sobre las Convenciones respecto al periodo 1939-1943, tal y como se desprende de OIT, *Informes sobre la aplicación de Convenios (Artículo 22 de la Constitución)*. *Informe VI*, Conferencia

considera un texto “dejado de lado” tomando la expresión que la OIT utiliza, pudiendo ser denunciado en el periodo comprendido entre el 8 septiembre de 2019 y el 8 septiembre de 2020. Se encuentra en realidad derogado al considerarse que «ya no respondía a las necesidades actuales y se había vuelto obsoleto»¹².

En efecto, la OIT, su Consejo de Administración, creó en 1995¹³ un Grupo de Trabajo sobre la política de revisión de normas que decidió en 1996 “dejarlo de lado”¹⁴. Las razones esgrimidas fueron fundamentalmente la práctica inexistencia de trabajadores indígenas reclutados y la desaparición en muchos de los estados, de poblaciones indígenas «en el sentido del Convenio». No oculta sin embargo el documento que cierta problemática subsiste; sin embargo, ésta pasa a encuadrarse en la de las migraciones internacionales de mano de obra¹⁵.

La redacción del texto fue precedida de discusiones y en especial de sesiones del Committee of Experts on Native Labour (de 1932, 1934 y 1935). Desde luego no era la primera vez que se trataba la cuestión pues ya en 1895 y 1897 el International Colonial Institute había considerado la importancia de regular el reclutamiento de trabajadores indígenas. Junto a esta cuestión, la de la regulación de los contratos de trabajo se trataron en reuniones anteriores, en 1912, 1925¹⁶ o 1929. De los resultados del

Internacional del Trabajo, 26^a Reunión, 1944, pp. 5-7. En este Informe no figuran sin embargo los estados que ratificaron el Convenio.

¹² OIT, *Derrogación de seis convenios internacionales del trabajo y retiro de tres recomendaciones internacionales del trabajo. Informe VII (1)*, cit., p. 3.

¹³ Con ocasión de su 262^a Reunión: *vid. OIT, Nota de información sobre el estado de las labores y decisiones adoptadas en materia de revisión de normas*, Consejo de Administración, 283^a Reunión, 2002, GB.283/LIIS/WP/PRS/1/2, p. 1.

¹⁴ *Ibidem*, p. 14. Este documento proporciona el significado de “dejar de lado” de la siguiente forma: “Dejar de lado” un convenio implica que se ha dejado de fomentar su ratificación y que se modificará la manera de citarlo en los documentos, estudios y trabajos de investigación de la Oficina. También significa que se dejarán de solicitar memorias periódicas y detalladas sobre su aplicación. Quedan, sin embargo, a salvo el derecho de invocar disposiciones del instrumento dejado de lado en caso de reclamación y queja en virtud de los artículos 24 y 26 de la Constitución de la OIT, y el derecho de las organizaciones de empleadores y de trabajadores de presentar observaciones de conformidad con los procedimientos de control regular. Finalmente, el hecho de dejar de lado un instrumento no incide en la situación de éste en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros que lo han ratificado. Las consecuencias prácticas de dejar de lado un convenio son idénticas a las derivadas de la situación de “suspenso”, que el Consejo de Administración atribuyó en 1985 a un grupo de 20 convenios que, se consideraba, “habían dejado de ser pertinentes”.

¹⁵ OIT, *Derrogación de seis convenios internacionales del trabajo y retiro de tres recomendaciones internacionales del trabajo. Informe VII (1)*, cit., 4.

¹⁶ Esta referida Reunión fue la de la primera Temporary Slavery Commission.

Comité, el Informe de 1935 realmente representa el primer gran borrador al que seguiría un *questionnaire* enviado a los estados¹⁷ después del cual se redactó el proyecto más cercano a lo que más tarde se convertiría en el Convenio objeto de este comentario, el 50 de la OIT en 1936. Esta forma de proceder nos muestra determinados pareceres de los estados respecto a la cuestión de los indígenas y en las que no nos podemos detener por la limitación de este comentario. Valga tan sólo mencionar que estados como Noruega (el reclutamiento tal y como se define el Convenio no existe en tal estado) o Finlandia (no les concierne).

Las discusiones muestran la complejidad de la cuestión a tratar, por ejemplo, la preocupación belga por hace un Convenio flexible dada la gran variedad de formas de reclutamiento y las distintas circunstancias habidas en sus territorios¹⁸ de tal forma que se llegó a discutir incluso el título del Convenio que fue objeto de modificación en la 19^a Reunión de la Conferencia.

Una importante contribución fue realizada desde América¹⁹. Si bien la OIT tenía y tiene carácter internacional, una mejor y más eficaz de su labor debía pasar por la “regionalización” lo que desde luego no significaba desmembración alguna sino «reforzar el carácter universal de la Organización»²⁰.

Así, en la Conferencia de Santiago se aprobaron Resoluciones que incluso se adelantan a cuestiones aprobadas en forma de convenios por la OIT. Este encuentro, ya hace numerosas alusiones a las condiciones de vida y trabajo del indígena: «Ese problema es el relativo a la condición de los

¹⁷ Al mismo contestaron no contestaron con detalle los gobiernos de Australia, Brasil, Colombia, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Hungría, Estado Libre de Irlanda, Japón, Nueva Zelanda, Noruega, Suiza, Estados Unidos: en general manifiestan la inexistencia de reclutamiento de trabajadores indígenas o asimilados o la de colonias. Sí lo hicieron de forma detallada, Belgium, Bulgaria, Chile, China, France, Great Britain, India, Iraq, Italy, the Netherlands, Spain, the Union of South Africa, Yugoslavia.

¹⁸ Cfr. ILO, *The Regulation of Certain Special Systems of Recruiting Workers. Questionnaire I*, 1935, p. 6.

¹⁹ En 1936 tiene lugar en Chile, la Conferencia del Trabajo de los Estados de América miembros de la OIT. En la misma se trató la cuestión relativa a las condiciones de trabajo y de vida de las poblaciones indígenas. No puede dejarse de lado que los estados de la América Latina en especial debían tener una voz importante al respecto, dada la gran cantidad y diversidad de CCII en el continente. *Vid. OIT, Conferencia del Trabajo de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo. Santiago de Chile. 2 al 14 de Enero de 1936. Actas de las Sesiones*, 1936. Anteriormente incluso ya había elaborado reportes sobre los seguros sociales, *Report on Social Insurance*, sobre los niños y jóvenes, *Report on the Employment of Children and Young Persons*, y el *Informe sobre el trabajo de las mujeres*.

²⁰ OIT, *La OIT durante el período de entre guerras. 1936*, en www.ilo.org. 11 estados de América figuran entre los miembros fundadores de la OIT.

trabajadores indígenas, a quienes urge restituir plenamente a la vida social mediante un esfuerzo que transforme sus costumbres, su cultura, su aptitud y su conciencia»²¹.

Siendo el primer Convenio que trata de paliar la situación (laboral) de las poblaciones indígenas, se nos hace necesario indagar en el concepto de “indígena” en la época del Convenio, cuestión a la que volveremos de forma concreta referida al Convenio 50. Esta es una cuestión crucial en el presente, dada la evolución del derecho aplicable a los mismos y los diferentes significados que al mismo se le han dado. No podemos olvidar que el Convenio 107 fue desplazado por el Convenio 169 al rechazar precisamente el espíritu paternalista del primero. Afirma MacKay que el mismo suponía una falta de respeto hacia la cultura e identidad indígena, lo que la convirtió en una vergüenza para la OIT²² pero a nuestro entender, no puede criticarse de forma tan negativa el Convenio.

Después de haber efectuado un análisis de los Informes presentados por los distintos estados, de haber leído tanto las peticiones del Comité de la OIT como la respuesta proporcionada por los estados obligados por el mismo, creemos que habría que ser más benévolos al respecto. La Convención marcó un hito en cuanto a ser un texto que reconocía derechos fundamentales para estas comunidades (el derecho a la tierra y el respeto a sus costumbres) Bodley (mencionado por Hanson)²³ señala que irónicamente los pueblos tribales “undisturbed” estaban bien antes de esta intrusión, y así es, ya que – como se pone de manifiesto en los Informes estudiados – pronto dejarían de estarlo merced a intereses económicos de compañías extranjeras al explotar, con el consentimiento de los estados, las riquezas naturales de sus tierras. En sentido similar al que mantenemos se manifiesta Falk cuando afirma: «Indigenous peoples have been persistently exploited by the dominant modern society, especially in relation to land and water rights and beneficial ownership of resources. In

²¹ Cfr. OIT, *Conferencia del Trabajo de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo. Santiago de Chile. 2 al 14 de Enero de 1936. Actas de las Sesiones*, cit., p. 54. Además, Naula, representante de Ecuador, describió crudamente la realidad: «el indígena y sus familiares quedan obligados a trabajar de manera absolutamente gratuita cinco días m las tierras del señor feudal; un día se le permite que vaya a elaborar la parcela de tierra prestada paya que pueda obtener de allí el sustento, y al otro, le entrega al cura próximo para que lo adoctrine. Es decir, para que le diga al indígena que sufra no más con resignación, que sea humilde, dócil, obediente, etc., pues, cuando ce muera alcanzará su recompensa en el cielo» (*ibidem*, p. 109).

²² F. MACKAY, *op. cit.*, p. 7. El autor dice literalmente: «lack of respect for indigenous culture and identity, the Convention became an ‘embarrassment’ to the ILO».

²³ E. HANSON, *What is the International Labour Organization Convention 107 (1957)?*, disponible en indigenousfoundations.arts.ubc.ca.

this respect, the ILO approach should not be entirely repudiated, especially in the absence of an effective substitute»²⁴.

3. La falta de definiciones de conceptos esenciales

Una de las cuestiones que llaman la atención es la de la falta de definiciones claras y precisas de determinados conceptos del Convenio que nos parecen esenciales, así las de “indígena”, “trabajador indígena”²⁵, “menor”, “jefe de familia” o “grandes distancias”, lo que puede dar lugar a diferentes interpretaciones que puedan ser la explicación de determinadas afirmaciones que hacen los estados en los reportes efectuados al órgano competente de la OIT. No todos esos términos fueron objeto de preocupación en los trabajos preparatorios, *ad ex* el de indígena o asimilado. En efecto, las discusiones plasmadas en especial en el Informe IV, en la discusión de la 19^a Reunión (Ginebra, 1935): *The recruiting of labour in Colonies and in other territories with analogous labour conditions el questionnaire* antes mencionado o el Informe de 1936 (20^a Reunión) no aparece debate alguno sobre la cuestión, si bien consideran la importancia de contar con un Convenio que regule tales cuestiones.

3.1 El Indígena

En primer lugar, el Convenio, reiterando que no nos proporciona concepto alguno de “indígena”²⁶ y refiriéndose a “trabajador indígena”: indica que estos son «los trabajadores que pertenecen o están asimilados a las poblaciones indígenas de los territorios dependientes de los Miembros de la Organización, así como a los trabajadores que pertenecen o estén asimilados a las poblaciones indígenas dependientes de los territorios metropolitanos de los Miembros de la Organización». La expresión “territorios dependientes” obliga precisamente a aplicar sus disposiciones a los nativos de las colonias. En este sentido nos parece importante resaltar que los componentes del Committee of Experts on Native Labour en 1935 ostentaban nacionalidades de las más importantes potencias coloniales, como Bélgica, Reino Unido, España, Francia, Italia, Japón, Los

²⁴ R. FALK, *A Non-Static Perspective*, en J. CRAWFORD (ed.), *The Rights of Peoples*, Clarendon, 1988, p. 13.

²⁵ Respecto de esta y aunque el Convenio ofrezca, no es una clara definición.

²⁶ Realmente la primera definición “internacional” es la de Martínez Cobos.

Países Bajos y Portugal²⁷.

Delimitar qué se entendiera por indígena en la época del Convenio deviene en compleja tarea (ya lo ha venido siendo en tiempos mucho más recientes). El sentido etimológico del término nos lleva a aplicar y afirmar que se trata de los primeros, originarios de un lugar²⁸ a lo que añadimos, del cual habían ya sido desplazados o sus tierras tomadas por los colonos pasando a ser de dueños a siervos, perdiendo progresivamente su *modus vivendi* propio afectando incluso al derecho a la vida. Barume afirma que el significado colonial se aplicaba a todo aquél que el colonizador encontraba al llegar a un lugar con independencia de que fueran nativos o *newcomers*. Así la Conferencia de Berlín de 1885 emplea errónea e indistintamente términos como “natives”, “aborigines”, «populations found on these territories», lo que también ocurre en los primeros trabajos de la OIT (no se emplea limpiamente el sentido etimológico) por origen o por asimilación²⁹.

El Informe IV de 1935 de la OIT, menciona el vocablo “nativos”. Ahora bien, cuando habla de los métodos de obtención de trabajadores en las colonias, no sólo hace referencia al nativo, sino que junto al recurso al mismo refiere a métodos ya desaparecidos como la esclavitud de los mismos, la compra de inmigrantes esclavos, y métodos indeseables como trabajos forzados, servidumbre predial o por deudas, etc.

Por otra parte, en su artículo 2, nos encontramos con que junto a “trabajadores indígenas” se mencionan a los trabajadores que estén asimilados a las poblaciones indígenas dependientes de los territorios metropolitanos de los Miembros de la Organización. La palabra “asimilado” tiene todo su sentido ya que en la misma se incluyen a trabajadores llevados desde otros territorios o a los esclavos africanos que fueron llevados por la fuerza desde África a América como ocurriera, por ejemplo, con los Saramaka de Surinam, colonia de los Países Bajos. Lo mismo podríamos decir de los reclutados en la India y trasladados a diferentes colonias británicas en el continente africano.

²⁷ También hubo representantes de Liberia e India.

²⁸ Etimológicamente *indi-gen*: dentro de-raíz de algo, nacido en, nativo, aborigen. La cuestión pasa por hacer una diferencia con lo extranjero o que es traído de fuera.

²⁹ Para el autor, in South Africa, for example, native or indigenous workers included: «(a) those who were engaged on the farms owned by Europeans; (b) the detribalized industrial workers in the towns; and (c) those who came out from the native reserves in the British Protectorates, Portuguese East Africa, Southern Rhodesia and Nyasaland».

3.2. El “reclutamiento” y algunas de sus consecuencias

El apartado (a) del artículo 2 señala que tal término «comprende todas las operaciones realizadas con objeto de conseguir para sí, o proporcionar a un tercero, la mano de obra de personas que no ofrezcan espontáneamente sus servicios, ya sea en el lugar del trabajo, en una oficina pública de emigración o de colocación, o en una oficina dirigida por alguna organización patronal y sujeta al control de la autoridad competente».

La cuestión más relevante tratada a este respecto fue la preocupación por dejar claro el ámbito de aplicación del Convenio: si el Convenio se aplicaría a la metrópolis y territorios a los que se refiere el Tratado de Versalles (art. 421). El Reino Unido consideraba innecesario que cubriera todo el territorio de los estados, más bien cada estado establecería una declaración al respecto. Además, parecía necesario establecer ciertas excepciones que finalmente se iban a reflejar en el texto final, aunque de una forma un tanto vaga.

El Committee of Experts on Native Labour había discutido la cuestión al constatarse las diferencias conceptuales de las normas existentes en las metrópolis llegándose finalmente a un acuerdo que no deriva en demasiado del discutido. Así, el término “contratación” se refiere a «toda operación u operaciones realizadas con el fin de obtener o suministrar mano de obra a personas que no ofrecen espontáneamente sus servicios ni en el lugar de trabajo ni en una oficina pública de emigración o de empleo, ni en una oficina de una organización de empleadores bajo supervisión pública»³⁰.

La realidad que nos muestra la historia, indica que las labores agrícolas – aun las llevadas por los colonos – no era practicada por éstos ni éstos conocían los sistemas europeos de trabajo y con ello categorías jurídicas, *ad ex*, lo que pudiera significar el trabajador asalariado, por lo que difícilmente surgiría una “espontaneidad”.

El Convenio contiene determinadas disposiciones que hacen referencia a las consecuencias del desplazamiento resultante del reclutamiento y

³⁰ Existe una excepción en el art. 3 que deriva de las sesiones preparatorias: «No obstante, las autoridades competentes deben poder exceptuar de esta definición las operaciones realizadas por un empresario que no emplee en ningún momento a más de un número determinado de personas, como las realizadas por los trabajadores manuales empleados por una empresa determinada a los que el empresario haya encargado que obtengan la mano de obra de otros trabajadores para la misma empresa en las condiciones que se indican a continuación. El Convenio 50 finalmente no concretará ninguno de estos límites, pero si volvemos al Informe de 1936 comprobaremos que su voluntad era referirse a 20 trabajadores/25 km. de distancia del lugar en que viven». *Vid.* el informe, pp. 13-14.

formas de trabajo, tal y como se habían llevado a cabo antes del Convenio 50, convirtiéndose así en un texto consciente de las deleznables consecuencias de lo anterior y del apartamiento del nativo de sus tierras lo que hace del mismo un texto protector del indígena a la vez que regulador de las actividades realizadas en sus propias tierras.

En efecto, el artículo 4 hace referencia a “planes de fomento económico”. Situado en el contexto en que se llevan a cabo estas actividades, en el territorio colonial, ya pone de relieve la intención del colono de transformar el estatus de la tierra en la que se asientan. En el caso de Kenia, *ad ex*, se implantaron nuevas formas de cultivo que implicaron tala de árboles naturales del terreno por otros de crecimiento más rápido con el fin de construir casas o postes telegráficos, se comenzó el cultivo del té y del café. Y todo ello sin reparar en las consecuencias medioambientales de las áreas lo que se llevó además a cabo (en las *High Lands* forzando a los kikuyu que se rebelaron fuertemente hasta incluso en la era post colonial que siguió igual política) y desde luego sin ese «consentimiento previo, libre e informado» que con el tiempo y la evolución del derecho internacional de los derechos de las comunidades indígenas ha elevado a principio básico de obligado cumplimiento. La cuestión relacionada con la tierra es un factor determinante en la lucha entre etnias³¹.

Pero, además, ya el Informe mencionado de 1935 hacía referencia en su Capítulo III a los excesos del reclutamiento que se habían traducido en muertes. Son altamente ilustrativas las palabras del Secretario General del International Colonial Institute, Mr. Louwers, pronunciadas sobre el comentario efectuado por el Duque de Brabante en el Senado Belga sobre el tema de las nuevas tendencias de la política colonial belga³²: «It is hardly necessary to recall the circumstances under which, in the early days of the industrial expansion, the labour necessary for mining and so many others undertakings, especially public works, had to be obtained. We had no working class, we had to deal with a sparse population distributed in scattered regions and frequently living far distant from the areas where labour was required. It was a population of agriculturalist, fishermen, hunters and pastoralists, who had never been in contact with our civilization and who did not offer spontaneously to leave their traditional

³¹ Entre otros muchos, *vid.* R. STAVENHAGEN, [Los conflictos étnicos y sus repercusiones en la sociedad internacional](#), en Revista Internacional de Ciencias Sociales, 1991, vol. XLIII, n. 1; N. DÍAZ-ARGÜELLES, [Conflictos étnicos en Chiapas, México](#), en www.isri.cu, 2011, p. 5; J.J. RINCÓN GARCÍA, [Diversos y comunes: elementos constitutivos del conflicto entre comunidades indígenas, campesinas y afrocolombianas en el departamento del Cauca](#), en [Análisis político](#), 2009, vol. 22, n. 65.

³² *Cfr.* el informe de 1935, p. 104.

homes to take employment in areas which were often at a distance and where they would have to live under entirely new conditions. It was therefore necessary to recruit labour, and this gave rise to serious abuses, from the humanitarian as well as from the social point of view. The death rate of the recruited workers was appalling, especially at the beginning. Taking account of all wastage from the time of recruiting until the end of the contractual period imposed on all these workers, it was calculated in the early days that the death rate was 50% and sometimes higher»³³.

Se entiende así que el texto del Convenio haga referencia a la prohibición de la coacción para ser reclutados como trabajadores, que tenga en cuenta (y respete) sus propias formas de organización (principio consagrado ya internacionalmente), y «otras consecuencias desagradables» para aquéllos y con el mismo espíritu, el artículo 5 pretende que se tenga en cuenta el efecto que el desplazamiento del hombre (no hay reclutamiento femenino) no afecte negativamente a sus familias, reiterando en este aspecto a la organización social y las consecuencias en lo referido a las condiciones de higiene, bienestar y medios de subsistencia.

Lo ocurrido en la práctica demuestra que todo desplazamiento ha influido negativamente en los aspectos mencionados. Si bien no podemos aportar – ante su inexistencia – jurisprudencia que lo ponga de manifiesto y ante la falta de respuesta por parte de los Estados respecto al seguimiento de su cumplimiento por parte del órgano correspondiente de la OIT, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es rica en ejemplos que bien pueden aplicarse a la situación que se desprende del articulado del Convenio, en los que el alejamiento ha vulnerado el derecho a la vida. (asunto *Saramaka vs Surinam*³⁴ por ejemplo). Sin embargo, éstos han

³³ No es necesario recordar las circunstancias en las que, en los primeros días de la expansión industrial, hubo que obtener la mano de obra necesaria para la minería y otras muchas empresas, especialmente de obras públicas. No teníamos clase obrera, teníamos que hacer frente a una escasa población distribuida en regiones dispersas y que a menudo vivía muy lejos de las zonas donde se requería mano de obra. Era una población de agricultores, pescadores, cazadores y pastores, que nunca habían estado en contacto con nuestra civilización y que no se ofrecieron espontáneamente a abandonar sus hogares tradicionales para trabajar en zonas que a menudo estaban alejadas y en las que tendrían que vivir en condiciones totalmente nuevas. Por lo tanto, era necesario reclutar mano de obra, lo que dio lugar a graves abusos, tanto desde el punto de vista humanitario como desde el punto de vista social. La tasa de mortalidad de los trabajadores contratados fue espantosa, especialmente al principio. Teniendo en cuenta todos los perjuicios desde el momento de la contratación hasta el final del período contractual impuesto a todos estos trabajadores, se calculó en los primeros días que la tasa de mortalidad era del 50% y a veces superior (*idem*).

³⁴ C IDH, sentencia de 28 de noviembre de 2007 (fondo, excepciones preliminares y costas), Serie C, No. 172, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*.

llegado después, con muchos años de diferencia en el tiempo.

3.3. El menor

La cuestión del reclutamiento de menores, problema grave sigue dándose en la actualidad, es objeto de tratamiento específico. El problema que encontramos es el relativo a la interpretación de lo que entienda el Convenio por “menores” ya que el texto guarda silencio al respecto³⁵. Habría pues que remitirse a otros Convenios de la OIT y cuerpos legislativos internacionales o incluso a los estándares de los estados miembros de la OIT en el momento para poder acercarnos con precisión a la cuestión. En 1924 se aprobó la Declaración de Ginebra el 24 de septiembre, sin embargo, se trata de una Declaración sin valor vinculante de cinco puntos que no contiene sino obligaciones sin que establezca conceptos y defina “menor”. En cinco puntos contiene los principios básicos de protección de la infancia³⁶. La OIT ya había elaborado en 1929 un Convenio (n. 5) de protección a los niños y adolescentes para el trabajo en la industria en los que la edad marcada es la de los 14 años, marcando ciertas excepciones en el artículo 5 (doce años)³⁷, razón ésta que provocó falta de ratificaciones ya que tal edad no es la coincidente con la de la obligatoria enseñanza escolar en algunos países³⁸. Volviendo al Convenio que nos ocupa, y – reiteramos – sin aportar concepto, establece y aplicar correctamente la disposición que establece el consentimiento de sus padres y el tipo de trabajo (ligero) que pueden efectuar.

³⁵ En la obra de G. ÁLVAREZ CHILLIDA, *Epílogo de la Hispanidad. La españolianización de la colonia de Guinea durante el primer franquismo*, en S. MICHONNEAU, X.M. NÚÑEZ-SEIXAS (ed.), *Imaginarios y representaciones de España durante el franquismo*, Casa de Velázquez, 2017, que refiere la de Ndongo-Bidyogo, encontramos la siguiente afirmación: «Desde 1904 los indígenas de la colonia fueron considerados jurídicamente menores de edad que podían regirse entre ellos en los aspectos civiles por su propio derecho consuetudinario».

³⁶ Esta Declaración se debe al esfuerzo de Eglantyne Jebb. «El 6 de enero de 1920, Eglantyne Jebb crea la Save de Children International Union, o, en su denominación francesa, la Union Internationale de Secours aux Enfants, UISE. El acto de la fundación tiene lugar en el Ateneo de Ginebra, en la misma sala donde cincuenta años antes había nacido la Cruz Roja» (*vid. A. BOFILL, J. COTS, La Declaración de Ginebra. Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia*, Comissió de la Infància de Justícia i Pau, 1999, p. 7).

³⁷ *Cfr.* también el art. 2 del Convenio.

³⁸ Sobre la cuestión *vid. SOCIEDAD DE NACIONES, OIT, Memoria del Director. Primera Parte*, Conferencia Internacional del Trabajo, 14^a Reunión, 1930, p. 181.

3.4. Otras disposiciones

Remarcable es la disposición contenida en el artículo 8 que posibilita, aunque no lo establece con carácter general, la agrupación de indígenas según etnias. Decimos que es digno de resaltar ya que no son pocos los enfrentamientos habidos entre las misma: siguiendo el ejemplo antes apuntado, al forzar los británicos a los Kikuyu, éstos se juntan con los Massai y debe tenerse en cuenta que cada etnia tiene sus propias culturas, formas de organización, e incluso lengua y desde luego, territorio.

Por el papel que desempeña el jefe de familia, el Convenio considera que su reclutamiento no se ha de considerar como el del resto de la misma, de tal manera que si por determinadas circunstancias lo es³⁹, el Convenio otorga la posibilidad de que la familia le acompañe: el fin que persigue es el de que la unidad familiar no quede afectada, rota.

La ocupación de empresas extranjeras ya se desprende de la estipulación 9^a del Convenio por más que se refiera al reclutamiento que pudieren efectuar funcionarios públicos. Este es un problema colonial y post colonial, objeto hoy de atención por parte del derecho internacional. Realmente la mano de obra que utilizó el colono fue el indígena del territorio o el traído desde otros lugares⁴⁰.

El artículo 10 de este texto hace referencia explícita a jefes y autoridades indígenas (que gozan de un estatus diferente a tenor de lo que señala el art. 7 en el sentido de que no debe considerarse su reclutamiento como el de otros miembros de la familia) sobre los que impone un límite o prohibición de no (a) actuar como agentes de reclutamiento; (b) ejercer ninguna presión sobre los trabajadores que pudieren ser reclutados ni (c) recibir una remuneración o cualquier otro beneficio especial, cualquiera que sea su procedencia, por el hecho de haber contribuido al reclutamiento.

Por lo demás, el Convenio articula normas sobre el procedimiento de reclutamiento, autorizaciones, otorgamiento de permisos, factores a ponderar antes de proceder al mismo, derecho a percibir una remuneración fija, someterse a reconocimiento médico previo, condiciones del medio en que sean transportados, etc.

³⁹ *Ad ex.* desempeñe labores agrícolas o similares que por su naturaleza requieren que permanezca un periodo de tiempo prolongado.

⁴⁰ Recuérdese la construcción del ferrocarril en 1886 de Mombasa a Kisumu, realizado por trabajadores traídos desde la India.

4. Apunte final

En general, el Convenio 50 parece pretender dar respuesta a los principales problemas que venía generando el trabajo para los indígenas y que el anterior Convenio sobre los trabajos forzados no pudo resolver. Los Estados coloniales habían promulgado escasas reglamentaciones sobre el reclutamiento de trabajadores sirviéndose a menudo de la que traían de otras regiones en condiciones que como señala Gisbert «poco distaban del esclavismo, aunque de forma recurrente se ha utilizado la expresión “trabajo forzado” para referirse al nuevo modelo de trabajo que defendieron las potencias coloniales después de la Conferencia de Berlín, una vez terminado el tráfico ilegal de esclavos»⁴¹.

Desde luego, los estados que ratificaron el Convenio 50 promulgaron normas internas aplicables a sus colonias a fin de dar cumplimiento a lo estipulado en este texto, si bien, al mismo hubieron de seguir otros para tratar de reforzar materias conexas. Las cuestiones iban surgiendo, pero había que dar respuesta de forma “pausada” de manera que en lugar de un único texto – al fin y al cabo, la cuestión relativa al contrato de trabajo y a las sanciones penales – ya estaban sobre la mesa, se optó por regular los temas separadamente. Tal era la dificultad o el poco interés en el reconocimiento del indígena como persona con derechos vulnerados.

5. Bibliografía

ÁLVAREZ CHILLIDA G., *Epílogo de la Hispanidad. La españolización de la colonia de Guinea durante el primer franquismo*, en S. MICHONNEAU, X.M. NÚÑEZ-SEIXAS (ed.), *Imaginarios y representaciones de España durante el franquismo*, Casa de Velázquez, 2017

BOFILL A., COTS J., *La Declaración de Ginebra. Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia*, Comissió de la Infància de Justícia i Pau, 1999

DÍAZ-ARGÜELLES N., *Conflictos étnicos en Chiapas, México*, en www.isri.cu, 2011

FALK R., *A Non-Static Perspective*, en J. CRAWFORD (ed.), *The Rights of Peoples*, Clarendon, 1988

HANSON E., *What is the International Labour Organization Convention 107 (1957)?*, en indigenousfoundations.arts.ubc.ca

ILO, *Report on Social Insurance*, 1935

⁴¹ J. SANT GISBERT, *El modelo económico colonial y sus contradicciones: Fernando Poo (1900-1936)*, en *Afro-Hispanic Review*, 2009, vol. 28, n. 2, p. 67.

- ILO, [Report on the Employment of Children and Young Persons](#), 1935
- ILO, *The Recruiting of Labour in Colonies and in Other Territories with Analogous Labour Conditions. Report IV*, International Labour Conference, 19th Session, 1935
- ILO, *The Regulation of Certain Special Systems of Recruiting Workers. Report I*, International Labour Conference, 20th Session, 1936
- ILO, *The Regulation of Certain Special Systems of Recruiting Workers. Questionnaire I*, 1935
- MACKAY F., [A Guide to Indigenous Peoples' Rights in the International Labour Organization](#), Forest Peoples Programme, 2002
- OIT, *Derogación de seis convenios internacionales del trabajo y retiro de tres recomendaciones internacionales del trabajo. Informe VII (1)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018
- OIT, *Nota de información sobre el estado de las labores y decisiones adoptadas en materia de revisión de normas*, Consejo de Administración, 283^a Reunión, 2002, GB.283/LIILS/WP/PRS/1/2
- OIT, *Las normas internacionales del trabajo. Manual de educación obrera*, 1998
- OIT, *Informes sobre la aplicación de Convenios (Artículo 22 de la Constitución). Informe VI*, Conferencia Internacional del Trabajo, 26^a Reunión, 1944
- OIT, [Conferencia del Trabajo de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo. Santiago de Chile. 2 al 14 de Enero de 1936. Actas de las Sesiones](#), 1936
- OIT, [Informe sobre el trabajo de las mujeres](#), 1935
- OIT, [La OIT durante el período de entre guerras. 1936](#), en www.ilo.org
- OIT, SOCIEDAD DE NACIONES, *Memoria del Director. Primera Parte*, Conferencia Internacional del Trabajo, 14^a Reunión, 1930
- RINCÓN GARCÍA J.J., [Diversos y comunes: elementos constitutivos del conflicto entre comunidades indígenas, campesinas y afrocolombianas en el departamento del Cauca](#), en *Análisis político*, 2009, vol. 22, n. 65
- ROY C., KAYE M., *The International Labour Organization: A Handbook for Minorities and Indigenous Peoples*, Minority Rights Group International and Anti-Slavery International, 2002
- SANT GISBERT J., *El modelo económico colonial y sus contradicciones: Fernando Poo (1900-1936)*, en *Afro-Hispanic Review*, 2009, vol. 28, n. 2
- SERVAIS J.-M., *The International Labour Organization*, Kluwer, 2011
- SERVAIS J.-M., *Reflexiones sobre la dificultad de aplicar las normas internacionales de Trabajo* en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008, n. conmemorativo

STAVENHAGEN R., *Los conflictos étnicos y sus repercusiones en la sociedad internacional*, en
Revista Internacional de Ciencias Sociales, 1991, vol. XLIII, n. 1

VALTICOS N., *Derecho internacional del trabajo*, Tecnos, 1977

VON POTOBSKY G.W., BARTOLOMEI DE LA CRUZ H.G., *La Organización
Internacional del Trabajo*, Astrea, 1990

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre las vacaciones pagadas 1936 (núm. 52)

Henar ÁLVAREZ CUESTA*

RESUMEN: El Convenio núm. 52 regula el derecho de los trabajadores (incluidos en su ámbito de aplicación) a unas vacaciones anuales retribuidas de una duración mínima de seis días laborales por año trabajado. Esta norma internacional constituye, sin duda, un avance singular en materia de conciliación de la vida laboral, personal y familiar y del derecho al descanso de los empleados. La finalidad de las vacaciones, configuradas como un derecho básico de los trabajadores, consiste en ofrecer a los trabajadores una posibilidad para descansar, distraerse y desarrollar sus facultades.

Varias décadas después, fue promulgado el Convenio núm. 132, el cual aumenta la duración de las vacaciones y proporciona una regulación más acabada. Sin embargo, el Convenio objeto de análisis supone la piedra angular a partir de la cual se ha construido la institución de referencia

Palabras clave: Vacaciones, anuales, retribuidas.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Definición de vacaciones. 3. Ámbito de aplicación. 4. Retribución de las vacaciones. 5. Duración del periodo de descanso. 6. Registro de las vacaciones. 7. Normas de aplicación y tramitación del Convenio. 8. Conclusión final. 9. Bibliografía.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León (España).

Holidays with Pay Convention 1936 (No. 52)

ABSTRACT: Convention No. 52 regulates the right of workers (included in its scope of application) to paid annual holidays of a minimum duration of six working days per year worked. This international Convention constitutes, without a doubt, a singular advance in the matter of work, personal and family life balance and the right to rest for employees. The purpose of holidays, configured as a basic right of workers, is to offer workers a chance to rest, distract themselves and develop their faculties. Several decades later, Convention No. 132, which increases the duration of vacations and provides more complete regulation. However, the Convention under analysis assumes the cornerstone from which the reference institution has been built.

Key Words: Holidays, annual, paid.

1. Introducción

En las siguientes páginas se procede a analizar de forma exhaustiva las disposiciones contenidas en el Convenio núm. 52, el cual fue adoptado en Ginebra en la vigésima reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 24 de junio de 1936 y entró en vigor el 22 de septiembre de 1939¹.

Esta norma internacional regula el derecho de los trabajadores (incluidos en su ámbito de aplicación) a unas vacaciones anuales retribuidas de una duración mínima y constituye, sin duda, un avance singular en materia de conciliación de la vida laboral, personal y familiar y del derecho al descanso de los empleados. Varias décadas después, fue promulgado el Convenio núm. 132, el cual aumenta la duración de las vacaciones y proporciona una regulación más acabada.

El Convenio analizado ha sido ratificado por 54 Estados, de los cuales en 16 se ha llevado a cabo una denuncia automática (en diferentes períodos de tiempo) para sustituirlo por el Convenio núm. 132 sobre vacaciones pagadas (revisado) de 1970.

La importancia de las previsiones internacionales en esta materia, como en todas las que regulan los Convenios de la OIT, que “plasman la determinación de reunir todos los elementos de un desarrollo económico y social armonioso”², de descender al ámbito nacional, queda patente al comprobar cómo la regulación en el Derecho Laboral español de las vacaciones, pese a la mención en el art. 40.2 CE a la garantía de “las vacaciones periódicas retribuidas”, ha sido calificada como parca en su desarrollo estatutario (art. 38 ET)³. Por tal razón, se ha acudido con frecuencia a lo previsto en el marco internacional, preferentemente, los Convenios de la OIT⁴ y el Derecho Comunitario⁵, en especial la

¹ Sobre su valor, por todos, N. VALTICOS, *Derecho Internacional del Trabajo*, Madrid (Tecnos), 1977.

² J.M. SERVAIS, *Política de trabajo decente y mundialización. Reflexiones sobre un planteamiento jurídico renovado*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2004, n. 123, 1-2, p. 216.

³ J. GORELLI HERNÁNDEZ, *El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación de las vacaciones*, en *Temas Laborales*, 2015, n. 130, p. 275.

⁴ P.G. ORTEGA LOZANO, S. GUINDO MORALES, *Status quaestionis sobre el derecho a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, n. 221. Sobre la aplicabilidad de los Convenios de la OIT por la jurisprudencia, A. TODOLÍ SIGNES, *La retribución por vacaciones en los Convenios Internacionales de la OIT: El caso de España y Brasil*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2014, vol. 2, n. 3.

⁵ Por todos, J. GORELLI HERNÁNDEZ, *El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación de las vacaciones*, *op. cit.*

interpretación dada por el Tribunal de Justicia⁶, para suplir los importantes vacíos legales.

2. Definición de vacaciones

La institución contenida en el Convenio objeto de análisis, las vacaciones, forma parte del régimen jurídico del tiempo de trabajo desde la perspectiva opuesta, necesaria e indisolublemente vinculada: el tiempo de descanso. La regulación de ambos (tiempo de trabajo y tiempo de descanso) forma parte nuclear de los mecanismos de tutela de los trabajadores⁷.

Con todo, el Convenio analizado no proporciona una definición clara ni acabada del término. Únicamente regula sus características: derecho irrenunciable y mínimo. Respecto al primero, el art. 4 considera “nulo todo acuerdo que implique el abandono del derecho a vacaciones anuales pagadas o la renuncia a las mismas”. En su interpretación CEACR ha manifestado que cabría la renuncia a las vacaciones una vez superado el mínimo indisponible⁸.

En cuanto a la segunda característica, constituye, además, un derecho mínimo, pudiendo las distintas legislaciones internacionales mejorar lo previsto en el Convenio OIT, de acuerdo con su art. 9: “ninguna de las disposiciones del presente Convenio menoscabarán en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos celebrados entre empleadores y trabajadores que garanticen condiciones más favorables que las prescritas en este Convenio”.

Pese a la mencionada ausencia, las vacaciones presentan determinados rasgos que sirven para su correcta definición. Así, se caracterizan por el cese en el desarrollo de la prestación de trabajo y el no sometimiento a las facultades directivas del empresario⁹ y por la finalidad a la que aparentemente están destinadas.

En este sentido, la doctrina científica ha proporcionado varias definiciones: “derecho contractual de todo trabajador consistente en la

⁶ M.J. LÓPEZ ÁLVAREZ, *Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria*, en RMEYSS, 2017, núm. 127.

⁷ J. GORELLI HERNÁNDEZ, *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, Madrid, Tecnos, 2014, p. 11.

⁸ CEACR: Solicitud directa: Adopción (Colombia): 2013, Publicación: 103^a reunión CIT (2014).

⁹ J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Tiempo de trabajo y ciclos vitales*, Granada, Comares, 2009, p. 58.

interrupción anual de la prestación de trabajo con carácter retribuido, durante un tiempo prolongado, cuya duración se concreta en función del período de trabajo efectivo desarrollado dentro de un lapso anual, con el objetivo de facilitar un período de descanso para permitir la recuperación física y psíquica del trabajador”¹⁰; o “las vacaciones anuales son el período (o los períodos) de interrupción de la prestación de trabajo o desvinculación laboral con mantenimiento de salario, cuyo objeto es, por una parte, que el trabajador descance y recupere las fuerzas perdidas en el trabajo, y por otra, que disfrute de un tiempo de ocio y esparcimiento”¹¹. En idéntico sentido se pronuncia la Recomendación núm. 47 sobre las vacaciones pagadas, 1936: “la finalidad de estas vacaciones consiste en ofrecer a los trabajadores una posibilidad para descansar, distraerse y desarrollar sus facultades”.

Sin embargo, no cabe tomar tal afirmación de forma absoluta, dado que, de acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional, “la concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales”¹².

3. Ámbito de aplicación

El art. 1 del Convenio objeto de análisis delimita su ámbito de aplicación subjetivo y objetivo.

Respecto al primero, se aplica a “todas las personas empleadas en las empresas y establecimientos siguientes, ya sean estos públicos o privados”, incluidas las actividades a domicilio¹³, pero estos trabajadores han de prestar servicios para empresas que se dediquen a las siguientes actividades:

(a) empresas en las cuales se manufacturen, modifiquen, limpien,

¹⁰ J. GORELLI HERNÁNDEZ, *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, op. cit., p. 13.

¹¹ F. VICENTE PACHÉS, M. MIÑARRO YANINI, *Vacaciones anuales (art. 38 ET)*, en AA.VV., *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (CEF), 2005, p. 494.

¹² STCo 192/2003, de 27 de octubre.

¹³ CEACR: Solicitud directa: Adopción (Paraguay): 2013, Publicación: 103^a reunión CIT (2014).

reparen, adornen, terminen, preparen para la venta, destruyan o demuelan productos, o en las cuales las materias sufran una transformación, incluidas las empresas de construcción de buques, y la producción, transformación y transmisión de electricidad o de cualquier clase de fuerza motriz;

(b) empresas que se dediquen exclusiva o principalmente a trabajos de construcción, reconstrucción, conservación, reparación, modificación o demolición de las obras siguientes:

- edificios,
- ferrocarriles,
- tranvías,
- aeropuertos,
- puertos,
- muelles,
- obras de protección contra la acción de los ríos y el mar,
- canales,
- instalaciones para la navegación interior, marítima o aérea,
- caminos,
- túneles,
- puentes,
- viaductos,
- cloacas colectoras,
- cloacas ordinarias,
- pozos,
- instalaciones para riegos y drenajes,
- instalaciones de telecomunicación,
- instalaciones para la producción o distribución de fuerza eléctrica y de gas, oleoductos,
- instalaciones para la distribución de agua,

y las empresas dedicadas a otros trabajos similares y a las obras de preparación y de cimentación que preceden a los trabajos antes mencionados;

(c) empresas dedicadas al transporte de viajeros o mercancías por carretera, ferrocarril o vía de agua interior o aérea, comprendida la manipulación de mercancías en los muelles, embarcaderos, almacenes y aeropuertos;

(d) minas, canteras e industrias extractivas de cualquier clase;

(e) establecimientos comerciales, comprendidos los servicios de correos y de telecomunicaciones;

(f) establecimientos y administraciones en los que las personas empleadas

efectúen esencialmente trabajos de oficina;
(g) empresas de periódicos;
(h) establecimientos dedicados al tratamiento u hospitalización de enfermos, lisiados, indigentes o alienados;
(i) hoteles, restaurantes, pensiones, círculos, cafés y otros establecimientos análogos;
(j) teatros y otros lugares públicos de diversión;
(k) establecimientos que revistan un carácter a la vez comercial e industrial y que no correspondan totalmente a una de las categorías precedentes.

Dado el amplio campo de actividades incluidas en el Convenio y lo casuístico de su enumeración, cada país, previa consulta a las principales organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, puede diseñar (dentro de los límites anteriores) la línea de demarcación entre las empresas y establecimientos incluidos o no en el presente Convenio.

En todo caso, cada Estado puede exceptuar de la aplicación del Convenio a las personas empleadas en empresas o establecimientos donde solamente estén ocupados los miembros de la familia del empleador; y a las personas empleadas en la administración pública, cuyas condiciones de trabajo les concedan derecho a vacaciones anuales pagadas de una duración, por lo menos, igual a la prevista por el presente Convenio¹⁴.

La primera excepción hace referencia a las relaciones familiares, que dependiendo del grado, pueden estar excluidas de la propia aplicación de Derecho del Trabajo y corresponde a cada país determinar dicho radio de acción en relación con su legislación.

En cuanto a la segunda, no cabe sin más su restricción, es necesario, además, que el “personal al servicio de la Administración Pública”, tenga derecho a vacaciones anuales retribuidas de idéntica duración que el Convenio, por tanto, ven vedada la aplicación del resto de artículos del mismo.

El posterior Convenio núm. 132 de la OIT sobre vacaciones acaba por hacer quasi universal este derecho vinculado al trabajo por cuenta ajena.

Sin embargo, sigue dejando fuera de su ámbito protector a los trabajadores por cuenta propia. Quizá sea el momento de extender a los autónomos derechos como el ahora analizado como así ha sucedido, si bien tímidamente y con una configuración no acabada, con los autónomos económicamente dependientes, a quienes el art. 14.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, concede el derecho a una interrupción de su actividad de carácter anual de 18 días hábiles, si

¹⁴ Al respecto, CEACR: Observación (Perú): Adopción: 2004, Publicación: 93^a reunión CIT (2005).

bien no acompaña a dicho descanso la retribución necesaria para considerarlos tiempo de vacaciones.

4. Retribución de las vacaciones

Uno de los rasgos indisolublemente unidos al concepto de vacaciones es que ese tiempo sea remunerado por el empresario. Precisamente el carácter retribuido del derecho a vacaciones anuales se introdujo a modo de garantía de los trabajadores, de forma tal que no cupiese la posibilidad del disfrute del período vacacional con una remuneración mermada¹⁵.

En este sentido, el art. 3 reconoce el derecho de toda persona que tome vacaciones a percibir durante las mismas su remuneración habitual, calculada en la forma que prescriba la legislación nacional, aumentada con la equivalencia de su remuneración en especie, si la hubiere¹⁶; o la remuneración fijada por contrato colectivo. Las palabras empleadas por el posterior Convenio núm. 132 (“por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su 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”) contribuyen a precisar más el salario debido durante las vacaciones, sin olvidar tampoco la labor del Tribunal de Justicia europeo (en aplicación de la normativa comunitaria) al respecto¹⁷.

El Convenio recoge un “principio de equivalencia” entre el período de actividad y el de vacaciones¹⁸, tratando de buscar la máxima similitud entre las percepciones a las que hubiera tenido derecho el trabajador por su jornada ordinaria y las recibidas durante el período de disfrute de las vacaciones¹⁹.

El concepto de remuneración habitual queda aquilatado con la referencia

¹⁵ F.J. TRILLO PÁRRAGA, *Vacaciones anuales pagadas*, en AA.VV., *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

¹⁶ CEACR: Observación (Cuba): Adopción: 1991, Publicación: 78^a reunión CIT (1991).

¹⁷ Al respecto, por todos, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA, *Retribución de las vacaciones y Tribunal Supremo: el final del camino*, en *Información Laboral*, 2016, n. 7.

¹⁸ M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *La retribución de las vacaciones*, TS, 1994, n. 38, p. 36; A. SEMPERE NAVARRO, P. CHARRO BAENA, *Las vacaciones laborales*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 115; A. TODOLÍ SIGNES, *La retribución por vacaciones en los Convenios Internacionales de la OIT: El caso de España y Brasil*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁹ A. SEMPERE NAVARRO, P. CHARRO BAENA, *Las vacaciones laborales*, *op. cit.*, p. 115.

a la retribución en especie y con la precisión contenida en la Recomendación núm. 47: “el método más equitativo para calcular la retribución durante las vacaciones de un trabajador cuya remuneración se calcule, total o parcialmente, a destajo, o según el rendimiento de su trabajo, consistiría en calcular la ganancia media en un período suficientemente amplio, con objeto de compensar lo más posible las variaciones de remuneración” (apartado 4).

Al ser un período computable como si fuera trabajo y se perciba la misma cuantía monetaria, permite calificar a la misma como salario²⁰.

La única excepción al disfrute de las vacaciones remuneradas y la percepción de una cantidad monetaria sin mantener el vínculo laboral viene reconocida en el art. 6, que garantiza también la percepción de estas cantidades aun sin disfrutar efectivamente de las mismas, cuando el trabajador haya sido despedido por una causa imputable al empleador, antes de haber tomado vacaciones a las que tiene derecho. Este precepto solo reconoce tal derecho en caso de despido por causa imputable al empleador, y no en el resto de supuestos de extinción del contrato de trabajo. Por tanto, no estarían amparados por este artículo supuestos de despido disciplinario, objetivo, colectivo, o debidos a la voluntad del trabajador, como la dimisión o el abandono.

Únicamente prevé la posibilidad de minorar o negar por completo la retribución durante las vacaciones cuando el trabajador desarrolle un trabajo retribuido (art. 5). En virtud de dicho precepto reconoce implícitamente el derecho a realizar otra actividad durante dicho período, como también ha sido avalado por el Tribunal Constitucional español al analizar la finalidad de las vacaciones y las facultades del trabajador durante este período²¹.

5. Duración del período de descanso

La diferencia entre las vacaciones y otros períodos de descanso retribuidos del trabajador, como el semanal, radica en su duración y en su carácter anual. El derecho a las vacaciones se alcanza “después de un año de servicio continuo”, el cual genera un mínimo de “vacaciones anuales pagadas de seis días laborables” (art. 2.1).

Esta duración se amplía para las personas menores de dieciséis años, incluidos los aprendices, a un mínimo de doce días laborables (art. 2.2).

²⁰ J. GORELLI HERNÁNDEZ, *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, op. cit., p. 16.

²¹ STCo 192/2003, de 27 de octubre.

Esta ampliación responde a lo previsto en la Recomendación núm. 47, “sería conveniente que los Estados Miembros examinaran la posibilidad de establecer un régimen más favorable para los jóvenes y aprendices menores de dieciocho años, a fin de facilitar la transición entre la vida escolar y la vida industrial durante el período de desarrollo físico”.

En todo caso, el Convenio configura estos días como un mínimo, el cual “deberá aumentar progresivamente con la duración del servicio, en la forma que determine la legislación nacional” (art. 2.5). Es más, “sería conveniente que el aumento progresivo de las vacaciones según la antigüedad en el servicio comenzara lo antes posible y se realizara por etapas regulares, con objeto de alcanzar un mínimo determinado al cabo de cierto número de años, por ejemplo, doce días laborables a los siete años de servicio” (apartado 3 Recomendación núm. 47).

Este Convenio establece, por tanto, un mínimo de 6 días laborales, es decir, a los que se debe sumar el descanso mínimo semanal previsto en sus propias normas, lo cual supone un total de 7 días (al menos) por cada año trabajado. Desde luego, el posterior Convenio núm. 132 amplía este período, aun cuando todavía muchos Estados siguen manteniendo el mínimo semanal anual de vacaciones (y otros ni siquiera llegan al mismo). Este derecho se configura con carácter cíclico, no aleatorio²² y proporcional al tiempo trabajado, de tal modo que los períodos inferiores trabajados traerán aparejado el correspondiente derecho.

En cuanto al período a considerar para generar las vacaciones, no ofrece dudas el tiempo efectivamente trabajado en la empresa. Pero supuestos más controvertidos han merecido aclaración en el apartado 1 de la Recomendación núm. 47: “en los empleos en que el trabajo no se efectúe con regularidad todo el año, debería considerarse cumplida la condición de continuidad en el servicio cuando el interesado haya trabajado durante cierto número de días en el transcurso de un período determinado.

Haber prestado servicio para varios empleadores, “debería” (aun cuando no aparece reconocido en el propio Convenio) dar derecho a vacaciones y “cada gobierno debería tomar medidas eficaces para que las cargas que resulten de la concesión de vacaciones no tengan que ser soportadas únicamente por el último empleador” (apartado 1 Recomendación núm. 47).

Respecto a las incidencias acaecidas durante esos seis días, el apartado 3 del art. 2 prevé la posibilidad de que determinadas interrupciones del trabajo que coincidieran con el período de disfrute de vacaciones anuales

²² P. CHARRO BAENA, *El derecho a las vacaciones en el ámbito laboral*, MTSS, Madrid, 1993, p. 292.

pagadas no impliquen una reducción de los días efectivos²³, dado que aparecen configurados como laborables. De este modo, no se computan a los efectos de las vacaciones anuales pagadas ni los días festivos oficiales o establecidos por la costumbre; ni las interrupciones en la asistencia al trabajo debidas a enfermedad (sin especificar el origen de la misma).

Esta última previsión resulta de suma importancia, en tanto el Convenio analizado prevé la no consunción de los días de vacaciones cuando coincidan con una enfermedad, no en vano la finalidad de las vacaciones no se cumpliría en tal caso²⁴.

La Recomendación núm. 47 propone ampliar los supuestos: “la continuidad en el servicio requerida para tener derecho a vacaciones no debería verse afectada por interrupciones en el trabajo debidas a enfermedad o accidente, acontecimientos familiares, servicio militar, ejercicio de derechos cívicos, cambios en la dirección de la empresa donde se halle empleado el trabajador, o desempleo involuntario de carácter intermitente, si la duración del desempleo no excede de ciertos límites y el trabajador reanuda su servicio” (apartado 1).

La finalidad última del derecho regulado en el Convenio acaba por aquilatar las posibilidades de disfrute de los días concedidos. Así, los días de vacaciones han de disfrutarse de forma continua, y solo si la legislación nacional lo autoriza, a título excepcional, cabe el fraccionamiento de la parte de las vacaciones anuales que exceda de la duración mínima prevista en el Convenio (art. 2.4)²⁵. Por tanto, el Convenio impone el disfrute continuado de al menos seis días laborables, pudiendo solo fraccionar, excepcionalmente, el exceso si así hubiere sido previsto. Así también aparece en el apartado 2 Recomendación núm. 47: “aunque pudiese ser conveniente, en casos especiales, permitir el fraccionamiento de las vacaciones, debería evitarse, sin embargo, que esta medida contrarreste la finalidad perseguida por las vacaciones, que es la de permitir que el organismo humano recupere las fuerzas físicas y morales perdidas durante el año. En los demás casos, exceptuados aquellos en que concurran circunstancias verdaderamente excepcionales, debería limitarse el fraccionamiento a dos períodos como máximo, uno de los cuales no debería ser inferior a la duración mínima prevista”.

²³ F.J. Trillo Párraga, *Vacaciones anuales pagadas*, op. cit.

²⁴ B.M. López Insua, *Vacaciones e IT: perspectiva comunitaria y española*, en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 2013, vol. 5, núm. 10, pp. 243 y ss.

²⁵ CEACR: Solicitud directa: Adopción (Paraguay): 2003, Publicación: 92^a reunión CIT (2004).

6. Registro de las vacaciones

El Convenio analizado, por último, introduce un instrumento de garantía de la eficacia del derecho²⁶, en tanto establece que “cada empleador deberá inscribir en un registro, en la forma aprobada por la autoridad competente la fecha en que entren a prestar servicio sus empleados y la duración de las vacaciones anuales pagadas a que cada uno tenga derecho; las fechas en que cada empleado tome sus vacaciones anuales pagadas; [y] la remuneración recibida por cada empleado durante el período de vacaciones anuales pagadas” (art. 7).

Esta obligación de registro del tiempo de vacaciones, el salario percibido durante las mismas y las fechas específicas de disfrute enlazan directamente con la tantas veces mencionada finalidad de las mismas, pero deja la regulación del concreto procedimiento y registro a cada Estado. Tampoco aborda la forma de fijación del período de descanso, ni su atribución a empresario, trabajador o al acuerdo entre ambos.

7. Normas de aplicación y tramitación del Convenio

Los arts. 8, 10 y siguientes son preceptos dirigidos a aplicar las disposiciones sustantivas de este Convenio y a la entrada en vigor del mismo²⁷.

De este modo, cada Estado que ratifique el Convenio ha de establecer un “sistema de sanciones que garantice su aplicación” (art. 8), pero deja libertad a cada país para que defina la infracción en cada caso, las sanciones a ella aparejadas y los supuestos excepcionales a considerar en cada caso.

En cuanto hace a las normas de tramitación, “las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo” (art. 10), habida cuenta este Convenio obligará “únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General” (art. 11.1).

Su entrada en vigor se produjo doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General (art. 11.2), esto es, el 22 de septiembre de 1939. Este hecho ha

²⁶ F.J. TRILLO PÁRRAGA, *Vacaciones anuales pagadas*, *op. cit.*

²⁷ Sobre el procedimiento de negociación y entrada en vigor de los Convenios, por todos, J.B. ACOSTA ESTÉVEZ, *El sistema jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1997.

debido ser notificado por el Director General de la Oficina a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo. Igualmente el Director notifica el registro de las ratificaciones que le comuniquen los demás Miembros de la Organización (art. 12).

A partir de esa fecha, la entrada en vigor para cada Estado que lo haya ratificado se produce doce meses después de la fecha en que haya sido registrada la misma (art. 11.3).

El art. 13 establece que han de transcurrir diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. Esta denuncia no surte efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

Si en el plazo de un año después de la expiración de dicho período de diez años el país no ha hecho uso del derecho de denuncia queda obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, siguiendo el trámite descrito (art. 13.2).

A la expiración de cada período de diez años, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo ha de presentar a la Conferencia General una memoria sobre su aplicación y la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de la revisión total o parcial del mismo (art. 14).

En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario, y a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros. Al existir dos Convenios sobre la materia, caben dos posibilidades, que los países ratifiquen el nuevo o que no lo hagan.

En el primer caso, la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, *ipso jure*, la denuncia inmediata de este Convenio, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

En el segundo, este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor (art. 15).

En cuanto al idioma, las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas (art. 16).

8. Conclusión final

El Convenio núm. 52 regula el derecho de los trabajadores (incluidos en su ámbito de aplicación) a unas vacaciones anuales retribuidas de una duración mínima de seis días laborales por año trabajado. Esta norma internacional constituyó, sin duda, un avance singular en materia de conciliación de la vida laboral, personal y familiar y del derecho al descanso de los empleados. Si bien ha sido superado por el posterior Convenio de la OIT sobre vacaciones que eleva el número de días concedido por año trabajado, el Convenio analizado sentó las bases de regulación del período de descanso más prolongado para los trabajadores, su finalidad y las normas para su disfrute. De hecho, sigue constituyendo la norma de aplicación al respecto para un número considerable de Estados y, por tanto, una garantía para millones de trabajadores alrededor del mundo.

9. Bibliografía

- ACOSTA ESTÉVEZ J.B., *El sistema jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1997
- ÁLVAREZ DE LA ROSA M., *La retribución de las vacaciones*, en *TS*, 1994, n. 38
- ARGÜELLES BLANCO A., *La regulación del derecho a vacaciones: ¿una redefinición del papel del convenio de la OIT?*, en *AL*, 1998, n. 3
- CAMPS RUIZ L.M., *Los convenios de la OIT sobre vacaciones y sobre descanso semanal*, en *RMEYSS*, 2014, n. 112
- CHARRO BAENA P., *El derecho a las vacaciones en el ámbito laboral*, MTSS, Madrid, 1993
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., MERCADER UGUINA J.R., *Retribución de las vacaciones y Tribunal Supremo: el final del camino*, en *Información Laboral*, 2016, n. 7
- GORELLI HERNÁNDEZ J., *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, Madrid, Tecnos, 2014
- GORELLI HERNÁNDEZ J., *El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación de las vacaciones*, en *Temas Laborales*, 2015, n. 130
- LÓPEZ ÁLVAREZ M.J., *Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria*, *RMEYSS*, 2017, n. 127
- LÓPEZ INSUA B.M., *Vacaciones e IT: perspectiva comunitaria y española*, en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 2013, vol. 5, n. 10

MONEREO PÉREZ J.L. Y GORELLI HERNÁNDEZ J., *Tiempo de trabajo y ciclos vitales*, Comares, Granada, 2009

ORTEGA LOZANO P.G. Y GUINDO MORALES S., *Status quaestionis sobre el derecho a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, n. 221

SEMPERE NAVARRO A., CHARRO BAENA P., *Las vacaciones laborales*, Aranzadi, Navarra, 2003

SERVAIS J.M., *Política de trabajo decente y mundialización. Reflexiones sobre un planteamiento jurídico renovado*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2004, n. 123

SERVAIS J.M., *El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica*, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2012, n. 15-18

TODOLÍ SIGNES A., *La retribución por vacaciones en los Convenios Internacionales de la OIT: El caso de España y Brasil*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2014, vol. 2, n. 3

TRILLO PÁRRAGA F.J., *Vacaciones anuales pagadas*, en AA.VV., *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

VALTICOS N., *Conventions internationales du travail et droit interne*, en *Revue critique de droit international privé*, 1955, n. 2

VALTICOS N., *Derecho Internacional del Trabajo*, Madrid (Tecnos), 1977

VICENTE PACHÉS F., MIÑARRO YANINI M., *Vacaciones anuales (art. 38 ET)*, en AA.VV., *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores*, CEF, Madrid, 2005

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas) 1939 (núm. 64)

María del Ángel IGLESIAS VÁZQUEZ*

RESUMEN: El presente trabajo pretende ofrecer una serie de observaciones y comentarios acerca de uno de los instrumentos que constituyen el llamado *Native Labour Code*, tres convenios dirigidos expresamente a mejorar las condiciones de vida laboral de los indígenas que si bien no en condiciones de esclavitud, el trabajo a que estaban obligados podía calificarse de forzado. Con sus carencias, este Convenio 64 tiene el mérito de ser el primer texto que incluye una definición de contrato de trabajo y establece unas garantías o derechos (asimismo, obligaciones) a respetar por el empleador. La época en la que está redactado y posteriormente aprobado, hace del mismo un texto histórico que merece ser tenido en consideración, en especial desde el punto de vista de los derechos de las Comunidades Indígenas. Con este Convenio, comprobamos, una vez más, que la OIT se muestra como un organismo clave en el largo camino hacia la consecución del reconocimiento de derechos fundamentales de estas comunidades.

Palabras clave: Contrato de trabajo, trabajadores indígenas, transferencia de trabajadores.

SUMARIO: 1. Antecedentes y gestación del Convenio. 1.1. Principales cuestiones planteadas previamente. 2. Los Comentarios al anteproyecto del Convenio. 3. Recomendación complementaria. 4. El texto final del Convenio. 4.1. Las definiciones. 4.2. Ámbito de aplicación. 4.3. Garantías contractuales. 4.4. La cuestión del menor. 4.5. La duración del contrato. 5. Recomendaciones. 6. Consideraciones finales. 7. Bibliografía.

* Profa. Dra., UNIR, Universidad Internacional de La Rioja.

Contracts of Employment (Indigenous Workers) Convention 1939 (No. 64)

ABSTRACT: This paper aims to offer a certain number of commentaries and explanations about one of the instruments that constitute the so-called Native Labour Code: three conventions expressly aimed at improving the working conditions of indigenous people who, although not in conditions of slavery, the work to which they were obliged, could be described as forced. With its shortcomings, this Convention 64 has the merit of being the first text that includes a definition of an employment contract and establishes guarantees or rights (as well as obligations) to be respected by the employer. The time in which it was drafted and subsequently approved makes it a historic text that deserves to be taken into consideration, especially from the point of view of the rights of Indigenous Communities. With this Convention, we see, once again, that the ILO is shown to be a key body on the long road to achieving the recognition of fundamental rights of these communities.

Key Words: Contracts of employment, indigenous workers, worker transferences.

1. Antecedentes y gestación del Convenio

Ya se dijo en el comentario al Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936 (n. 50), la Organización Internacional del Trabajo, desde comienzos de la década de los veinte del pasado siglo y en particular desde 1929 había mostrado preocupación e interés por la regulación de determinadas cuestiones que afectaban al trabajador indígena y que por su importancia se había decidido un estudio y posterior regulación separadamente¹.

En la reunión décimo novena de 1935 se estaba tratando la cuestión relativa al Reclutamiento de los Trabajos de los trabajadores indígenas y asimilados y se decidió incluir en el orden del día de la reunión (de la Conferencia) de 1937 la cuestión de los contratos. Los problemas previos que planteaba esta cuestión contractual había sido estudiada por una Comisión de Técnicos. Se trata ahora de llevar a cabo una primera discusión con el fin de poder llegar a la aprobación de un Convenio en 1939. Se gestaba así el tercer Convenio dirigido a reglamentar el trabajo indígena si bien, no fue el último².

El Convenio 64 está en principio calificado como «oriented from an employers'perspective»³, lo que no sorprende ya que hasta 1989 las comunidades indígenas no dispondrán de un texto claramente protector de los derechos que como persona debería reconocérseles. El Convenio anterior 107 también fue calificado de paternalista y así puede afirmarse que se realizó desde una perspectiva del colono. No es fácil, ni se puede pretender, que en veinte años la OIT pudiera elaborar un texto desde una visión sustentada por siglos.

A este Convenio 64 seguirá un tercer Convenio relativo a sanciones penales cuyo conjunto, siguiendo a Tomasselli, constituye, junto al Convenio 54, el *Native Labour Code*⁴.

Por lo que respecta al que ahora nos ocupa, fue aprobado en la 25^a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo el día 27 de junio de 1939 si bien su entrada en vigor fue la del 8 de junio de 1948. Fue

¹ Así, las Resoluciones de 1929, 1932 y 1935 correspondientes a las reuniones 12^a, 16^a y 19^a.

² Sanciones Penales, 107 y 169.

³ C. ROY, M. KAYE, *The International Labour Organization: A Handbook for Minorities and Indigenous Peoples*, Minority Rights Group International and Anti-Slavery International, 2002, p. 19.

⁴ A. TOMASSELLI, *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation: International*, Nomos, 2015, p. 40; L. SWEPSTON, *Development of the ILO Conventions*, en AA.VV. (eds.), *Indigenous Peoples' Rights in International Law: Emergence and Application. Book in Honor of Asbjørn Eide at Eighty*, Gáldu, IWGIA, 2015, p. 227.

derogado el día 5 de junio de 2018 en la Conferencia General habida en esa fecha y en la que junto al mismo, lo fueron cinco más⁵. Había sido ratificado por treinta y un estados. Puede concluirse de ello, quizás, que tuvo una buena aceptación.

Como señala el *Informe II* de 1938⁶ «la aceleración del ritmo de explotación de los territorios coloniales» había traído como consecuencia la necesidad de más mano de obra. Las principales actividades llevadas a cabo por los colonos, como las plantaciones o la explotación de minas requería, por su propia naturaleza retener de alguna forma al empleado para lo que el contrato a largo plazo parecía devenir en la forma más segura. La escasez de trabajadores indígenas o asimilados era un hecho evidente y el contrato podría ofrecer un incentivo a aquéllos. No puede dejarse de lado el hecho de que razones económicas y comerciales empujaron a que muchos europeos buscaran otros mercados.

Los trabajos del Instituto colonial de 1897, 1899 y en especial de 1912 habían tratado la cuestión contractual aunque con un campo de aplicación limitado⁷. Este mismo *Informe* recuerda que se habían llegado a proclamar una serie de principios⁸ e incluso un proyecto de reglamentación⁹. Janssen había presentado unas conclusiones en la reunión de 1912 que bien podían haberse incorporado a algún Convenio si bien a falta de ello, aún la cuestión contractual de los trabajadores indígenas quedaba sin cobertura convencional.

Cuestión a tener en cuenta es el periodo de la historia en que este Convenio entra en vigor. El estallido de la segunda guerra mundial no tuvo como escenario las colonias, pero las metrópolis estaban sumidas en el gran conflicto por lo que la atención no se hallaba puesta en la marcha de los Convenios de 1939. Existe amplia literatura que muestra la participación de indígenas llevados lejos de sus tierras ya desde la primera conflagración bélica mundial para participar en un conflicto que realmente les era un tanto ajeno. Ello bajo la promesa de ciertos beneficios materiales, como pensiones¹⁰ o de obtención de nacionalidad que, en más

⁵ 107^a Reunión. *Vid. ILO, Abrogation of Convention 64*, en www.ilo.org.

⁶ *Vid. OIT, Informe II. Reglamentación de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas*, Conferencia Internacional del Trabajo, 24^a Reunión, 1938 (extracto), p. 2.

⁷ Se referían a los trabajadores migrantes.

⁸ *Vid. en pie de p. 1 del Informe*: «todo contrato que prevea más de tres meses de servicio deberá ser extendido por escrito; la duración de la validez de un contrato no podrá exceder de tres años; el empleador está obligado a asegurar al trabajador asistencia médica y a repatriarle a la expiración del contrato».

⁹ *Vid. Informe*, pp. 3 y 4.

¹⁰ L.J. GREENSTEIN, *The Impact of Military Service in World War I on Africans: the Nandi of Kenya*, en *The Journal of Modern African Studies*, 1978, vol. 16, n. 3, pp. 495-507; R.S.

ocasiones de las deseadas, fueron incumplidas.

1.1. Principales cuestiones planteadas previamente

Existían diversos temas sobre los que, ante la duda de la aplicación de esta reglamentación internacional y las diferentes posiciones al respecto, se hacía preciso efectuar las oportunas consultas en forma de preguntas a los estados. Así, un primer grupo de cuestiones se aglutinarían en torno a las respuestas a las siguientes preguntas:

- 1) determinación de la clase de contrato a los fines del Convenio y en particular la de si el ámbito de aplicación quedaría limitada a los trabajadores manuales;
- 2) la relativa a la contraprestación por trabajo, dadas las diferencias en los ordenamientos jurídicos de los estados y las diferentes formas contractuales;
- 3) si igualmente se aplicarían a los contratos celebrados entre empleador indígena y trabajador indígena;
- 4) si eran susceptibles de inclusión los concluidos por subcontratistas o subempleados;
- 5) la utilidad o no de insertar una definición de contrato de trabajo, cuestión ésta que quedó resuelta en forma de su “inutilidad”.

En un segundo grupo se debería consultar con los gobiernos de los estados la cuestión relativa a la obligatoriedad o no de que el contrato quedara plasmado por escrito y si ello dependería de la duración contractual (y en ese caso, qué duración sería la estimada para suponer que el contrato es a largo plazo¹¹) o cuando las condiciones laborales traen consigo «derogaciones notables de las disposiciones habituales en la región de empleo para un trabajo análogo»¹².

Una tercera cuestión a discutir con los estados era la relativa al contenido del contrato, a los elementos esenciales del mismo y en este caso se planteaba la cuestión de incluir determinadas cuestiones en el Convenio (internacional), las más básicas, opción ésta que sorprendentemente es por la que la Comisión de peritos se inclinaba con el añadido de ofrecer al

SHEFFIELD, N. RISEMAN, *Indigenous Peoples and the Second World War. The Politics, Experiences and Legacies of War in the US, Canada, Australia and New Zealand*, Cambridge University Press, 2018.

¹¹ A este respecto surgía el problema de que su celebración por duración de un mes se hacía prácticamente imposible debido a la distancia entre el lugar de habitación y el de trabajo.

¹² *Vid. el Informe*, p. 12.

indígena información bastante sobre los temas no incluidos y dejados a la suerte de las legislaciones nacionales.

En cuarto lugar, la necesidad de establecer un mecanismo de vigilancia administrativa del contrato y sus modalidades y en este punto la cuestión de la libertad respecto de otro trato anterior que el trabajador tuviera y que pudiera aún vincularle, la de la no coacción, la de su consentimiento limpio, se erigía como tema a someter a la Conferencia a fin de integrarse en las preguntas a efectuar a los gobiernos. Junto a ello, la comprobación de la forma y contenido del contrato y la debida comprensión por parte del trabajador. Relacionada con esta cuestión aparece la recomendación de la Comisión sobre la conveniencia de la entrega al trabajador de una copia del contrato o “documento equivalente”, ello, con independencia de que como el trabajador «contrata individualmente con el empleador, lo mismo si se entrega a cada uno un documento separado que si se extiende un solo documento para todo el grupo». En cualquier caso, se dejó la cuestión a la oportuna consulta a los gobiernos, como hemos señalado.

En quinto lugar, la obligatoriedad de las visitas médicas antes de la celebración del contrato con carácter general o sólo en determinadas circunstancias (por ejemplo, quedarían fuera los trabajos agrícolas a llevar a cabo cerca del “hogar contratado”).

Respecto a la cuestión relativa al trabajo de mujeres, adolescentes y niños, sorprende aquí que, de un lado se considere junto a la diversidad en las legislaciones nacionales, la cuestión de la igualdad, junto con la frialdad que supone alegar que una forma de resolver la escasez de trabajadores nativos dado el “ritmo acelerado de mano de obra” es la de animar a que el hombre se trasladase acompañado de la familia, autorizándose así el trabajo de ésta¹³.

Otras cuestiones debatidas y a someter fueron la de la duración del contrato, sobre lo que la Comisión de peritos tan sólo enunció el principio de que «La legislación debería fijar la duración máxima de servicio que pueda ser estipulada en los contratos de trabajo. Esta duración debería ser lo más corta posible» señalando la conveniencia en especial de tal duración máxima en determinados supuestos que después señalaremos. Esta cuestión se elevaría así a la consulta de los gobiernos.

Otro de los temas a resolver (y preguntar a los gobiernos) era el de la posibilidad de transferencia de contratos entre empleadores, rescisión del contrato, repatriación, renovación y sanciones penales cuestión sobre la que ya se vislumbra la atenuación, aunque no la supresión de las mismas¹⁴.

¹³ *Ibidem*, p. 23.

¹⁴ En caso de incumplimiento por parte del trabajador indígena, la imposición de

A estas cuestiones se añadiría con posterioridad la surgida con los «contratos (que) se hayan celebrado en un territorio y que deban ser empleados en otro que esté sometido a otra administración» que después veremos.

Las cuestiones señaladas en este apartado se recogieron en un *Grey Report* junto a «la exposición de la legislación y de la práctica en los diferentes territorios interesados, con el texto de los principios sobre los contratos de trabajo extendidos por escrito que había adoptado la Comisión de peritos en materia de trabajo indígena»¹⁵ y junto al Cuestionario pertinente.

2. Los Comentarios al anteproyecto del Convenio

En la vigésimo quinta reunión de la OIT de 1939 se presentó como Segunda cuestión del día un comentario al anteproyecto del Convenio objeto de este comentario¹⁶. Las cuestiones antes mencionadas fueron enviadas a los gobiernos habiendo respondido veintiún estados¹⁷.

Una observación importante es la de que, aún sin definir indígena, ya refiere a la etimología del término. Ello, cuando para referirse a los sujetos a quienes va dirigido el Convenio, los trabajadores, incluye tanto al autóctono como al que constituya población inmigrada que goza del mismo estatus al efecto.

Por lo que se refiere a empleador, el término engloba «a todos los empleadores particulares, ya sean europeos, indígenas o de otra raza no indígena»¹⁸. Si comprende o no a los empleados por la administración, la Conferencia será quien haya de resolver el problema de su aplicación al mismo. En cuanto a qué deba entenderse por disposiciones legales, incluiría la aplicable al territorio de que se trate (internacional o nacional). Importante nos parece la definición de “contrato” pues, aunque en el

sanciones de tipo penal era cuestión generalizada. El Convenio de 65 de 1939 trataría esta cuestión.

¹⁵ Cfr. OIT, *Informe II. Reglamentación de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas*, Conferencia Internacional del Trabajo, 25^a Reunión, 1939, p. 3.

¹⁶ Igualmente se realizó respecto del Anteproyecto de Convenio relativo a las sanciones penales por incumplimiento del contrato por parte del trabajador indígena y del Proyecto de Recomendación relativa a la inspección del trabajo de los trabajadores indígenas.

¹⁷ Estos son los de Canadá (Provincias de Alberta, de Manitoba y de Ontario), Cuba, Dinamarca, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, India, Irak, Irlanda, Letonia, Lituania, Nueva Zelanda, Países Bajos, Siam, Suecia, Suiza, Turquía y Unión Sudafricana.

¹⁸ *Informe*, p. 8.

artículo 1 no especifique concepto como tal, la referencia a la posterior estipulación (artículo 3) ya nos provee de lo que parece constituir la primera definición en lo que constituyen las normas de trabajo.

La cuestión relativa a la contraprestación por trabajo, a tenor de lo que se desprende del documento, puede ser tanto en salario como en especie.

Quedan fuera de la aplicación del Convenio los contratos de aprendizaje.

La obligatoriedad de su plasmación por escrito¹⁹ so pena de poder exigir reclamación por daños y perjuicios o su ejecución, se produciría cuando «cuando la duración del contrato alcanza o excede de seis meses o de un número de días de trabajo equivalentes a seis meses, y [...] cuando las condiciones de trabajo estipuladas en el contrato implican derogaciones de importancia a las disposiciones habituales en la región del empleo para un trabajo análogo»²⁰.

Llama la atención la importancia dada al contenido del contrato – como antes hemos dejado señalado – pues lo que se dispone en este anteproyecto gira en torno a que en el mismo figuren cuantas disposiciones sean necesarias a fin de fijar con claridad y precisión los derechos y deberes de las partes contratante.

Los contratos habrían de ser verificados mediante la recepción de un visado de un funcionario de la administración que resultare responsable.

De ahí que el apartado 2 oriente señalando las cuestiones que deben ser objeto de comprobación para visar aquél que además ha de ser registrado.

Con respecto al reconocimiento médico, después de recibidas las observaciones de los gobiernos, la OIT decidió: «le hemos añadido una limitación sugerida por una de las respuestas, que trata de subordinar la dispensa del reconocimiento médico a la condición de que la autoridad competente se haya convencido de que el trabajo a ejecutar, en las empresas de carácter no agrícola situadas en las cercanías del hogar del trabajador, no presenta un carácter peligroso ni es de naturaleza que pueda perjudicar a la salud de los trabajadores».

El problema de los menores se deja a la suerte de las legislaciones nacionales lo que supone una garantía de trato no discriminatorio para el trabajador indígena o asimilado, pero, de otra parte, lo que no puede esconderse tras ello, es la disparidad de los ordenamientos jurídicos respecto de la cuestión y el riesgo que ello conlleva. Sin duda, hubiera sido mucho más beneficioso establecer un límite medio determinado.

¹⁹ Excepción hecha de cuando no ha habido negligencia u omisión consciente por parte del empleador. En cualquier caso, simplemente el contrato no obliga al trabajador, sin más consecuencias para el empleador. Además, es ilegal considerar que el contrato obligue a la familia del trabajador (*ex art. 4*).

²⁰ *Informe*, p. 9.

También se deja a la legislación nacional la cuestión relativa a la duración máxima de los contratos.

Sin duda un acierto del convenio es la necesidad de que el trabajador preste su consentimiento cuando va a ser trasladado de empleador o de empresa, aunque no exista obligación de comprobar tal aceptación.

La rescisión de los contratos tendría lugar por terminación o fallecimiento del trabajador, protegiéndose derechos de las personas a su cargo. Fuera de estas condiciones normales la imposibilidad de ejecución del mismo por cualquiera de las partes, consentimiento o a requerimiento de una de las partes también pueden constituir causas de rescisión. Se añadieron, recibidas las opiniones de los estados, ciertas estipulaciones sobre derechos del trabajador en materia de reparación de accidentes o de enfermedades.

Por lo que respecta a la repatriación, ésta correría a cargo del empleador salvo que la terminación contractual se debiera a otras causas, como la propia voluntad del trabajador.

Las excepciones figuran en el artículos 13 y 14 (reproducción de las previstas en el Convenio 50).

Por insistencia de la Oficina y dada la movilidad ya existente, no ya entre empresas o empleadores, sino más allá, de territorios, la Oficina se planteó si convendría plantear algunas reglas para el reparto de las responsabilidades entre las dos administraciones interesadas, cuando un contrato se ha celebrado en un territorio y el trabajador contratante ha de ser empleado en otro. Así la cuestión “territorio de origen-territorio de empleo” conllevaba una serie de obligaciones y estipulaciones en las que el *Informe* tiene en cuenta la posibilidad de que el Convenio no estuviera en vigor en ambos territorios.

Existe una carga de reparto de responsabilidades: como norma general, al estado de origen le competían las siguientes obligaciones: visado del contrato, reconocimiento médico, comprobación de la mayoría de edad, anotación de la transferencia en el contrato, duración, condiciones de rescisión, estipulaciones sobre la repatriación y duración de servicios estipulada en todo contrato de reajuste.

En el supuesto de que no esté el Convenio en vigor a la vez en ambas partes, las obligaciones del funcionario de origen difieren lo mismo que en el supuesto de que ninguno de los dos gobiernos de los estados hubiera procedido a ratificar el Convenio.

3. Recomendación complementaria

La cuestión de la duración máxima de los contratos había sido por voluntad de los estados, dejada preferentemente a una remisión a las legislaciones nacionales, pero la Oficina consideró importante hacer alguna observación al respecto a modo de indicación «tanto sobre los criterios que deberían servir para determinar la duración máxima de los contratos, como sobre las duraciones máximas que deberían ser adoptadas»²¹. Esta es una cuestión que según se desprende de los *travaux préparatoires* era de máximo interés para los gobiernos de los estados. De hecho, se realizó – como seguidamente veremos – una Recomendación al respecto, poco después de que se adoptara el texto final.

4. El texto final del Convenio

Tres meses tan sólo transcurrieron desde la presentación del anteproyecto hasta la adopción del texto final el día 8 de junio de 1939. El texto final apenas se diferencia del anteproyecto quedando cuestiones de gran relevancia – bajo nuestro punto de vista – sin resolver internacionalmente y así, dejadas a lo que las legislaciones nacionales previeran al respecto. Nos referimos a la cuestión de la duración del contrato o a la cuestión de la edad bastante para suscribir un contrato.

4.1. Las definiciones

El artículo 1 del Convenio dedica cuatro apartados las definiciones. Por más que la primera de las cláusulas de este Convenio esté especialmente consagrada a proveer definiciones, no hallamos al igual que en el Convenio anterior, la de «indígena» o «asimilado a la población indígena». Al efecto nos remitimos a las consideraciones hechas respecto del Convenio 50. La época en la que el Convenio se gesta, en el año de comienzo de la II Guerra Mundial, está caracterizada aún por casi un entero continente dependiente de potencias europeas, como es el caso de África y otras muchas colonias en el continente asiático. El derecho internacional de las comunidades indígenas no contaba aún con texto alguno de protección de los derechos de las mismas (que precisamente aparece merced al trabajo de la OIT: los Convenios 107 y 169) ni con

²¹ *Ibidem*, 20.

definición alguna, siendo la primera más relevante la de Martínez Cobos, no exenta de críticas por otra parte. Habremos de entender en consecuencia con lo expuesto, que la referencia al indígena es la más cercana al sentido etimológico del término.

En la letra b) de esta primera disposición ya se contempla cómo el propio indígena podía ser empleador y ello porque en algunas colonias (británicas, por ejemplo) se adoptó un sistema de mixto de control de las actividades no sólo laborales sino por ejemplo fiscales o de recaudación de impuestos²².

4.2. Ámbito de aplicación

El Convenio se aplica a la prestación de servicios a cambio de una remuneración que puede revestir diferentes formas a la dineraria, excluyéndose los de aprendizaje o cuando la remuneración es la de poder ocupar una tierra propiedad del empleador. Se muestra así el texto se muestra demasiado “complaciente” con el empleador de manera que pueden excluirse también de la aplicación del mismo cuando el número de reclutados sea limitado) con remisión a las legislaciones nacionales). Por otra parte, no se exige siempre la formalización del contrato por escrito: precisa su obligatoriedad dependiendo de la duración (igual o superior a seis meses) y condiciones no habituales en la región de empleo para una labor similar.

4.3. Garantías contractuales

Los artículos 5, 6, 7,8 y 9 contienen estipulaciones relativas al contenido del contrato, que de todo punto parecen necesarias a efectos de establecer derechos y obligaciones de las partes en la relación jurídica. Además, la necesidad de que esté visado por un funcionario público habilitado a fin de comprobar no sólo los requisitos del artículo 5 sino que el trabajador indígena ha aceptado sin coacciones o error el contrato, que se ha celebrado en la forma debida, que conoce el contenido del mismo, que se halla liberado de cualquier impedimento (otra relación contractual, por ejemplo) y se ha cumplido con el obligado reconocimiento médico a lo que hace referencia el artículo 7.

²² *Vid. East Africa Hut Tax Ordinance* de 1903 y sus modificaciones.

4.4. La cuestión del menor

No contiene el Convenio disposición que estipule qué se entienda por menor. Existe remisión al efecto a la “legislación”, sin más.

4.5. La duración del contrato

Al igual que lo anterior, tampoco el Convenio fija una duración máxima del contrato²³ por voluntad de los estados, si bien en la Recomendación 58 se indicó por parte de la OIT lo que se consideraría deseable. La cuestión pasa por tener en cuenta que una Recomendación es *soft law* y por tanto no obliga.

Por lo demás, las disposiciones del texto final realmente son las que se han comentado antes y por tanto, se dan por comentadas.

5. Recomendaciones

Al respecto debe tenerse en cuenta el hecho de que, mediante Recomendación²⁴, y por tanto sin fuerzo jurídica vinculante, la Conferencia de la OIT procedió a sugerir a los estados que la duración del servicio a prestar por los trabajadores se fijara teniendo en cuenta dos factores:

- a) que el viaje o traslado al lugar de prestación fuera «largo y costoso»;
- b) que la familia acompañase a aquellos, de tal manera que para el primer caso de no ser costoso se fijó en doce meses máxima debiendo ser menor si aquellos no estuvieran acompañados de sus familias y de dos años si lo estuviere.

De contrario, no podría ser superior a dos años *si el trabajador no está acompañado por su familia ni de tres años si su familia lo acompaña*.

A esta regla general seguirían las excepciones de que el empleador quiera establecerles sin separarlos.

Por último, y en cuanto al periodo de descanso vacacional se recomendó una semana si el contrato era de doce o más meses. Ello bajo remuneración.

²³ Cf. art. 8.

²⁴ Recomendación sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1939 (n. 58).

6. Consideraciones finales

Realizar hoy una crítica del primer convenio que se ocupa de los derechos laborales (y humanos de los trabajadores indígenas, en tanto algunas de sus disposiciones trascienden el ámbito puramente laboral, se antoja una cuestión más compleja de lo que puede parecer a primera vista.

Pueden desde luego objetarse las cuestiones que hemos dejado apuntadas, como la de la falta de definiciones claras en aspectos relevantes, pero entendemos que sería faltar a la justicia si se pretende que en el año en que se adopta el Convenio 64 la comunidad internacional viniera a otorgar lo que casi un siglo después se ha logrado.

Desde luego se trata de un texto hecho “unilateralmente” y sin la debida consulta al sector afectado. De un lado, por más que la esclavitud, como palabra se hubiera desterrado en 1815, lo que representa tal hecho realmente cambia para esconderse bajo otras formas (trabajos forzados existentes hasta hoy en día). El indígena dejó de ser esclavo, pero no recuperó su estatus anterior: el progresivo reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas es reciente en el derecho internacional y el único texto vinculante se debe a la loable labor de la Organización Internacional de Trabajo, el Convenio 169 de 1989. La pérdida de sus tierras tras el fenómeno colonizador hace que devenga en súbdito de extraños en lo que por derecho les pertenece.

Entendemos que este Convenio debería interpretarse a la luz del tiempo en que se elabora y en especial teniendo en cuenta el sujeto al que va dirigido: las comunidades indígenas se hallaban desprovistas de instrumentos jurídicos de protección de sus derechos. El que la Organización Internacional del Trabajo se ocupase del derecho a trabajar y dentro del mismo de la relación contractual en tiempos de dependencia de tantos estados respecto de las metrópolis es un avance innegable para el derecho internacional.

Los acontecimientos internacionales acaecidos en el año de su adopción, 1939 (segunda guerra mundial) y el nuevo derecho internacional surgido después de la misma, cambiaron notablemente el panorama de los derechos humanos. Sin embargo, este Convenio permanecerá vigente hasta 2018 aunque realmente en la práctica muchas de sus disposiciones quedaron *de facto* desplazadas por el derecho posterior.

7. Bibliografía

GREENSTEIN L.J., *The Impact of Military Service in World War I on Africans: the Nandi of Kenya*, en *The Journal of Modern African Studies*, 1978, vol. 16, n. 3, pp. 495-507

ILO, [Abrogation of Convention 64](#), en www.ilo.org

OIT, *Informe II. Reglamentación de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas*, Conferencia Internacional del Trabajo, 24^a Reunión, 1938 (extracto)

OIT, *Informe II. Reglamentación de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas*, Conferencia Internacional del Trabajo, 25^a Reunión, 1939

ROY C., KAYE M., *The International Labour Organization: A Handbook for Minorities and Indigenous Peoples*, Minority Rights Group International and Anti-Slavery International, 2002

SHEFFIELD R.S., RISEMAN N., *Indigenous Peoples and the Second World War. The Politics, Experiences and Legacies of War in the US, Canada, Australia and New Zealand*, Cambridge University Press, 2018

SWEPSTON L., *Development of the ILO Conventions*, en AA.VV. (eds.), [Indigenous Peoples' Rights in International Law: Emergence and Application. Book in Honor of Asbjørn Eide at Eighty](#), Gáldu, IWGIA, 2015

TOMASSELLI A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation: International*, Nomos, 2015

Normativa

Official Gazette of The East Africa and Uganda, 1 enero 1903, vol V, n. 76

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre el servicio del empleo 1948 (núm. 88)

Maiedah JALIL NAJI*

RESUMEN: Pese a ser un instrumento adoptado en 1948, el Convenio n. 88 de sobre el servicio de empleo resulta un instrumento que hoy en día sigue teniendo mucha importancia dentro de las normas técnicas de la OIT. Situando el punto de partida en la vinculación del Convenio con el principio que garantiza que el trabajo no es una mercancía, el presente estudio repasa las etapas por las que ha atravesado desde su entrada en vigor en 1950, así como el alcance y contenido de este instrumento. Resaltando la importancia de superar su situación provisoria, y defendiendo una actualización de este en consonancia con los retos que el nuevo mundo del trabajo plantea a las políticas de empleo en el ámbito de la acción normativa de la OIT.

Palabras clave: OIT, política, empleo, servicio público.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El “estatus” actual del Convenio sobre el servicio de empleo. 3. Sobre el alcance y contenido del Convenio. 4. Hacia la actualización del Convenio: unos SPE en el nuevo mundo del trabajo. 5. Bibliografía.

* Personal Investigador en Formación, Universidad Pablo de Olavide.

Employment Service Convention 1948 (No. 88)

ABSTRACT: Despite being an instrument adopted in 1948, the Employment Service Convention No. 88 is still a very important instrument in the ILO's technical legal instruments today. Placing the starting point in the link between the Convention and the principle that labour is not a commodity, this study reviews the stages it has gone through since its entry into force in 1950, and the scope and content of this instrument. Stressing the importance of overcoming its interim situation and defending an updating of this in line with the challenges posed by the new world of work to employment policies within the ILO's standards.

Key Words: ILO, policy, employment, public service.

1. Introducción

La necesidad de seguir velando por garantizar el principio fundamental ya dispuesto implícitamente en la sección 1 de la Parte XIII del Tratado de Versalles, y que más adelante, se recoge expresamente en el apartado a) del art. 1 de la Declaración de Filadelfia de 1944, según el cual el trabajo no es una mercancía. Junto con lo establecido en los apartados b) y c) de la parte III de la propia Declaración de Filadelfia y que recogen la necesidad de velar por «emplear trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común» y «conceder, como medio para lograr este fin y con garantías adecuadas para todos los interesados, oportunidades de formación profesional y medios para el traslado de trabajadores, incluidas las migraciones de mano de obra y de colonos». Sitúan el punto de partida en la promoción y defensa de unos Servicios Públicos de Empleo de calidad (en adelante, SPE).

La obligación de contribuir a la ejecución de programas para lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida desembocaría en que durante la primera reunión de la Conferencia en el año 1919 se adoptara el Convenio n.º 2 sobre el desempleo donde se prevería por primera vez en el ámbito de la OIT el establecimiento de «un sistema de agencias públicas no retribuidas de colocación, bajo el control de una autoridad central»¹.

La importancia que reciben los SPE en el ámbito de la OIT sigue vigente en la actualidad. En numerosas ocasiones en su seno se han pronunciado acerca de la importancia de los SPE para el funcionamiento óptimo del mercado de trabajo y la materialización del derecho al trabajo². El Convenio n.º 88 de 1948 sobre el servicio de empleo y la Recomendación sobre el servicio del empleo n.º 83 de 1948 establecieron los cimientos para un sistema dual de servicios de empleo. Haciendo hincapié en la función primordial que deben desempeñar los SPE para aunar esfuerzos de los solicitantes de empleo y de los empleadores a fin de lograr y mantener el pleno empleo, productivo y libremente elegido. Y, por otra parte,

¹ Este convenio se acompaña de la Recomendación sobre el desempleo, 1919 (núm. 1) mediante la cual se instauraba expresamente monopolio de los servicios públicos de empleo al recomendar que se prohibieran las agencias retribuidas de colocación. La Recomendación núm. 1 fue adoptada el 28 de noviembre de 1919 y retirada el 3 de junio de 2002.

² En relación con la importancia de los servicios públicos de empleo en el contexto de la resiliencia y la recuperación de la crisis. *Vid.* OIT, *Un Pacto Mundial para el Empleo*, 2009, p. 3.

reconociendo también la contribución de las agencias privadas de empleo (en adelante, APE) a fin de garantizar el funcionamiento eficaz del mercado de trabajo y facilitar la movilidad profesional y geográfica.

Aunque las relaciones entre ambas instituciones (públicas y privadas) han cambiado a lo largo del tiempo, el papel central de los SPE en lo que respecta a contribuir al conjunto de las políticas nacionales encaminadas al objetivo el empleo pleno y productivo ha sido una constante, y se ha reafirmado en otros instrumentos más recientes de la OIT en el ámbito de la política de empleo. Por ejemplo, en el Convenio n. 122 de 1964 sobre la política del empleo, el Convenio n. 142 de 1975 sobre el desarrollo de los recursos humanos, el Convenio n. 168 de 1988 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo y en el propio Convenio n. 181 de 1997 sobre las agencias de empleo privadas.

Es principalmente junto con el n. 122 de 1964 donde se recoge el mandato del objetivo del pleno empleo, productivo y libremente elegido, con el que los servicios de empleo (públicos y privados), se constituyen como los instrumentos supremos para la OIT en la búsqueda del establecimiento de estrategias para lograr dichos objetivos.

Esta estrecha relación entre los Convenios n. 88 y n. 122 se pone de manifiesto en el artículo 1, apartado 2, del Convenio n. 88, en el que se establece que «la función esencial del servicio del empleo, en cooperación, cuando fuere necesario, con otros organismos interesados, públicos y privados, deberá ser la de lograr la mejor organización posible del mercado del empleo, como parte integrante del programa nacional destinado a mantener y garantizar el sistema del empleo para todos y a desarrollar y utilizar los recursos de la producción»³.

2. El “estatus” actual del Convenio sobre el servicio de empleo

En 1948 la Conferencia Internacional del Trabajo (en adelante, CIT) adoptó el Convenio n. 88 y la Recomendación n. 83. El Convenio n. 88 exige que los gobiernos mantengan un servicio de empleo público y gratuito encargado de garantizar la mejor organización posible del mercado trabajo como parte integrante del programa nacional para el logro y el mantenimiento del pleno empleo. Por su parte, la Recomendación n. 83 establece medidas detalladas en materia de organización general, información sobre el mercado del empleo,

³ OIT, *Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, 2019, p. 59.

presupuesto, encauzamiento de los trabajadores hacia los empleos disponibles, movilidad de los trabajadores, así como disposiciones diversas sobre la cooperación internacional entre los servicios de empleo⁴. El Consejo de Administración examinó la posibilidad de revisar parcialmente el Convenio n. 88 en 1971. Concretamente, la Comisión de Reglamento y de Aplicación de Convenios y Recomendaciones del Consejo de Administración estudió la conveniencia de emprender una revisión parcial del Convenio n. 88 habida cuenta de las denuncias que hacía poco habrían realizado Italia y el Reino Unido.

En una comunicación en la que explicaba los motivos de su decisión, el Gobierno italiano había declarado que reservaba su derecho de proponer una revisión del Convenio orientada a:

- a) establecer el principio de que la paridad entre representantes de los empleadores y de los trabajadores en el seno de las comisiones consultivas de empleo constituye una garantía mínima que supone un trato más favorable para los trabajadores;
- b) precisar que los servicios de empleo también podrían organizarse con la participación, a los distintos niveles, de representantes de los empleadores y de los trabajadores, pero con la posibilidad de que los representantes de estos últimos sean designados en número superior al de los representantes de los empleadores.

Las cuestiones planteadas por el Gobierno de Italia se referían a las disposiciones de los artículos 4 y 5 del Convenio relativos a la cooperación entre representantes de los empleadores y de los trabajadores en la organización y funcionamiento del servicio de empleo y en el desarrollo del programa del servicio de empleo a través de comisiones consultivas, y particularmente al requisito del § 3, del artículo 4, de que los representantes de los trabajadores y los representantes de los empleadores en esas comisiones debían ser designados en número igual.

Declaraban que los objetivos de democracia e igualdad estaban basados, según la Constitución italiana, sobre la participación de los trabajadores en el progreso económico y en el desarrollo social y civil de la sociedad y que, en su opinión, la colocación había sido organizada con miras a alcanzar estos objetivos. A esto se debía que, en el sistema italiano, habida cuenta del reconocido interés primordial de los trabajadores, la representación de estos últimos en los órganos colectivos encargados de la organización del mercado de trabajo fuera superior a la de las demás categorías (funcionarios estatales y representantes de los empleadores). Dado que la forma en que estaba redactado el convenio podía dejar subsistir alguna

⁴ *Vid. [Convenio n. 88 de 1948](#); [Recomendación n. 83 de 1948](#).*

duda al respecto, el Gobierno había resuelto denunciar el convenio, reservándose la posibilidad de proponer la revisión de este.

Por otra parte, el Gobierno del Reino Unido había indicado que motivaba su decisión de denunciar el Convenio en determinadas propuestas, que estaban siendo examinadas, orientadas a introducir cambios en la práctica nacional. Concretamente, sobre la posibilidad de aplicar un sistema de gravamen a los empleadores por la prestación de servicios relativos a la ocupación de puestos por trabajadores altamente cualificados.

El problema al que había aludido el Gobierno de Reino Unido como origen de su denuncia lo motivaba el requisito establecido en el artículo 1 del Convenio, en el sentido de mantener un servicio público y gratuito de empleo. El Gobierno había manifestado que no se tenía la intención de alterar el actual sistema, en virtud del cual se ofrecían a los trabajadores servicios de colocación y asesoramiento gratuito. Indicó que si bien estos servicios habían sido utilizados tradicionalmente por trabajadores menos cualificados y por los empleadores que trataban de emplearlos, que dicha cooptación, estaba afectando negativamente en las tareas encaminadas a lograr puestos de trabajadores de mayor cualificación. Fruto de ello, se registraba una demanda tanto de los empleadores como de los trabajadores de mayor cualificación en cuanto a servicios más especializados.

Alegaban que el desarrollo de estos servicios era necesariamente oneroso e implicaba problemas respecto de los recursos que había de asignárseles en comparación con otras demandas que se formulaban a los servicios públicos disponibles. Para facilitar el desarrollo de dichos servicios de conformidad con la demanda de estos, el Gobierno estaba examinando la posibilidad de aplicar un sistema de gravámenes a los empleadores por servicios relacionados con la provisión de puestos vacantes de personal de nivel de cualificación superior.

El Gobierno opinaba que estas propuestas, que estaban dictadas por circunstancias muy diferentes de las que prevalecían cuando se había ratificado el Convenio, no violaban el espíritu de este instrumento. No obstante, el Gobierno se había considerado obligado a aprovechar la oportunidad que se le brindaba ese año para denunciar el Convenio, que, entre otras cosas, estipulaba que el SPE había de ser gratuito.

Después de examinar los motivos de las denuncias planteadas, la Comisión no consideró apropiado dar luz verde la revisión del Convenio sobre el servicio de empleo⁵.

⁵ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe de la Comisión de Reglamento y de Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Consejo de Administración, 184^a Reunión, 1971,

Más adelante, durante los años 1979 y 1987 el Consejo de Administración por recomendación del Grupo de Trabajo Ventejol, incluyó el Convenio n. 88 y la Recomendación n. 83 en la categoría de instrumentos que debían promocionarse con carácter prioritario⁶.

En 1994 se produce una discusión en la CIT sobre el Convenio n. 88 en el contexto de la función de las APE para el funcionamiento eficaz de los mercados de trabajo. La Conferencia reiteró su apoyo a los principios establecidos en el Convenio n. 88 y, en particular, al deber de los SPE, cuando sea necesario, en cooperación con otros órganos públicos y privados interesados, la mejor organización posible del mercado del empleo. Tampoco en este momento se tomó la decisión de revisar el Convenio⁷.

Finalmente, no fue hasta en los años 1996 y 1999, cuando por recomendación del Grupo de Trabajo Cartier⁸, el Consejo de Administración decidió que el Convenio n. 88 y la Recomendación n. 83 eran instrumentos en situación provisoria⁹. De conformidad con las recomendaciones del Grupo de Trabajo Cartier, el Consejo de Administración se pronunció a favor del *statu quo*, estimando que no era conveniente tomar ningún otro tipo de decisión con respecto a determinados instrumentos, entre los que se encuentran los que aquí son objeto de comentario. Según se indica en el documento de la Oficina de 2002 en el que se resume el seguimiento de las recomendaciones del Grupo de Trabajo Cartier, en la categoría de “otros instrumentos” se incluyen los instrumentos que han dejado de estar completamente

GB.184/11/18, pp. 8-10.

⁶ *Boletín Oficial OIT*, 1979, vol. LXII, serie A, p. 32.

⁷ ILO, *Conclusions concerning the role of private employment agencies in the functioning of labour markets*, en ILO, *Record of Proceedings*, International Labour Conference, 81st Session, 1994, No. 21, § 15.

⁸ Durante su 262^a Reunión (marzo-abril de 1995), el Consejo de Administración constituyó un Grupo de Trabajo sobre la política de revisión de normas y le encargó, entre otras cosas, examinar caso por caso el conjunto de convenios y de recomendaciones internacionales del trabajo. El Grupo de Trabajo, que celebró 14 reuniones en total, acabó sus trabajos en marzo de 2002. Formuló un número importante de propuestas que fueron aprobadas por unanimidad por la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo (Comisión LIIS) y el Consejo de Administración. Pueden consultarse los documentos del Grupo de Trabajo Cartier en *Vid. OIT, Documentos del Grupo de Trabajo Cartier (noviembre de 1995 hasta marzo de 2002)*, en www.ilo.org.

⁹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Examen de las necesidades de revisión de los convenios (segunda fase)*, Consejo de Administración, 267^a Reunión, 1996, GB.267/LIIS/WP/PRS/2.

actualizados pero que siguen siendo pertinentes en ciertos aspectos¹⁰. Estos instrumentos fueron designados ulteriormente como «instrumentos en situación provisoria».

Actualmente y de conformidad con el mandato del Grupo de Trabajo tripartito del Mecanismo de examen de las normas (en adelante, MEN)¹¹, el examen de las normas se organiza con arreglo a los cuatro objetivos estratégicos de la OIT. A En el caso del Convenio n. 88, así como la Recomendación n. 83, se encuadran dentro del objetivo estratégico de empleo (política de empleo).

3. Sobre el alcance y contenido del Convenio

El Convenio n. 88 es uno de los convenios técnicos de la OIT que han recibido más ratificaciones. La última ratificación del instrumento fue por Viet Nam en enero de 2019. 14 Estados Miembros han indicado que tienen previsto ratificar el Convenio en los próximos años. Entre los obstáculos para su ratificación que señalan los diferentes Estados Miembros pendientes, destaca la posible incompetencia del instrumento con las legislaciones nacionales. Por ejemplo, los Gobiernos de Estados Unidos y Marruecos informan de que su legislación nacional ya prevé servicios de empleo públicos para facilitar el empleo de sus ciudadanos. O el caso del Gobierno de México que reitera sus reservas respecto de la ratificación del Convenio ya que, en el momento de su adopción, la legislación nacional en vigor (en concreto, el Reglamento de Agencias de Colocación de Trabajadores de 1934) no preveía una cooperación efectiva entre el servicio público del empleo y las agencias privadas de colocación,

¹⁰ GRUPO DE TRABAJO SOBRE POLÍTICA DE REVISIÓN DE NORMAS, *Seguimiento de las decisiones del Consejo de Administración. Nota de información sobre el estado de las labores y las decisiones que se han adoptado en materia de revisión de normas (actualizada en junio de 2002)*, 2002, p. 34.

¹¹ El Grupo de Trabajo tripartito del MEN funciona en el marco de la iniciativa relativa a las normas del Director General de la OIT, que es una de las siete iniciativas para el centenario. El objetivo de la iniciativa relativa a las normas es consolidar el consenso tripartito en torno a un sistema de control reconocido y mejorar la pertinencia de las normas internacionales del trabajo a través del mecanismo de examen de las normas. En ese contexto, en 2015 se estableció el Grupo de Trabajo tripartito del MEN, que en 2016 se reunirá en dos ocasiones. Este Grupo de Trabajo tiene el mandato de examinar las normas internacionales del trabajo de la OIT. A través de este examen, los mandantes tripartitos de la OIT quieren garantizar que la OIT cuenta con un conjunto sólido de normas internacionales del trabajo que responde a la constante evolución del mundo del trabajo, con el propósito de proteger a los trabajadores y teniendo presentes las necesidades de las empresas sostenibles.

tal como se pide en el artículo 11 del Convenio n. 88¹².

También varios países indican que no es el momento oportuno o que no tienen la información suficiente para ratificar el instrumento. Países como Bangladesh, Burkina Faso, Burundi, Chile, Eritrea, Malawi, Nepal, Rwanda, Santa Lucía, Sudáfrica, Sudán y Zimbabwe, sostienen que por ahora no disponen de los recursos necesarios o que la situación del país no es la más indicada para ratificar el instrumento. Varios de estos Estados Miembros, incluidos Burundi, Eritrea, Malawi y Zimbabwe, mencionan la crisis económica y los problemas financieros actuales como importante impedimento para la ratificación. Los Gobiernos de Chile, Rwanda, Santa Lucía, Sudáfrica y Sudán, por su parte, informan que sus instituciones de empleo son incipientes, y deben desarrollarse antes de poder contemplar la ratificación. Por último, Nepal indica que se encuentra en un período de transición política, pero que abordará la ratificación de otros convenios técnicos, tales como el Convenio n. 88, una vez que haya ratificado todos los convenios fundamentales¹³.

No obstante, hay países que reconocen no ratificarlo por no estar de acuerdo con algunas de sus disposiciones. En este sentido se pronuncia el Gobierno de Polonia, que indica que no tiene previsto ratificar el Convenio n. 88, al no estar de acuerdo, concretamente, con el artículo 6.d, del Convenio, en el que se exige a los Estados que colaboren en la administración del seguro de desempleo; con el artículo 9 del Convenio, en el que se exige la estabilidad en el empleo del personal del servicio de empleo y su independencia de los cambios de gobierno; y con el artículo 10, que promueve la utilización voluntaria del servicio de empleo por los empleadores y los trabajadores. El Gobierno de Polonia como argumento en contra de la ratificación, también se acoge la circunstancia de que propio Grupo de Trabajo Cartier no considera actualizado este Convenio¹⁴.

En cuanto a la aplicación del Convenio n. 88 por parte de los países que lo tienen incorporado a su acervo normativo, la Comisión de Expertos se encarga de supervisar activamente la aplicación de su contenido anualmente¹⁵.

¹² OIT, *Informe III (Parte 1B). Estudio general sobre los instrumentos relativos al empleo a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Conferencia Internacional del Trabajo, 99^a Reunión, 2010, p. 182.

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 183.

¹⁵ Vid. OIT, *Aplicación de las normas internacionales del trabajo. 2019. Informe de la Comisión de expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte A)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 108^a Reunión, 2019.

El Convenio n. 88 contiene 14 disposiciones sustantivas. Su artículo 1 establece la obligación de los Estados que han ratificado el Convenio de mantener un servicio público y gratuito de empleo, cuya función esencial es garantizar, en cooperación con otros organismos públicos y privados, la mejor organización posible del mercado del empleo como parte integrante del programa nacional para el logro del empleo pleno y productivo. Los artículos 2 y 3 se refiere a la necesidad de que los servicios de empleo se estructuren como una red de oficinas regionales y locales bajo el control y la coordinación nacional.

Como ya hemos apuntado, el Convenio establece el requisito de que se creen comisiones consultivas a través de las cuales los representantes de los empleadores y de los trabajadores cooperarán en la organización y el funcionamiento del servicio de empleo, así como en el desarrollo del programa de dicho servicio (artículos 4-5). Ello también está en consonancia con lo dispuesto en el Convenio n. 122 de 1964 sobre la política del empleo, que requiere la consulta con los empleadores y los trabajadores (artículo 3). Y con el Convenio n. 142 de 1975 sobre el desarrollo de los recursos humanos, que requiere la cooperación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores para establecer e implantar las políticas y programas de orientación profesional y formación profesional (artículo 5). La OIT se ha referido en numerosas ocasiones a la importancia la interacción entre los servicios públicos y los empleadores y los solicitantes de empleo para aplicar eficazmente las políticas de empleo¹⁶.

En consonancia con el Convenio n. 97 de 1949 sobre los trabajadores migrantes (revisado) y con el Convenio n. 143 de 1975 sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) en lo que respecta

¹⁶ Por ejemplo, en el Estudio General OIT de 2004 (OIT, *Informe III (Parte 1B). Estudio general relativo al Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122), y a la Recomendación sobre la política del empleo (disposiciones complementarias), 1984 (núm. 169), y a los aspectos referidos a la promoción del pleno empleo, productivo y libremente elegido del Convenio sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975 (núm. 142) y de la Recomendación sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas, 1998 (núm. 189)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 92^a Reunión, 2004), se subrayó que para aplicar eficazmente las políticas de empleo formuladas era indispensable que en el mercado de trabajo existiese una interacción directa y constante entre los servicios públicos, por una parte, y los empleadores y los solicitantes de empleo, por otra. En los arts 4 y 5 del Convenio n. 88 se dispuso la necesidad de que los interlocutores sociales participen activamente en la formulación de las políticas de empleo, así como en su aplicación mediante los servicios de empleo. Con arreglo al art. 5, la política general del servicio de empleo deberá fijarse previa consulta con los representantes de los empleadores y de los trabajadores, por conducto de las comisiones consultivas previstas en el art. 4.

a establecer mecanismos eficaces para los trabajadores migrantes que buscan oportunidades en el extranjero. El artículo 6 del Convenio indica la necesidad de que los SPE se organicen con objeto de garantizar la eficacia de la contratación y de la colocación de los trabajadores, y de incluir medidas de movilidad transfronteriza y geográfica.

Los artículos 7 y 8 establecen el objetivo de la especialización por profesiones y por industrias (tales como la agricultura y todas las demás ramas de actividad donde dicha especialización pueda ser útil) y el de satisfacer las necesidades de categorías especiales de solicitantes de empleo (tales como los jóvenes y las personas con discapacidad)¹⁷. En este sentido es conveniente traer a colación, lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio n. 159 de 1983 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), donde se insta a los Estados Miembros a formular, aplicar y revisar periódicamente la política nacional sobre el empleo de las personas con discapacidad.

El artículo 9 se refiere al deber de salvaguardar que el personal del SPE esté compuesto de funcionarios públicos independientes, que tengan aptitudes apropiadas, determinadas por la autoridad competente, y una formación adecuada. Y el artículo 10 requiere la adopción de medidas para estimular la utilización máxima voluntaria del servicio del empleo por los empleadores y los trabajadores.

Por último, cabe destacar que, en conexión con Convenio n. 181 de 1997 sobre las agencias de empleo privadas, cuando se refiere a la cooperación entre el servicio público del empleo y todas las agencias privadas de colocación (art. 13), el artículo 11 requiere la adopción de medidas para lograr una cooperación eficaz entre el servicio público del empleo y las agencias privadas de colocación sin fines lucrativos.

4. Hacia la actualización del Convenio: unos SPE en el nuevo mundo del trabajo

Tal como lo decidió el Consejo de administración en su 334^a Reunión celebrada en octubre-noviembre de 2018, el Grupo de Trabajo Tripartito del MEN se reunirá en la sede la OIT (Ginebra), desde el 23 al 27 de septiembre de 2019. Durante dicha reunión se examinarán siete instrumentos relativos a la política de empleo, entre los que destaca

¹⁷ El hecho de centrarse el sector agrícola y el empleo de los jóvenes guarda coherencia con el reciente informe de la COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, 2019.

Convenio n. 88 y Recomendación n. 83.

La aplicación de los Convenios n. 88 y n. 181 sigue siendo fundamental, en particular en la promoción de mercados de trabajo inclusivos y no discriminatorios, y en lo que respecta a los mecanismos adecuados de protección y las reglas claras para los intermediarios laborales privados y especializados. En el informe ya citado, de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, publicado en enero de 2019, se hace hincapié en la importancia de los SPE, y en su función para apoyar a las personas al aumentar las transiciones del mercado laboral.

La agenda sobre el futuro del trabajo plantea nuevas tendencias acerca del funcionamiento de los SPE mediante el aprovechamiento de las nuevas TIC. Combinando servicios digitales con asesoramiento personal y servicios de colocación, y mejorando la información del mercado laboral para respaldar el proceso de toma de decisiones de los demandantes de empleo¹⁸.

Actualmente, los SPE se enfrentan a situaciones cada vez más complejas, desde el desempleo o subempleo crónicos a los cambios demográficos y el impacto de la evolución digital y tecnológica. Los SPE también deben abordar el desempleo particularmente elevado entre los jóvenes, mujeres o inmigrantes. El entorno externo dentro del cual operan los SPE está experimentando una transformación significativa, y resulta esencial que los instrumentos de política de empleo apoyen las reformas necesarias para garantizar que los desarrollos institucionales vayan en consonancia con dichos cambios¹⁹.

Las innovaciones tecnológicas que fomentan la transacción de datos por canales alternativos y más eficaces de comunicación y colaboración alteran los mecanismos básicos del mercado de trabajo. Como por ejemplo la forma en que se recluta a los empleados o la forma en que se producen las solicitudes de empleo. A su vez dichas innovaciones están creando nuevos modelos de negocios y nuevos tipos de trabajos. Los SPE deben adaptarse a estos cambios preparando y relacionando a los solicitantes de empleo con las nuevas formas de trabajo.

Además, es preciso que mantengan actualizados las habilidades y calificaciones que se requieren en las ocupaciones de la actualidad. Un ejemplo sobre la incidencia de los cambios tecnológicos en los SPE se manifiesta a través de la economía de plataformas. En este sentido, en el

¹⁸ Vid. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Apoyo de la OIT al papel que desempeñan los servicios públicos de empleo en el mercado de trabajo](#), Consejo de Administración, 306^a Reunión, GB.306/ESP/3/2.

¹⁹ M. CSILLAG, Á. SCHARLE, [How Do PES Act to Prevent Unemployment in a Changing World of Work? Analytical Paper](#), European Union, 2019.

mercado de trabajo actual proliferan diferentes plataformas digitales centradas en el negocio de la intermediación laboral. No obstante, la automatización y el mayor uso de la inteligencia artificial crearán cambios en todos los sectores. Dicha tecnología tiene un impacto potencial no solo en los trabajadores poco cualificados, sino también en los trabajos de mayor cualificación. El desafío para los SPE será garantizar que se establezcan las medidas adecuadas para ayudar a los trabajadores a adaptarse al entorno laboral cambiante y facilitar el desarrollo de sus nuevas capacidades y competencias.

El proceso de envejecimiento de la población en regiones como Europa se está acelerando y, a pesar del aumento de las edades formales de jubilación en varios países europeos, el equilibrio entre las personas en edad de trabajar y los jubilados ha comenzado a cambiar. Como resultado, se prevé que la población activa en edad de trabajar se contraiga y la disponibilidad de la fuerza laboral se verá comprometida, incluso aunque pueda compensarse en parte por las entradas de nuevas categorías de desempleados y/o trabajadores migrantes. Sin embargo, también hay muchas oportunidades en una fuerza de trabajo de mayor edad, especialmente cuando se trata personas que cambian de profesión en diferentes etapas de su vida. Los SPE deben interactuar con los solicitantes de empleo independientemente de su edad para maximizar el potencial de los trabajadores de más edad en la sociedad. El papel de los SPE será garantizar que los trabajadores de más edad tengan acceso a sistemas de capacitación para mantener una fuerza laboral más capacitada. Otra consecuencia también serán los cambios en los perfiles de bienes y servicios que demanda una población que envejece (por ejemplo, habrá una mayor demanda de atención y servicios de salud).

El entorno cambiante también incluye a los jóvenes que ingresan al mercado laboral con actitudes y expectativas de trabajo marcadamente diferentes. Las trayectorias profesionales ahora son más transitorias que en el pasado, con menos personas que permanecen y progresan en una organización durante toda su vida laboral. Los jóvenes ahora crecen en un mundo impregnado de tecnología, información e innovación constante. Un mundo más conectado que les brinda muchas oportunidades, a través de una perspectiva global y acceso a nuevas redes y habilidades. Hay bajas tasas de participación continuas, que afectan desproporcionadamente a ciertos grupos y la desigualdad de género continúa en el mercado laboral. Aunque es bien conocida, la participación insuficiente de jóvenes poco cualificados, personas con responsabilidades de cuidado, personas de 55 años o más, migrantes y sus hijos, mujeres, personas discapacitadas, desempleados de larga duración, personas en situación de pobreza y otros

grupos desfavorecidos, se manifiesta una brecha educativa cada vez mayor.

Los SPE tienen un papel importante que desempeñar en la lucha contra la exclusión social, permitiendo la independencia económica de los ciudadanos a través de la activación y mejora de las competencias, integrando a los solicitantes de empleo y trabajando en conjunto con otras instituciones para contribuir al desarrollo de una sociedad inclusiva²⁰.

Se espera que los SPE enfrenten los desafíos presentes y futuros al mismo tiempo, siempre que sea posible, anticipando y, como mínimo, reaccionando rápidamente, ante las circunstancias cambiantes. Es necesario combinar intervenciones a corto plazo con soluciones sostenibles, lo que exige flexibilidad, capacidad de respuesta organizacional, creatividad y cooperación. Los SPE pueden anticipar e influir en los cambios del mercado laboral de manera proactiva mediante el intercambio de información con los organismos de formulación de políticas, las autoridades locales y trabajando con el sector privado. En lugar de hacer cumplir las transiciones de trabajo a trabajo, los gobiernos deberían centrarse en apoyar las carreras de los trabajadores apoyándolos con su desarrollo y progresión. Los SPE deberían permitir transiciones desde y dentro del trabajo centradas en las necesidades de un individuo. Vinculado a esto, otros cambios en el mercado laboral incluyen más trabajo por cuenta propia, y en general un aumento general en las formas de trabajo “atípico”²¹.

En este contexto, nada sugiere que los instrumentos de la OIT en materia de SPE hayan perdido su propósito. La función de los SPE sigue siendo fundamental para fomentar los mercados de trabajo eficaces y eficientes. Estos instrumentos están en consonancia con las necesidades previstas en el mundo del trabajo actual y futuro, aunque se pueden formular orientaciones sobre la manera en que sus disposiciones podrían respaldar mejor a los SPE combinando servicios digitales con asesoramiento personal y servicios de colocación; mejorando la información del mercado laboral para respaldar el proceso de toma de decisiones; y reforzando la colaboración entre los servicios de empleo y otras organizaciones colaboradoras (por ejemplo, instituciones educativas).

Por tanto, en este contexto lo más probable es que el Grupo de Trabajo tripartito del MEN se pronuncie a favor reconocer la importancia de promover la ratificación y la aplicación efectiva de una normativa

²⁰ OIT, *Los servicios de empleo en un mundo de trabajo cambiante*, 2015, p. 2.

²¹ PES NETWORK, *EU Network of Public Employment Services Strategy to 2020 and beyond. European Public Employment Services*, 2018.

internacional actualizada sobre el papel de los SPE. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tripartito del MEN podría recomendar que la Oficina respalde a los mandantes tripartitos en la toma de medidas para garantizar la ratificación y la aplicación efectiva del Convenio n. 88 la Recomendación n. 83 por los Estados Miembros, para responder a los desafíos que plantea actualmente y que planteará en el futuro el mundo del trabajo.

5. Bibliografía

COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, 2019

CSILLAG M., SCHARLE Á., [How Do PES Act to Prevent Unemployment in a Changing World of Work? Analytical Paper](#), European Union, 2019

GRUPO DE TRABAJO SOBRE POLÍTICA DE REVISIÓN DE NORMAS, [Seguimiento de las decisiones del Consejo de Administración. Nota de información sobre el estado de las labores y las decisiones que se han adoptado en materia de revisión de normas \(actualizada en junio de 2002\)](#), 2002

ILO, *Conclusions concerning the role of private employment agencies in the functioning of labour markets*, en ILO, [Record of Proceedings](#), International Labour Conference, 81st Session, 1994, No. 21

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Apoyo de la OIT al papel que desempeñan los servicios públicos de empleo en el mercado de trabajo](#), Consejo de Administración, 306^a Reunión, 2009, GB.306/ESP/3/2

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Examen de las necesidades de revisión de los convenios \(segunda fase\)](#), Consejo de Administración, 267^a Reunión, 1996, GB.267/LILS/WP/PRS/2

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Informe de la Comisión de Reglamento y de Aplicación de Convenios y Recomendaciones](#), Consejo de Administración, 184^a Reunión, 1971, GB.184/11/18

OIT, [Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2019. Informe de la Comisión de expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III \(Parte A\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 108^a Reunión, 2019

OIT, *Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, 2019

OIT, [Documentos del Grupo de Trabajo Cartier \(noviembre de 1995 hasta marzo de 2002\)](#), en www.ilo.org

OIT, *Los servicios de empleo en un mundo de trabajo cambiante*, 2015

OIT, Informe III (Parte 1B). Estudio general sobre los instrumentos relativos al empleo a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa, Conferencia Internacional del Trabajo, 99^a Reunión, 2010

OIT, Un Pacto Mundial para el Empleo, 2009

OIT, Informe III (Parte 1B). Estudio general relativo al Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122), y a la Recomendación sobre la política del empleo (disposiciones complementarias), 1984 (núm. 169), y a los aspectos referidos a la promoción del pleno empleo, productivo y libremente elegido del Convenio sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975 (núm. 142) y de la Recomendación sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas, 1998 (núm. 189), Conferencia Internacional del Trabajo, 92^a Reunión, 2004

PES NETWORK, EU Network of Public Employment Services Strategy to 2020 and beyond, European Public Employment Services, 2018

Normativa

Boletín Oficial OIT, 1979, vol. LXII, serie A

C088 – Convenio sobre el servicio del empleo, 1948 (núm. 88)

R083 – Recomendación sobre el servicio del empleo, 1948 (núm. 83)

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres) 1948 (núm. 89)

Raquel POQUET CATALÁ*

RESUMEN: En este trabajo se realiza un examen del Convenio OIT n. 89 sobre el trabajo nocturno (mujeres) analizando tanto sus antecedentes, su aplicación por los diferentes Estados y su debatida vigencia en los momentos actuales, pues se plantea la posible discriminación por razón de sexo que conlleva el hecho de prohibir a las mujeres que realicen trabajo nocturno. Paralelamente, se analiza cuál es la regulación española en materia de trabajo nocturno por parte de las mujeres revisando la evolución legislativa, así como los pronunciamientos judiciales al respecto.

Palabras clave: OIT, trabajo nocturno, discriminación, trabajadoras.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes del Convenio n. 89. 3. Contenido del Convenio n. 89. 3.1. Empresas industriales. 3.2. Noche. 3.3. No aplicabilidad de la prohibición. 3.4. Exclusión del ámbito de aplicación. 3.5. Suspensión de la prohibición. 3.6. Variaciones de la prohibición. 4. Regulación en España. 4.1. Antecedentes coetáneos del Convenio n. 89. 4.2. Actual regulación. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

* Profesora asociada de la Universidad de Valencia.

Night Work (Women) Convention (Revised) 1948 (No. 89)

ABSTRACT: In this work it is realized a review of ILO Convention No. 89 about night work (women) analysing both its background, its application by the different states and its debated validity at the current time, because it raises the possible discrimination based on sex that entails the fact of prohibiting women from doing work night. At the same time, it is analysed the Spanish regulation on night work by women reviewing the legislative evolution, as well as the judicial pronouncements on the matter.

Key Words: ILO, night work, discrimination, women workers.

1. Introducción

La OIT nace, como es sabido, con el objetivo, entre otros, de fijar unas condiciones mínimas en el ámbito de las relaciones laborales, relaciones nacidas como efecto de la Revolución Industrial, la cual implicó un modo de vida totalmente diferente al propio de la edad media.

La Revolución Industrial supuso el sometimiento de los trabajadores a unas condiciones duras y penosas en un contexto que exigía permanecer en su puesto de trabajo durante largas jornadas diarias a cambio de un salario penoso. Y con la llegada del trabajo nocturno a las fábricas se produjo una ruptura con los patrones sociales establecidos respecto a los días laborables y a los días de descanso semanal. Se consideró necesario adoptar medidas para proteger a mujeres y niños contra los efectos perjudiciales del trabajo nocturno. Así, el trabajo nocturno de las mujeres se prohibió en primer término en 1844, en Inglaterra. Treinta años más tarde, la iniciativa de Inglaterra fue seguida por Suiza en 1877; por Nueva Zelanda en 1881; por Austria en 1885; por los Países Bajos en 1889, y por Francia en 1892. «En los tiempos en los que las mujeres eran consideradas como físicamente más débiles que los hombres, en la medida en que eran más susceptibles de ser explotadas, y en particular como madres de familia y amas de casa, la preocupación del legislador, en el momento de elaborar esta prohibición, fue la seguridad de las mujeres, su integridad moral, así como su salud y el bienestar de sus familias. Por estas razones, los legisladores de esta época consideraban que las mujeres adultas y los niños pertenecían a una categoría especial de obreros fabriles que requerían una protección especial, lo que conllevó, de hecho, que no fueran considerados como capaces de adoptar decisiones válidas»¹.

En este sentido, la OIT se propone como prioridad la regulación del trabajo nocturno, y especialmente, respecto a los colectivos más desprotegidos, esto es, mujeres y niños. Se promulgaron diversos Convenios que tenían como fin regular el trabajo nocturno de los menores, tales como el Convenio n.º 6, ratificado por España en 1932, el Convenio n.º 79, ratificado en 1971, o el Convenio n.º 90, ratificado en 1972.

En relación con las mujeres, nadie duda que su incorporación al mercado laboral no ha sido, ni es fácil en absoluto, pues persisten situaciones de

¹ OIT, *Informe III (Parte 1B). Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919 (núm. 4), al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934 (núm. 41), al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948 (núm. 89) y al Protocolo, 1990 relativo al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948*, Conferencia Internacional del Trabajo, 89^a reunión, 2001.

desigualdad y discriminación, especialmente por la difícil conciliación de la vida laboral y familiar. Y en la búsqueda de esa igualdad real efectiva entre mujeres y hombres, se trató de establecer una regulación en torno al trabajo nocturno de las mujeres.

2. Antecedentes del Convenio n. 89

En un primer momento, y con este objetivo de conseguir la igualdad entre mujeres trabajadoras y varones trabajadores, se aprobó el Convenio n. 4² que prohibía el trabajo nocturno de las mujeres en las empresas industriales públicas o privadas, tales como minas, canteras, industrias manufactureras, construcción, entre otras, y considerando como trabajo nocturno el comprendido entre las 22 horas y las 5 horas de la mañana. De esta prohibición se exceptuaban las empresas familiares en las que sólo estaban empleados miembros de la familia, los casos de fuerza mayor que no fueran periódicas, u otras circunstancias en la que se hacía necesario el trabajo nocturno para evitar que la materia prima tratada pudiese perderse o deteriorarse.

La prohibición del trabajo nocturno de las mujeres se justificó por considerarse como una medida de salud pública encaminada a disminuir la tasa de mortalidad de las mujeres y de los niños y a mejorar el bienestar físico y moral de las mujeres gracias a descansos nocturnos más largos y ocupaciones menos penosas compatibles con los quehaceres del hogar. También se invocaron consideraciones humanitarias en apoyo de la necesidad de proteger a las mujeres contra condiciones de explotación intolerables en el trabajo. Basándose en estudios médicos y datos estadísticos, se consideró que existía una relación entre el trabajo nocturno de las mujeres y diferentes patologías³.

La OIT en 1948 procede a revisar el Convenio n. 4, aprobando el Convenio n. 89 que amplía el catálogo de empresas en las que las mujeres no podrían prestar sus servicios durante la noche, considerando como tal el período de once horas consecutivas con un intervalo de por lo menos siete horas continuadas comprendido entre las 10 de la noche y las 7 horas de la mañana, ampliándose así el período nocturno recogido en el anterior.

² De 28 de noviembre de 1919, ratificado por España el 8 de abril de 1932.

³ OIT, [op. cit.](#)

3. Contenido del Convenio n. 89

3.1. Empresas industriales

En primer lugar, el Convenio n. 89 fija en su art. 1 el concepto de “empresas industriales”, considerando tales las minas, canteras e industrias extractivas, las empresas donde se manufacturen, modifiquen, limpien, reparen o terminen para la venta, destruyan o demuelan productos, donde las materias sufran una transformación, comprendidas las empresas dedicadas a la construcción de buques a la producción, transformación y trasmisión de electricidad o de cualquier clase de fuerza motriz, las empresas de edificación e ingeniería civil, comprendidas las obras de construcción, reparación, conservación, modificación y demolición.

El concepto de empresas industriales ha sido adoptado por los Estados de diferente forma. Por un lado, muchos países como Angola, Belice, República Centroafricana, Chipre, Congo, Eslovenia o India recogen el mismo concepto de empresas industriales que el Convenio. Otros Estados como Ghana⁴ definen las empresas industriales como las recogidas en el Convenio más aquellas dedicadas al transporte de pasajeros o mercancías y la manipulación de mercancías en los muelles, desembarcaderos y almacenes con exclusión del transporte manual. Por su parte, otros países como Bulgaria, China, Indonesia o Turquía aplican la prohibición a todos los sectores de la economía. En Pakistán⁵ comprende únicamente las empresas incluidas en el campo de aplicación de la ley de fábricas y las minas incluidas en el campo de aplicación de la ley de minas. Otros Estados como Croacia, Dominica y Nueva Guinea limitan el campo de aplicación solamente a las empresas industriales. En Sri Lanka⁶ la expresión “empresa industrial” en relación con el trabajo nocturno, además de la definición de esta noción para las mujeres, en el caso de los menores de 18 años comprende también las empresas dedicadas al transporte de pasajeros o mercancías por carretera o ferrocarril, y la manipulación de mercancías en muelles, andenes, desembarcaderos, almacenes o aeropuertos⁷.

⁴ Decreto laboral de 1967.

⁵ Ley de fábricas de 1934.

⁶ Ley n. 47 de 1956 sobre el empleo de mujeres, adolescentes y niños.

⁷ OIT, *Compendio de la legislación y de la práctica nacionales*, en OIT, *Informe III (Parte 1B). Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919 (núm. 4), al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934 (núm. 41), al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948 (núm. 89) y al Protocolo, 1990 relativo al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948*, cit.

3.2. Noche

En segundo lugar, el Convenio define el término “noche” como aquel período «de once horas consecutivas, por lo menos, que contendrá un intervalo, fijado por la autoridad competente, de por lo menos siete horas consecutivas, comprendido entre las 10 de la noche y las 7 de la mañana». Para facilitar la adaptabilidad de este Convenio a las particularidades de cada país, permite que la autoridad competente pueda prescribir intervalos diferentes para las distintas regiones, industrias, empresas o ramas de industrias o empresas, pero consultando a las organizaciones interesadas de empresarios y trabajadores antes de fijar un intervalo que comience después de las 11 de la noche. En la práctica se puede encontrar un gran abanico de legislaciones que contienen regulaciones diferentes fijando un período que varía entre seis y doce horas y media, aunque la mayoría de los Estados fijan para las mujeres un período de descanso nocturno que oscila entre siete y nueve horas en promedio.

El trabajo nocturno está presente en nuestra sociedad, especialmente en los países con una importante terciarización de la economía, con la preponderancia del sector servicios, con el auge de las nuevas tecnologías y con unas nuevas pautas de vida social. Pero nadie duda tampoco de los efectos que tiene el trabajo nocturno sobre el ritmo biológico y circadiano natural, que se manifiesta principalmente en alteraciones del sueño, digestivas, endocrinológicas, cardiovasculares y psíquicas. Además del efecto perturbador sobre la vida personal, familiar y social, dificultando la atención a la familia.

En algunos países, la duración del período nocturno respecto del empleo de mujeres corresponde a la norma establecida en el Convenio, es decir, un período mínimo de 11 horas de descanso nocturno que comprende el intervalo entre las 10 de la noche y las 5 de la mañana, según los Convenios 4 y 41, o de siete horas entre las 10 de la noche y las 7 de la mañana, con arreglo al Convenio 89. Por ejemplo, en Belice, Burkina Faso, Chipre, India o Madagascar, entre otros, el término noche significa al menos 11 horas consecutivas incluidas el intervalo que media entre las 10 de la noche y las 5 de la mañana. En Austria⁸, por su parte, el término noche se fija en un período mínimo de 11 horas consecutivas, incluido el período que media entre las 8 de la noche y las 6 de la mañana.

Pueden encontrarse aunque minoritarios, países que establecen períodos

⁸ Ley de 25 de junio de 1969 sobre trabajo nocturno de las mujeres.

nocturnos más largos que superan las 11 horas, como Camerún⁹ o Túnez¹⁰ que definen el término noche como el período consecutivo de 12 horas consecutivas que comprende el intervalo que media entre las 10 de la noche y las 6 de la mañana. También en Haití¹¹ y Omán¹² abarca el período que media entre las 6 de la tarde y las 6 de la mañana. En la República Democrática del Congo¹³ las trabajadoras tienen derecho como mínimo a 12 horas consecutivas de descanso.

Además, en algunos países, el término “noche” es diferente según la estación, como en Líbano¹⁴ donde se considera noche el período de nueve horas entre las 8 de la noche y las 5 de la mañana entre el 1 de mayo y el 30 de septiembre, y el período de 11 horas entre las 7 de la tarde a las 6 de la mañana entre el 1 de octubre y el 30 de abril. En otros países, la diferencia se basa según la zona rural/urbana, como en Brasil¹⁵ donde el trabajo nocturno se define como trabajo realizado entre las 10 de la noche y las 5 de la mañana en las zonas urbanas, y entre las 9 de la noche y las 5 de la mañana en las zonas rurales.

Por su parte, los países que no prohíben el trabajo nocturno de las mujeres definen el “trabajo nocturno” o “turno de noche” de forma general, ya sea estableciendo un período fijo o un número mínimo de horas que comprende un intervalo fijo. Los períodos definidos de esta forma varían entre 6 y 12 horas. Así, en los Países Bajos¹⁶ el turno de noche se conceptúa como un turno trabajado total o parcialmente entre media noche y las 6 de la mañana, mientras que en Finlandia¹⁷ se considera como trabajo nocturno el que se efectúa entre las 11 de la noche y las 6 de la mañana¹⁸.

3.3. No aplicabilidad de la prohibición

Los arts. 3 y 4 del Convenio fijan unas excepciones a esta prohibición, como las empresas «en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia», o en «caso de fuerza mayor, cuando en una empresa

⁹ Ley n. 92/007, de 14 de agosto de 1992, Código de Trabajo.

¹⁰ Ley n. 66/27, de 30 de abril de 1966.

¹¹ Decreto de 24 de febrero de 1984, Código del Trabajo.

¹² Decreto n. 34/73, Ley del Trabajo.

¹³ Ordenanza legislativa n. 67/310, de 9 de agosto de 1967.

¹⁴ Ley de 23 de septiembre de 1946, Código del Trabajo.

¹⁵ Decreto n. 5452, de 1º de mayo de 1943.

¹⁶ Ley de 23 de noviembre de 1995 sobre el tiempo de trabajo.

¹⁷ Ley n. 605 de 1996 sobre horas de trabajo.

¹⁸ OIT, *Compendio de la legislación y de la práctica nacionales*, cit.

sobrevenga una interrupción de trabajo imposible de prever que no tenga carácter periódico», o «en caso de que el trabajo se relacione con materias primas o con materias en elaboración que puedan alterarse rápidamente, cuando ello sea necesario para salvar dichas materias de una pérdida inevitable».

Así pues, en relación con el primer supuesto, dicha previsión se aplica en la mayoría de los Estados, tales como Austria, Belice, Chipre, Egipto, Croacia o México.

Por lo que se refiere a la fuerza mayor, la prohibición del trabajo nocturno queda exceptuada, lógicamente, en los casos de fuerza mayor, esto es, cuando sobrevenga una interrupción del trabajo imposible de prever y que no sea periódica. En Filipinas¹⁹ y Mauritania²⁰ la prohibición no se aplica en los casos de emergencia real o inminente como consecuencia de graves accidentes, incendio, inundación, tifón, terremoto, epidemia u otros desastres o calamidades. Tampoco se aplica cuando es necesario prevenir la pérdida de vidas o bienes, o en caso de fuerza mayor o de peligro inminente para la seguridad pública. En Arabia Saudita²¹ se regula que, por disposición del Ministro de Trabajo, pueden aplicarse excepciones a la prohibición del trabajo nocturno en ocupaciones no industriales o en casos de fuerza mayor.

En cuanto a las materias perecederas, la mayoría de los países se ajustan a lo establecido en el Convenio n. 89 y autorizan, de forma excepcional, el trabajo de las mujeres en los casos en los que sea necesario para salvar materias primas o materias en elaboración que puedan alterarse rápidamente con el fin de salvar dichas materias de una pérdida inevitable. No obstante, en ciertos países se exige una notificación o autorización previa de la autoridad competente para aplicar una excepción respecto de materias perecederas, tales como Congo²² o Egipto²³, que autorizan el trabajo nocturno de las mujeres para dichos casos a condición de que las autoridades competentes sean rápidamente informadas de la situación de emergencia y del tiempo necesario para llevar a cabo las operaciones.

3.4. Exclusión del ámbito de aplicación

El art. 8 del Convenio n. 89 excluye de su ámbito de aplicación a

¹⁹ Decreto presidencial n. 442 de 1º de mayo de 1974, Código del Trabajo.

²⁰ Ley n. 63/023, de 23 de enero de 1963, Código de Trabajo.

²¹ Real Decreto n. M/21 de 15 de noviembre de 1969, Código de Trabajo.

²² Ley n. 45/75, de 15 de marzo de 1975, Código del Trabajo.

²³ Decreto n. 884/55/ITLSD, de 28 de octubre de 1955.

determinadas mujeres. En su apartado a) excluye de su ámbito de aplicación a aquellas mujeres que ocupan puestos directivos o técnicos con responsabilidad. Esta disposición ya estaba prevista en el art. 8 del Convenio n. 41, y es aplicada por la mayoría de los países, tales como Austria, Belice, Camerún, Chipre, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, Eslovenia o Filipinas. En segundo lugar, en su apartado b) exceptúa también a aquellas trabajadoras ocupadas en los servicios de salud y bienestar que no efectúan normalmente un trabajo manual, supuesto típico de las mujeres que trabajan en turnos nocturnos en hospitales o centros de asistencia médica. Esta previsión es adoptada por la mayoría de los países tales como Austria, Belice, Bolivia, Congo, Costa Rica, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, Filipinas o Túnez²⁴.

Además, existen también Estados, como Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Marruecos u Omán, que, además de estas exclusiones, recogen otros supuestos como las trabajadoras ocupadas en establecimientos comerciales como hoteles, restaurantes, farmacias, medios de comunicación, cafés, cantinas, teatros, cines, salas de concierto; empleos relacionados con el transporte de personas y de mercancías por mar o por aire, incluidas las agencias de turismo y de viajes aéreos; trabajos estacionales o efectuados en determinados días festivos; trabajos relacionados con el establecimiento de inventarios anuales, tareas de contabilidad u horas prolongadas de trabajo con motivo de ventas estacionales; o fábricas especiales de envase de fruta, pescado y verdura. Así también, en Iraq²⁵ las trabajadoras ocupadas en tareas administrativas o en servicios de transportes y comunicaciones se excluyen de la prohibición del trabajo nocturno. En Eslovaquia²⁶ también queda exceptuada para las mujeres que trabajen en servicios de veterinaria, sociales o culturales, en los servicios de restaurantes, comunicaciones, aduanas, ferrocarriles y transportes públicos o la producción de ganado.

Es más, en algunos casos, las excepciones a esta prohibición son tales que suponen, en la práctica, la autorización del trabajo nocturno en todo tipo de trabajo. Así, en Costa Rica²⁷ quedan excluidas de la prohibición del trabajo nocturno por razones de interés general cuando se cumplan los siguientes requisitos: que los horarios de trabajo requieran más de un turno, que se respete la legislación de seguridad social, que las condiciones de trabajo no sean insalubres o peligrosas y se hayan adoptado todas las medidas apropiadas en materia de seguridad y salud, y cuando se ofrecen a

²⁴ OIT, *Compendio de la legislación y de la práctica nacionales*, cit.

²⁵ Ley n. 71 de 27 de julio de 1987, Código de Trabajo.

²⁶ Ley n. 451/1992, Código del Trabajo.

²⁷ Decreto n. 26898-MTSS, de 30 de marzo de 1998.

las mujeres medios de transporte adecuados.

3.5. Suspensión de la prohibición

El art. 5 Convenio prevé que esta prohibición general del trabajo nocturno de las mujeres podrá suspenderse por parte de los Gobiernos nacionales, previa consulta a las organizaciones de empresarios y trabajadores, en casos graves por interés nacional. Para ello se requiere que el Gobierno lo comunique al Director General de la OIT, en su memoria anual sobre la aplicación del Convenio.

Esta previsión es adoptada por la mayoría de los Estados, pero algunos, como Eslovaquia²⁸, incluso prevén que el empleo temporal de mujeres en horario nocturno puede autorizarse por razones urgentes de la sociedad y cuando el trabajo de que se trate es menos penoso, con el consentimiento previo de las organizaciones sindicales y empresariales. En Lituania²⁹, el Gobierno puede limitar la aplicación de la legislación relativa a la prohibición en caso de haberse declarado estado de emergencia militar y otras circunstancias especiales de seguridad nacional.

En otros países se amplía el ámbito de la suspensión a otros supuestos, tales como Ghana³⁰ para casos de huelga; Kenia³¹ donde el Ministro de Trabajo puede autorizar que un empresario ocupe a mujeres o jóvenes hasta medianoche o a partir de las 5 de la mañana; Madagascar³² donde se prevé su autorización a reserva de que la autoridad competente compruebe que la empresa cumple determinados requisitos como la existencia de medidas de seguridad y medios apropiados de transporte, acceso a salas de descanso y comedores y la garantía de períodos de descanso y pausas para las comidas. Asimismo, en Ucrania³³ se establece que dicha prohibición se aplica a todas las esferas de la producción pública, todas las empresas industriales y todos los establecimientos de asistencia médica con exclusión de los sectores de la economía en que dicho trabajo se precisa en razón de una necesidad especial y se autoriza como medida temporal.

²⁸ Ley n. 451/1992, Código del Trabajo.

²⁹ Ley I-266, de 7 de octubre de 1993.

³⁰ Decreto Laboral de 1967.

³¹ Ley n. 2 de 15 de abril de 1976 sobre el empleo.

³² Ley n. 94-029, de 25 de agosto de 1995.

³³ Código del Trabajo, de 11 de abril de 1994.

3.6. Variaciones de la prohibición

El art. 6 Convenio, de igual forma que lo preveían sus predecesores Convenios n. 4 y n. 41, prevé una posible reducción del período nocturno a 10 horas durante sesenta días al año en las empresas industriales sujetas a la influencia de las estaciones o cuando así lo exigen circunstancias excepcionales.

Asimismo, el art. 7 del Convenio, como también los Convenios n. 4 y n. 41, regula la posibilidad de fijar un período nocturno más corto cuando el clima haga muy penoso el trabajo diurno, pero con la condición de que durante el día se conceda un descanso compensatorio. Así sucede en Túnez³⁴ o Venezuela³⁵.

Además, según el art. 1 del Protocolo de 1990 relativo al Convenio n. 89, las modificaciones en la duración del período nocturno o las excepciones a la prohibición del trabajo nocturno que pueden establecerse según el art. 1 no pueden aplicarse a las trabajadoras durante un período de por lo menos 16 semanas antes y después del parto. Con esta disposición se considera que aunque la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres puede quedar anulada en ciertas ramas específicas, debe garantizarse siempre una protección mínima de las mujeres embarazadas o en lactancia, abogándose por una prohibición incondicional del trabajo nocturno en los dos meses anteriores al parto y en los dos meses siguientes. De hecho, esto se consigue con la licencia por maternidad, que en muchos países comprende varias semanas antes de la fecha del parto y después del mismo³⁶.

4. Regulación en España

4.1. Antecedentes coetáneos del Convenio n. 89

Por su parte, en España, se contaba ya con unos antecedentes legislativos, pues la ley de 13 de marzo de 1900 especificaba en su reglamento que el trabajo nocturno era el realizado entre las 7 de la tarde y las 5 de la mañana, pero no prohibía el trabajo de la mujer durante la noche. Posteriormente, la Ley de 11 de julio de 1912 prohibió el trabajo nocturno de la mujer en talleres, pues debía existir un descanso continuado de once

³⁴ Ley n. 66-27, de 30 de abril de 1966.

³⁵ Decreto n. 1563, de 31 de diciembre de 1973.

³⁶ OIT, *Compendio de la legislación y de la práctica nacionales*, cit.

horas diarias entre las 9 de la noche y las 5 de la mañana. Cabe señalar que esta ley de 1912 entró como proyecto de Ley dos años antes, por lo que este largo período legislativo pone de manifiesto que la cuestión de prohibir el trabajo nocturno a la mujer suscitaba una considerable controversia³⁷. De esta forma, la ley aprobada finalmente prevé la prohibición del trabajo nocturno de la mujer sólo en la industria, y el período nocturno durante el cual no puede trabajar se limita desde las nueve de la noche hasta las cinco de la mañana, reconociendo un descanso continuado de once horas entre jornadas (siete de ellas deben estar desde las diez de la noche hasta las cinco de la mañana). Además, dicha ley establece dos excepciones a la regla general permitiendo el trabajo nocturno de las mujeres en caso de fuerza mayor y en aquellas industrias agrícolas o aquellas en las que se utilicen para el trabajo materias susceptibles de alteración, cuando no haya otro modo de evitar la pérdida de dichas materias, como es el caso de las fábricas con ciclo de producción continua.

Unos años después, la Ley de 4 de julio de 1918 estableció un descanso mínimo y continuo de doce horas entre jornadas para los dependientes de comercio en general, de tal forma que el descanso de las mujeres en los establecimientos mercantiles tenía una duración de doce horas consecutivas, mientras que en la industria era de once horas, resultando además que este segundo tipo de trabajo era más agotador que el primero. Como resultado de esta contradicción, se aprueba el Real Decreto-Ley de 15 de agosto de 1927 que reguló un descanso continuado para la mujer en fábricas, talleres y otros establecimientos industriales de doce horas continuadas entre las 21 horas y las 5 de la mañana, pudiendo reducirse a diez horas en caso de que se estableciesen dos turnos de trabajadores. Resulta interesante destacar de esta norma el régimen de excepciones que contempla, especialmente en el trabajo nocturno y a turnos de las mujeres. Una primera excepción se residencia en las industrias agrícolas y aquellas en las que se utilicen para el trabajo materias susceptibles de rápida alteración, en cuyo caso las industrias podrían utilizar el empleo de mujeres durante la noche, con la condición de que no exista otro medio de evitar la pérdida de las materias que se utilicen, y que se autorice por el comité paritario o, en su defecto, por la delegación local del Consejo de Trabajo. Además, otra excepción, referida a las fábricas, talleres o explotaciones que tengan establecido o implanten el turno durante el día de dos equipos en que trabajen mujeres, se permite una reducción del

³⁷ J.I. GARCÍA NINET, *Elementos para el estudio de la evolución histórica del derecho español del trabajo: regulación de la jornada de trabajo desde 1855 a 1931*, en *Revista de Trabajo*, 1975, n. 51.

período nocturno al intervalo de las nueve y media de la noche a las cuatro y media de la madrugada, o bien de las diez de la noche a las cinco de la mañana. No obstante, se requiere que se compensen con un descanso mínimo y continuado de treinta minutos para cada uno de los equipos.

El Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938 prohibía de forma expresa el trabajo nocturno para las mujeres, otorgando una especial protección a la mujer casada al señalar que «liberará a la mujer casada del taller y de la fábrica». Ello debe relacionarse obviamente con la concepción de la familia de dicho momento histórico como «cédula primaria, natural y fundamento de la sociedad, y al mismo tiempo como una institución moral dotada del derecho inalienable y superior a toda ley positiva»³⁸. Por tanto, la mujer debía dedicarse de forma exclusiva al cuidado familiar, situación, es decir, de desigualdad en relación con los hombres.

La ratificación de este Convenio por España supuso un punto de inflexión, pues se publica la Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer que reconocía a la mujer los mismos derechos que al varón para el ejercicio de toda clase de actividad profesional. No obstante, no recogía ninguna prohibición del trabajo nocturno de la mujer. De igual forma, la Ley de Relaciones Laborales de 1976 tampoco recogía un concepto claro de trabajo nocturno.

Debe destacarse en este período la consulta de 21 de junio de 1979 realizada ante la Dirección General de Trabajo sobre la vigencia de la prohibición de trabajo nocturno establecida para las mujeres en el Real Decreto Ley de 1976 indicando la citada Dirección General que se podía autorizar el trabajo nocturno de mujeres en aquellos casos en que existiese informe favorable de la Inspección Provincial de Trabajo y de acuerdo con los representantes de los trabajadores debiendo valorarse la normativa relativa a la igualdad de mujeres y hombres.

De cualquier forma, la prohibición del descanso nocturno para la mujer se mantuvo vigente hasta la aprobación del ET de 1980, el cual califica en su art. 17 de nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones individuales del empresario que contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de jornadas y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo. Por tanto, en virtud de dicho precepto se establece la prohibición de la discriminación favorable a la mujer, lo que supone la derogación automática de toda anterior norma

³⁸ Título XII, del Decreto de 9 de marzo de 1938, Fuero del Trabajo.

protectora de su trabajo. Esto es, el ET de 1980 vino a derogar de forma implícita el Decreto-Ley sobre descanso nocturno de la mujer que contenía una discriminación favorable para las mujeres. No obstante, el Convenio n. 89 continuaba vigente.

Asimismo, el TC en sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, señala que si bien toda la actuación internacional interna en relación con el trabajo nocturno de la mujer estaba proyectada hacia su protección en términos generales con el fin de facilitarse sin perjuicio de su condición de trabajadora, la atención al hogar y a la familia, ello podía dar lugar a desigualdades materiales con respecto a los hombres. De hecho, el Ministerio Fiscal señalaba que la protección de las mujeres trabajadoras, estaba en condiciones de desaparecer como régimen diferenciador en algunos tipos de trabajo.

Posteriormente, el TC³⁹ analiza el caso del personal no sanitario al servicio de las instituciones de la Seguridad Social, que prestaban servicios en turnos de noche al amparo del RDL de 15 de agosto de 1927 y la Orden Ministerial de 5 de julio de 1971. El TC estima que al amparo de este estudio la aplicación de dichas normas supone un trato discriminatorio hacia la mujer por razón de sexo.

De cualquier forma, el 26 de marzo de 1992 se produjo la denuncia por el Ministerio de Asuntos Exteriores, con efectos de 27 de febrero de 1993, del Convenio n. 89, denuncia motivada por la publicación de la Directiva 76/207/CEE⁴⁰ que prohibía cualquier tipo de discriminación por razón de sexo. De hecho, la doctrina judicial comunitaria⁴¹ señaló que el art. 5 de la citada Directiva impone a los Estados miembros la obligación de no consagrar en su legislación el principio de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, aunque esta obligación permitiese excepciones, cuando no existiese una prohibición de trabajo nocturno para los hombres. Es decir, el tribunal comunitario declara que la protección que inspiró la prohibición del trabajo nocturno de la mujer ya no tenía sentido, por lo que los Estados miembros debían adoptar las medidas necesarias para adoptar el contenido de la Directiva y revisar la legislación, concretamente, eliminando toda norma que prohibiese el trabajo nocturno de las mujeres⁴².

³⁹ STC 38/1986, de 21 de marzo.

⁴⁰ De 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, ya las condiciones de trabajo.

⁴¹ STJUE de 25 de julio de 1991, *Stoeckel*, asunto C-345/1989.

⁴² T. PEREA MONTES, *El trabajo nocturno en los convenios de la OIT*, en [*Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, n. 112](#), p. 273.

El TC⁴³ se pronunció en diversos supuestos sobre el trabajo nocturno de la mujer. Así, por un lado, en un caso donde se solicitaba que el plus de transporte por desplazamiento nocturno contenido en convenio colectivo, fuese entregado a los trabajadores y no exclusivamente a las trabajadoras por la mayor peligrosidad a la que se encontraban sometidas, estimó que el hecho de considerar que los riesgos nocturnos afectan a las mujeres, constituiría un criterio contrario a la CE.

Posteriormente, en un caso⁴⁴ en que una mujer que había superado las pruebas de acceso para ocupar una plaza de ayudante minera no era finalmente seleccionada, ocupando todos los puestos ofrecidos en horario nocturno sólo a varones, considera que se vulnera el derecho a la igualdad. En este caso en concreto se valora la constitucionalidad del Decreto de 26 de julio de 1957 por el que se regulan los trabajos prohibidos de mujeres y menores, y señala que si bien la prohibición de trabajar en el interior de las minas a la mujer responde históricamente a una finalidad protectora, no puede ser calificada como una medida de acción positiva «ya que no favorece a ésta, sino que más bien la restringe al impedir a la mujer acceder a determinados empleos». De hecho, con esta sentencia se declara la inconstitucionalidad del citado Decreto de 1957 por lo que se refiere a las mujeres señalando que «el mandato de no discriminación por sexo del art. 14 CE, consecuente al principio de igualdad de derecho entre hombres y mujeres, exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo».

4.2. Actual regulación

En el actual ET no se hace diferenciación en el trabajo nocturno en función del sexo del trabajador, ni se otorga una mayor protección a la mujer. Lo que sí se protege es la situación de embarazo o lactancia en relación con el horario nocturno en materia de prevención de riesgos laborales.

Concretamente, el art. 36.1 ET diferencia entre trabajo nocturno y

⁴³ STC 28/1992, de 9 de marzo.

⁴⁴ STC 229/1992, de 14 de diciembre.

trabajador nocturno. Así considera trabajo nocturno el período comprendido entre las 10 horas de la noche y las 6 de la mañana, siendo esta previsión una norma de derecho necesario relativo, de tal forma que por convenio colectivo puede ser ampliada, pero no reducida. Por su parte, califica como trabajador nocturno aquel que desempeña su actividad en un tiempo no inferior a tres horas diarias de trabajo o aquel que se prevea que puede realizar en período nocturno una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual, pudiendo establecer el Gobierno ampliaciones o limitaciones según la actividad de que se trate. Estas definiciones de trabajo y trabajador nocturno lo son con independencia del sexo, por lo que la diferenciación que recogía el Convenio OIT n.º 89 se encuentra totalmente superada en nuestro ordenamiento jurídico laboral, no existiendo ninguna consideración específica para el sexo femenino.

Asimismo, la LPRL prevé en su art. 26 una protección específica de la mujer para las situaciones de embarazo o lactancia, de tal forma que las empresas deberán realizar una evaluación específica de los riesgos de su puesto de trabajo, y en caso de que dicha evaluación revele la existencia de un riesgo para su salud, la del bebé o la del feto, el empresario deberá tomar las medidas necesarias para evitar la exposición, evitando en dicho caso la realización del trabajo nocturno o a turnos. Por tanto, como se observa, este precepto preventivo no prohíbe la realización del trabajo nocturno, siendo la regla general su permisividad, salvo que de la evaluación de riesgos específica se deduzca su afectación a la salud, en cuyo caso el empresario deberá tomar las medidas necesarias para evitarlo.

5. Conclusión

Nadie duda que la tendencia actual es la de eliminar toda prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, evitando una regulación diferenciada del trabajo nocturno entre hombres y mujeres, pues la idea es establecer una reglamentación común tanto para hombres como para mujeres. Se trata, en definitiva, de eliminar cualquier atisbo de discriminación de la mujer. Considero pues que en la actualidad el Convenio n.º 89 ya no tiene cabida en las sociedades actuales, donde se trata de erradicar toda discriminación de la mujer en el trabajo. Este Convenio debe ser dejado de aplicar para evitar la pervivencia de esas ideas protectoras de la mujer que en el fondo constituyen otras formas de discriminación. De cualquier forma, debe destacarse el lento camino que se avanza en la consecución de la igualdad de derechos en el ámbito laboral, pues el citado Convenio de 1948 no fue

sino denunciado en 1992, y por citar otro claro ejemplo se halla el Convenio OIT n. 45 de 1935 que prohíbe los trabajos subterráneos de las minas a las personas de sexo femenino que fue denunciado por España en fecha muy reciente, concretamente, 2008.

La lucha por la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres ha cobrado mucha fuerza en los últimos 20 años gracias a la acción de instancias internacionales como las Naciones Unidas y la Unión Europea. Asimismo, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó en 1985 una resolución sobre la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo en la que se pide la adopción de medidas a nivel nacional para «reexaminar, a la luz de los conocimientos científicos más recientes y de la evolución tecnológica, toda la legislación protectora aplicable únicamente a las mujeres y para revisar, completar, ampliar, mantener o derogar dicha legislación, de acuerdo con las necesidades y las circunstancias propias de cada país»⁴⁵.

De hecho, contamos con diversos pronunciamientos del TJUE en relación con el incumplimiento por parte de determinados Estados de mantener en su legislación la prohibición del trabajo nocturno para las mujeres previsto en el Convenio OIT n. 89. Así, en el caso *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana*⁴⁶ declara que «la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario, al mantener en vigor en su ordenamiento jurídico interno normas que establecen la prohibición del trabajo nocturno para las mujeres, en contra de lo dispuesto en el artículo 5 de 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», así como también contra la República Francesa⁴⁷.

Ello no obstante, no enerva la necesidad de que se establezca una regulación protectora de la prestación prolongada del trabajo nocturno de los trabajadores en general, sean hombres o mujeres, cuya justificación se halla en la tutela de la seguridad y salud de todo trabajador/a. Son pues razones de protección de la salud y seguridad las que obligan a establecer un control de la duración y distribución de la jornada de trabajo de estos

⁴⁵ OIT, *Medidas especiales de protección para las mujeres e igualdad de oportunidades y de trato*, 1989, MPEMW/1989/7, pp. 92-94.

⁴⁶ STJCE de 4 de diciembre de 1997, asunto C-207/96. En términos similares, STJCE de 2 de agosto de 1993, *Ministère public y Direction du travail et de l'emploi c. Jean-Claude Lévy*, asunto C-158/91.

⁴⁷ STJCE de 13 de marzo de 1997, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Francesa*, asunto C-197/96. En términos similares STJCE de 3 de febrero de 1994, *Office national de l'emploi c. Madeleine Minne*, asunto C-13/93.

trabajadores, con independencia de su sexo, pues, como se ha señalado, está demostrado por diversos estudios que el trabajo nocturno afecta seriamente a la salud física, psíquica y social de los trabajadores. De hecho, así lo señala el considerando séptimo de la Directiva 2003/88/CE que indica que «ciertos estudios han demostrado que el organismo humano es especialmente sensible durante la noche a las perturbaciones ambientales, así como a determinadas modalidades penosas de organización del trabajo, y que los períodos largos de trabajo nocturno son perjudiciales para la salud de los trabajadores y pueden poner en peligro su seguridad en el trabajo».

6. Bibliografía

GARCÍA NINET J.I., *Elementos para el estudio de la evolución histórica del derecho español del trabajo: regulación de la jornada de trabajo desde 1855 a 1931*, en *Revista de Trabajo*, 1975, n. 51

OIT, *Compendio de la legislación y de la práctica nacionales*, en OIT, [Informe III \(Parte 1B\). Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre el trabajo nocturno \(mujeres\), 1919 \(núm. 4\), al Convenio \(revisado\) sobre el trabajo nocturno \(mujeres\), 1934 \(núm. 41\), al Convenio \(revisado\) sobre el trabajo nocturno \(mujeres\), 1948 \(núm. 89\) y al Protocolo, 1990 relativo al Convenio \(revisado\) sobre el trabajo nocturno \(mujeres\), 1948](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 89^a reunión, 2001

OIT, [Informe III \(Parte 1B\). Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre el trabajo nocturno \(mujeres\), 1919 \(núm. 4\), al Convenio \(revisado\) sobre el trabajo nocturno \(mujeres\), 1934 \(núm. 41\), al Convenio \(revisado\) sobre el trabajo nocturno \(mujeres\), 1948 \(núm. 89\) y al Protocolo, 1990 relativo al Convenio \(revisado\) sobre el trabajo nocturno \(mujeres\), 1948](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 89^a reunión, 2001

OIT, *Medidas especiales de protección para las mujeres e igualdad de oportunidades y de trato*, 1989, MEPMW/1989/7

PEREA MONTES T., *El trabajo nocturno en los convenios de la OIT*, en [Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social](#), 2014, n. 112

Protocolo de 1990 relativo al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres) 1948

Sergio MARTÍN GUARDADO*

RESUMEN: La importancia histórica de la actividad normativa de la OIT y las consecuencias reseñables de aquella no son ajena a la adopción del Protocolo de 1990 relativo al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres) n.º 89 de 1948. Al margen de que actualmente pueda parecer conveniente enmendarlo en parte, hemos de partir de una premisa: el instrumento técnico que va a ser objeto de comentario supone un antes y un después, un cambio de rumbo en el tratamiento jurídico de la realidad laboral femenina y la asunción de un nuevo paradigma por parte de la OIT. El reexamen acerca de la regulación sobre la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria y, en concreto, del Convenio OIT n.º 89, no solo traerá consecuencias para el trabajo nocturno. Respecto al trabajo femenino, se produce un cambio en la visión sobre qué tratamiento jurídico ha de darse a las mujeres en ciertos trabajos, evolucionando de una protección de la mujer *per se* por su pertenencia al sexo femenino hacia una protección articulada en torno a las vicisitudes que, en el contrato de trabajo, generarán la maternidad y todo lo que a ella concierne (embarazo, parto, lactancia, etc.). Ya no se protegerá más a las mujeres (al menos desde la norma) limitando, a su vez, el acceso a determinadas parcelas de empleo por parte de estas; a partir de entonces, la igualdad entre sexos deberá preservarse, introduciendo diferencias de trato justificadas y razonables, en aras de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Ahora, la vista está puesta en la seguridad y la salud en el trabajo, dejando de lado los estereotípos de género socialmente imperantes.

Palabras clave: Trabajo nocturno, mujeres, maternidad, perspectiva de género, legislación laboral internacional.

* Personal Investigador en Formación (USAL-Santander), Departamento de Derecho Público General, Área de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Algo más que otro instrumento técnico: un punto de inflexión en la acción normativa de la OIT. 3. Un recorrido a través del Protocolo de 1990. 3.1. Mayor flexibilidad. 3.2. La protección a la maternidad como medida de seguridad y salud en el trabajo. 3.3. Una ratificación poco exitosa. 4. Los principios de igualdad y no discriminación: el camino hacia la igualdad de género en el trabajo nocturno. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Protocol of 1990 to the Night Work (Women) Convention (Revised) 1948

ABSTRACT: The historical importance of the normative activity of the ILO and the achievements are published in the Protocol of 1990 to the Night Work (Women) Convention (Revised) No. 89 of 1948. To amend it in part, we must start from a premise: the technical instrument that is going to be an object of a comment a response before and after, a change of direction in the legal treatment of the labor reality, the reality and the new paradigm on the part of the ILO. The ILO Convention No. 89 does not only have the consequences for night work. Respect for women's work, there is a change in the vision on what legal treatment occurs in women, in work, in the evolution of the protection of women, for example, in the issue of the female sex towards a protection articulated in around the vicissitudes that, in the work contract, will generate maternity and everything a janitor (pregnancy, childbirth, lactation, etc.). Women will no longer be protected, limiting, in turn, access to certain plots of employment by them; thereafter, equality between the sexes must be preserved, the introduction of justified and reasonable differences of treatment, and effective equality between men and women. Now, the view is on safety and health at work, leaving aside the socially prevailing gender stereotypes.

Key Words: Night work, women, maternity, gender mainstreaming, international labor legislation.

1. Introducción

Llegada la década de los noventa del siglo pasado culmina toda una etapa de enmienda y revisión en la hazaña normativa de la OIT respecto al trabajo nocturno de las mujeres en la industria. Si bien ya habían sido revisados los dos convenios adoptados por la OIT hasta entonces¹, tocaba ahora adoptar un Protocolo para enmendar el propio Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres) n.º 89 de 1948. El argumento primordial descansa en la necesidad de compatibilizar las disposiciones internacionales relativas a la prohibición del trabajo nocturno con los principios de igualdad de trato y no discriminación entre mujeres hombres en el empleo, cuestión que fue motivo de numerosas denuncias². Se vendrá reclamando establecer protecciones con garantías, esto es, el establecimiento normas que hagan posible la igualdad de trato y de oportunidades a la vez que se salvaguarden su seguridad y salud en el trabajo.

Igualmente, los instrumentos anteriores no respondían con certeza a la realidad social en que habían de aplicarse. Con posterioridad a la adopción del primer convenio sobre trabajo nocturno se producirá una incorporación masiva de la mujer al trabajo³ y, en el contexto histórico de la Segunda Guerra Mundial, la industria necesitaba de nuevos modos de organizar la producción. Sobre todo, en algunos trabajos industriales de tipo manual (sobre todo, en la industria textil), las mujeres eran más demandadas que los hombres por los propios patronos, pero no podían implantar la producción durante la noche, lo que para las mujeres con cargas familiares resultaba un obstáculo a su desarrollo profesional al hacerse incompatible el trabajo fabril con el doméstico⁴. La experiencia

¹ Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919 (núm. 4), y Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934 (núm. 41).

² OIT, *Informe III (1B). Trabajo nocturno de las mujeres en la industria: tercer punto del orden del día: informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones*, Conferencia Internacional del Trabajo, 89^a Reunión, 2001, § 59.

³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo*, en *Relaciones Laborales*, 1993, n.º 1, p. 20: «La incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo, con todas sus sombras y dificultades, es el fenómeno emblemático del cambio profundo que se produce en nuestra sociedad, pero, al mismo tiempo, en esa incorporación se reflejan y detectan las dificultades y límites de la consecución de la igualdad efectiva entre los sexos».

⁴ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Proyecto de informe del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo atinente a la aplicación del Convenio sobre el trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (revisado en 1948) (núm. 89) y de los Convenios correspondientes de 1934 y 1919, (núms. 41 y 4)*, 1973, § 146.

para los Estados más desarrollados económica, social y políticamente, es la de que, ante una prohibición tan rígida, se coartaba el desarrollo profesional de las mujeres; lo cual, en suma, además de contraproducente, resultará discriminatorio. Suponía pues, un obstáculo en aras del progreso económico y social. Entonces, se adoptaría este Protocolo por parte de la Conferencia Internacional del Trabajo, pero también verá la luz el Convenio n. 171 que, con vocación no discriminatoria y ante unos conocimientos científico-técnicos más avanzados, optará por regular plurisectorialmente el trabajo nocturno, tanto para mujeres como para hombres.

Sólo desde una perspectiva de género puede entenderse la evolución histórica de la regulación internacional del trabajo de las mujeres. De ella ha sido testigo el Protocolo objeto de comentario, expresión privilegiada del cambio de paradigma en el seno de la OIT sobre la adecuada protección de las mujeres frente a los riesgos laborales. No podría negarse que esa es su importancia histórica: marcar un antes y un después acerca de cómo abordar la cuestión, atendiendo a la maternidad y sin generar discriminación. Nunca más debiera ser como fue.

2. Algo más que otro instrumento técnico: un punto de inflexión en la acción normativa de la OIT

Históricamente, pueden delimitarse tres etapas en las normas internacionales sobre trabajo nocturno femenino: una primera etapa de prohibición absoluta con el Convenio n. 4 (salvo casos fortuitos en que se haga necesaria la prestación de trabajo cfr. art. 3); una progresiva apertura a la previsión de excepciones a la prohibición, excluyendo siempre los trabajos manuales, con los Convenios n. 45 y n. 89; y, por último, una etapa en aras de la igualdad de trato y de oportunidades y la no discriminación que, sin duda, se inicia por la adopción del Protocolo al Convenio n. 89 y la adopción del Convenio n. 171, que no hará perniciosas distinciones de género en su articulado. Estando inmersos aún en esta última etapa, puede decirse que se inició con este Protocolo una protección en materia de salud y seguridad en el trabajo en pro del trabajo en igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, que no desembocara en la discriminación del sexo femenino respecto al trabajo nocturno.

Así, se tomará al pie de la letra lo siguiente: «las mujeres estarán protegidas contra los riesgos inherentes a su empleo y ocupación sobre la misma base y con las mismas normas de protección que los hombres, en función de

los progresos en el conocimiento científico y tecnológico»⁵. La adopción del Protocolo, que por primera vez impondría a Estados y a empresarios adoptar medidas destinadas a proteger la salud de las madres y la vida de los hijos, hace necesario, entonces, dar respuesta a lo siguiente: ¿los anteriores instrumentos internacionales sobre trabajo nocturno respondían más bien a estereotipos de género que a una protección real? Sin lugar a dudas, la respuesta ha de ser afirmativa, eran erróneos, no concordaban con los avances que se produjeron durante más de medio siglo en todos los campos.

No obstante, detrás del progreso experimentado por la normativa de la OIT está el desarrollo de las normas antidiscriminatorias de la ONU que influyeron en ella, surgiendo una normativa atenuada respecto de la prohibición absoluta del trabajo nocturno para las mujeres⁶. Entre estas normas cabe destacar la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, que, en su artículo 11, apunta a las siguientes ideas, comprometiendo la acción normativa de la OIT, desde entonces:

- el derecho a las mismas oportunidades de empleo y a la aplicación de los mismos criterios selectivos que a los hombres: el derecho a la libre profesión u oficio. Paliando la discriminación se conseguirá el derecho al trabajo entre mujeres y hombres en condiciones de igualdad;
- el derecho a la igualdad de trato, en este sentido, en cuanto a la protección de la seguridad y salud en el trabajo, incluso poniendo a salvo su función reproductiva. Obligando, para ello, a los Estados a impedir el despido fundado en el embarazo, la maternidad, etc. La implantación de permisos pagados o, en su defecto, una prestación comparable;
- por último (y no menos importante): atender específicamente a la mujer embarazada en aquellos trabajos que, por las especiales circunstancias del embarazo, requieren de mayor protección hacia la mujer. Para ello se establece el deber de examinar periódicamente la protección ofrecida a la luz de los mayores avances científicos y técnicos y, correlativamente, la obligación de enmendar (revisar, derogar o ampliar) la normativa en que aquellas se asientan.

En definitiva, es tarea obligada calificar como punto de inflexión al Protocolo, dado que introduce un nuevo método de producción de normas internacionales del trabajo, que atenderá con énfasis a la función

⁵ Art. 9.2 de la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras de la OIT (hoy, comúnmente, Declaración sobre igualdad de género).

⁶ M.E. CASAS BAHAMONDE, *Normas laborales internacionales, Derecho Social Europeo y derechos fundamentales*, en *Relaciones Laborales*, 1996, n. 1, p. 66.

reproductiva de la mujer, objetivando los riesgos en atención a la misma y no a su mera condición femenina. No obstante, quedaría mucho camino por recorrer hasta la visión actual sobre igualdad y no discriminación⁷.

3. Un recorrido a través del Protocolo de 1990

El objetivo, al adoptar el protocolo, fue el de flexibilizar la regulación tan rígida que existía en los Convenios n.º 4 (derogado)⁸, n.º 45 y n.º 89, que introducía la prohibición, con carácter general, de emplear mujeres en la industria durante la noche (artículo 3 de los Convenios n.º 4, n.º 45 y n.º 89), con la salvedad de ciertas excepciones como las de las mujeres directivas, introducidas a lo largo de sucesivas revisiones. Centrándonos pues, en el Convenio n.º 89 y el protocolo de 1990, relativo al mismo, recorremos su articulado de tal manera que se comparen uno y otro instrumento.

3.1. Mayor flexibilidad

En su artículo primero, dota de flexibilidad a los Estados para que, a la hora de regular el período *noche*⁹ y, previa consulta de aquellos con sus respectivos interlocutores sociales, introduzcan modificaciones.

A su vez, posibilita introducir excepciones a la prohibición del artículo 3 del convenio por parte de las autoridades nacionales competentes, del siguiente modo: en profesiones determinadas o concretas ramas de actividad (art. 1.1.a), así como también, en establecimientos determinados fuera de los supuestos anteriores (art. 1.1.b). Para la implantación de tales

⁷ OIT, *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*, 2008, p. 206: «a excepción de las normas y prestaciones relacionadas con la protección de la maternidad, todas las demás medidas de protección no sirven a los objetivos de la igualdad de oportunidades y de trato entre los hombres y las mujeres. Si algunas mujeres no toleran el trabajo nocturno al igual que los hombres, ello no se debe a diferencias biológicas, sino al agotador yugo de la doble tarea del hogar y del trabajo remunerado, respecto del cual, una respuesta más estratégica e igualitaria desde el punto de vista de género es promover la redistribución del trabajo doméstico».

⁸ En 2017, por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 106^a Reunión.

⁹ Cfr. art. 2 del Convenio OIT n.º 89: «[...] once horas consecutivas, por lo menos, que contendrá un intervalo [...] de por lo menos siete horas consecutivas, comprendido entre las 10 de la noche y las 7 de la mañana; la autoridad competente podrá prescribir intervalos diferentes para las distintas regiones, industrias, empresas o ramas de industrias o empresas, pero consultará a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores antes de fijar un intervalo que comience después de las 11 de la noche».

excepciones en la normativa nacional deben darse las siguientes condiciones: 1) que medie acuerdo entre el empleador y los representantes de los trabajadores de la empresa o el establecimiento concreto; 2) que, en el marco del diálogo social, se haya acordado entre las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores.

En el caso de tratarse de un establecimiento determinado cuya actividad económica no se ha exceptuado de la prohibición (art. 1.1.a), a falta de acuerdo entre los representantes de los trabajadores y el empleador, pueden establecerse excepciones cuando (art. 1.1.c): 1) haya mediado consulta a los representantes de los trabajadores de dicho establecimiento o de la empresa a que este pertenezca y, también, a las organizaciones de representantes de trabajadores y empleadores más representativas en el concreto sector de actividad o profesión en que se encuadre dicho establecimiento; 2) una vez la autoridad competente haya comprobado que existen medidas de seguridad y salud en el trabajo, así como el establecimiento de garantías en relación a servicios sociales e igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras; 3) la regulación que exceptúa la prohibición se aplique de forma periódica, siendo necesario para su renovación el trámite previsto en el artículo 1.1.b (acuerdo entre el empleador y los representantes de los trabajadores en la empresa o el establecimiento, así como el acuerdo por vía del diálogo social con las organizaciones sindicales y patronales más representativas). Por lo demás, cabe señalar, además, que hay una referencia en el artículo 1.1.2. a lo que debe entenderse por *representantes de los trabajadores*: tanto los representantes nombrados por un sindicato o sus afiliados como aquellos que representan a los trabajadores en la empresa conforme a la legislación nacional¹⁰.

Con el objetivo de dotar a los Estados de una mayor flexibilidad, a fin de adecuar las disposiciones internacionales sobre trabajo nocturno a sus respectivas realidades nacionales, se opta por dejar en manos del legislador nacional la configuración definitiva sobre las modificaciones permitidas. Esto es, legislación interna deberá delimitar las excepciones concretas a que se supeditarán las mismas; en suma, cuál será la duración y transcurso del período nocturno, qué actividades económicas o, en su defecto, qué establecimientos pueden atenerse a esa mayor flexibilidad, así como las condiciones que deban darse para que puedan ser adoptadas (art. 1.2).

Sin embargo, parece ser que no responde la adopción del Protocolo, al menos, en principio, a un objetivo de acceso de la mujer en igualdad de oportunidades al trabajo nocturno. Sino que, como se ha apuntado

¹⁰ Cfr. el art. 3 del Convenio OIT n. 135.

anteriormente, respondía más bien a poder emplear a las mujeres en trabajos industriales en que eran demandadas y que eran contemplados en el Convenio n. 89 como industrias prohibidas para las mujeres, con el ejemplo de la industria textil manufacturera.

3.2. La protección a la maternidad como medida de seguridad y salud en el trabajo

En virtud de proteger de abusos que pudieran ser resultado de la adopción por parte de los Estados de estas medidas flexibilizadoras, se optará por proteger a la mujer en relación a la maternidad. Ello responde a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (que responde tanto al interés de la madre como del hijo): no supone un tratamiento discriminatorio, como el previsto en anteriores convenios.

Para ello, se establece la imposibilidad de aplicar las excepciones a la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria (art. 3 Convenio OIT n. 89), antes y después del parto: durante diecisésis semanas¹¹, de las que al menos ocho deberán ser antes de la fecha prevista para el parto, tal como establece el artículo 2.1 del Protocolo. Esto ha de entenderse con la siguiente salvedad: en el supuesto de que la mujer trabajadora solicite continuar con su prestación de trabajo, las legislaciones nacionales podrán eximirla de la prohibición a las excepciones adoptadas por los Estados en caso de que no exista peligro para la madre ni para el hijo (art. 2.1 *in fine*). Además, en el supuesto de que, ante necesidades derivadas del estado de salud de la madre o del hijo, la mujer trabajadora requiera de una mayor protección, con la presentación de un certificado médico y con carácter previo, se podrá ampliar la protección.

Así, si durante el embarazo o en el puerperio si médicaamente se certifica que es necesario un descanso mayor, operaría la prohibición del art. 2.1 del Protocolo a las excepciones introducidas por las normas nacionales a la prohibición absoluta del trabajo femenino en la industria del Convenio n. 89, de partida, discriminatoria.

Por consiguiente, la mujer embarazada o que, dando ya a luz, se encuentre en el post-parto, no podrá ser despedida sino por causas justificadas, nunca vinculadas al embarazo o al parto (art. 2.3.a). En suma, se establece la obligación de adoptar medidas por parte de los Estados que posibiliten

¹¹ Incrementando, respectivamente, las seis o doce semanas de los Convenios n. 3 de 1919 y n. 103 de 1952 sobre protección de la maternidad.

el mantenimiento de un nivel de ingresos adecuado y suficiente de cara a poder que mujer e hijo se sustenten en unas condiciones de vida adecuadas. Estas medidas pueden ir desde la asignación de un trabajo diurno, pasando por la prórroga del permiso de maternidad, hasta llegar a las prestaciones de seguridad social, siendo posible articular una combinación entre todas ellas y establecer otras que sean adecuadas para garantizar el fin de mantener un nivel de ingresos adecuados para madre e hijo (art. 2.3.b). Como puede apreciarse, también se dota de una gran flexibilidad al instrumento para establecer medidas de protección de la maternidad y, el único límite que parece apreciarse es el siguiente: tales medidas no pueden redundar en una reducción de la protección y las prestaciones ligadas al permiso de maternidad (artículo 2.4).

Por último, se contempla que las medidas de excepción previstas por parte de los Estados y adoptadas en ejecución de las previsiones del presente Protocolo, habrán de remitirse mediante memorias anuales a la Oficina Internacional del Trabajo y se referirán a los extremos delimitados por el Consejo de Administración (art. 3; *vid.* art. 22 Constitución OIT).

3.3. Una ratificación poco exitosa

Respecto a la ratificación del Protocolo, en relación al Convenio n. 89, bien podía ratificarse al mismo tiempo que el Convenio, o bien en, un momento posterior a haber ratificado este. Independientemente de una ratificación doble y simultánea o simple y sucesiva del Protocolo, se notificarán formalmente al Director de la Oficina para que se proceda a su registro y, transcurridos doce meses desde la fecha de este último, tendrá efectos para el Estado Miembro que prestó su consentimiento (art. 4.1). Igualmente, se notificarán todas las ratificaciones al resto de Estados miembros por parte del Director General de la Oficina (art. 4.2), que también lo comunicarán al Secretario General de la ONU (art. 4.3).

En relación a la ratificación del Protocolo, como se ha dicho, el mismo prevé que no puede ratificarse el Protocolo sin ratificar previa o simultáneamente el Convenio. Teniendo presente la temprana denuncia del Protocolo por parte de los Miembros más pioneros, República Checa y Chipre y, dado que el Protocolo cuenta con un número insignificante de ratificaciones (tan sólo, cinco), puede decirse que el Protocolo fue visto por muchos Estados como una solución incompleta, debido a lo siguiente: la igualdad de trato de mujeres y hombres no puede ser objeto de consecución a través de un instrumento que parte del principio general de prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria del

artículo 3 del Convenio n. 89¹².

Además, la adopción del Protocolo no tendría mucho sentido para aquellos países que ya se encaminaban a la ratificación del Convenio n. 171, de adopción coetánea al Protocolo y con una regulación genérica: para todos los trabajadores independientemente de la actividad económica o sector en que se encuadren (con matices) e indiferentemente de la pertenencia a uno u otro sexo. Un convenio más comprometido con la igualdad de género y de marcado enfoque en materia de seguridad y salud en el trabajo¹³.

4. Los principios de igualdad y no discriminación: el camino hacia la igualdad de género en el trabajo nocturno

El respeto a los principios de igualdad y no discriminación que, a su vez, despliegan los derechos de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres deben ser la vía hacia el establecimiento de unas relaciones laborales plenamente democráticas en términos de justicia social.

La antigua y obsoleta regulación internacional del trabajo nocturno supuso una pérdida de oportunidades de empleo para las mujeres, sacándolas de la fábrica hacia las tareas familiares y hogareñas en torno al cuidado y, en mayor parte, la crianza de hijos. En este sentido, el convenio será un avance controvertido, si bien se encamina a flexibilizar la regulación del trabajo nocturno estableciendo excepciones a la regla general de prohibición absoluta de emplear mujeres durante la noche en la industria, por otra parte, la mantiene como regla general. ¿Esto supone un avance hacia la igualdad? Si es así, se vuelve pernicioso, dado que la norma internacional sigue presuponiendo que la mujer no es apta para emplearse en la industria durante la noche por su condición femenina. Si ya está constatado que el riesgo laboral psicosocial representado por el trabajo nocturno incide de forma idéntica en mujeres que, en hombres, ¿qué sentido tiene seguir manteniendo esta regla general?

Si es cierto que los estados relacionados con la maternidad (embarazo, parto y lactancia) y que están predisuestos de manera biológica inciden en las mujeres y no en los hombres y se requiere para estas una especial protección en atención a estas vicisitudes cuando se producen en

¹² OIT, *Informe III (1B). Trabajo nocturno de las mujeres en la industria: tercer punto del orden del día: informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones*, cit., § 179.

¹³ OIT, *El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo (17-21 de octubre de 2011)*, 2011, § 28.

ejecución del contrato de trabajo¹⁴. No obstante, el desarrollo económico, social y político (en términos globales), junto al establecimiento de políticas igualitarias y a la producción científica comprometida con la igualdad de género, ha hecho que el tratamiento jurídico del trabajo nocturno gire, hoy, en torno a la asunción equilibrada de responsabilidades laborales, familiares y personales. Entonces, ¿cómo debiera orientar la OIT su política en torno al trabajo nocturno femenino? Al menos, eliminando diferencias de género presentes aún en el articulado de todos los instrumentos que han venido regulando el trabajo nocturno hasta el Convenio n. 171 y, por tanto, hay que incluir en la crítica al Protocolo objeto de análisis. Una comparativa no exhaustiva sobre uno y otro instrumento nos anticipa lo siguiente: el Convenio n. 171 opta por el género gramatical masculino neutro (*trabajador nocturno*), lo cual ya es un avance en el modo de articular dichas regulaciones, lo que resulta lejano tanto al Protocolo como a los tres anteriores instrumentos que se venían ocupando de regular la materia hasta 1990 que parecieran discriminar a las mujeres por el mero hecho de serlo.

La vía actual de la OIT es y debe seguir siendo la de avanzar en aras de la igualdad de género, exigencia solo a través de la cual puede comenzar a entenderse el trabajo como decente¹⁵. Así, debe articularse una regulación del trabajo nocturno que únicamente introduzca diferencias estrictas en ámbito de aquellas causas ligadas a la maternidad, haciendo posible que los cuidados y el trabajo, realidades que coinciden en el tiempo, sean compatibles de modo que se asuman forma equitativa por parte de mujeres y hombres para acabar con la discriminación.

En definitiva, la igualdad compele a la vigencia permanente de un derecho a la diferencia. Hoy, está constatado: se sabe que cuando se produce una mayor incidencia en la salud de las mujeres que en la de los hombres a causa del trabajo nocturno esta es consecuencia directa de la maternidad; esto hace que, superado embarazo, parto y post-parto, no tenga sentido seguir manteniendo regulaciones que establezcan diferencias de trato entre hombres y mujeres que, a su vez, limitan el acceso al empleo de estas últimas y, por ende, las discriminan vulnerando su derecho a la igualdad de oportunidades. Entonces, teniendo presente el principio de igualdad, sólo tendrá sentido articular una protección en pro de que las mujeres

¹⁴ J.F. LOUSADA AROCHENA, *La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia*, en *Actualidad Laboral*, 1998, n. 3, p. 704.

¹⁵ J.E. LÓPEZ AHUMADA, *Principios jurídicos y promoción de la igualdad de género como garantía del trabajo decente: problemas y experiencias en el seno de la OIT*, en *Relaciones Laborales*, 2012, n. 15-18, p. 196.

mantengan su empleo y no en favor de que lo pierdan¹⁶, normas favorables y no tan rígidas. Esto hace necesario un reexamen más exhaustivo de la regulación internacional del trabajo nocturno que el realizado hasta ahora que lleve a la mesa de la Conferencia Internacional del Trabajo la posible derogación tanto del Protocolo como del Convenio n. 89.

5. Conclusiones

Transcurridas casi dos décadas de la adopción del Protocolo relativo al Convenio n. 89 de la OIT, es obvio que, a pesar de haberlo calificado como punto de inflexión, por introducir una flexibilización cuanto menos importante del régimen jurídico internacional en materia de trabajo nocturno, es necesario sintetizar el comentario crítico que se ha venido realizando en las siguientes conclusiones.

1) Un primer apunte sobre el estudio comparado del Protocolo con otros instrumentos técnicos anteriores y ulteriores sobre trabajo nocturno le coloca como expresión de un cambio paradigmático en el seno de la OIT. Como se ha dicho, comienza a dar a apertura a las mujeres para que participen en trabajos industriales prestando atención a la maternidad, relacionando la incidencia del trabajo nocturno en aquella. Supuso el inicio de la búsqueda de razones que justificaran un tratamiento diferenciado de las mujeres, eventual, limitado y no permanente, no coartando su acceso al empleo a fin de remover discriminaciones presentes en normas estereotipadas como los Convenios n. 4 y n. 41 (ya derogados) y el Convenio n. 89 sin su adaptación al Protocolo. No obstante, el Protocolo ha tenido poco éxito, quizá debido a la adopción coetánea del Convenio n. 171 al que se adherirán más países que al Protocolo, pero también al desarrollo de las legislaciones nacionales que, aun no ratificando los Estados el Convenio n. 71, optan por acercarse al mismo, con una regulación interna que gira en torno a los conceptos de *trabajo nocturno* y *trabajador nocturno*. Igualmente, es significativa la ausencia de las ratificaciones de la mayor parte de países de la Unión Europea y ello es debido al desarrollo de una normativa supranacional estableciendo un derecho de mínimos impuesta a sus Estados Miembros¹⁷.

¹⁶ M.A. BALLESTER PASTOR, *Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femenino*, en AA.VV., *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Aranzadi, 2016, p. 101.

¹⁷ Como ejemplo, la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003.

2) En este sentido, aunque sería pertinente la revisión y/o derogación tanto del Protocolo como del Convenio n. 89. Sin embargo, hay que preservar el mantenimiento de garantías para las mujeres en aquellos Estados en que no ha habido un desarrollo tan expansivo de las normas nacionales sobre tiempo de trabajo dado que, a muchos de ellos, sólo les queda la referencia del Convenio n. 89 y ni siquiera han adoptado el Protocolo.

3) La protección de la mujer debe regirse por la plena vigencia del principio de igualdad, tanto la igualdad de trato como la igualdad de oportunidades han de abrirse paso en futuras revisiones de estos instrumentos obsoletos de acuerdo con la mayoría de prácticas nacionales. Sólo merecerá una atención diferenciada la mujer en relación a la maternidad y siempre que se articule de manera que no vislumbre posibilidad de discriminación alguna. Este es el paradigma a que abre paso el Protocolo junto con el Convenio n. 171, eso es, actualmente, innegable.

6. Bibliografía

AA.VV., *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Aranzadi, 2016

AA.VV., *La mujer ante el ordenamiento jurídico: soluciones a realidades de género*, Atelier, 2009

BALLESTER PASTOR M.A., *Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femenino*, en AA.VV., *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Aranzadi, 2016

CASAS BAHAMONDE M.E., *Normas laborales internacionales, Derecho Social Europeo y derechos fundamentales*, en *Relaciones Laborales*, 1996, n. 1, pp. 66-72

COSTA M., *Feminismos Jurídicos*, Didet, 2016

LÓPEZ AHUMADA J.E., *Principios jurídicos y promoción de la igualdad de género como garantía del trabajo decente: problemas y experiencias en el seno de la OIT*, en *Relaciones Laborales*, 2012, n. 15-18, pp. 195-233

LOUSADA AROCHENA J.F., *La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia*, en *Actualidad Laboral*, 1998, n. 3, pp. 703-726

MARTÍN HERNÁNDEZ M.L., *El tratamiento por la OIT de la protección de los trabajadores frente a los peligros derivados del trabajo a lo largo de sus cien años de historia*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. 9 extra

NUÑO GÓMEZ L., *El tratamiento de la diferencia sexual en las democracias formalmente igualitarias*, en *Revista de Estudios Políticos*, 2016, n. 174, pp. 113-141

ODRIOZOLA LANDERAS A., *La protección de la salud del trabajador nocturno a turnos*, Universidad del País Vasco, 2008

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Proyecto de informe del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo atinente a la aplicación del Convenio sobre el trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (revisado en 1948) (núm. 89) y de los Convenios correspondientes de 1934 y 1919, (núms. 41 y 4)*, 1973

OIT, *El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo (17-21 de octubre de 2011)*, 2011

OIT, *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*, 2008

OIT, *Informe III (1B). Trabajo nocturno de las mujeres en la industria: tercer punto del orden del día: informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones*, Conferencia Internacional del Trabajo, 89^a Reunión, 2001

PERÁN QUESADA S., *Derecho Social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Aranzadi, 2014

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M., *Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo*, en *Relaciones Laborales*, 1993, n. 1, pp. 19-25

VALDÉS DAL-RÉ F., *La legislación obrera industrial sobre las mujeres (1900-1931), entre la protección y la restricción*, en *Relaciones Laborales*, 2009, n. 1, pp. 275-310

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno de los menores (industria) 1948 (núm. 90)

Sergio CÓRDOVA OLIVARRIA*

RESUMEN: Análisis crítico del Convenio 90 de 1948 sobre el trabajo nocturno de los menores (Industria), en el que se abordan las diferentes etapas históricas y el contexto social correspondiente, donde se resuelve la justificación del esquema normativo instruido y se identifican áreas de mejora. Lo anterior basado en el enfoque iusnaturalista pro operario.

Palabras clave: Trabajo nocturno, trabajo infantil, prohibición.

SUMARIO: 1. El contexto histórico como impulso para su abordamiento normativo. 2. El contenido de la recomendación. 2.1. Promulgación 1919. 2.2. Revisión 1948. Surge el convenio 90. 3. La condescendencia de la directiva en términos de las necesidades sociales y del capital. 4. Hipótesis normativa mexicana. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Abogado, Sonora, México.

Night Work of Young Persons (Industry) Convention (Revised) 1948 (No. 90)

ABSTRACT: Critical analysis of Convention 90 of 1948 on the night work of minors (Industry), the different historical stages and the social context that involved each of them are addressed, resolving the justification of the instructed normative scheme, identifying the areas of improvement that it presents, based on the pro-operative iusnaturalist approach.

Key Words: Night work, child labor, prohibition.

1. El contexto histórico como impulso para su abordamiento normativo

A finales del siglo XIX y principio del siglo XX el mundo se encontraba en franca convulsión social y económica¹, la Revolución Industrial y la ideología de izquierda, detonaron cambios modificando paradigmas que se habían mantenido incólumes durante siglos, éstos cambios impulsaron modificaciones geopolíticas, el concierto mundial se preparaba para la gestación de un orden mundial que buscaba ubicar a las fuerzas productivas en un contexto que propiciasen el desarrollo social y económico en todo el orbe. En medio de dicha vorágine mundial, derivada del tratado de Versalles, surge la Organización Internacional del Trabajo (OIT)², entidad avocada a la búsqueda del equilibrio de las fuerzas productivas a través de la cooperación internacional voluntaria con un enfoque especialmente industrial, sería ocioso sin embargo abundar respecto de su nacimiento sobre todo por la materia central que compone éste escrito, no obstante es menester destacar que el surgimiento en 1919 de la OIT, incluyó como parte fundamental seis convenios: horas de trabajo en la industria, desempleo, protección de la maternidad, trabajo nocturno de las mujeres y el objeto de nuestro estudio, a saber, la edad mínima laboral y el trabajo nocturno de los menores en la industria³.

La Revolución Industrial y su irrupción en el mundo integró la mano de obra infantil, los niños presentaban características⁴ importantes que permitían que su incorporación al trabajo fuese muy socorrida por los empresarios del siglo XVII al siglo XIX, manos pequeñas y finas para la manipulación de telares, cobros de hasta una tercera parte de lo que se le pagaba a los adultos, una actitud más sumisa, entre otras muchas ventajas para el sistema capitalista que hasta bien entrado el siglo pasado no

¹ E. URDANETA-CARRUYO, *Siglo XX. Cien años de infortunio y esplendor*, en *Gac. Méd. Méx.*, México, 2005, vol. 141, n. 1.

² Así varios autores: N. DE BUEN LOZANO, *Derecho del Trabajo*, Vigésima Primera Edición. Ed. Porrúa México D.F. 2013; DE LA CUEVA M., *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, Vigésima segunda edición, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 31.; M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, p. 73, Octava Edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

³ Así <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>, consultada al 31 de agosto del 2019.

⁴ J. DOMÍNGUEZ CASTILLO, *El trabajo de los niños en la revolución industrial y en la actualidad. Unidad de Evaluación de competencias históricas*, en *Pensamiento Histórico y evaluación de competencias*, Ed. Graó, Barcelona, 2015, p. 2; y, P. NOVA MELLE, *Trabajo infantil: los riesgos laborales en situaciones legalmente prohibidas y sus consecuencias para la salud y seguridad*, en *Med. segur. trab.*, Madrid, 2008, vol. 54, n. 213.

consideraba al infante como sujeto especial de derecho.

Ante la escasa legislación, la gran necesidad económica de las familias de aquella época, la abundancia de niños por unidad familiar y a alta demanda de mano de obra, se generaron las condiciones ideales para que detonara el trabajo infantil. Debemos reconocer que al momento de la incorporación de los menores a la vida productiva, aún no se contaba con el conocimiento del impacto que en la sociedad y en la propia vida de los niños ello generaría, en sí, la integración de éstos a la vida productiva se suscitó de manera natural⁵.

El impacto del trabajo en la vida de los niños, fenómeno que durante tres siglos estuvo generando su explotación en condiciones infrahumanas, sobre todo en la industria minera y de transformación, ubicó éste tema en el foco de las discusiones principales de las organizaciones sindicales del siglo XIX, no sólo por la constrección de oportunidades de empleo para los adultos, ya que la gran mayoría de las vacantes de trabajo eran cubierta por menores; también era de vital importancia, para levantar la atención de las organizaciones sindicales, la somera protección que ofrecía la legislación de los diversos países que integraban ésta práctica⁶. Ante la proliferación de la práctica del trabajo infantil, las organizaciones patronales tomaron poco a poco conciencia para que éstos mismos impulsaran la discusión en torno a la necesidad de regular el trabajo infantil, de establecer un marco jurídico que ofreciese garantías de desarrollo y protección a los niños que trabajan y de iniciar con el análisis de las repercusiones sociales de ésta práctica en la sociedad.

Ésa fue la dinámica en la que se vieron involucradas las organizaciones obreras y empresariales, que participaron en el marco de la Primera Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en octubre de 1919 en Washington, Estados Unidos de América. Allí se suscribe la primera directiva dentro de la OIT relativo al trabajo infantil, éste fue el Convenio 6 sobre el trabajo nocturno de los menores (industrial), estableciendo límites al ejercicio laboral de los mismos que laboraban de noche, lo que impactó tres años más tarde en la economía y el mercado laboral de los países que ratificaron el convenio. No obstante, lo más importante fue las sustanciales mejoras que ello trajo consigo en la vida de los menores⁷.

⁵ F.C. ESCOBAR HERRERO, *El trabajo infantil desde la Revolución Industrial hasta la actualidad*, Universidad de Cantabria.

⁶ Inglaterra, Alemania, Francia y España con la Ley Benot, así P. NOVA MELLE, *op. cit.*

⁷ No existen estadísticas concretas que nos permita observar el número preciso de menores que se impactaron con dicha medida, ya que conforme a la información señalada por Cunningham y Viazza presentada en <https://ourworldindata.org/grapher/Various-measures-of-child-labour->

2. El contenido de la recomendación

En éste apartado habremos de distinguir analíticamente dos etapas: a) La de su promulgación en 1919 y b) el de su revisión en 1948, ambos convenios (aunque se trate del mismo) surgieron en ambientes y contextos históricos diferentes. El primero se vio influenciado por la ideología de la justicia social como resultado de la Revolución Industrial y la segunda, en la era moderna, con la industrialización ya en proceso de franca ejecución, bajo el marco de la guerra fría y con un esquema geopolítico diferente derivado de las dos grandes guerras mundiales.

2.1. Promulgación 1919

El convenio, valga señalar, fue suscrito por 51 estados, con fecha de entrada en vigor el 13 de junio del 1921. El abordaje temático del Convenio 6 relativo al trabajo nocturno de los menores (industria), se centró en la delimitación conceptual del fenómeno del trabajo nocturno de los menores, así como en emitir disposiciones generales prohibitivas de la ejecución; el resto del convenio se enfocó en un proceso para que los estados adopten y adapten el convenio a sus realidades sociales y jurídicas, siendo la India y Japón los países sobre los cuales se tomaron medidas para efectos de que se incorporaran al Convenio con disposiciones expresas especiales. En el primero de los casos definiendo conceptualmente las disposiciones para adaptarlas al contexto del estado que lo ratificaba y en el segundo postergando la incorporación de algunas disposiciones, sin embargo respecto de ello surgirán matices que abordaremos más adelante.

Pasaremos a partir de éste punto a analizar parte significativa del articulado emitiendo seguidamente nuestros comentarios:

Artículo 1. El primer Artículo del Convenio delimita el concepto de trabajo industrial, estableciendo un listado específico de giros económicos que deben ser comprendidos, por lo menos para los efectos del convenio, como lo son las empresas industriales, siendo en correspondencia para ser luego entonces, sujetas de hipótesis normativas derivadas de éste. Consideramos el esfuerzo de encuadramiento conceptual intentado como

[incidence?time=1851..1921](#), consultado el 28 de julio del 2019.

un ejercicio de buena voluntad y un afán por abarcar lo más posible los ámbitos de protección de la norma para que ésta sea un instrumento eficaz en el objetivo de la disposición de la OIT; obviamente el contexto histórico condicionó y dirigió la descripción de giros productivos que se enlistaron en éste Artículo, que en nuestra opinión fue apropiadas considerando el contexto histórico existente y tomando en cuenta que era necesario implantar la medida y la conceptualización para después modificarla.

En el punto 2, el Convenio confiere potestad a los estados que ratifiquen para efectos de establecer los límites entre las ramas económicas que encuadren los ámbitos industriales, comercio y agrícolas. Consideramos que en un afán de abarcar lo más extenso posible la OIT se mostró afable de las condiciones normativas de cada estado, presentando atractiva la ratificación Convenio, que en sí norma una compleja realidad, pero consideramos que la OIT debió emitir las disposiciones con un revestimiento de mayor fuerza imperativa, sin dejar a la potestad de los estados ratificantes la posibilidad de su adopción o ejecución una vez ratificado, ya que éstos condicionados por su esquema político interno pudieran reaccionar conforme a los intereses de las élites en el poder, como es el caso de México, caso que más adelante abordaremos.

Pese a todo lo expresado anteriormente consideramos un acierto la definición y enlistamiento de las ramas económicas que se incluyeron en el concepto de empresas industriales; ello evitó la ambigüedad otorgando rumbo a la instrucción normativa.

Artículo 2. Éste establece la prohibición del trabajo nocturno, de una manera clara y contundente, al grado que no deja lugar a dudas de su instrucción, la cual es la de eliminar el trabajo nocturno a personas menores de 18 años, enunciado normativo que nos parece perfecto. Sin embargo las realidades económicas de los diversos estados obligan a establecer un matiz respecto de la orden vertida, es decir, define los casos en donde se exceptúa la prohibición a menores de 18 años pero a mayores de 16 años, no aplicando su fuerza de trabajo a determinadas ramas de la industria, mismas que seguramente, en el contexto histórico de la creación del ordenamiento pudieran por su naturaleza no representar riesgos para los menores de las edades referidas. Seguimos advirtiendo una tendencia de condescendencia para la persuasión integracionista de la OIT en ésta disposición y no observamos adecuación a realidades específicas respecto de las excepciones de la aplicación normativa.

Artículo 3. En éste Artículo se establece una de las definiciones torales y

que componen la principal hipótesis normativa: el concepto “noche”. Estamos ante un periodo de tiempo que otorga obligación de omisión por parte del patrón y un derecho en favor del trabajador por supuesto. Éste debe de contar con menos de 18 años y 16 años cumplido para poder laborar dentro de los supuestos que a continuación señalan. Ello comprendido un periodo de 11 horas continuas incluyendo el lapso entre las 10 de la noche a las 05 de la mañana, es decir, por lo menos será forzoso descansar de las 10 de la noche a las 05 de la mañana, pudiendo completar éste periodo un descanso que iniciase a las 06 de la tarde y que concluya a las 05 de la mañana, o uno que inicie a las 10 de la noche y concluya a las 10 de la mañana, siendo posible cualquier otra modalidad. La disposición indica que en el caso de las minas de carbón y de lignito podrá exceptuarse la obligatoriedad del descanso señalado, pudiendo establecerse jornadas en donde medien por lo menos 13 horas entre jornada y jornada; es decir, si un trabajador inicia su jornada a las 5 de la mañana forzosamente deberá de concluirla a las 4 de la tarde para que pueda mediar las 13 horas ordenadas.

El Artículo aborda también disposición específica a trabajadores de la industria panadera, misma que por la naturaleza de su mercado de consumo requiere que el inicio de la jornada sea lo más temprano posible, ubicando la finalización de periodos de descanso obligatorio a las 4 de la mañana.

Pero es en el último párrafo en donde presenta ambigüedad. Ahí se observan disposiciones especiales para los países tropicales y deja al arbitrio del estado ratificante el definir el concepto de descanso compensador, término que atañe al intercambio de disposiciones instruidas por otras equivalentes, lo cual implica que a falta de definición por parte de la disposición, surge la posibilidad de que la compensación no cubra con la carga suficiente para materializarla y el trabajador disfrute de una periodo de descanso realmente reparador, permitiendo que la recuperación física y mental sea lo más completa posible.

Artículo 4. En éste se plantea la excepción de aplicación del Convenio en caso de fuerza mayor, disposición dirigida a mayores de 16 años y menores de 18, lo cual implica que el estado ratificador deberá definir el listado de situaciones que sean consideradas una verdadera justificación para no aplicar el ordenamiento del mismo. Una vez más consideramos como peligrosa la faltad de definición por parte de la OIT, ya que subroga en el estado y su criterio complementar una normativa internacional.

Artículos 5. Éste Artículo pospone la aplicación del convenio para Japón, hasta el 18 de julio de 1925, particularmente hablando de menores de 15 años. Posterior a ésa fecha se aplicaría a menores de 16 años. Ésta prórroga aplicativa deriva de la petición específica de Japón, seguramente por las condiciones de necesidad de ejecución de fuerza laboral, recordemos que éste país no era la potencia económica e industrial que llegó a ser después de la Segunda Guerra Mundial, por entonces las isla era aún un país en desarrollo más, muy parecido a algunos de Latinoamérica.

Artículo 6. En éste apartado encontramos otra dispensa específica para un estado ratificador, en éste caso la India, sobre cuyo gobierno la OIT limitó el concepto de empresas industriales, y por lo tanto el alcance del Convenio, adaptándose y encuadrándolo en su legislación laboral propia, así como la prohibición del trabajo nocturno sólo a menores de 14 años, 2 años menos que lo dispuesto para todos los países con excepción de Japón.

Artículo 7. Éste Artículo representa en nuestra opinión el elemento más sintomatológico de la tendencia integrista de la OIT, en donde otorga potestad absoluta a los estados ratificantes a que se “desdigan” de la aplicación del presente Convenio, dejando a la deriva el logro de garantizar a los menores de 18 años y mayores de 16 años, la protección que el ordenamiento les otorgaba. Sin embargo debemos reconocer que en muchos países la mano de obra que aportan los menores de 18 años implicaba una importante entrada de dinero para la familia y en algunos casos la actividad laboral del infante era el sostén de la familia, sobre todo en el contexto histórico en el que se encontraba el mundo a la fecha de su promulgación.

Artículo 9. El clientelismo del convenio se evidencia aún más en éste Artículo que dispone la aplicación normativa del mismo a criterio del estado, aunque indica “situaciones locales que impidan la aplicación”, no estableció un procedimiento para que el estado ratificador se excusara o probara la particularidad que le impide aplicar el convenio. Por otro lado, la OIT, dejó la posibilidad de que el marco normativo local, es decir, del estado que ratificó el convenio, sea reflejado en el convenio, convirtiéndose en una normativa marco referencial, laxa, maleable y con posibilidad de ser evadida fácilmente, lo cual implicó en la práctica una gran riesgo para la clase trabajadora menor de edad que debía ser protegida y sobre la que se debió asegurar su desarrollo.

Los Artículos 8, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 instruyen procedimientos

administrativos y operativos del convenio, a saber: la forma en que los estados deberán dar a conocer su ratificación; la forma en que la OIT les hará saber a sus miembros respecto de la ratificación de algún estado; la fecha de entrada en vigor de la obligación de un estado ratificador, ésta iniciará a partir de la notificación a los miembros; el 1 de julio de 1922 como fecha máxima para la aplicación de las disposiciones contenidas en el convenio por parte de los estados ratificantes; un plazo de 10 años para la denuncia de un convenio, es decir que se da por terminada la obligación contraída con la ratificación del convenio⁸ y; la obligación del Consejo de Administración de la oficina Internacional del Trabajo de presentar al Consejo General una memoria sobre la aplicación del convenio.

2.2. Revisión 1948. Surge el convenio 90

En 1948 se revisa el Convenio 06 sobre trabajo nocturno de los menores (Industria), esto dentro de la Conferencia General de la OIT, que se celebró en San Francisco, Estados Unidos de América, ésta revisión atiende a diversas disposiciones que se revisaron y concluyeron la necesidad de convertirlas en convenio internacional. Una vez que se revisó el contenido del Convenio 06 de 1919 sus modificaciones y adiciones se plasmaron en el [Convenio 90 de la OIT sobre Trabajo Nocturno de los Menores \(Industria\)](#).

A continuación contrastaremos el Convenio 90 con el convenio 06 con la finalidad de evidenciar las principales modificaciones sufridas.

Artículo 1. Se modificaron los incisos c) y d), en ambos simplificaron el cúmulo de actividades derivadas, así como se actualizaron a la realidad de 1948 y quedando de la siguiente manera:

- a) *“Las empresas de edificación e ingeniería civil, comprendidas las obras de construcción, reparación, conservación, modificación y demolición”.*
- b) *“Las empresas dedicadas al transporte de personas o mercancías por carretera o ferrocarril, comprendida la manipulación de mercancías en los muelles, embarcaderos, almacenes y aeropuertos”.*

Artículo 2. Se modifica por completo el Artículo 2 e inclusive genera una sensación de intercambio en el contenido normativo con el Artículo 3 del convenio 06, atrayendo como parte de su regulación la definición de la

⁸ [Manual de Procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo](#), consultado el 31 de agosto del 2019, a las 16:15 horas, hora de Arizona.

temporalidad que comprende el concepto de “noche” el cual lo define en el numeral 1. , quedando de la siguiente manera:

“A los efectos del presente Convenio, el término noche significa un período de doce horas consecutivas, por lo menos”.

Más allá del contenido del Artículo 2, lo relevante es la modificación que sin titubeos establece que la noche comprenderá un lapso de 12 horas, que con respecto al convenio de 1919 señalaba un periodo de 11 horas en ciertos casos. Consideramos que ésta disposición precisa y determina el concepto no dejando lugar a interpretaciones y ambigüedades como en el convenio previo.

El numeral 2 del mismo Artículo define que para efectos de los menores de 16 años la noche forzosamente incluye el periodo comprendido entre las 10 de la noche y las 6 horas.

El punto 3 representa un matiz a lo preciso de la disposición previendo la posibilidad de que los mayores de 16 años y menores de 18 años puedan disfrutar un periodo obligatorio de descanso de por lo menos 7 horas continuas dentro del horario comprendido entre las 10 de la noche y las 7 de la mañana. También indica que los intervalos de tiempo podrán variar conforme a las necesidades planteadas por organizaciones de patrones y trabajadores, a quien deberá de consultársele para establecer un intervalo que empiece después de las 11 de la noche.

Insistimos en la precisión que representó la redefinición del presente Artículo el cual se modificó en su totalidad, pero en el análisis de la temática de la disposición, la revisión aportó clarificación y dirección que produjo a los estados ratificantes menor margen potestativo, irguiéndose como una verdadera instrucción normativa.

Artículo 3. Fue modificado en su totalidad, subsistiendo las disposiciones vertidas en el punto 3, pero ubicando a ésta en el punto “4” de la revisión de convenio. Efectivamente el contenido de la revisión en su Artículo 3 se atrajo del Artículo 2 en el convenio de 1919, adicionando y actualizando una serie de disposiciones que a continuación señalamos:

1. Éste punto no sufre modificación alguna de contenido respecto del Artículo 2 del convenio 06 de 1919.
2. Éste punto es totalmente novedoso en cuanto a su contenido, y señala que los estados ratificantes podrá autorizar el trabajo nocturno en personas que hayan cumplido 16 años y menores de 18 años para que previa consulta con organizaciones patronales y sindicales puedan autorizar que éstos menores de edad puedan laborar en jornadas de esa índole a efectos de aprendizaje y formación profesional, quedando de la siguiente manera:

"La autoridad competente, previa consulta a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, podrá autorizar el empleo, durante la noche, a los efectos del aprendizaje y de la formación profesional, de personas que hayan cumplido dieciséis años y tengan menos de dieciocho, en determinadas industrias u ocupaciones en las que el trabajo deba efectuarse continuamente".

Consideramos que ésta disposición, aunque clara, implica un elemento que flexibiliza la disposición vertical que consideramos debe contener la directiva internacional.

3. Atendiendo al afán protecciónista de los menores que encuadren la hipótesis de la autorización para laborar en trabajo nocturno, éste punto dispone la obligación que éstos trabajadores descansen en períodos de por lo menos 13 horas consecutivas entre jornada y jornada, lo cual implica que si se labora de las 8 de la noche a las 6 de la mañana, por lo menos deberá de ingresar a la siguiente jornada de trabajo a las 7 de la tarde. Dicha adición en revisión queda de la siguiente manera:

"Deberá concederse a los menores que, en virtud del párrafo anterior, estén empleados en trabajos nocturnos un período de descanso de trece horas consecutivas, por lo menos, comprendido entre dos períodos de trabajo".

Disposición precisa y protectora, pero aún instruye sobre una determinación que en nuestro concepto imperativo e inflexible normativamente, basados en una justificación que en la conclusión del presente trabajo señalaremos.

4. Este punto fue el único subsistente con relación al convenio 06 de 1919, sin embargo se redefinió e incluyó la disposición sobre personas de 16 años cumplidos en adelante, quedando de la siguiente manera:

"Cuando la legislación del país prohiba a todos los trabajadores el trabajo nocturno en las panaderías, la autoridad competente podrá sustituir para las personas de dieciséis años cumplidos, a los efectos de su aprendizaje o formación profesional, el intervalo de siete horas consecutivas, por lo menos, entre las 10 de la noche y las 7 de la mañana, que haya sido fijado por la autoridad competente en virtud del párrafo 3 del Artículo 2, por el intervalo entre las 9 de la noche y las 4 de la mañana".

No arroja el presente punto algunos esquemas novedosos, sigue la línea de precisión que se evidencia en todo el contenido de la revisión que hemos analizado hasta el momento.

Artículo 4. Modificado en su gran mayoría, adicionando el punto 1 referenciando a condiciones climáticas mundiales que imposibiliten la ejecución del trabajo en determinadas circunstancias, derivado de ello se materializan efectos suspensivos de la prohibición del trabajo nocturno; persiste la disposición de la ejecución del trabajo de personas entre 16 y 18

años cuando existan casos de fuerza mayor. El Artículo quedó de la siguiente manera:

"1. En los países donde el clima haga singularmente penoso el trabajo diurno, el período nocturno y el intervalo de prohibición podrán ser más cortos que el período y el intervalo fijados en los Artículos precedentes, a condición de que durante el día se conceda un descanso compensador.

2. Las disposiciones de los Artículos 2 y 3 no se aplicarán al trabajo nocturno de las personas que tengan de dieciséis a dieciocho años, en caso de fuerza mayor que no pueda preverse ni impedirse, que no presente un carácter periódico y que constituya un obstáculo al funcionamiento normal de una empresa industrial".

Artículo 5. Novedoso en su totalidad, sustituye la observación específica sobre el caso Japón y reitera lo ya señalado en el Artículo 4 en cuanto a que los estados ratificantes podrán suspender la prohibición en casos notoriamente necesarios para el interés nacional.

Artículo 6. Éste Artículo introduce disposiciones totalmente novedosas, ya no aborda la particularidad de la India, e instruye a los países ratificantes a realizar actividades específicas para la ejecución normativa que se desprende de la ratificación del presente convenio, ya no deja al libre arbitrio a los estados e impone los procesos a seguir, pero analicemos a continuación cada uno de los incisos que componen éste Artículo:

1. La legislación que dé efecto a las disposiciones del presente Convenio deberá:
La directiva de la OIT ya presupone la creación o modificación específica que deberá de contener los elementos normativos que subyacen a la revisión del convenio y que ordena directamente.

a) Prescribir las disposiciones necesarias para que esta legislación sea puesta en conocimiento de todos los interesados;

Urge sobre la publicidad de los contenidos jurídicos del convenio para que en ejercicio de los derechos que amparan las disposiciones de ésta disposición internacional, sean cubiertos por el manto protector de la norma, ya que la falta de conocimiento de la existencia de la disposición inhibe la búsqueda del derecho al que tengan las fuerzas productivas encuadradas.

b) Precisar las personas encargadas de garantizar su aplicación;

Ya no basta con la ratificación del convenio y la creencia que dicho acto entraña un seguimiento por parte de los estados ratificantes, aunque haya buena fe las circunstancias políticas de cada estado condicionan el seguimiento que se le pueda dar a la directiva internacional, por lo que de manera muy apropiada, la OIT, instruye para el nombramiento de cuerpos de seguimiento que otorguen garantías de su aplicación jurídica.

c) *Establecer sanciones adecuadas para cualquier caso de infracción;*

Celebramos la hipótesis normativa de naturaleza penal que lleva implícita esta disposición, ya que ésta ahora es vinculante y coercitiva, el estado ratificador en su imperium garantizará el cabal cumplimiento en la ejecución de la norma.

d) *Proveer a la creación y mantenimiento de un sistema de inspección adecuado que garantice el cumplimiento de las disposiciones mencionadas;*

La directiva en revisión de la OIT en éste punto aporta uno de los elementos diametrales en la norma, la inspección, es decir, no basta con ratificar la disposición, publicitarla y volverla coercitiva, también hace imperativo que el estado se cerciore del cumplimiento de la norma.

e) *Obligar a cada empleador de una empresa industrial, pública o privada, a llevar un registro o a mantener a disposición de quienes puedan solicitarlos documentos oficiales, que indiquen el nombre y la fecha de nacimiento de todas las personas menores de dieciocho años empleadas por él, así como cualquier otra información que pueda ser solicitada por la autoridad competente.*

Disposición no menos importante, complementaria del ejercicio protecciónista de la instrucción normativa, que inciden en la aportación de datos que arrojen protección y justifiquen la incorporación de la norma internacional al marco jurídico nacional.

2. *Las memorias anuales que deberán someter los Miembros de conformidad con el Artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo contendrán una información completa sobre la legislación mencionada en el párrafo anterior y un examen general de los resultados de las inspecciones efectuadas de acuerdo con el presente Artículo.*

En franco control sobre los países que ratifiquen el presente convenio y la adecuación de su marco normativo a las disposiciones aquí contenidas es lo que desprende el punto 2, ya no basta con la anexión del estado al convenio, ahora demostrará cada estado el total cumplimiento de la disposición ante los miembros de la OIT, dotando del por completo esa característica coercitiva que debe contener el derecho.

La revisión del convenio 06 de 1919 que se recoge en el convenio 90 de 1948, incluye un apartado en donde establece disposición específica para que cualquier legislación pueda adaptarse al impacto de la norma, dicho apartado lo titula *Parte II Disposiciones especiales para ciertos países*. A continuación nos avocaremos a su análisis.

Artículo 7. Éste cuenta con tres disposiciones específicas, la primera de ellas en el punto 1, establece que si el país ratificante ya posee en su legislación una disposición respecto de la prohibición del trabajo nocturno en donde su edad límite sea menor de 18 años, deberá indicar dicha

condición mediante una comunicación escrita no pudiendo ser menor a los 16 años el límite permitido, por lo que si fuese así la condición, el ratificador deberá adecuar su legislación para dar cumplimiento a la edad mínima permitida. Sin embargo una disposición contenida en el punto 2 indica que ésta declaración puede ser anulada ulteriormente a través de otra declaración; finalmente el estado miembro que cuente con el convenio ratificado en vigor debe indicar en las memorias anuales la aplicación del convenio en referencia. El Artículo quedaría de la siguiente manera:

1. *Todo Miembro que con anterioridad a la fecha en que haya adoptado la legislación que permita ratificar el presente Convenio, posea una legislación que reglamente el trabajo nocturno de los menores en la industria y prevea un límite de edad inferior a dieciocho años podrá, mediante una declaración anexa a su ratificación, sustituir la edad prescrita por el párrafo 1 del Artículo 3 por una edad inferior a dieciocho años, pero en ningún caso inferior a diecisésis.*
2. *Todo Miembro que haya formulado una declaración de esta índole podrá anularla en cualquier momento mediante una declaración ulterior.*
3. *Todo Miembro para el que esté en vigor una declaración formulada de conformidad con el párrafo primero del presente Artículo deberá indicar, en las memorias anuales subsiguientes sobre la aplicación del presente Convenio, el alcance logrado por cualquier progreso tendiente a la aplicación total de las disposiciones del Convenio.*

No puede dejarse de lado señalar la búsqueda de que las directivas de la OIT impactan en el mayor número de estados posibles, por lo tanto es importante ofertar la disposición de la norma internacional para que ésta pueda albergarse en el marco normativo nacional del estado que la ratifique, posibilitando así la posibilidad globalizada de impactar y proteger al mayor número de trabajadores menores de 18 años posible. Éste Artículo reviste la estrategia referida y ofrece un marco adaptativo al requerimiento normativo de cualquier legislación.

Artículos 8. y 9. integran por su parte disposiciones específicas para la India y Pakistán, en donde las hipótesis normativas que rigen el convenio se flexibilizaron, reduciendo la protección de los trabajadores de una edad mínima de 16 años a una de 13, adecuándose paulatinamente por cada disposición, pero en ningún caso la OIT prevé disposición definitiva o plazo alguno para que dichos estados se equiparen con el resto de los estados que ratificaron el presente convenio.

Artículo 10. Dispone la posibilidad de la enmienda de los ordenamientos del convenio con relación a circunstancias de observancia especial como

es el caso de la circunstancias y adaptaciones a la realidad que presentaban en su caso India y Pakistán, para lo cual requiere de la votación de dos tercios de los miembros, una vez votado se otorgará un plazo no mayor a un año para que surta efectos la enmienda.

Del Artículo 11 al 17, instruye al igual que el convenio 06 de 1919 como se procederá en caso de ratificación de los convenios, su entrada en vigor, su vigencia y el tiempo para la denuncia así como la tácita reconducción en un periodo de 10 años en caso de no manifestarse respecto de la denuncia o vigencia del convenio para su país. También se adiciona disposiciones para la notificación de la actividad de la Conferencia a las Naciones Unidas. También vigente se encuentra la disposición de que cada 10 años el Consejo de Administración informe a la Conferencia General de la actividad derivada del convenio analizado. De manera novedosa se instruyó que si en el futuro hubiese un convenio que revisara el 90 de 1948 y sea ratificado por un estado, ésta implica una denuncia *ipso iure*, con relación al presente convenio.

Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1948 (núm. 90)

Adoptado en la 31.^a reunión de la CIT

Fecha de entrada en vigor: 12.06.1951

51 ratificaciones

Arabia Saudita	15.06.1978	Argentina	24.09.1956	Azerbaiyán	19.05.1992
Bangladesh	22.06.1972	Barbados	15.01.1976	Belarús	06.11.1956
Bolivia, Estado Plurinacional de	15.11.1973	Bosnia y Herzegovina	02.06.1993	Burundi	30.07.1971
Camerún	25.05.1970	Checa, República	01.01.1993	Chipre	08.10.1965
Costa Rica	02.06.1960	Croacia	08.10.1991	Cuba	29.04.1952
Dominicana, República	12.08.1957	Eslovaquia	01.01.1993	Eslovenia	29.05.1992
España	05.05.1971	Ex República Yugoslava de Macedonia	17.11.1991	Filipinas	29.12.1953
Francia	30.07.1985	Ghana	04.04.1961	Grecia	30.03.1962
Guatemala	13.02.1952	Guinea	12.12.1966	Haití	12.04.1957
India	27.02.1950	Israel	23.12.1953	Italia	22.10.1952
Kirguistán	31.03.1992	Lituania	26.09.1994	Luxemburgo	03.03.1958
Líbano	26.07.1962	Mauritania	08.11.1963	Montenegro	03.06.2006
México	20.06.1956	Noruega	20.05.1957	Pakistán	14.02.1951
Paraguay	21.03.1966	Países Bajos	22.10.1954	Perú	04.04.1962
Polonia	26.06.1968	Rusia, Federación de	10.08.1956	Serbia	24.11.2000
Sri Lanka	18.05.1959	Swazilandia	05.06.1981	Tayikistán	26.11.1993
Túnez	26.04.1961	Ucrania	14.09.1956	Uruguay	18.03.1954 ⁹

⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [*Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2016 \(II\)*](#).

3. La condescendencia de la directiva en términos de las necesidades sociales y del capital

Como observamos en el contenido del Convenio 90 de 1948, las organizaciones internacionales de la índole de la OIT, ante la ausencia de un elemento jurídico coercitivo internacional, requieren de la persuasión a los estados para su anexión y ratificación de las disposiciones que éstos emiten, por lo cual las disposiciones deberán ser generales y adaptables a todos los marcos normativos globales, lo que implícitamente le resta a la fuerza protectora que debe contener éstos dispositivos jurídicos, sin embargo deberemos buscar día a día el acercamiento a una integración normativa mundial sobre elementos que nos atañen en común en la comunidad internacional y definitivamente el trabajo infantil es una común denominador en ésta lucha.

Hemos criticado a largo de todo éste trabajo la posición laxa y flexible que el convenio 90 sobre Trabajo Nocturno de los menores de edad, pero debemos de reconocer el esfuerzo titánico que la OIT ha realizado y sigue realizando desde 1919 hasta la actualidad, sin embargo, sostenemos que el conocimiento científico y la evolución de la humanidad se basa en el análisis crítico de las diferentes fenomenologías que se derivan de nuestra dinámica como especies, por lo cual preferimos adoptar una posición crítica ante lo dispuesto por ésta directiva del trabajo, para así buscar el aumento en la protección de nuestros trabajadores menores.

Mucha de la laxitud implícita en los elementos normativos del convenio 90 de 1948 que hemos resaltado, derivan de las precarias situaciones económicas en los que estaba sometida la humanidad al momento de integrarse la Comisión General en la asamblea de 1948: la posguerra, la guerra fría, escenario geopolíticos nuevos, regiones enteras en extrema pobreza y aún con la resaca que implica la reconstrucción, sin embargo el estado como figura aglutinadora, administradora y organizadora de la humanidad, deberá procurar que la población que integra su delimitación jurídica, provea de los elementos necesarios para que subsane las necesidades de sus habitantes¹⁰ con especial énfasis en los niños y jóvenes menores de edad quienes forman parte del futuro de los estados y llevarán la información para la persistencia de nuestra especie, pero contrario a ello endosa en la población la solución a todas la problemáticas que constituyen el cúmulo de sus obligaciones a lo que nos oponemos de manera rotunda, sobre todo en estados en donde existen élites

¹⁰ A. TRUEBA URBINA, *Nuevo derecho del trabajo*, Edit. Porrúa, México, 1972, p. 139 y N. DE BUEN LOZANO, *op. cit.*, p. 41.

económicas que cuentan concentran en pocas manos la riqueza que produce las manos de obra que son sujetas de éstas disposiciones. Sostenemos pues que el estado es quien deberá procurar por el desarrollo armónico de la población y acompañar al ciudadano a tener una vida productiva, plena e integral¹¹ y la comunidad internacional procurará que los estados cumplan con dichas premisas, propiciando la armonización de las fuerzas productivas, distribuyendo de manera equitativa la riqueza y aplicando el derecho de manera justa convirtiéndose en un verdadero estado benefactor¹².

Basados en nuestra óptica ontológica evidenciamos a los esquemas del Convenio 90 de 1948 de la OIT son laxos, clientelares y poco coercitivos, dejando en riesgo de indefensión a los menores trabajadores.

4. Hipótesis normativa mexicana

El estado mexicano ratificó el convenio de 1919, sin embargo México se encontraba en la finalización de la Revolución de 1910, aún no iniciaba su reconstrucción, el estado era un esquema efímero e inestable, pero celebramos la incorporación de nuestro país en el concierto internacional de la protección de los trabajadores menores. México no contaba con esquemas industriales, su economía dependía en un 98% del sector primario, y ésta apenas iniciaba la discusión para propiciar su reconstrucción. Pese a lo anteriormente planteado el estado mexicano ratificó el convenio el 20 de mayo del 1937¹³, ya en plena recomposición del tejido social, productivo y económico, al frente del estado mexicano se encontraba el General Lázaro Cárdenas, personaje histórico al que se le atribuye una visión socialista y laica del estado mexicano, constructor de las bases del México moderno y que sirvió como plataforma de despegue para los retos que se presentaban en el tan convulso siglo XX. Finalmente México ratificó el convenio 90 de 1948 en 20 de junio 1956 y desde entonces se sujetó a sus disposiciones, reflejando en la Ley Federal del Trabajo la prohibición de trabajo nocturno a menores de 16 años en el Artículo 5, fracción XII, que fue reformado en 1974.

¹¹ Así M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho del trabajo e ideología*, Séptima edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2011., p. 23.

¹² Así M. DE LA CUEVA, *op. cit.*, p. 28.

¹³ Así en <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd38/OIT/C6.pdf>, *op. cit.*

5. Conclusiones

- 1.- Las disposiciones que busquen la protección de los sectores vulnerables como los menores de edad serán siempre necesarios, la OIT como parte de su esquema ontológico principal observa e instruye sobre la protección de aquellos.
- 2.- El convenio 06 de 1919 sobre Trabajo Nocturno de los menores (Industrial) estableció un parámetro normativo protecciónista atendiendo derivado de los impactos sociales de la revolución industrial.
- 3.- El convenio 06 de 1919 sobre Trabajo Nocturno de los menores (Industrial) establece instrucciones laxas, flexibles y sin elementos coercitivos, convirtiéndolo en potestativo aún respecto de los estados que lo ratificaron.
- 4.- El convenio 06 de 1919 sobre Trabajo Nocturno de los menores (Industrial) fue revisado en 1948, introduciendo disposiciones más precisas, con dispositivos de seguimiento, sanción e inspección.
- 5.- Las necesidades particulares de los estados constriñen a la OIT a flexibilizar sus disposiciones protectoras en afán de que aquellos puedan incorporarse a los esquemas de fiscalización que instruye la comunidad internacional.
- 6.- La OIT es clientelar en cuanto a la necesidad de incorporación de un mayor número de estados y precariza el impacto normativo de sus disposiciones, por lo que es menester que el 2021 se pueda revisar el contenido imperativo del Convenio 90 de 1948 para dotarlo de elementos coercitivos.
- 7.- México denunció el convenio 06 de 1919 sobre Trabajo Nocturno de los Menores (Industrial), pero ratificó el Convenio 90 de 1948 Trabajo Nocturno de los menores (Industrial).

6. Bibliografía

- DE BUEN LOZANO N., *Derecho del Trabajo*, Vigésima Primera Edición. Ed. Porrúa México D.F. 2013
- DE LA CUEVA M., *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, Vigésima segunda edición, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 2009
- DOMÍNGUEZ CASTILLO J., *El trabajo de los niños en la revolución industrial y en la actualidad. Unidad de Evaluación de competencias históricas*, en *Pensamiento Histórico y evaluación de competencias*, Ed. Graó, Barcelona, 1915

ESCOBAR HERRERO F.B., *El trabajo infantil desde la Revolución Industrial hasta la actualidad*, Universidad de Cantabria

NOVA MELLE, P., *Trabajo infantil: los riesgos laborales en situaciones legalmente prohibidas y sus consecuencias para la salud y seguridad*, en *Med. segur. trab.*, Madrid, 2008, vol. 54, n. 213

TRUEBA URBINA A., *Nuevo derecho del trabajo*, Edit. Porrúa, México, 1972

URDANETA-CARRUYO E., *Siglo XX. Cien años de infortunio y esplendor*, en *Gac. Méd.* Méx, México, 2005, vol. 141, n. 1

Web sites

Cunningam y Viazzo presentada en
<https://ourworldindata.org/grapher/Various-measures-of-child-labour-incidence?time=1851..1921>

<https://www.ilo.org/global/about-the-il0/history/lang--es/index.htm>

[http://cedhj.org.mx/transparencia/II/II_B/Convenios_derechos_laborales/Convenio%20\(Int_del_Trab_90\).pdf](http://cedhj.org.mx/transparencia/II/II_B/Convenios_derechos_laborales/Convenio%20(Int_del_Trab_90).pdf)

<http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd38/OIT/C6.pdf>

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la protección del salario 1949 (núm. 95)

Javier H. ESPINOZA ESCOBAR*

RESUMEN: El presente artículo analiza la finalidad y contenido del Convenio OIT n. 95 de 1949 sobre protección del salario, específicamente las disposiciones sobre el modo y medio de pago, la libre disponibilidad del salario, el deber de información y las garantías salariales. Asimismo, se revisa de modo general el ordenamiento peruano para verificar el actual nivel de protección del salario en el país andino.

Palabras clave: Convenio OIT n. 95, salario, protección del salario, ordenamiento peruano.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La protección del salario como fin principal del Convenio OIT n. 95 OIT. 2.1. El contenido del Convenio OIT n. 95 sobre protección del salario. 2.1.1. Sobre el modo y medio de pago del salario. 2.1.2. Sobre la libre disponibilidad del salario. 2.1.3. El deber de información. 2.1.4. Las garantías salariales. 3. La protección del salario en el ordenamiento jurídico peruano. 4. Bibliografía.

* Profesor principal de Derecho del Trabajo en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo (Perú). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social. Director (sección Perú) del Laboratorio Hispano – Andino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Protection of Wages Convention 1949 (No. 95)

ABSTRACT: This article analyses the finality and content of the ILO Convention No. 95 of 1949, specifically the disposition about the way and means of payment, free and unrestricted availability of salary, duty of information and salary guarantees. Likewise, it's revised in a general way the Peruvian law system in order to verify the current level of salary protection in this Andean country.

Key Words: ILO Convention No. 95, salary, salary protection, Peruvian salary system.

1. Introducción

El nacimiento de la OIT como organización permanente estuvo orientada a la realización del Programa expuesto en el Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919)¹ y en la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada en Filadelfia el 10 de mayo de 1944. Mientras que en aquel quedó establecida la necesidad de garantizar un salario vital adecuado y de reconocer el principio de salario igual por trabajo de igual valor como manifestación de un régimen de trabajo “realmente humano”; en esta, se reconoce la obligación de los Estados miembros de fomentar programas que permitan «adoptar, en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección».

Desde su fecha de creación, la OIT ha instaurado y desarrollado un sistema de normas internacionales de trabajo que, hoy por hoy, «constituyen una componente esencial del marco internacional para garantizar que el crecimiento de la economía global sea beneficioso para todos»². Este sistema abarca todos los temas relacionados con el trabajo, entre ellos, el salario.

En el año 1949 se adoptó el Convenio 95, Convenio sobre la protección del salario³ aplicable a todas las personas a las que se pague o deba pagarse un salario, y el Convenio 100, Convenio sobre igualdad de remuneración

¹ Constitución de la OIT (1919), art. 1: «Se funda una organización permanente encargada de trabajar por la realización del programa expuesto en el preámbulo a esta Constitución y en la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada en Filadelfia el 10 de mayo de 1944, cuyo texto figura como anexo a esta Constitución».

² OIT, *Las reglas de juego. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo*, 2014, p. 7.

³ De acuerdo con Politakis, «El germen del Convenio 95 fue el informe relativo “a política programática y posición futuras de la Organización Internacional del Trabajo”, preparado por la Oficina para la Conferencia de 1944, en la que se señalaba que “la política de salarios se encuentra en el centro de las preocupaciones de la Organización Internacional del Trabajo” y se sugería más adelante que “un convenio o una recomendación sobre los métodos de pago de los salarios relacionados con la periodicidad de los pagos de los salarios, deducciones de ellos, anticipos de salarios, la prohibición del *truck system*, lo adecuado de la remuneración en especie, la protección de los salarios en los procedimientos legales y temas similares, también será de gran valor con relación a muchas partes del mundo, especialmente en cuanto a los trabajadores rurales”» (G.P. POLITAKIS, *La OIT y la protección de los salarios*, en *Educación Obrera*, 2002, n. 128, p. 2).

(1951)⁴. Ambos convenios técnicos se han convertido en las reglas mínimas que, sobre el salario, obligan a los Estados miembros de la OIT. La conmemoración de los 100 años de fundación de la Organización Internacional de Trabajo constituye una oportunidad para revisar una de las normas internacionales que, aun tratándose de un Convenio Técnico de adoptado hace 70 años, constituye una herramienta fundamental para garantizar los derechos de los trabajadores de todo el mundo pues la protección del salario permite el goce y disfrute de diversos derechos humanos.

En esta ocasión revisaremos el contenido y alcances del Convenio OIT 95; asimismo, a partir de sus disposiciones, se mostrará de forma panorámica la actual regulación peruana sobre el salario.

2. La protección del salario como fin principal del Convenio OIT n. 95

Si bien el Convenio OIT 95 no es la primera norma internacional en el ámbito de la OIT que trata el tema del salario⁵, sí constituye el primer instrumento internacional del trabajo que trata «de manera amplia cuestiones tales como la forma y los medios de pago de los salarios» y dispone «la mayor protección posible a los ingresos de los trabajadores»⁶. Las disposiciones del convenio se formulan con la finalidad de dar la mayor protección posible al salario. Este es entendido como «la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por

⁴ El Convenio n. 95 de 1949 entró en vigor el 24 de setiembre de 1952 y, a la fecha, ha sido ratificado por 98 países.

⁵ En el año 1928, la Conferencia General de la OIT adoptó el Convenio n. 26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos. De la misma forma, en el año 1939, la Conferencia adoptó el Convenio n. 64 sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas) en el que se incluyó la obligación de que los contratos de trabajo contengan, entre otros puntos, «la tasa de salario y el modo de calcularla, la forma y época del pago, los anticipos de salarios, si se hubiere hecho alguno, y la forma de reembolsar estos anticipos». Igualmente, el Convenio n. 82 sobre política social (territorios no metropolitanos) adoptado por la Conferencia en el año 1947 que contiene en su art. 15 disposiciones específicas vinculadas con la remuneración de los trabajadores y, en particular, disposiciones sobre el pago de los salarios en moneda de curso legal y a intervalos regulares, descuentos salariales, mantenimiento de registros y comprobantes de pago de salarios, pagos en especie, lugar del pago de los salarios y anticipos salariales.

⁶ OIT, *Informe III (Parte 1B). Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 95) y a la Recomendación (núm. 85) sobre la protección del salario, 1949*, Conferencia Internacional del Trabajo, 91^a Reunión, 2003, § 7, p. 4.

la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar».

Como se puede verificar esta definición incorpora un enfoque económico pues constituye salario cualquier ganancia, rédito o ingreso individual que el trabajador perciba, sea cual fuere la denominación que se le dé o el método de cálculo o la forma en que se haya fijado (por acuerdo o por legislación nacional). Por ello, se afirma que constituye el precio del trabajo con «características especiales ya que, por razones éticas, no se admite normalmente, que quede librado pura y exclusivamente al mercado»⁷. Por otro lado, la definición incluye un enfoque jurídico pues, el salario constituye la contraprestación debida por el empleador a cualquier trabajador por el trabajo efectuado o que deba efectuar o por los servicios prestados o que deba prestar⁸. De esta forma, el salario constituye se convierte un derecho subjetivo del trabajador y un deber del empleador.

La necesidad de dotar de protección al salario recae en su naturaleza alimentaria en tanto sirve como mecanismo de subsistencia para el trabajador y su familia y en la «relevancia social que tiene como ingreso del sector más numeroso de la población»⁹. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que, además de ser entendido como un derecho fundamental y, «adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio-derecho a la igualdad y la dignidad, amen que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana»¹⁰.

⁷ Cfr. J. LÓPEZ BASANTA, *El salario*, en N. DE BUEN LOZANO, E. MORGADO VALENZUELA (coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 446.

⁸ De allí que – como señala el propio art. 2 del Convenio n. 95 – este se aplique «a todas las personas a quienes se pague o deba pagarse un salario». Ese mismo artículo permite que «La autoridad competente, previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan y estén directamente interesadas, podrá excluir de la aplicación de todas o de cualquiera de las disposiciones del convenio a las categorías de personas que trabajen en circunstancias y condiciones de empleo tales que la aplicación de todas o de algunas de dichas disposiciones sea inapropiada y que no estén empleadas en trabajos manuales o estén empleadas en el servicio doméstico o en trabajos análogos».

⁹ Cfr. J. LÓPEZ BASANTA, *op. cit.*, p. 466.

¹⁰ Cfr. [STC del expediente n. 04922-2007-PA/TC de 18 de octubre de 2007](#), fundamento jurídico 6.

Este fue el sentido del Informe preliminar preparado por la Oficina para la 31^a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de San Francisco realizada en 1948 que introdujo el tema en estos términos: «El propósito general de las medidas legislativas para la protección al salario es proteger al trabajador contra prácticas que pudieran tender a hacerle demasiado dependiente de su empleador y para garantizar que el trabajador reciba a tiempo, y en su totalidad, el salario que ha ganado. Con este fin, es necesario que el trabajador reciba normalmente su salario en efectivo para que pueda gastarlo como desee, que se le pague regularmente y a intervalos lo suficientemente cortos a fin de que pueda vivir de sus ingresos más bien que sobre una base de crédito, que se le proteja contra todo descuento injusto o arbitrario de sus ganancias nominales y, en general, que se le informe constantemente de las condiciones del salario de su empleo»¹¹. Este fue, finalmente el contenido del Convenio 95, como veremos a continuación.

2.1. El contenido del Convenio OIT n. 95 sobre protección del salario

Además de definir el salario (art. 1) y determinar su ámbito de aplicación (art. 2), el Convenio OIT 95 regulan 5 cuestiones fundamentales en su articulado:

- 1) el modo y medio de pago del salario;
- 2) la libre disponibilidad del salario;
- 3) el deber de información;
- 4) las garantías salariales;
- 5) diversas medidas de aplicación del Convenio.

A continuación, nos referiremos a las primeras cuatro cuestiones por estar relacionadas directamente con el contenido mismo del derecho al salario y porque constituyen los mecanismos mínimos de protección del salario establecidos por la OIT.

2.1.1. Sobre el modo y medio de pago del salario

De acuerdo con el artículo 5 del Convenio 95, el salario debe pagarse «directamente al trabajador interesado», salvo que «la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral establezcan otra forma de pago,

¹¹ Cf. G.P. POLITAKIS, *op. cit.*, p. 2.

o que el trabajador interesado acepte un procedimiento diferente». Si el pago del salario es consecuencia del trabajo que el trabajador haya efectuado o deba efectuar o por los servicios que haya prestado o deba prestar, entonces debe ser este quien directamente lo reciba. En todo caso, con consentimiento escrito del trabajador y en su propio interés es factible que se autorice el pago a sujetos distintos a él. Cada legislación podrá establecer las reglas específicas para que dicho pago proceda. Siendo esta la regla general, es posible un procedimiento diferente solo si la legislación nacional, un convenio colectivo o un laudo arbitral así lo establecieran, pero en ningún caso, esa otra forma de pago puede ser impuesta por el empleador, como se examinará más adelante. El artículo 3 del Convenio obliga a que el pago del salario se efectúe en moneda “de curso legal”, esto es, aquella aceptada como medio de cambio y forma legal de cancelar las deudas dentro de cada ordenamiento nacional. Asimismo, prohíbe el pago con pagarés, vales cupones o en cualquier otra forma que se considere representativa de la moneda de curso legal. Esta disposición busca favorecer el libre e inmediato intercambio del salario por bienes o servicios que procuren la subsistencia del trabajador y su familia. No existe incompatibilidad con esta disposición del Convenio si se autoriza el pago del salario de los trabajadores en una moneda extranjera. La Comisión ha precisado que la noción de “moneda de curso legal” «puede cubrir otras monedas generalmente aceptadas como monedas de curso legal en el plano internacional y que, sujetas a la legislación nacional en materia de cambio, pueden convertirse de manera inmediata y libremente en la moneda nacional del país interesado»¹². En todo caso, es necesario el consentimiento del trabajador para que el pago se pueda realizar en moneda extranjera. El mismo artículo 3.2. del Convenio deja a la autoridad competente la facultad de permitir o prescribir que el pago del salario se realice por cheque contra un banco o por giro postal, «cuando este modo de pago sea de uso corriente o sea necesario a causa de circunstancias especiales, cuando un contrato colectivo o un laudo arbitral así lo establezca, o cuando en defecto de dichas disposiciones, el trabajador interesado preste su consentimiento». Esta disposición amplía las posibilidades para que – previo reconocimiento por la legislación interna – se pueda ejecutar el pago atendiendo a los usos del mercado o como consecuencia del ejercicio de la autonomía colectiva o individual. Dados los avances de la tecnología y la interconexión digital es posible considerar como forma de pago compatible con los objetivos del

¹² OIT, *Informe III (Parte 1B). Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 95) y a la Recomendación (núm. 85) sobre la protección del salario, 1949*, cit., § 73, p. 41.

Convenio¹³ a las transferencias electrónicas bancarias, ello porque «El efecto de una transferencia directa a una cuenta bancaria a nombre del trabajador es el de colocar la suma en cuestión a disposición del mandatario del trabajador, de quien éste puede obtener tal suma en efectivo»¹⁴. En todo caso, para que la transferencia bancaria constituya un procedimiento de pago admitido es necesario que se regule vía legislación nacional, convenio colectivo o laudo arbitral o haber sido aceptada por el trabajador¹⁵. El artículo 4 del Convenio también regula el pago del salario en especie, entendido como «el valor equivalente en dinero de todo otro beneficio que reciba el trabajador en razón de su empleo»¹⁶. Debido a que tiende a limitar el ingreso en efectivo de los trabajadores, su percepción está sometida a diversas condiciones. Así:

- 1) debe estar regulado por la legislación nacional, los contratos colectivos o los laudos arbitrales pero no mediante acuerdos individuales¹⁷ o normas unilaterales del empleador;
- 2) debe tratarse de un pago parcial y si bien las normas internacionales no han establecido un límite específico, la Comisión considera que los gobiernos, «antes de permitir el pago en especie en una proporción tan elevada del salario de los trabajadores, deberían examinar cuidadosamente si tal medida es adecuada teniendo en cuenta las posibles repercusiones para los trabajadores interesados así como las

¹³ *Ibidem*, § 84, pp. 47-48.

¹⁴ *Ibidem*, § 84, p. 47.

¹⁵ Esta posibilidad ha sido regulada en el ordenamiento jurídico peruano, a través del Decreto Supremo n. 003-2010-TR (15 abril 2010) que modifica el Reglamento de Planillas aprobado mediante Decreto Supremo n. 001-98-TR, específicamente el art. 18 referido al pago de las remuneraciones pues se ha precisado que el pago de la remuneración “podrá” ser efectuada directamente por el empleador o por intermedio de terceros (bancos que elijan los trabajadores), siempre que en este último caso permita al trabajador disponer de la remuneración en la oportunidad establecida, en su integridad y sin costo alguno. El procedimiento para que el trabajador ejerza el derecho a elegir la entidad del sistema financiero se somete a las reglas que han sido descritas en el citado dispositivo legal.

¹⁶ OIT, *Informe III (Parte 1B). Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 95) y a la Recomendación (núm. 85) sobre la protección del salario, 1949*, cit., § 93, p. 54. En el citado informe se mencionan como formas de pago en especie, la comida o la vivienda, el transporte gratuito, la provisión de productos obtenidos a precios reducidos, acceso a casas de vacaciones, guarderías, centros maternales, etc. Modernamente se les denomina “prestaciones suplementarias”.

¹⁷ «El Convenio no permite, sin embargo, que las partes puedan pactar libremente en acuerdos individuales forma alguna de pago en especie. Las disposiciones de la legislación nacional que permiten al empleador convenir con el trabajador este tipo de prestaciones en especie o beneficios adicionales al salario en efectivo, son contrarias a las exigencias del Convenio» (*ibidem*, § 106, p. 60).

circunstancias nacionales y los intereses los trabajadores»¹⁸;

- 3) debe realizarse en las industrias u ocupaciones en que esta forma de pago sea de uso corriente o conveniente a causa de la naturaleza de la industria u ocupación de que se trate; es decir, la autorización legal del pago en especie debe respetar los criterios de habitualidad y necesidad¹⁹;
- 4) no puede consistir en bebidas espirituosas o drogas nocivas.

Si se reconoce el pago en especie del salario, los Estados deben garantizar legislativa, administrativa y judicialmente²⁰, que:

- a) las prestaciones en especie sean apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia y redunden en beneficio de los mismos; es decir, que «resulten adecuados y provechosos» para el trabajador pues son susceptibles de uso o consumo²¹;
- b) el valor atribuido a estas prestaciones sea justo y razonable, a través de la «inclusión en las leyes pertinentes, los convenios colectivos o los laudos arbitrales de condiciones generales o reglas específicas relativas a los tipos de prestaciones en especie que pueden ser suministradas y a los principios y métodos de determinar, supervisar, y, de ser necesario, fijar judicialmente el valor atribuido a las mismas»²².

El salario se deberá pagar a intervalos regulares, a menos que existan otros arreglos satisfactorios que garanticen el pago del salario a intervalos regulares, los intervalos a los que el salario debe pagarse se establecerán por la legislación nacional o se fijarán por un contrato colectivo o un laudo arbitral (artículo 12.1, Convenio OIT 95). Se busca garantizar la periódica y regular percepción del salario y permitir que el trabajador organice su vida cotidiana «con un grado razonable de certeza y seguridad» y «reducir al mínimo la posibilidad de que los trabajadores se endeuden»²³. Las disposiciones mencionadas sobre el pago oportuno y

¹⁸ *Ibidem*, § 118, p. 66.

¹⁹ *Ibidem*, § 128, p. 71.

²⁰ *Ibidem*, § 145, p. 82.

²¹ R. MARTÍN JIMÉNEZ, *El salario en especie*, Aranzadi, 2002, p. 55.

²² Cfr. OIT, *Informe III (Parte 1B). Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 95) y a la Recomendación (núm. 85) sobre la protección del salario, 1949*, cit., § 153, pp. 87-88.

²³ *Ibidem*, § 355, p. 209. En el Informe citado, la Comisión considera que «es esencial reafirmar que la naturaleza de los salarios se asemeja a la de las prestaciones de manutención y a todas las garantías específicas que se derivan de este principio. Ninguna de las razones normalmente presentadas como excusas, como la aplicación de ajustes estructurales o de planes de “racionalización”, la disminución de los márgenes de ganancia o la inestabilidad de la situación económica, pueden ser aceptadas como pretextos válidos para la falta del pago puntual de la totalidad de los salarios ganados por los trabajadores por trabajos realizados o servicios prestados, de acuerdo con las

puntual del salario se enlazan con la obligación del empleador de pagar el salario de forma íntegra evitando el atraso en el pago del salario y todas las consecuencias que de ello se derivan: disminución del consumo, reducción en los ingresos fiscales del Estado, estancamiento del gasto público y aumento del endeudamiento y, como consecuencia, el incremento del desempleo y la profundización de la crisis social²⁴. Para garantizar este aspecto del Convenio, los Estados están obligados a implementar en sus ordenamientos internos: «i) control eficiente, ii) sanciones adecuadas; y iii) medios de reparación del daño causado, incluido no solo el pago total de las sumas adeudadas sino también una compensación justa por las pérdidas ocasionadas en razón de la demora en el pago»²⁵. El § 4 de la Recomendación n. 85 sobre la protección del salario precisa que los intervalos máximos para pagar los salarios deberían ser tales que el salario fuese pagado por lo menos:

- a) dos veces al mes, cuando se trate de trabajadores cuya remuneración se calcule por hora, día o semana;
- b) una vez al mes cuando se trate de personas empleadas cuya remuneración se calcule por mes o año.

Si se trata de trabajadores cuya remuneración se calcula a destajo o a base del rendimiento, los intervalos máximos para el pago de los salarios deberían fijarse, siempre que fuere posible, de suerte que el salario se pague, por lo menos, dos veces al mes a intervalos no mayores de dieciséis días (§ 5.1) y cuando se trate de trabajadores que estén ocupados en una tarea cuya terminación exija más de una quincena y cuyos salarios se paguen a intervalos que no estén fijados de otro modo, por un contrato colectivo o un laudo arbitral, deberían tomarse medidas apropiadas para que:

- a) se les entregue un anticipo de su salario, por lo menos dos veces al mes y a intervalos no mayores de dieciséis días proporcional a la cantidad de trabajo realizado;
- b) se efectúe la liquidación final del salario dentro de los quince días siguientes a la terminación de la tarea (§ 5.2).

Como se aprecia, el Convenio ha considerado el mes calendario como criterio temporal máximo que debe tomar en cuenta el empleador para cumplir con su obligación de pagar el salario y, por lo menos, dos veces al mes cuando se trate de trabajadores cuya remuneración se calcule por hora, día o semana o cuando esta se calcule según rendimiento o destajo.

exigencias del artículo 12 del Convenio» (*ibidem*, § 412, p. 249).

²⁴ *Ibidem*, § 366, p. 218.

²⁵ *Ibidem*, § 368, p. 219.

Al término del contrato de trabajo «se deberá efectuar un ajuste final de todos los salarios debidos, de conformidad con la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral, o en defecto de dicha legislación, contrato o laudo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de los términos del contrato» (artículo 12.2, Convenio OIT 95). La conclusión de la relación laboral genera una serie de obligaciones para el empleador, entre ellas, la de abonar a los trabajadores todos los adeudos laborales pendientes de pago a la fecha de culminación de la relación laboral. A pesar de que no se precisa con exactitud el lapso con que el empleador cuenta para efectuar el ajuste final y pago de los salarios correspondientes, es evidente que este plazo (determinado por la legislación interna, un contrato colectivo o el laudo arbitral) debe ser breve, dada la naturaleza del salario. La obligación estatal de garantizar el pago del salario en intervalos regulares, también está referida al «cumplimiento de la obligación complementaria de pagar en forma inmediata la totalidad de los pagos pendientes en el momento de la terminación del contrato de trabajo»²⁶. El artículo 13 del Convenio 95 establece que el pago del salario en efectivo deberá realizarse únicamente los días laborables, «en el lugar de trabajo o en un lugar próximo al mismo, a menos que la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral disponga otra forma o que otros arreglos conocidos por los trabajadores interesados se consideren más adecuados». Asimismo, se establece la prohibición de pago del salario «en tabernas u otros establecimientos similares y, cuando ello fuere necesario para prevenir abusos, en las tiendas de venta al por menor y en los centros de distracción, excepto casos de personas empleadas en dichos establecimientos». Con ello se pretende asegurar que el pago se realice en el lugar más próximo y cercano para el trabajador, de tal forma que no se obstaculice la pronta disposición de su salario ni se le coloque en una situación de riesgo o abuso por parte del empleador al realizar el pago en lugares que pueden poner en peligro sus ganancias.

2.1.2. Sobre la libre disponibilidad del salario

Expresa el artículo 6 del Convenio 95 que «Se deberá prohibir que los empleadores limiten en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario». De la misma forma, en el artículo 7 se dispone que «1. Cuando se creen dentro de una empresa, economatos para vender mercancías a los trabajadores, o servicios destinados a proporcionarles

²⁶ *Ibidem*, § 398, p. 240.

prestaciones, no se deberá ejercer ninguna coacción sobre los trabajadores interesados para que utilicen estos economatos o servicios. 2. Cuando no sea posible el acceso a otros almacenes o servicios, la autoridad competente deberá tomar medidas apropiadas para lograr que las mercancías se vendan a precios justos y razonables, que los servicios se presten en las mismas condiciones y que los economatos o servicios establecidos por el empleador no se exploten con el fin de obtener utilidades, sino para que ello redunde en beneficio de los trabajadores interesados». En relación con los economatos, la Recomendación 85 en su § 9 establece que se deben adoptar medidas que garanticen «la participación de representantes de los trabajadores interesados, y en especial de los miembros de los comités de empresa y de organizaciones similares, cuando dichas organizaciones existan, en la administración general de los economatos o servicios análogos creados, en una empresa, para la venta de mercancías o la prestación de servicios a los trabajadores de dicha empresa». Esta disposición constituye una verdadera garantía que protege al trabajador «de las interferencias del empleador y de terceros que puedan afectar su derecho a utilizar los bienes que recibe por su trabajo para los fines que estime convenientes»²⁷. La prohibición se extiende a las restricciones a la libertad de los trabajadores de disponer de sus salarios antes de haberlos recibido como a las aplicables a los créditos laborales en general²⁸. La ausencia de toda coacción y la voluntad libre del trabajador constituye la única condición para limitar la disposición de su salario, sea por ejemplo, brindando su autorización para los descuentos por préstamos a cuenta de su sueldo o para utilizar los servicios de los economatos establecidos por el empleador, servicios que – bajo ninguna circunstancia – pueden significar un perjuicio para el trabajador, sea por los precios injustos e irrazonables o porque no se presten en las mismas condiciones que aquellos que no corresponden al empleador o porque el empleador los explote con el fin de obtener utilidades. El Convenio también establece en los artículos 8 y 9, disposiciones relacionadas con los descuentos sobre el salario. Según estas, corresponde a la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral determinar las condiciones y límites para que aquellos se puedan hacer efectivos (artículo 8.1); con expresa indicación a los trabajadores, en la forma que la autoridad competente considere más apropiada (artículo 8.2)²⁹. Siendo el

²⁷ M. PIZARRO, *La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral*, Estudios Gonzales & Asociados Consultores Laborales, 2006, p. 83.

²⁸ Cfr. OIT, *Informe III (Parte 1B). Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 95) y a la Recomendación (núm. 85) sobre la protección del salario, 1949*, cit., § 177.

²⁹ Precisa el § 1 de la Recomendación OIT n. 85 sobre protección del salario que

salario una de las condiciones esenciales del contrato de trabajo, se debe procurar su percepción íntegra, según los términos pactados. Solo por disposición legal o por normas autónomas de carácter general se pueden establecer los tipos de descuento, las condiciones y los límites de los descuentos sobre el salario bruto del trabajador; procurando evitar que el empleador – aprovechando de su poder de dirección – realice descuentos sin causa, injustificados o excesivos que, en la práctica, equivalgan a una «disminución injusta de su remuneración»³⁰. De esta forma, se excluyen los acuerdos “privados”, vía contrato individual de trabajo o consentimiento escrito del trabajador, «que pueden suponer descuentos ilícitos o abusivos, o pagos en especie no deseados, en detrimento de la remuneración del trabajador»³¹. Consideramos que, además de la habilitación de normas de carácter general, la voluntad del trabajador sí puede constituir una causa habilitante del descuento aplicado sobre el salario, siempre que aquella no haya sido objeto de coacción y tengo una causa justificada, equitativa y razonable, como ocurre en el caso del descuento de la cuota sindical, adelantos de sueldo o descuentos generados en préstamos facilitados por el empleador, etc.³². La autoridad competente está obligada a proporcionar información a los trabajadores sobre los descuentos salariales. Como ha establecido la Comisión «la intención real de los redactores fue, al parecer, garantizar que los trabajadores tuviesen pleno conocimiento y, de ser posible, por anticipado, de la naturaleza y el límite de todos los descuentos posibles a los que pudiera estar sujeto su salario, de manera que no los tomara por

«Deberían adoptarse todas las disposiciones pertinentes a fin de limitar los descuentos de los salarios, en la medida que se considere necesaria para garantizar la manutención del trabajador y de su familia». Asimismo, la recomendación establece disposiciones relacionadas con los descuentos que se efectúen a título de reembolso por la pérdida de los productos, bienes o instalaciones del empleador, o por daño causado en los mismos (§ 2) o cuando se trate de herramientas, materiales o equipo que el empleador ponga a disposición del trabajador (§ 3).

³⁰ Cfr. OIT, *Informe III (Parte 1B). Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 95) y a la Recomendación (núm. 85) sobre la protección del salario, 1949*, cit., § 213, p. 121.

³¹ *Ibidem*, § 217, p. 124.

³² Una cuestión que debe tenerse en cuenta es la referida a los descuentos de los salarios que se efectúen a título de reembolso por la pérdida de los productos, bienes o instalaciones del empleador, o por daño causado en los mismos. En este caso, precisa el § 2 de la Recomendación n. 85 que deberían autorizarse: 1) solamente cuando haya pérdida o daño y pueda probarse satisfactoriamente que el trabajador interesado es responsable; 2) La cuestión de dichos descuentos debería ser equitativa y no debería exceder del valor real del daño o de la pérdida; 3) Antes de tomar una decisión para proceder a este descuento, el trabajador interesado debería tener la oportunidad de alegar las razones por las que no debiera efectuarse el descuento.

sorpresa o que, de otro modo, se permitiera efectuar descuentos arbitrarios»³³. La protección del salario exige – con mayor razón – que se prohíban los descuentos de salarios destinados a «garantizar un pago directo o indirecto por un trabajador al empleador, a su representante o a un intermediario cualquiera (tales como los agentes encargados de contratar la mano de obra) con objeto de obtener o conservar un empleo» (artículo 9).

2.1.3. El deber de información

De acuerdo con el artículo 14 del Convenio 95, los trabajadores tienen derecho a contar con información relacionada con sus salarios. Así, se debe garantizar que, de forma apropiada y fácilmente comprensible, conozcan las condiciones de salarios que se le ha de aplicar, antes de que ocupen un empleo o cuando se produzca cualquier cambio en el mismo; asimismo, los elementos que constituyen el salario en el periodo correspondiente, siempre que estos elementos puedan sufrir variaciones³⁴. El deber de información también incluye, según el artículo 15 del Convenio, a la legislación con la que se da cumplimiento a las diversas disposiciones del Convenio. Se busca asegurar con ello que el trabajador tenga la posibilidad real de acceder y conocer la información relacionada con los salarios y los diversos mecanismos de protección que cada legislación nacional ha establecido internamente.

2.1.4. Las garantías salariales

Precisa el artículo 10 del Convenio 95 que el salario no podrá embargarse

³³ OIT, *Informe III (Parte 1B). Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 95) y a la Recomendación (núm. 85) sobre la protección del salario, 1949*, cit., § 260, p. 148.

³⁴ Es la Recomendación OIT n. 85 la que, en su § 6, establece la información sobre las condiciones de los salarios que se debe poner en conocimiento de los trabajadores; así: a) las tasas de los salarios; b) el método para calcular los salarios; c) la periodicidad de los pagos; d) el lugar de pago; e) las condiciones en que puedan efectuarse los descuentos. De la misma forma el § 7 de la citada recomendación establece que cada vez que se pague el salario a los trabajadores se les debe notificar los siguientes pormenores sobre un periodo de pago dado, siempre que los mismos puedan estar sujetos a variación: a) el importe bruto del salario ganado; b) cualquier descuento que se haya hecho, con indicación de sus motivos y su cuantía; c) el importe neto del salario debido. Se establece también la obligación empresarial de llevar registros que contengan, para cada uno de los trabajadores, los pormenores especificados en el § 8.

o cederse sino en la forma y dentro de los límites fijados por la legislación nacional (artículo 10.1); asimismo, que el salario deberá estar protegido contra su embargo o cesión en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia. Nos encontramos frente a una disposición normativa que protege al trabajador frente a sus propios acreedores. No se prohíbe el embargo o la cesión del salario si no que se impide que el trabajador se encuentre a merced de sus acreedores por deudas personales en la totalidad de su salario. Será, por tanto, el legislador quien a través de las normas correspondientes establezca la forma y límites del embargo. El criterio fundamental que debe tomarse en cuenta es que se respete la proporción necesaria para garantizar la subsistencia del trabajador y de su familia³⁵. La situación de quiebra o liquidación judicial de una empresa también ha sido tomada en cuenta por el Convenio 95 pues impone la obligación de considerar a los trabajadores empleados en la misma como acreedores preferentes en lo que respecta a los salarios que se les deban por los servicios prestados durante un período anterior a la quiebra o a la liquidación judicial, que será determinado por la legislación nacional, o en lo que concierne a los salarios que no excedan de una suma fijada por la legislación nacional (artículo 14.1). La garantía del salario como crédito preferente genera que este se pague íntegramente antes de que los acreedores ordinarios puedan reclamar la parte del activo que les corresponda (artículo 14.2). Finalmente, cada legislación determinará la relación de prioridad entre el salario que constituya un crédito preferente y los demás créditos preferentes (artículo 14.3). Nos encontramos pues frente a una protección otorgada frente a los acreedores del empleador, en aquellos casos de concurso de acreedores generada por la quiebra o liquidación judicial. Si – como se ha afirmado – el salario no es una ganancia o rédito económico más si no uno que tiene que ver directamente con la subsistencia del trabajador y de su familia, entonces se hace necesario dotarlo de un privilegio especial cuando concurra junto a otras deudas pendientes de pago por parte del empleador. Toyama define el privilegio laboral como «el derecho que tienen los trabajadores para cobrar en primer lugar sus beneficios sociales ante un concurso de acreedores del empleador»³⁶.

³⁵ Por eso Arce, afirma que el fundamento de esta decisión de política legislativa estará «en la necesidad de subsistencia del trabajador deudor o de la necesidad de protección social al mismo». Siguiendo a Ríos Salmerón afirma que la protección de la remuneración empata con el fin último del Estado Social de Derecho, «promover una vida acorde con la dignidad humana» (E. ARCE ORTÍZ, *Derecho Individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Palestra, 2013, pp. 387-388).

³⁶ J. TOYAMA MIYAGUSUKU, *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-*

Nuevamente, será la legislación interna la que, obligatoriamente, establezca el carácter privilegiado o preferente de los créditos laborales respecto de otros créditos, sean ordinarios, sean preferentes; siendo posible que se fije una suma determinada como tope preferencial que deberá ser cobrado íntegramente antes que cualquier otro acreedor.

3. La protección del salario en el ordenamiento jurídico peruano

El Perú no ha ratificado el Convenio OIT 95. Aun cuando esto es así, se cuenta con diversas disposiciones normativas destinadas a proteger la remuneración.

La Constitución de 1993 regula la remuneración en el capítulo de los derechos sociales y económicos. Así, el artículo 24 de la Constitución señala que «el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual». Como se aprecia, se reconoce en la norma suprema del ordenamiento jurídico el carácter alimentario de la remuneración que sustenta la necesidad de dotarla de la mayor protección posible. El mismo artículo constitucional regula el carácter privilegiado o preferente del salario reconocido en el artículo 11 del Convenio OIT 95 al establecer que «El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador»³⁷.

A nivel legislativo, no existe una regulación unificada y sistematizada sobre la remuneración. El artículo 6 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) define la remuneración como «el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición»³⁸. Esta definición es similar a la contenida en el artículo 1 del Convenio 95 resaltando el carácter contraprestativo de la remuneración y atribuyéndole la característica de libre disponibilidad que, en realidad, constituye una garantía de la remuneración, tal como está

práctico, Gaceta Jurídica, 2015, p. 365.

³⁷ En el mismo artículo, la Constitución reconoce a nivel constitucional la necesidad de que el Estado regule las remuneraciones mínimas «con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores».

³⁸ El mismo artículo precisa que «Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto».

recogido en el artículo 6 del Convenio 95³⁹.

En cuanto al modo y medio de pago, no existe regulación expresa que determine que el pago de la remuneración se realice directamente al trabajador; no obstante tratándose «del íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios» se entiende que el salario se paga a este directamente, salvo que nombre apoderado que tenga calidad de cónyuge, hijo, hermano mayor o padre del trabajador. Sólo a falta o impedimento de los familiares del trabajador, éste puede otorgar poder⁴⁰.

Tampoco existen normas que establezcan el lugar específico donde deba realizarse el pago de la remuneración⁴¹. El asunto del lugar pasa a otro plano, para ciertos trabajadores pues la Ley 28194, Ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía ha establecido el deber de utilizar medios de pago del sistema financiero, tales como: depósitos en cuentas, giros, transferencias de fondos, órdenes de pago, tarjetas de débito expedidas en el país, tarjetas de crédito expedidas en el país, cheques con la cláusula de “no negociables”, “intransferibles”, “no a la orden” u otra equivalente, emitidos al amparo del artículo 190 de la Ley de Títulos Valores, cuando las obligaciones de pago sean mayores de S/. 5 000.00 Soles.

Sobre la periodicidad del pago de la remuneración y el momento en que debe hacerse efectiva tampoco existe regulación específica. En este caso, es la autonomía de la voluntad la que determine la periodicidad de pago, sea por unidad de tiempo (pago semanal, quincenal o mensual) o por unidad de obra (comisión o destajo). No obstante, el artículo 30 del TUO del D. Leg. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, ha establecido como acto de hostilidad equiparable al despido «la falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones

³⁹ En el mismo sentido, Pizarro quien considera errado incluir entre los elementos esenciales de la remuneración a la libre disponibilidad. Y es que «La libertad de disponer del salario constituye en realidad una garantía que resguarda al trabajador de la interferencia del empleador y de terceros que puedan afectar su derecho a utilizar los bienes que recibe por su trabajo para los fines que estime más convenientes» (M. PIZARRO, *op. cit.*, pp. 82-83).

⁴⁰ Si la cantidad es inferior a 1/2 Unidad Impositiva Tributaria (UIT) basta con poder por carta con firma legalizada con validez de 3 meses en atención a lo establecido en el art. 120 de la Ley del notariado, Decreto Legislativo 1049, y el art. 54 de su Reglamento. Si las cantidades van de 1/2 UIT a 3 UIT se requiere poder fuera de registro con vigencia de un año y son cantidades mayores a 3 UIT se requiere poder por escritura pública (art. 54 TUO del Reglamento del D. Leg. 1049).

⁴¹ Salvo el Código Civil peruano en cuyo art. 1238 se establece que «el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso».

de fuerza mayor y caso fortuito debidamente comprobados por el empleador». Asimismo, el incumplimiento total o parcial del empleador del pago origina que dichos montos devenguen automáticamente el interés legal fijado por el BCR (art. 3, D. Ley 25920).

En el Perú, si bien no existe una norma expresa que establezca el plazo para el ajuste de los salarios o el pago de la liquidación, diversas disposiciones referidas a beneficios sociales que perciben los trabajadores peruanos establecen que producido el cese del trabajador los pagos pendientes se deben realizar dentro de las 48 horas de producido. Así, el artículo 51 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo n. 003-97-TR) referido a los trabajadores cesados colectivamente por causas objetivas el empleador; el artículo 56 de su Reglamento (Decreto Supremo n. 001-96-TR) referida al pago de la indemnización por despido; el artículo 45 del Texto Único Ordenado de la Ley de CTS (Decreto Supremo n. 001-97-TR) que obliga al empleador a entregar al trabajador la carta de cese para el retiro de la CTS depositada en el sistema financiero; el Reglamento de la Ley de Gratificaciones (Decreto Supremo n. 005-2002-TR) estipula en su artículo 5, inciso 4, que «la gratificación trunca se paga conjuntamente con todos los beneficios sociales dentro de las 48 horas siguientes de producido el cese».

El artículo 18 del Decreto Supremo n. 001-98-TR, que aprueba el reglamento de Planillas de pago de empleadores establece que «El pago de la remuneración podrá ser efectuado directamente por el empleador o por intermedio de terceros, siempre que en este caso permita al trabajador disponer de aquella en la oportunidad establecida, en su integridad y sin costo alguno». Se autoriza a que el pago se realice a través de las empresas del sistema financiero, garantizando el derecho del trabajador a elegir y a cambiar aquella donde se efectuarán los depósitos. En este caso, se ha reconocido expresamente en el n. 3 del artículo 18 que «Cualquier acto de injerencia por parte del empleador en la libre elección del trabajador, son infracciones muy graves sancionable por la inspección de trabajo», siendo esta la única prohibición expresa dirigida al empleador que afecte la libertad de sus trabajadores.

No se establece si el pago de la remuneración puede efectuarse en moneda extranjera. Tampoco lo prohíbe. No obstante, sí se reconoce la posibilidad de que la compensación por tiempo de servicios (beneficio social de carácter legal equivalente a una remuneración ordinaria que se deposita a los trabajadores peruanos en los meses de mayo y noviembre) pueda ser

depositada en moneda nacional o extranjera⁴²; inclusive una parte de la compensación por tiempo de servicios puede ser depositada en moneda nacional y otra en moneda extranjera⁴³; razón por la cual es posible que el pago se realice en moneda extranjera, en aplicación del artículo 1237 del Código Civil, aplicable supletoriamente en materia laboral⁴⁴.

La posibilidad del pago en especie ha sido reconocida por el artículo 6 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobada por D.S. 003-97-TR que regula el régimen laboral de la actividad privada. Este artículo dispone que «Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición». No se establece límite alguno ni condición alguna para el pago en especie.

Aun cuando la definición de remuneración contenida en el artículo 6 del TUO del D. Leg. 728 establece como una de sus características esenciales la libre disponibilidad⁴⁵, la legislación peruana no contiene la prohibición dirigida al empleador de limitar la libertad del trabajador de disponer de su salario ni normas referidas a economatos o servicios destinados a proporcionar prestaciones a los trabajadores, salvo para el caso de la elección o cambio de la entidad financiera donde se deposite la remuneración.

En cuanto al descuento de remuneraciones en el ordenamiento peruano, la legislación especial ha previsto descuentos relacionados con el pago del Impuesto a la renta, siempre que las remuneraciones excedan de 7 Unidades Impositivas Tributarias con tasas escalonadas que van del 8% al 30%; de la misma forma, descuentos relacionados con el sistema previsional, libremente elegido por el trabajador, sea que se trate del sistema nacional de pensiones (alrededor del 13%) o del sistema privado de pensiones (alrededor de 11%). En cuanto a los descuentos judiciales estos incluyen dos supuestos, en caso de alimentos, el artículo 648, n. 6, del Código Procesal Civil ha previsto que «cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias el embargo procederá hasta el sesenta por ciento

⁴² Ver art. 24, Decreto Legislativo 650, TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios.

⁴³ Ver art. 25, Decreto Legislativo 650, TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios.

⁴⁴ Art. 1237, Código Civil: «Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales». De esta disposición se deduce la necesidad de la conformidad del trabajador para que el pago se realice de esta forma.

⁴⁵ En realidad, se utiliza esta “característica” para poder diferenciar la remuneración de las condiciones de trabajo que el empleador pueda entregar al trabajador para la cabal prestación de sus servicios. *Cfr.* M. PIZARRO, *op. cit.*, pp. 78-79.

del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos en la Ley»; por razones distintas a los alimentos, es embargable en una tercera parte el exceso de 5 Unidades de Referencia Procesal. Los descuentos voluntarios son posibles, siempre que sean decididos libremente por el trabajador y comunicados por escrito.

No se ha contemplado el deber de informar al trabajador con anticipación las condiciones de la remuneración o los elementos que constituyen el salario. En todo caso, el trabajador toma conocimiento de lo relacionado con su remuneración a través de la boleta de pago que acredita el pago de la remuneración siempre que esté debidamente firmada por el trabajador, (artículo 18 del Decreto Supremo n. 001-98-TR). La boleta contiene los datos de la planilla⁴⁶ y será entregada al trabajador a más tardar el tercer día hábil siguiente a la fecha de pago (artículo 19).

En cuanto a las garantías salariales, el ordenamiento peruano se han contemplado mecanismos de protección frente a los acreedores del trabajador (operan las reglas sobre descuentos judiciales antes mencionadas) y frente a los acreedores del empleador. En este caso, se ha regulado, a nivel constitucional (artículo 24), el privilegio del crédito salarial. También el Decreto Legislativo 856 que precisa alcances y prioridades de los créditos laborales establece que «Los créditos laborales a que se refiere el artículo anterior tienen prioridad sobre cualquier otra obligación de la empresa o empleador. Los bienes de éste se encuentran afectos al pago del íntegro de los créditos laborales adeudados. Si éstos no alcanzaran el pago se efectuará a prorrata. El privilegio se extiende a quien sustituya total o parcialmente al empleador en el pago directo de tales obligaciones»⁴⁷.

⁴⁶ De acuerdo con el art. 14 del Decreto Supremo n. 001-98-TR, «Las planillas, además del nombre y apellidos del trabajador, deberán consignar por separado y según la periodicidad de pago, los siguientes conceptos: a) Remuneraciones que se abonen al trabajador tomando en consideración para este efecto, lo previsto en el Artículo 6 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; b) Número de días y horas trabajadas; c) Número de horas trabajadas en sobretiempo; d) Deducciones de cargo del trabajador por concepto de tributos, aportes a los Sistema Previsionales, cuotas sindicales, descuentos autorizados u ordenados por mandato judicial y otros conceptos similares; e) Cualquier otro pago que no tenga carácter remunerativo, según el artículo 7 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; f) Tributos y aportes de cargo del empleador; g) Cualquier otra información adicional que el empleador considere conveniente. Asimismo, se registrará la fecha de salida y retorno de vacaciones, salvo que por la naturaleza del trabajo o por el tiempo trabajado sólo hubiera lugar al pago de la remuneración vacacional».

⁴⁷ También opera la preferencia o prioridad «cuando en un proceso judicial el empleador no ponga a disposición del juzgado bien o bienes libres suficientes para responder por los créditos laborales adeudados materia de la demanda» (art. 4).

El privilegio opera frente a concurrencia de acreedores en procesos judiciales como extrajudiciales e incluso se ejerce con carácter persecutorio de los bienes del negocio⁴⁸.

4. Bibliografía

ARCE ORTÍZ E., *Derecho Individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Palestra, 2013

LÓPEZ BASANTA J., *El salario*, en N. DE BUEN LOZANO, E. MORGADO VALENZUELA (coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997

MARTÍN JIMÉNEZ R., *El salario en especie*, Aranzadi, 2002

OIT, *Las reglas de juego. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo*, 2014

OIT, *Informe III (Parte 1B). Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 95) y a la Recomendación (núm. 85) sobre la protección del salario, 1949*, Conferencia Internacional del Trabajo, 91^a Reunión, 2003

PIZARRO M., *La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral*, Estudios Gonzales & Asociados Consultores Laborales, 2006

POLITAKIS G.P., *La OIT y la protección de los salarios*, en *Educación Obrera, 2002, n. 128*

TOYAMA MIYAGUSUKU J., *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico*, Gaceta Jurídica, 2015

⁴⁸ Siempre y cuando el empleador «ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa o su declaración judicial de quiebra. La acción alcanza a las transferencias de activos fijos o de negocios efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la declaración de insolvencia del acreedor» o en los casos de «extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de trabajo» (art. 3).

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado) 1949 (núm. 96)

José BASCÓN MARÍN*

RESUMEN: La regulación de las agencias retribuidas de colocación de trabajadores ha sido un tema que ha preocupado a la OIT a lo largo de su historia. De hecho, han sido tres los convenios que han regulado dicho aspecto de la relación de trabajo. Cada uno de estos convenios ha tratado de plasmar una tendencia concreta a la hora de establecer el régimen jurídico de las agencias retribuidas de colocación, dependiendo de las circunstancias sociales, económicas y políticas que rodeasen el momento. En este trabajo se analiza el Convenio n.º 96 que fue adoptado por la OIT en 1949.

Palabras clave: Convenio, agencias, colocación, empleo, ánimo de lucro, OIT.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes normativos en la OIT, en relación a las agencias privadas de colocación. 3. El Convenio n.º 96 de 1949 sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado). Significado y estructura. 3.1. Objetivos del Convenio. 3.2. Ámbito subjetivo de aplicación del Convenio. 3.3. La supresión de las agencias retribuidas de colocación, con ánimo de lucro. 3.4. Regulación de las agencias de colocación, con ánimo de lucro. 3.5. Regulación de las agencias de colocación, sin ánimo de lucro. 3.6. Ámbito territorial de aplicación del Convenio. 3.7. Las garantías de cumplimiento de las disposiciones del Convenio. 3.8. Las opciones de ratificación del Convenio. 4. La situación de las agencias de colocación españolas a raíz de la ratificación del Convenio OIT n.º 96 por el Estado español. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Contratado Predoctoral a través del Plan propio de Investigación de la Universidad de Córdoba (España), Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Fee-Charging Employment Agencies Convention (Revised) 1949 (No. 96)

ABSTRACT: The paid employment agencies' regulation has been an issue that has worried to the ILO along the history. In fact, there have been three conventions that have regulated this aspect of the labor relationship. Each one of these conventions have tried to capture a concrete trend when establishing the paid employment agencies' legal regime, depending of the social, economic and political circumstances surrounding the moment. This paper analyzes the ILO Convention No. 96, adopted in 1949.

Key Words: Convention, agencies, placement, employment, for profit, ILO.

1. Introducción

Lograr establecer una relación adecuada entre oferta (puesto de trabajo) y demanda de empleo (trabajador candidato), suele ser uno de los escollos más difíciles de superar a la hora de procurar una satisfactoria inserción laboral del trabajador. Esta compleja labor de estudiar las características y necesidades de ambas partes interesadas debiera ser desarrollada por entidades especializadas en la intermediación y en la colocación de trabajadores. Sin embargo, la existencia de entidades especializadas puede conllevar un hecho innegable: tanto la empresa contratante como el propio trabajador podrían quedar expuestos a los intereses económicos de dichas entidades, es decir, se estaría dando pie a la mercantilización de una mano de obra deseosa de encontrar una colocación adecuada, salvo que dichas entidades de colocación no ostentasen ánimo de lucro o perteneziesen al sector público, donde en caso de existir algún tipo de tarifa, en concepto de contraprestación económica por el servicio prestado, no tendría connotaciones lucrativas. Por tanto, la actividad de prestar el servicio de colocación de trabajadores por entidades privadas, si no existen cortapisas legales y salvo los casos expuestos, buscará, en su esencia, un beneficio lucrativo.

Sin embargo, la no mercantilización de la mano de obra fue uno de los principios fundamentales formulados en el art. 427¹ del Tratado de Paz de Versalles de 1919. De este mismo Tratado Internacional, nació la propia Organización Internacional del Trabajo (art. 387 ss.) donde, bebiendo de estos principios, se constituyó como el instrumento posibilitador de una paz social necesaria para el mantenimiento de la paz mundial recién instalada en Europa² (con la firma del Tratado), tras la finalización de la Gran Guerra Europea³. Por lo tanto, para hacer efectiva dicha paz social, se necesitaba la implantación de medidas que protegiesen los derechos de los trabajadores frente al riesgo de ser vulnerados por los principios mercantilistas del propio mercado de trabajo.

¹ «El principio fundamental [...] de que el trabajo no debe considerarse como una mercancía o como un artículo de comercio».

² Véase F. CAVAS MARTÍNEZ, *El Convenio núm. 181 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas (1997) y su incidencia en el sistema español de colocación*, en *Aranzadi Social*, 2000, n. 5, pp. 107-108.

³ Denominación dada, por los historiadores de la época, a la Primera Guerra Mundial, antes de que estallara la Segunda Guerra Mundial.

2. Antecedentes normativos en la OIT, en relación a las agencias privadas de colocación

Con respecto a la actividad de colocación, y en base al seguimiento de los principios esbozados en el Tratado de Versalles, desde sus primeras disposiciones, la OIT tuvo como objetivo eliminar toda actividad de colocación que supusiese un beneficio lucrativo. Para ello, enfocó sus esfuerzos en establecer varios Convenios que regularon la misma cuestión desde distintos enfoques.

El Convenio OIT n. 2, sobre desempleo (adoptado el 28 de noviembre de 1919), tomó una posición fomentadora de un sistema público de colocación gratuito, estableciendo que, todo miembro que ratificase dicho Convenio, debía establecer «un sistema de agencias públicas no retribuidas de colocación» y controlado por una autoridad central. Sin mencionar en ningún momento la posible existencia de agencias de colocación con fines lucrativos, aceptaba la coexistencia de agencias públicas y privadas, siempre que fuesen gratuitas y sus actividades se coordinasen, con arreglo a un plan nacional (art. 2). Sin embargo, en la Recomendación OIT n. 1, sobre el desempleo⁴, la Conferencia General planteó una postura claramente prohibitiva y restrictiva, sobre la cuestión, al recomendar que cada miembro de la OIT adoptara medidas para prohibir la creación de agencias retribuidas de colocación o de cualquier otra empresa que se dedicara a la colocación de trabajadores con fines mercantiles. Con respecto a las que ya venían existiendo, recomendaba la expedición, por parte de los correspondientes gobiernos, de licencias, bajo las cuáles, debía subordinarse el funcionamiento de dichas agencias, con el objeto de tomar medidas para suprimirlas lo antes posible (I).

Más tarde, el Convenio OIT n. 9, sobre la colocación de la gente de mar⁵, más que en la supresión de agencias de colocación con fines lucrativos, hizo hincapié en prohibir el posible carácter mercantilista de la actividad de colocación de la gente de mar, al advertir que dicha actividad no podía ser objeto de lucro, prohibiendo así, el pago de cualquier tipo de remuneración (tanto directa como indirecta) realizada por un trabajador de mar a una sociedad, persona o empresa, por su colocación (art. 2). Sobre esta cuestión habría que hacer las siguientes apreciaciones. Para las agencias de colocación ya establecidas, la disposición estableció dos cuestiones importantes. La primera, y a pesar de no plantear de manera

⁴ Adoptada en la 1^a Reunión de la OIT el 28 de noviembre de 1919.

⁵ Adoptado el 10 de julio de 1920. Su art. 1 definía “gente de mar”, a efectos del Convenio, «todas las personas empleadas como tripulantes a bordo de buques dedicados a la navegación marítima, excepción hecha de los oficiales».

clara y directa su desaparición, sí las obligaba a un replanteamiento en cuanto al objeto social de la propia agencia⁶. La segunda, eximía a los trabajadores de ser los obligados del supuesto pago por los servicios realizados, dejando ese papel, en su caso, a las empresas ofertantes del puesto de trabajo. Para las nuevas agencias de colocación que se creasen a partir de este instante, dejaba claro que su objeto social tendría que plantearse sin ánimo de lucro.

Por otro lado, animaba, sin imposiciones, a que los miembros ratificadores velasen por un sistema eficaz y adecuado de colocación gratuito y cuya organización y sostén podía recaer sobre las asociaciones representativas de armadores o de gente de mar, funcionando bajo el control de una autoridad central, o en el propio Estado (art. 4).

El Convenio OIT n. 34 firmado en 1933 (antecesor del propuesto a estudio)⁷, fue el primer convenio dedicado, específicamente, a la regulación de las agencias de colocación retribuidas (art. 1), conceptualizando la diferencia entre aquellas cuyos fines fuesen lucrativos de aquellas otras sin fines lucrativos, cuestión que, hasta ese momento, no se había abordado por ninguno de los convenios anteriores.

Tras dicha conceptualización, el Convenio estableció la supresión de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos dando, para ello, un plazo de tres años, desde la entrada en vigor del Convenio (art. 2.1). Se advertía que, en este periodo de tres años, no se podría establecer ninguna agencia retribuida de colocación con fines lucrativos y las destinadas a suprimirse deberían estar bajo la vigilancia de la autoridad competente, pudiendo repercutir, exclusivamente y en concepto de retribución por el servicio prestado, una tarifa previamente aprobada por dicha autoridad (art. 2.2.b).

Por lo tanto, vemos como este Convenio establece unas directrices mucho más concretas que sus antecesores. Primero, a la hora de definir y diferenciar los dos tipos de agencias de colocación y, segundo, a la hora de establecer la supresión de las agencias de colocación con fines lucrativos y poniendo un límite temporal y concreto a dicha supresión.

Al dictado de dicha supresión, el art. 3 estableció una excepción, solo para aquellas agencias dedicadas a la colocación de determinadas “clases de trabajadores”, pertenecientes a profesiones cuya colocación requiriese

⁶ Esta idea se reafirmaba en el art. 3.1, al permitir la existencia de agencias con ánimo de lucro, pero bajo control del Gobierno, con el objeto de que quedasen protegidos los derechos tanto de trabajadores, empresas y agencia, primando así el interés común por encima del interés de la agencia.

⁷ Adoptado el 29 de junio de 1933.

unas condiciones especiales que justificasen dicha excepción⁸. El acogimiento a esta excepción exigía el cumplimiento de una serie de requisitos: el primero, la obligación, por parte de la autoridad competente, de consultar a las organizaciones interesadas de trabajadores y empresarios, con carácter previo a la concesión de la excepción; en segundo lugar, las legislaciones nacionales debían designar, expresamente, cuáles iban a ser las clases de trabajadores cuya difícil colocación justificase la excepción. En este sentido, hay que decir que el Convenio utiliza la expresión “clases de trabajadores”, resultando poco concreta y de escasa claridad a la hora de valorar las causas que justificasen la mencionada excepción. Sin embargo, esta permisibilidad sobre las agencias de colocación con ánimo de lucro especializadas en la colocación de determinadas clases de trabajadores no iba a estar exenta de control y vigilancia, por la autoridad competente, con el objeto de seguir salvaguardando los derechos de los trabajadores (art. 3.4).

En definitiva, el Convenio n. 34 generó un escepticismo sobre las agencias retribuidas de colocación afectando, no solo, a aquellas con ánimo de lucro y con evidentes fines mercantiles, cuyo fin establecido fue su supresión, sino también, estableciendo exigencias sobre las agencias exceptuadas y sobre aquellas sin fines lucrativos, obligándolas a estar provistas de una autorización y situándolas bajo la vigilancia de la autoridad competente (art. 4). Además, obligaba a ambos tipos de agencias a comunicar a la autoridad laboral si sus servicios de colocación iban a ser gratuitos o retribuidos (art. 5).

Por último, decir que la Recomendación OIT n. 42 recordaba que dicho Convenio venía a completar las disposiciones del Convenio n. 2 y de la Recomendación n. 1 sobre el desempleo, donde se primó el establecimiento de un sistema público y gratuito de colocación sobre la actuación privada, por lo que, las agencias privadas, quedaban relegadas a un papel secundario.

El Convenio OIT n. 88, sobre el servicio de empleo público⁹, volvía a replantear la asunción de los servicios de colocación, por un ente público. Así, estableció la obligación, a los Miembros ratificadores, de «mantener o garantizar el mantenimiento de un servicio público y gratuito del empleo» (art. 1) cuyos fines, con respecto a la colocación, entre otros, iban a

⁸ La [R042 – Recomendación sobre las agencias de colocación, 1933 \(núm. 42\)](#), adoptada el 29 de junio de 1933, aclaraba a este respecto que, para la colocación de determinadas profesiones, la supresión de las agencias de colocación podía generar ciertas dificultades en aquellos países donde las oficinas públicas no estuviesen, lo suficientemente capacitadas, para sustituir a estas agencias privadas de colocación.

⁹ Aprobado el 9 de julio de 1948.

consistir en procurar empleos adecuados a los trabajadores y ayudar a los empleadores a contratar trabajadores apropiados a las necesidades empresariales (art. 6.a). Una cuestión novedosa que aportaba el Convenio fue la posibilidad de cooperación entre el servicio público de empleo y el resto de entidades, tanto público como privadas, con el objeto de obtener un mejor funcionamiento del mercado de trabajo, sin especificar el descarte de aquellas que pretendiesen ánimo de lucro (art. 1.2), pero asumiendo la supremacía del servicio público de empleo, relegando a un papel de cooperadoras a las entidades privadas y disponiendo de ellas en aquellas situaciones en que fuese necesario, seguramente cuando las capacidades del servicio público quedasen limitadas para llevar a cabo la función de colocación con absoluta garantía.

Possiblemente, el escaso número de Miembros que ratificaron el Convenio n. 34¹⁰, hizo replantearse a la Confederación General de la Organización Internacional del Trabajo su revisión mediante la adopción de diversas proposiciones que finalmente adoptaron la forma del nuevo Convenio n. 96, sobre las agencias retribuidas de colocación¹¹.

3. El Convenio n. 96 de 1949 sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado). Significado y estructura

El nuevo Convenio OIT n. 96, adoptado por la Conferencia General de la OIT el día 1º de julio de 1949, mostraba la siguiente estructura: Parte I, *Disposiciones Generales* (arts. 1-2); Parte II, *Supresión progresiva de las Agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y Reglamentación de las demás agencias de colocación* (arts. 3-9); Parte III, *Reglamentación de las Agencias Retribuidas de Colocación* (arts. 10-14); Parte IV, *Disposiciones Diversas* (art. 15); Parte V, *Disposiciones Finales* (arts. 16-25).

3.1. Objetivos del Convenio

El nuevo Convenio n. 96, sobre las agencias retribuidas de colocación, persiguió varios objetivos. En primer lugar, quiso dejar claro, desde un principio, que la actividad de colocación debía recaer, de manera principal, sobre un servicio público y gratuito de empleo y que la actividad privada

¹⁰ El Convenio n. 34 fue ratificado por un total de 11 países, entre ellos, España. De esos 11 países solo lo habían ratificado, con anterioridad a la adopción del Convenio n. 96, 6 países: Chile (aún en vigor), España, Finlandia, México, Suecia y Turquía.

¹¹ Véase F. CAVAS MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 108.

debía asumir un papel secundario; en su Preámbulo establecía que el Convenio n.º 96 debía ser complementario del Convenio n.º 88, sobre el servicio de empleo, cuyo objetivo, recordamos, fue «mantener o garantizar el mantenimiento de un servicio público y gratuito del empleo». Además, dicho servicio debía quedar al alcance de cualquier categoría de trabajador. En segundo lugar, buscó establecer un régimen jurídico de las agencias retribuidas de colocación, conceptualizando, en primer lugar, las diferencias existentes entre las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y aquellas otras sin fines lucrativos, en los mismos términos que ya lo hiciera su antecesor, el Convenio n.º 34, y estableciendo, más tarde, la correspondiente reglamentación para aquellas agencias retribuidas de colocación que permaneciesen en activo, ya tuviesen fines lucrativos o no. En tercer lugar, y en base a la escasa aceptación que tuvo el Convenio n.º 34, la Conferencia General de la OIT intentó buscar una mejor adecuación a los distintos intereses de los Miembros, con el objeto de obtener un mayor número de ratificaciones, introduciendo una serie de nuevos elementos cuya característica principal sería la ambigüedad y la escasa concreción de sus planteamientos que posibilitaba margen de actuación a los Miembros ratificadores. El más notable de todos fue, plantear la supresión de las agencias de colocación con fines lucrativos, pero no de una manera impositiva sino dando opción, al Miembro, de llevarla a cabo o no. Así, el Convenio daba la posibilidad de elegir entre la supresión de las agencias de colocación con fines lucrativos o su mantenimiento bajo la vigilancia y el control de la autoridad competente.

3.2. Ámbito subjetivo de aplicación del Convenio

El ámbito subjetivo viene definido en la Parte I del Convenio (*Disposiciones Generales*) y está totalmente referido a las agencias retribuidas de colocación quiénes, en su vertiente lucrativa, las definía como todas aquellas personas, sociedades, instituciones, oficinas o cualquier otra organización que llevase a cabo la tarea de intermediación con el objeto de «procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador» y con el fin de obtener, de cualquiera de ellos, «un beneficio material directo o indirecto». De esta definición salvaguardaba a los periódicos u otras publicaciones salvo que tuvieran, de manera exclusiva o principal, el objeto de actuar como intermediarios entre trabajadores y empleadores (art. 1.1.a). En cuanto a las agencias de colocación sin fines lucrativos, utilizaba casi la misma definición que la anterior, pero con la diferencia de que, en este caso, dichas agencias no pretendían buscar ningún beneficio

material, aunque pudieran percibir por la realización de dichos servicios de colocación, lo que el Convenio entendió como algún tipo de derecho de entrada, cotización o remuneración. En este sentido, la definición prescindió de la expresión “toda persona” (art. 1.1.b), al enumerar las distintas posibilidades entre las que podía manifestarse la agencia de colocación, quizá porque, como ha puesto de manifiesto algún autor, la mera existencia de una persona física actuando como agencia de colocación, implicaría, de manera intrínseca, la existencia de un interés “oneroso” y, por tanto, la búsqueda de un “beneficio material”¹². Así, el nuevo Convenio estableció la afectación del ámbito subjetivo sobre las agencias retribuidas de colocación, tuviesen o no ánimo de lucro, pudiendo actuar éstas con cualquier tipo de trabajador, categoría profesional o empresas, exceptuándose a la gente de mar, ya que disponían de su propio convenio regulador de las condiciones de colocación de los trabajadores de mar¹³.

3.3. La supresión de las agencias retribuidas de colocación, con ánimo de lucro

La Parte II del Convenio fue la encargada de regular el mandato y el proceso de supresión de las agencias retribuidas de colocación, con ánimo de lucro. Así, el art. 3.1 estableció que estas agencias debían ser suprimidas dentro de un plazo limitado, sin embargo, no establecía límite temporal alguno, haciendo alusión a una supresión progresiva y dejando su establecimiento en manos de la autoridad nacional competente. Esta novedad, con respecto a su antecesor, tiene su importancia relativa: al no imponerse un *modus operandi* estricto, dejaba espacio para que cada Miembro ratificador acomodara su criterio de supresión a sus circunstancias particulares. Es más, presentaba, en relación al Convenio n. 88, un mandato *sine qua non*, sobre la necesaria implantación de un servicio público del empleo, con carácter previo a la supresión de ninguna agencia retribuida de colocación con fines lucrativos (art. 3.2), lo que podía explicar, en parte, la no interposición de plazo alguno para la supresión acordada, sobre todo, en aquellos Estados que careciesen de un sistema público del empleo, sin perjuicio de que se podía haber optado por alguna opción temporal más concreta. En base a las posibles peculiaridades que

¹² J.I. GARCÍA NINET, *La colocación de la Ley Básica de Empleo*, en *Revista de Seguridad Social*, 1981, n. 12, p. 136.

¹³ [Convenio n. 9 de 1920](#), cit.

pudieran presentar la colocación de ciertas “categorías de personas” y la necesaria existencia de agencias especializadas al respecto, el nuevo Convenio contemplaba dos alternativas en lo referente a la supresión de las agencias de colocación con fines lucrativos. Por una parte, la autoridad competente de cada Miembro ratificador podía fijar distintos plazos a la hora de suprimir dichas agencias (art. 3.3). Es decir, se abría la posibilidad de que no a todas las agencias de colocación se les impusiera un mismo plazo de tiempo para su supresión, en base a que fuesen, o no, agencias especializadas en la colocación de determinadas categorías de personas, que presentaban especiales dificultades. Por otra parte, y solo cuando la colocación de estas categorías de personas por los servicios públicos de empleo, no fuese posible llevarla a cabo de manera satisfactoria, se abría la posibilidad, de que la autoridad competente pudiera conceder directamente una excepción a la supresión de dichas agencias con ánimo de lucro. Esta situación de excepcionalidad iba a requerir el cumplimiento de dos requisitos: una consulta previa, a las organizaciones interesadas de empleadores y trabajadores, por parte de la autoridad competente, y que estas categorías de personas estuviesen definidas, de manera precisa, por la legislación nacional (art. 5.1). A este respecto, permítanme establecer la siguiente reflexión. Es evidente que existe una clara similitud con lo regulado en el Convenio n.º 34 en cuanto a la excepción de la supresión de las agencias de colocación con ánimo de lucro. Sin embargo, el Convenio n.º 34 hablaba de “clases de trabajadores”, sin especificar a qué clases o categorías profesionales se refería, dejando dicha cuestión en manos de las legislaciones nacionales. En este sentido, podríamos pensar en colectivos como los empleados de hogar, donde sería fácilmente entendible que existiesen agencias de colocación especializadas en poner en contacto a los trabajadores con las familias empleadoras. En otro plano distinto y, si se me permite, aún más confuso por los términos empleados, se expresa el Convenio n.º 96 al hablar de “categorías de personas” cuando regula las causas de excepción a la supresión de las agencias con ánimo de lucro. Sin especificar nada al respecto, dejó, al igual que su antecesor, en manos de la legislación nacional dicha cuestión. Del mismo modo, en este caso, podríamos pensar, por ejemplo, en personas con discapacidad que, al presentar circunstancias personales muy particulares, los servicios públicos de empleo careciesen de capacitación suficiente para llevar a cabo una labor de intermediación laboral satisfactoria. Una vez llevada a cabo la supresión de la agencia de colocación con fines lucrativos, ésta debía someterse al control pertinente de la autoridad competente a efectos de poder eliminar todos los posibles abusos que pudiera acarrear su funcionamiento (art. 4.2). Este control consistiría, por una parte, en situar

a la agencia de colocación bajo la vigilancia de la autoridad competente (art. 4.1.a); por otra parte, y con respecto a poder recibir retribuciones por sus servicios, el Convenio no dejaba margen alguno a la agencia, disponiendo que la tarifa a repercutir debía ser la que estableciese o aprobase la autoridad competente (art. 4.1.b). Este papel controlador que asumía la autoridad competente debía subsumirse a la realización de consultas preceptivas con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores (art. 4.3).

3.4. Regulación de las agencias de colocación, con ánimo de lucro

Tanto en los casos en que pudieran darse las situaciones de excepcionalidad de no supresión de las agencias con ánimo de lucro, como en aquellos casos en los que el Miembro optara por adoptar la Parte III del Convenio, la regulación de las agencias de colocación con ánimo de lucro, en ambas situaciones, planteaba las mismas disposiciones. Así, para las situaciones en las que se había establecido la excepción de supresión de las agencias y seguían, por tanto, actuando en base a los motivos analizados con anterioridad, el Convenio estableció, para las agencias, una serie de requisitos y la obligación de acogerse a un régimen de control impuesto por la autoridad competente:

- a) estar sujetas a la vigilancia de la autoridad competente;
- b) debían poseer una licencia para actuar como agencias de colocación, cuya vigencia podía ser renovada anualmente, a discreción de la autoridad competente¹⁴;
- c) solo podrían percibir, en concepto de remuneración, una cantidad conforme a una tarifa previamente aprobada o establecida por la autoridad competente;
- d) no podrían colocar ni reclutar a trabajadores en el extranjero, salvo que la autoridad competente lo autorizase y siempre bajo las condiciones fijadas por la legislación vigente¹⁵ (art. 5.2).

Por otra parte, el Convenio regulaba el régimen jurídico de las agencias retribuidas de colocación con ánimo de lucro, para las situaciones donde los Miembros decidiesen adoptar la Parte III, es decir, no suprimir las

¹⁴ En el Convenio n. 34 se establecía un límite temporal máximo de renovación de 10 años, cuestión que desaparece en el nuevo Convenio.

¹⁵ Sobre este último requisito, el nuevo Convenio se ofrecía más flexible que su antecesor ya que dejaba en manos de la autoridad competente el poder llevar a cabo este tipo de acciones. El Convenio n. 34 establecía la necesidad de que existiese un acuerdo bilateral entre los países interesados.

agencias con ánimo de lucro. En estos casos, el Convenio estableció los mismos requisitos y controles que para las agencias exceptuadas de la supresión (art. 10).

3.5. Regulación de las agencias de colocación, sin ánimo de lucro

La regulación de las agencias de colocación sin ánimo de lucro se encontraba tanto en el art. 6 (Parte II) del Convenio como en el art. 11 (Parte III). La regulación se estableció en términos parecidos a las situaciones reguladas en los arts. 5 y 10 señalados anteriormente, presentando escasas diferencias. Así, las agencias de colocación sin fines lucrativos debían estar en posesión, en lugar de una licencia, de un permiso o autorización¹⁶ proporcionado por la autoridad competente. A diferencia de las agencias con ánimo de lucro, cuyo requisito era una licencia, parece que, el permiso o la autorización, conllevaría una menor exigencia administrativa. Al igual que las agencias con ánimo de lucro, debían estar sujetas a la vigilancia de dicha autoridad y no podían percibir, en concepto de retribuciones, una cantidad superior a una tarifa sometida y aprobada por la autoridad competente o que hubiese sido establecida por dicha autoridad. En este apartado, a diferencia de las agencias con ánimo de lucro donde el Convenio fijó una tarifa concreta establecida o aprobada por la autoridad competente, para las agencias sin ánimo de lucro se fijó una tarifa límite, seguramente con el objeto de dar margen para que las entidades pudieran ajustarse y cumplir con los requisitos económicos y societarios propios de las entidades sin ánimo de lucro. Al igual que las agencias con ánimo de lucro, también se les prohibía colocar o reclutar a trabajadores extranjeros salvo que la autoridad competente lo autorizase y siempre bajo las condiciones establecidas por la legislación vigente. Por destacar un detalle, el Convenio establecía un mandato a la autoridad competente para que se cerciorase de que, dichas agencias sin fines lucrativos, efectuasen sus servicios, efectivamente, a título gratuito (arts. 7, Parte II, y 12, Parte III).

¹⁶ En el art. 11.a, en lugar de autorización (como ocurre en el art. 6.a), habla de un permiso, que se requiere, por parte de la autoridad competente, para poder desarrollar su actividad profesional. En cualquier caso, la similitud parece obvia.

3.6. Ámbito territorial de aplicación del Convenio

La ratificación formal de cualquier convenio de la OIT conlleva que el Miembro deba someter, dicho convenio, a la autoridad que corresponda a los efectos de que le dé forma de Ley o adopte las medidas correspondientes (art. 19.5.b, Constitución OIT). Por lo tanto, la aplicación de las disposiciones en los convenios, se llevarán a cabo en todo el territorio donde la Ley o la medida adoptada por la autoridad competente, tengan aplicación. Sin embargo, el art. 15.1 del Convenio (Parte IV) estableció una excepción para aquellas regiones que, por comprender un vasto territorio con una población diseminada o por presentar un determinado estado de su desarrollo económico, la autoridad competente estimase impracticable las disposiciones del convenio. En estos casos, el Convenio permitió exceptuar su aplicación a dichas regiones, bien de una manera general o bien realizando excepciones a determinadas empresas o trabajos. Esta excepcionalidad debía ser indicada por el Miembro, en la primera memoria anual sobre la aplicación del convenio¹⁷, haciendo referencia a la región de la cual se propusiese la no aplicación del Convenio, debiendo expresar los motivos inductores a dicha situación. Se prohibía la invocación del art. 15, en un momento posterior a esta primera memoria anual, salvo con respecto a las regiones indicadas (art. 15.2). En caso de que la situación pudiera revertir, el Miembro que hubiese invocado este artículo podría, en memorias posteriores, renunciar a la aplicación de este derecho, indicándolo de manera expresa (art. 15.3).

3.7. Las garantías de cumplimiento de las disposiciones del Convenio

Para garantizar el cumplimiento de todos los requisitos establecidos por el Convenio, tanto para las agencias con fines lucrativos como para las que no ostentaban ánimo de lucro, las legislaciones nacionales debían establecer las oportunas sanciones penales, comprendiendo si fuera necesario, la pérdida o cancelación de la licencia, autorización o permiso

¹⁷ Dicha memoria se habría de presentar en virtud y cumplimiento del art. 22 de la [Constitución de la OIT](#): «Cada uno de los Miembros se obliga a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido. Estas memorias serán redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración y deberán contener los datos que éste solicite».

adquiridos por uno y otro tipo de agencia de colocación, en caso de la comisión de cualquier infracción sobre el cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Convenio n.º 96 o de aquellas establecidas en las legislaciones nacionales que resultasen al efecto (arts. 8, Parte II, y 13, Parte III).

3.8. Las opciones de ratificación del Convenio

Como ya hemos visto, la primera parte del Convenio definió las agencias de colocación con fines lucrativos y sin fines lucrativos (art. 1), la segunda parte, reguló la supresión de las agencias con ánimo de lucro, las agencias con ánimo de lucro exceptuadas y las sin ánimo de lucro y la tercera parte reguló de nuevo las agencias de colocación con ánimo de lucro y las sin ánimo de lucro. La pregunta que surge es la siguiente: ¿a qué viene una doble regulación de los mismos aspectos? La respuesta a dicha pregunta la encontramos en el art. 2.1 del Convenio donde presentaba una novedad importante, con respecto a sus antecesores. Todo Miembro, a la hora de ratificar el Convenio, debía indicar si aceptaba las disposiciones de la Parte II (suprimir, de manera progresiva, las agencias de colocación con fines lucrativos) o las disposiciones de la Parte III (no suprimir las agencias de colocación con fines lucrativos). Por ello, en la Parte II, además de las disposiciones de supresión, proveía la reglamentación del resto de agencias (aquellas sin ánimo de lucro, junto con las situaciones de excepcionalidad del art. 5). Por su parte, la Parte III, establecía la reglamentación de las agencias de colocación con ánimo de lucro y la reglamentación de las agencias sin ánimo de lucro. Es decir, la Parte II del Convenio, estuvo enfocada al establecimiento de un sistema de colocación público y gratuito complementado con la actuación de agencias sin ánimo de lucro y de aquellas con ánimo de lucro exceptuadas por prestar servicios específicos para determinadas categorías de personas cuya colocación no podía ser efectuada por los servicios públicos de empleo, garantizando maximizar la efectividad del servicio de colocación de trabajadores, evitando con ello que los trabajadores viesen perjudicados y vulnerados sus derechos. Por su parte, la Parte III del Convenio, daba pie a la coexistencia de un servicio público de empleo con una red de entidades privadas de colocación, siempre bajo el control férreo de la autoridad competente con el objeto de que quedasen salvaguardados los derechos de los trabajadores. Por otra parte, el apartado segundo del art. 2, advertía que en caso de ratificación del Convenio y de aceptación de la Parte III, el Miembro podría notificar con posterioridad, al Director

General de la Oficina Internacional del Trabajo¹⁸, la aceptación de las disposiciones de la Parte II para que, a partir del registro de tal notificación, las disposiciones de la Parte III dejaran de tener efecto, siéndoles aplicables las disposiciones de la Parte II. Es decir, se ofrecía la posibilidad de que el Miembro, con el tiempo, decidiera suprimir las agencias de colocación con ánimo de lucro y acogerse por tanto a la parte segunda, renunciando a la parte tercera. Sin embargo, la opción contraria no se ofrecía. El Convenio OIT n. 96 obtuvo 42 ratificaciones, entre ellas la del Estado español que se produjo el 5 de mayo de 1971¹⁹, oída la Comisión de Tratados de las Cortes Españolas. Su entrada en vigor en España no se produciría hasta el 5 de mayo de 1972. Con su ratificación, el Estado español decidió aceptar la Parte II del Convenio, optando por la supresión de las agencias de colocación con ánimo de lucro. Esta decisión continuó la tendencia que se venía siguiendo desde la primera Ley de colocación española de 1931²⁰ y desde la ratificación del Convenio n. 34 por el Estado español (el 27 de abril de 1935). Sin embargo, el régimen dictatorial del General Franco (1939-1978), fue más allá estableciendo la prohibición de cualquier iniciativa privada en materia de colocación de trabajadores. En este sentido, tras el término de la Guerra Civil española (1939), la Jefatura del Estado publicó la Ley de 10 de febrero de 1943, sobre colocación de trabajadores, donde su artículo tercero, prohibía la existencia de cualquier agencia u organismo privado, de cualquier clase, dedicados a la colocación de trabajadores, afectando incluso a aquellas entidades que se dedicaran a sectores concretos de la actividad o a determinadas categorías profesionales²¹, tendencia ésta que se perpetuaría una vez ratificado el Convenio OIT n. 96.

4. La situación de las agencias de colocación españolas a raíz de la ratificación del Convenio OIT n. 96 por el Estado español

España ratificó el Convenio OIT n. 96, aceptando, como hemos dicho, las

¹⁸ Su regulación se establecía en el art. 18 del Convenio.

¹⁹ *Instrumento de Ratificación del Convenio 96 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a las Agencias retribuidas de Colocación (revisado en 1949)*, en BOE, 23 mayo 1972, n. 123.

²⁰ «Bajo la dependencia del Ministerio de Trabajo y Previsión se organiza por el Estado la colocación obrera con el carácter de nacional pública y gratuita. Las Empresas comerciales de colocación y las Agencias de pago cesarán en sus funciones en el término de un año». (art. 1 de la Ley de 1931 de colocación, en *Gaceta de Madrid*, 28 noviembre 1931, n. 332).

²¹ Sobre este aspecto véase J.I. GARCÍA NINET, *op. cit.*, pp. 127 ss.

disposiciones de la Parte II del Convenio, significando con ello la supresión de las agencias de colocación con ánimo de lucro, cuestión que en España se venía superando, ampliamente, con la prohibición de la existencia de cualquier iniciativa privada de colocación obrera, como ya hemos expuesto, por la Ley de colocación obrera de 1943.

Prueba de ello fue la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales que, siguiendo lo establecido en la Ley de 1943 y en su reglamento²², prohibió la existencia de agencias o cualquier organismo privado de cualquier clase, incluidos los de servicio doméstico o trabajo en el hogar, que se dedicasen a la colocación laboral (art. 12.2), estando las empresas obligadas a solicitar, a las oficinas de empleo, aquellos trabajadores que necesitasen contratar al igual que los trabajadores tenían la obligación de inscribirse en la oficina de empleo de su domicilio cuando fuesen a solicitar alguna ocupación (art. 12.3).

Más tarde, la Ley Básica de Empleo²³ de 1980, al derogar la Ley de 1943, fue la norma que vino a regular la colocación de los trabajadores. En este sentido, y a pesar de que España había entrado en la etapa democrática y constitucional, donde un nuevo régimen intentaba impregnar, a las recién creadas democráticas instituciones jurídicas, de tendencias nuevas importadas del exterior, la Ley Básica de Empleo siguió apostando por mantener un servicio público de colocación, como opción exclusiva (art. 40.1), prohibiendo, en su apartado dos, la existencia de agencias privadas de colocación de cualquier clase y pertenecientes a cualquier ámbito funcional, cuyo objeto fuese la contratación laboral de cualquier tipo de trabajador²⁴. Sin embargo, la apertura política trajo nuevas ideas y, por aquella época, empezaron a proliferar las empresas dedicadas a la selección de trabajadores, lo que hizo que el legislador introdujera un inciso en el mismo apartado dos para advertir que éstas empresas tenían la obligación de hacer constar, en sus anuncios, el número de la demanda de empleo y su identificación, como justificante de que el trabajador se encontraba correctamente inscrito en el Servicio Público de Empleo (en adelante, SPE), a modo de estrategia controladora, ya que la actividad de selección de personal y la de intermediación se aproximaban bastante en la práctica²⁵.

²² Arts. 52 y 54 del Decreto 1254/1959, de 9 de julio, por el que se establece el Reglamento de aplicación de la Ley de 10 de febrero de 1943, en *BOE*, 24 julio 1959, n. 176.

²³ Ley 51/1980, de 8 de octubre.

²⁴ Véase J. CRUZ VILLALÓN, *El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores*, en *Temas Laborales*, 1994, n. 32, pp. 5 ss.

²⁵ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Colaboración Privada en el Servicio Público de Colocación*, en

La Ley Básica de Empleo también mantenía la misma exigencia para con empresas y trabajadores. El art. 42.1 seguía obligando a las empresas a solicitar, de manera previa en las oficinas de empleo, los trabajadores que necesitasen. Por su parte, los trabajadores estaban obligados a inscribirse en las oficinas de empleo, cuando fuesen a solicitar ocupación (art. 42.2).

No será hasta la llegada, primero del Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, y más tarde con la Ley 10/1994, de 19 de mayo, cuando se abriese la posibilidad de que el SPE pudiera autorizar, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de Empleo, la existencia de agencias privadas de colocación, sin ánimo de lucro, siempre que la remuneración recibida por el servicio prestado se limitase, exclusivamente, a los gastos ocasionados por el servicio prestado (art. 1.2). En este caso, el SPE sería la autoridad competente encargada de imponer, en el convenio de colaboración correspondiente, las condiciones necesarias para el ejercicio de la actividad de colocación y también sería la encargada de otorgar la preceptiva autorización²⁶.

¿Cuáles fueron los motivos de dicha apertura normativa? Como se afirmaba en la exposición de motivos de la Ley 10/1994, la causa que produjo tal cambio normativo fueron las dificultades y posiblemente deficiencias que presentaba un SPE anticuado, a la hora de abarcar las cada vez más complejas y diversificadas nuevas ofertas de empleo que nacían de una realidad cambiante y abierta a los nuevos tiempos y cuya respuesta adecuada requería de una actualizada especialización de la actividad de colocación, que evidentemente el SPE carecía para ciertas situaciones especiales²⁷. Sin perjuicio de lo expuesto, dicho artículo dejaba claro que quedaban prohibidas las agencias de colocación con ánimo de lucro.

La regulación del régimen jurídico de las agencias de colocación sin fines lucrativos fue establecida, un año más tarde, por el Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo²⁸. A pesar de esta apertura a la iniciativa privada de colocación sin fines lucrativos, el art. 1 del reglamento relegaba a un papel secundario a las agencias de colocación, constituyéndolas como colaboradoras del Instituto Nacional de Empleo (en adelante, INEM), en

Aranzadi Social, 2013, vol. 5, n. 10, p. 58.

²⁶ Dicha disposición normativa fue asumida, en su totalidad, por el art. 16.2 del RD Legislativo 1/1995 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en *BOE*, 29 marzo 1995, n. 75.

²⁷ Véase A. OJEDA AVILÉS, *Los Servicios de Empleo en España (II): El Instituto Nacional de Empleo*, en *Revista de Seguridad Social*, 1983, n. 17, p. 27.

²⁸ Por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo.

lo que se refería a la actividad de intermediación, en el mercado de trabajo. En cuanto a las condiciones de actuación, las agencias de colocación debían carecer de ánimo de lucro, es decir, la remuneración que recibieran, tanto del empresario como del trabajador, se limitaría, exclusivamente, a los gastos ocasionados por los servicios prestados (art. 2.1). Además, para poder actuar como tales, las agencias debían obtener la autorización correspondiente, siendo el INEM la autoridad competente en concederla (art. 2.3). Dicha autorización tenía vigencia de un año y podía convertirse en indefinida a partir de la renovación del segundo año (art. 14).

Con respecto al control que debía ejercer la autoridad competente sobre las agencias sin ánimo de lucro, el RD 735/1995 siguió las pautas establecidas por el Convenio n.º 96, estableciendo las siguientes actuaciones:

- a) la agencia de colocación estaba obligada a presentar auditorías por cada ejercicio económico, al INEM (art. 4);
- b) también debía remitir al INEM una serie de información como eran los datos de aquellas personas solicitantes de empleo, sus bajas, las ofertas de trabajo recibidas de los empleadores, sus bajas, los datos de los trabajadores enviados a las empresas o de aquellos otros que hubiesen protagonizado cualquier incidencia en la contratación como rechazar un puesto de trabajo, o el rechazo del trabajador, por parte de la empresa, etc. (art. 7).

Como podemos observar, la legislación nacional cumplió, de una manera exhaustiva, con lo dispuesto en el Convenio OIT n.º 96²⁹, no solo a efectos de régimen jurídico de las agencias de colocación, sino también a la hora de mantener la idea de un servicio público de empleo gratuito como baluarte principal de la actividad de colocación, dejando la iniciativa privada en un segundo plano como complemento del instrumento principal y siempre bajo control y vigilancia de la autoridad competente, en este caso el INEM.

Este cuasi monopolio público de los servicios de colocación, brevemente alterado por la entrada en escena de las agencias sin fines lucrativos, desapareció definitivamente con la entrada en vigor, del RD-Ley 10/2010, de 16 de junio³⁰, y más tarde con su conversión en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de 2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, donde ambas disposiciones aprobaron y permitieron la actuación de agencias privadas de colocación, tanto sin ánimo como con ánimo de lucro, bien como colaboradoras de los servicios públicos de

²⁹ Véase F. CAVAS MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 109.

³⁰ De medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

empleo, bien actuando de forma autónoma. Dichas leyes se aprobaron bajo la vigencia del nuevo Convenio OIT n. 181 de 1997, sobre las agencias de empleo privadas, cuya ratificación por España se produjo el 15 de junio de 1999 y cuya vigencia se mantiene en la actualidad.

5. Conclusiones

La posición tradicional de la OIT ha sido siempre evitar un mercado de trabajo, en lo que se refiere a la colocación de los trabajadores, especulativo y aboliendo cualquier atisbo de lucro y de mercantilización de la mano de obra. Sin embargo, esta postura ha tenido su propio desarrollo. En los primeros Convenios, la OIT apostó por la creación de sistemas públicos y gratuitos que llevasen a cabo el servicio de colocación de trabajadores. Sin embargo, la proliferación de agencias privadas de colocación era un hecho innegable lo que llevó a la OIT a reservarles un papel secundario y de cooperación con respecto a los sistemas públicos de colocación.

Estas agencias privadas de colocación podían tener ánimo de lucro o no. El primer Convenio que las clasifica y las regula es el Convenio n. 34 (adoptado en 1933), donde además de ello y siguiendo con la postura de impedir la mercantilización de la mano de obra, establece la supresión de aquellas agencias con ánimo de lucro.

En 1949, la OIT decide revisar el Convenio anterior en base a la escasa aceptación que tuvo y adopta el Convenio n. 96, siguiendo una línea parecida a su antecesor, pero con notables diferencias. En esencia, regula las agencias de colocación con ánimo de lucro y sin ánimo de lucro. Sin embargo, plantea la opción de, al ratificar el Convenio, optar por la supresión de las agencias con ánimo de lucro (aceptando la Parte II del Convenio) o no (aceptando, en este caso, la Parte III del Convenio).

Otra de las novedades que aporta es la obligación de establecer un servicio público de empleo antes de la supresión de ninguna agencia con ánimo de lucro. El hecho de que los servicios públicos de colocación pudieran no estar lo suficientemente capacitados para llevar a cabo, con total satisfacción, la colocación de ciertas categorías de personas, dio pie a que el Convenio dispusiese una excepción a la supresión de aquellas agencias con ánimo de lucro, evidentemente, especializadas en la colocación de estos tipos de trabajadores (aunque no lo exprese así el convenio).

En cualquiera de los casos, las disposiciones del Convenio disponían la desaparición del ánimo de lucro en la actividad de colocación. Así, tanto en la opción de no suprimir las agencias lucrativas como en las

exceptuadas de la supresión, el Convenio prohibía la libre fijación de precios que pudieran vulnerar los derechos de los trabajadores, inclinándose, así, por el establecimiento de tarifas límites en concepto de gastos por el servicio prestado por la agencia. Además, el Convenio había dispuesto un férreo control, por parte de la autoridad competente nacional, sobre la actividad privada de colocación, a efectos de que, ambos tipos de agencias (con ánimo y sin ánimo de lucro), cumplieran con los requisitos establecidos en sus respectivos regímenes jurídicos, con el fin de evitar la mercantilización de la mano de obra.

Las 42 ratificaciones que obtuvo el Convenio hicieron que se mantuviese, durante 49 años, como el único instrumento regulador OIT de las agencias privadas de colocación, hasta la entrada en vigor del Convenio n. 181, en el año 2000. Entre los Miembros ratificadores del Convenio n. 96 se encontraba España que optó por la aceptación de la Parte II del Convenio (la supresión de las agencias con ánimo de lucro). Sin embargo, sus preferencias reales fueron más allá cuando el régimen de Franco no contempló otra opción que no fuese un control de la actividad de colocación por el sistema público de empleo, prohibiendo, así, cualquier agencia privada de colocación, tuviese ánimo de lucro o no. La forzada apertura hacia las agencias no lucrativas no se produjo hasta el año 1993 cuando un anticuado sistema público de colocación empezaba a verse incapaz de satisfacer cualquier necesidad de colocación obrera, teniendo que dejar paso a una iniciativa privada, con mayor grado de especialización, siempre que estas mantuviesen un espíritu no mercantilista y siempre bajo el control de la autoridad competente, en este caso el INEM, haciendo cumplir, por tanto, de manera exhaustiva las disposiciones del Convenio n. 96 y manteniendo, en cualquier caso, la prohibición de las agencias con ánimo de lucro.

El panorama cambió de manera radical con la ratificación del nuevo Convenio n. 181 abriendo la posibilidad a la constitución de agencias con ánimo de lucro y sin ánimo de lucro, ya actúasen ambas de manera cooperativa con el sistema público de empleo o de manera autónoma.

6. Bibliografía

CAVAS MARTÍNEZ F., *El Convenio núm. 181 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas (1997) y su incidencia en el sistema español de colocación*, en *Aranzadi Social*, 2000, n. 5, pp. 105-122

CRUZ VILLALÓN J., *El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores*, en *Temas Laborales*, 1994, n. 32, pp.

GARCÍA NINET J.I., *La colocación de la Ley Básica de Empleo*, en *Revista de Seguridad Social*, 1981, n. 12, pp. 117-152

OJEDA AVILÉS A., *Los Servicios de Empleo en España (II): El Instituto Nacional de Empleo*, en *Revista de Seguridad Social*, 1983, n. 17, pp. 25-50

RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Colaboración Privada en el Servicio Público de Colocación*, en *Aranzadi Social*, 2013, vol. 5, n. 10, pp. 55-89

Normativa

[C181 – Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 \(núm. 181\)](#)

[C096 – Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación \(revisado\), 1949 \(núm. 96\)](#)

[C088 – Convenio sobre el servicio del empleo, 1948 \(núm. 88\)](#)

[C034 – Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933 \(núm. 34\)](#)

[C009 – Convenio sobre la colocación de la gente de mar, 1920 \(núm. 9\)](#)

[C002 – Convenio sobre el desempleo, 1919 \(núm. 2\)](#)

[Constitución de la OIT](#)

Decreto 1254/1959, de 9 de julio, por el que se establece el Reglamento de aplicación de la Ley de 10 de febrero de 1943, en BOE, 24 julio 1959, n. 176

Instrumento de Ratificación del Convenio 96 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a las Agencias retribuidas de Colocación (revisado en 1949), en BOE, 23 mayo 1972, n. 123

Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en BOE, 18 septiembre 2010, n. 227

Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, en BOE, 23 mayo 1994, n. 122

Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, en BOE, 17 octubre 1980, n. 250

Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, en BOE, 21 abril 1976, n. 96

Ley de 10 de febrero de 1943 sobre colocación de trabajadores, en BOE, 2 marzo 1943, n. 61

Ley de 1931 de colocación, en *Gaceta de Madrid*, 28 noviembre 1931, n. 332

[R001 – Recomendación sobre el desempleo, 1919 \(núm. 1\)](#)

[R042 – Recomendación sobre las agencias de colocación, 1933 \(núm. 42\)](#)

862

Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo, en *BOE*, 8 mayo 1995, n. 109

Real Decreto Legislativo 1/1995 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en *BOE*, 29 marzo 1995, n. 75

Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en *BOE*, 17 de junio de 2010, n. 147

[Tratado de Versalles, 28 de junio de 1919](#)

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado) 1952 (núm. 103)

María Gema QUINTERO LIMA*

RESUMEN: El Convenio n. 103 de 1952 revisa el Convenio n. 3 de 1919, relativo a la protección de la maternidad, para contemplar la protección de las mujeres empleadas en empresas industriales y en trabajos no industriales y agrícolas. Desde una perspectiva laboral, pero también sanitaria. La consideración del hecho biológico de la maternidad y el parto como entidades dignas de protección pública hacía que, en la esfera privada, en el marco de una relación jurídica *inter privatos*, el empleador fuera centro de imputación de ciertas obligaciones para promocionar la protección de la salud de la mujer trabajadora embarazada o que ha dado a luz. Así se perfila un derecho al descanso subsidiado y protegido, y un derecho a prestaciones sanitarias.

Palabras clave: Maternidad, embarazo, parto, lactancia, descanso, prestaciones.

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. 2. El ámbito objetivo nuclear: la salud de la mujer trabajadora embarazada y que acaba de dar a luz. 2.1. Vertiente laboral. 2.1.1. La duración del periodo de descanso. 2.1.2. La garantía económica durante el descanso. 2.1.3. La protección contra el despido. 2.1.4. Otras herramientas jurídicas de protección. 2.2. Vertiente sanitaria. 3. Otros ámbitos de protección concéntricos. 3.1. La lactancia. 3.2. La protección del feto o del recién nacido. 4. Consideraciones finales.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid.

Maternity Protection Convention (Revised) 1952 (No. 103)

ABSTRACT: Convention No. 103 of 1952 revises Convention No. 3 of 1919, concerning maternity protection, to provide for the protection of women employed in industrial enterprises and in non-industrial and agricultural work. From an employment perspective, but also from a health perspective. The consideration of the biological fact of maternity and childbirth as entities worthy of public protection meant that, in the private sphere, within the framework of a legal inter-private relationship, the employer was at the centre of the imputation of certain obligations to promote the protection of the health of pregnant workers or women who have given birth. This is how a right to subsidized and protected rest and a right to health benefits emerge.

Key Words: Maternity, pregnancy, childbirth, breastfeeding, rest, benefits.

1. Consideraciones previas

Antes de ahondar en el contenido del convenio objeto de esta contribución, es preciso llevar a cabo algunas consideraciones previas.

En primer lugar, entonces, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que la protección de la maternidad resulta ser una materia sujeta a una intervención evolutiva por parte de la OIT. Así, en el haber convencional, se observa una intervención periódica, e irregular, referida a la maternidad. El Convenio 103 (en adelante C103), sobre la protección de la maternidad comporta una revisión, en 1952 de su antecesor, el Convenio 3 (en lo sucesivo C003) sobre la protección de la maternidad, en 1919, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto¹. Y a su vez, ha sido revisado en el año 2000² por el Convenio 183 (C183) sobre la protección de la maternidad. De suerte que los tres instrumentos, y sus respectivas recomendaciones³, habría de ser consideraciones como una unidad impropia. Ese carácter unitario impropio deriva, obviamente, del hecho de que se trata de tres instrumentos diferenciados y relativamente autónomos, sujetos al proceso de denuncia automática por ratificación del convenio revisor concordante, aunque nada obsta a una vigencia concomitante.

De esta forma, cabe, en un extremo, que haya Estados que hayan ratificado sucesivamente todos los convenios⁴ y, en el otro extremo, que haya Estados que no han ratificado nunca ninguno⁵. En la zona intermedia, se abre una panoplia de posibilidades. Porque es plausible que: a) haya Estados que únicamente han procedido a ratificar el convenio 3 y no han procedido a ratificar las revisiones ulteriores; b) algunos Estados ratificaran los convenios 3 y 103, pero no la última revisión⁶; c) haya Estados que ratificaran el convenio 103, sin haber ratificado con anterioridad el convenio 3, pero que tampoco han asumido el convenio

¹ Entraba en vigor el 13 de junio de 1921.

² Con entrada en vigor el 7 de febrero de 2001.

³ Se trataría, respectivamente, por orden cronológico, de la Recomendación R012 sobre la protección de la maternidad, protección, antes y después del parto, de las mujeres empleadas en la agricultura, de 1921 (adoptada en Ginebra, en la 3^a Reunión CIT de 15 de noviembre de 1921). En segundo lugar, de la Recomendación R095 sobre la protección de la maternidad de 1952 (adoptada en Ginebra, en la 35^a reunión CIT de 4 de junio de 1952). Por último, se trataría de la Recomendación R191 sobre la protección de la maternidad de 2000 (adoptada en Ginebra, en la 88^a reunión CIT de 15 de junio de 2000).

⁴ Es el caso de Italia.

⁵ Paradigmático es el caso de Estados Unidos.

⁶ Sería por el ejemplo, el caso de España, Grecia o Uruguay.

revisor 183⁷; d) haya Estados que solo hayan ratificado el convenio 183, sin haber ratificado previamente a sus predecesores⁸.

Se trataría, entonces, de una triada enlazada de modo imperfecto, que ofrece estándares evolutivos diferenciados en lo que a niveles de exigencia de protección de la mujer trabajadora embarazada o que ha dado a luz se refiere.

En segundo lugar, se trata de un convenio condicionado, en su contenido y en su efectividad final por los distintos contextos ideológicos *amplio sensu* ligados a la consideración general del papel político, económico y social de la mujer. Y por ende está condicionado por las realidades y contextos referidos a la intervención femenina como activo laboral en los distintos sectores productivos del mercado de trabajo formalizado, desde una perspectiva nacional y global o internacional⁹.

O dicho en otros términos, la asimetría consustancial a los Ordenamientos jurídico-laborales predetermina los contenidos y la efectividad misma de los Convenios de la OIT. Y esa misma asimetría se hace más intensa, por un lado, atendiendo a las idiosincrasias (sobre el valor del trabajo, y sobre el valor del género femenino) nacionales, pero se estandarizarían a partir de los estándares internacionales (regionales y globales) que, paralelamente, abordan la protección de la mujer (genéricamente)¹⁰.

Por lo que respecta a la maternidad de un modo más concreto, y sin que sea un ejemplo aislado, se ha puesto de manifiesto la clarividencia de la Organización Internacional del Trabajo al abordar la protección de la maternidad, en 1919, y en 1952, mucho antes de que, el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales planteara la protección de las madres, especialmente de las mujeres trabajadoras¹¹.

⁷ Es el caso, por ejemplo, de Bolivia o Bahamas, que ratificaron el C103 en 1973 y en 2001, respectivamente.

⁸ Un ejemplo lo ofrece Lituania.

⁹ En 1952, tras la II Guerra Mundial, comienzan a mutar los mercados laborales de los países implicados en la contienda. Para feminizarse. Y las necesidades natalistasemergerían también. Algo que provoca la necesidad de proteger la maternidad de las mujeres trabajadoras.

¹⁰ Desde el epicentro del Derecho Humano a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo/género, las Cuatro conferencias mundiales sobre la Mujer de Naciones Unidas se conforman como el marco universal, y se imbrician todos los instrumentos del sistema (Comisiones, Convenciones, Protocolos). Por lo que respecta al ámbito regional, la prohibición de discriminación, en el germen de las Comunidades Europeas también se encuentra presente como derecho fundamental.

¹¹ Se previa en 1966 que se «se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social». Aspectos todo ya contemplados en los convenios 102 y

Como consecuencia de lo anterior, de un modo más prosaico, la situación laboral de facto real de las mujeres acaba predeterminando la ratificación de los convenios por los distintos Estados. Para los que el Convenio 103, a lo que aquí interesa, en ocasiones, ha de ser no tanto un estándar normativo que cumplir desde la situación nacional concreta, sino un estándar cumplido y superado ya por la normativa nacional precedente¹². No obstante esa constatación de la realidad fáctica de la dinámica de ratificación, bien es cierto que este convenio 103, obviamente, se desenvuelve con otro entendimiento de su función. Y por lo tanto, como estándar mínimo a cumplir, dibuja un esquema aplicativo dispositivo, sustentado en mínimo.

2. El ámbito objetivo nuclear: la salud de la mujer trabajadora embarazada y que acaba de dar a luz

Con carácter general, el C103 tiene el objetivo de proceder a proteger la maternidad, no de cualquier mujer sino, obviamente de la mujer *empleada en empresas industriales y en trabajos no industriales y agrícolas* (art 1).

Si se observa, esto se traduciría en la exclusión tacita de las mujeres embarazadas que no sean trabajadoras (asalariadas) en el sentido del convenio. Exclusión que habría de ser integrada a través de los art. 8 y siguientes del convenio 102, sobre la seguridad social de 1952¹³.

Por lo que respecta a las mujeres trabajadoras protegidas, en el C103 se hace un diseño omnicomprensivo del colectivo, para incluir: Primero: a las mujeres que prestan servicios en empresas industriales públicas y privadas de cualquier rama (art. 1.2). Es más, realiza una enumeración de sectores productivos tradicionalmente masculinizados (minas, canteras, empresas de manufactura cualesquiera, incluyendo las de buques, electricidad, obras

103 de la OIT.

¹² De hecho, las últimas campañas de la OIT así lo ponen de manifiesto. Como la Campaña de ratificación del Centenario, *Uno cada Uno*. Los bajos niveles de ratificación de los convenios guardan relación con la distancia que se mantiene aún entre las legislaciones nacionales y los estándares internacionales, que inhiben a los Estados de comprometerse internacionalmente; a menos que ya cuenten con un estándar superior, o que tengan una verdadera voluntad inminente de alcanzarlo a partir de la ratificación.

¹³ En él se preveía, en el esquema archi-complejo de convenio de Norma Mínima (compuesto de excepciones imbricadas a disposición de los Estados) la prestación de asistencia sanitaria de familiares de sujetos protegidos por esta contingencia para supuestos de embarazo, parto y sus consecuencias. Lo que provocaba, por simplificar, la protección como derecho derivado de la salud de la esposa, o hija del varón trabajador asegurado en los términos estándares previstos en las legislaciones nacionales.

de ingeniería civil, etc.) en lo que puede resultar de aplicación lo previsto convencionalmente. Segundo, a las mujeres empleadas en trabajos no industriales, lo que comprende los trabajos efectuados en las empresas y los servicios públicos o privados¹⁴, y, tercero, a las mujeres empleadas en trabajos agrícolas¹⁵.

Ahora bien, como viene siendo habitual, ese diseño de protección deseable maximizado inicial, queda constreñido por las facultades concedidas a los Estados de prever excepciones nacionales a la aplicación respecto de ciertas categorías de trabajadoras (art. 7 C103)¹⁶.

De este modo, se produce una apertura significativa del campo de delimitación subjetiva de la acción protectora del convenio, respecto de su predecesor. Que había omitido de su radio de acción el trabajo de las mujeres en el campo¹⁷; aunque, bien es cierto, la Recomendación 12 de 1921 se dedicó entonces al diseño del estándar de protección antes y después del parto de las mujeres empleadas en la agricultura.

El Convenio 183 procederá después a terminar de abrir el ámbito subjetivo de protección, para referirse a todas las mujeres empleadas, incluyendo a las formas de trabajo atípico dependiente, sin perjuicio de las facultades de exclusión de los Estados (art. 2).

El convenio 103, entonces, protege a ese colectivo amplio de mujeres, desde una perspectiva de protección fisiológica de la mujer que, como consecuencia de la intersección de su faceta de madre gestante y de trabajadora, puede sufrir daños en su salud.

¹⁴ Trabajos no industriales y servicios referidos a: «(a) los establecimientos comerciales;(b) los servicios de correos y telecomunicaciones; (c) los establecimientos y servicios administrativos cuyo personal efectúe principalmente trabajos de oficina; (d) las empresas de periódicos; (e) los hoteles, pensiones, restaurantes, círculos, cafés y otros establecimientos análogos; (f) los establecimientos dedicados al tratamiento u hospitalización de enfermos, lisiados o indigentes y los orfanatos; (g) los teatros y otros lugares públicos de diversión; (h) el trabajo doméstico asalariado efectuado en hogares privados, así como cualesquiera otros trabajos no industriales a los que la autoridad competente decida aplicar las disposiciones del Convenio» (art. 1.3 C103).

¹⁵ Lo que comprende «todos los trabajos ejecutados en las empresas agrícolas, comprendidas las plantaciones y las grandes empresas agrícolas industrializadas» (art. 1.4 C103).

¹⁶ Todo Miembro de la OIT que ratifique el presente Convenio podrá, mediante una declaración anexa a su ratificación, prever excepciones en la aplicación del Convenio con respecto a: a) ciertas categorías de trabajos no industriales; b) los trabajos ejecutados en las empresas agrícolas, salvo aquellos ejecutados en las plantaciones; c) el trabajo doméstico asalariado efectuado en hogares privados; d) las mujeres asalariadas que trabajan en su domicilio; e) las empresas de transporte por mar de personas y mercancías.

¹⁷ En el que contemplaba únicamente la protección de mujeres empleadas «en empresas industriales o comerciales, públicas o privadas» en los términos concretados en su art 1.

Esto explica que en el convenio 103 se articulen diferentes mecanismos jurídicos para procurar la protección de la salud de la mujer trabajadora embarazada que ha de alumbrar al cabo del proceso de gestación. Unos son mecanismos propios de la vertiente laboral, y otros propios de la vertiente sanitaria.

2.1. Vertiente laboral

Desde la vertiente de la relación laboral de la trabajadora embarazada, el primer y más potente mecanismo jurídico para proteger la salud de la mujer trabajadora en la vertiente laboral es el derecho al descanso.

En la medida en que el proceso fisiológico pueda verse afectado por el desarrollo de la prestación laboral, y eso puede perjudicar con distintas relaciones causa-efecto a la integridad física de la mujer embarazada o que acaba de alumbrar, se ha diseñado el descanso como un derecho de duración significativa. Que se proyecta en dos direcciones: durante un periodo posterior al parto, que resulta obligatorio (de 6 semanas), y un periodo facultativo (de seis semanas también) que puede disfrutarse con anterioridad o con posterioridad al parto.

Para que el derecho al descanso pueda desplegar los efectos precisos para proteger eficazmente la salud de la mujer trabajadora, para que pueda ser un descanso efectivo, se articula en torno a tres garantías: 1) el descanso por maternidad resulta ser una causa legítima de suspensión del contrato, 2) se trata de una suspensión subsidiada, 3) el hecho de disfrutar de ese descanso no puede ser nunca una causa licita que justifique ningún tipo de despido de la trabajadora por el empresario.

2.1.1. La duración del periodo de descanso

Para que resulte ser un descanso efectivo que cumplan con la finalidad de proteger la salud de la mujer trabajadora embarazada y/o que ha dado a luz, en el C103 se prevé que ha de durar, por lo menos, doce semanas (art 3.1); periodo que siempre podrá ser mejorado por las legislaciones nacionales. Al menos seis semanas de ese periodo han de ser disfrutadas después del parto. Si bien cabe que el periodo obligatorio se amplíe por la legislación nacional.

Junto a este descanso previo al parto y posterior al parto, en el C103 se prevén otros dos tipos de descanso, que mantienen la finalidad originaria de protección de la salud, pero que incorporan un matiz mórbido. En el

sentido de que obliga a que se contemplen dos tipos de periodos de descanso suplementario para los supuestos en que se produzca una enfermedad consecuencia del embarazo, de un lado, y/o una enfermedad que sea consecuencia del parto. En esos dos supuestos, previa objetivación de la situación patológica mediante certificado médico, esas doce semanas inicialmente previstas habrían de ser ampliadas suplementariamente, pero siempre que no superen el límite fijado por la autoridad competente (art. 3.5 y 3.6). La traducción efectiva de este tipo de previsiones quedaba entonces subordinada a la acción nacional particular, sin compromiso cuantitativo alguno.

En el C183 que lo ha revisado, ese periodo mínimo se incrementa a catorce semanas (art.4), y se categoriza ya no como mero descanso, sino como licencia de maternidad¹⁸. Al mismo tiempo, junto a la protección de las situaciones patológicas ligadas al embarazo y el parto, se contemplan supuestos de protección de los riesgos no actualizados ni materializados para la salud.

2.1.2. La garantía económica durante el descanso

La previsión del derecho al descanso, a ausentarse del trabajo en los supuestos de embarazo y parto que se diseñan no sería efectivo si se circunscribieran al mero derecho a la inactividad.

O dicho de otro modo, para que el descanso pueda ser efectivo, el convenio diseña un derecho al descanso subsidiado, De forma que suspensión del contrato por maternidad no traduzca el esquema general de la suspensión contractual, a saber la de que la interrupción de la obligación de prestar servicios lleva aneja la interrupción de abonar la remuneración por parte del empresario.

Para ello se prevé que la mujer que se ausente del trabajo durante los períodos previstos de descanso, tendrán derecho a prestaciones en dinero, que tengan la finalidad de garantizar los recursos suficientes para la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado (art. 4.2).

Ese esquema de descanso subsidiado se diseña en un contexto de aseguramiento colectivo, porque, expresamente, se establece que el empresario en ningún caso podrá estar personalmente obligado a costear

¹⁸ Que la recomendación 191, 2000, continua ampliando. De un parte, prevé que se haya de prolongar, al menos, hasta dieciocho semanas por lo menos. Y aun mas en caso de parto múltiple (apdo. 1 (1) y (2)).

esas prestaciones (art. 4.8)¹⁹.

Esa prohibición, por el contrario, no exime al empresario de contribuir a costear, mediante un esquema de seguro social obligatorio, las eventuales prestaciones a las que las trabajadoras protegidas puedan tener derecho (art. 7). En este sentido, se prevé que sean solo los empleadores los que contribuyan al esquema de aseguramiento obligación, o lo hagan conjuntamente con los trabajadores, pero en todo caso de un modo neutro, es decir, sin atender al número de hombres o mujeres empleados en la empresa. Lo que no deja de ser una garantía de eventuales efectos de discriminación a la inversa, o de efectos reflejos perjudiciales de la política de protección del trabajo femenino para el empleo de las mujeres.

En estos casos, el C103 no fija cuantía alguna en la que se deba traducir el subsidio durante el descanso establecido. Sino que, solamente, fijan una regla mínima que pretende garantizar la protección suficiente y adecuada. De esta forma, se prevé, en el art 4.6, que cuando el cálculo de la prestación se haya de hacer atendiendo a un principio de contribución previa, el resultado de la formula no puede llevar a una cuantía inferior a dos tercios de la base tomada en consideración (lo que se traduciría en una prestación de, como mínimo, un 66,66% de la base reguladora, se entiende)²⁰.

Junto al esquema de seguro obligatorio puro, en el convenio, se prevé que desde esquema de asistencia pública paralelos al sistema asegurativo, los Estados han de procurar *prestaciones adecuadas* (sin concretar cuáles, ni de qué tipo ni cuantía) a aquellas mujeres que no reúnan las condiciones previstas por la normativa reguladora del seguro obligatorio.

O dicho de otro modo, el convenio compromete a una protección no estrictamente contributiva, sino también asistencial. Obligación que, resulta comprometedora para los Estados en términos financieros²¹. Algo

¹⁹ La misma previsión de contempla en el C183 (art. 6.8), si bien se prevé la excepción de que el empleador sí puede estar obligado a costear directamente las prestaciones pecuniarias cuando así estuviera previsto antes de 2000 en la legislación o práctica nacional, o cuando se acuerde tripartitamente con posterioridad a esa fecha por gobiernos y organizaciones representativas de trabajadores y empresarios.

²⁰ Esa misma ratio, curiosamente, se mantiene en el art. 6 del C183, a pesar de que la R095 sobre protección de la maternidad de 1952 ya prevenía que las prestaciones deberían ser equivalentes a un cien por cien (100%) de las ganancias anteriores de la trabajadora.

²¹ En España ha sido muy reciente el diseño de prestaciones económicas no estrictamente contributivas para los supuestos de maternidad. Y se ha limitado a la cobertura subsidiada de las seis semanas de descanso obligatorio. En efecto en el supuesto especial de prestación de maternidad previsto en el art. 181 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley

que, evidentemente se ha de enmarcar en la libertad configuradora de la protección. De suerte que el modo en el que se articule esa protección queda indefinido, totalmente subordinado al diseño nacional.

2.1.3. La protección contra el despido

Junto a las anteriores cautelas, se prevé en el art. 6 una garantía frente al despido. Que en sus términos literales resulta ciertamente limitada. Así, se prevé la ilegalidad del despido que el empresario pretenda comunicar durante los periodos de ausencia por ejercicio del derecho al descanso, o que se haga efectivo durante dicho periodo. En el buen entendido que dentro de ese derecho se engloban todas las materializaciones vinculadas directa o indirectamente al embarazo y al parto, y que incluyen, entonces, los periodos de descanso por enfermedades vinculadas a los hechos biológicos. De facto, esto se traduce en un blindaje contra el despido que, al menos, protege a la mujer trabajadora durante las doce semanas del descanso mínimo fijado en le art. 3.2 C103.

Este elemento de protección del empleo de la mujer que ejercita al derecho al descanso, se matiza enseguida – con las limitaciones aplicativas evidentes atendiendo al tipo de instrumento – en la Recomendación 95 sobre la protección de la maternidad (1952). En varias direcciones. En una primera, para indicar el *dies a quo* de la obligación de no comunicar el despido, que coincide con el momento en el que al empresario le haya sido notificado mediante certificado medico el embarazo de la mujer. En otra dirección, el periodo de garantía se habría de prolongar, al menos, hasta un mes después de la terminación del descanso. En una tercera dirección, paralelamente, la R095 no posibilita a partir de la garantía del art.6 del C103 un blindaje absoluto de la mujer trabajadora embarazada o que ha dado a luz. Antes al contrario, admite que sí se pueden considerar justas causas de extinción del contrato de la trabajadora la concurrencia de varias situaciones, tales como: la comisión de una falta grave (causas disciplinarias), la cesación de actividades de la empresa (causas económicas) o la terminación del contrato (extinción por advenimiento del plazo inicialmente pactado. En este sentido el Convenio 183 realiza una delimitación omnicomprensiva de las causas para un despido justo, y establece la prohibición de que el empleador pueda despedir (durante el

General de la Seguridad Social (LGSS), se prevé una prestación económica de una cuantía diferenciada del supuesto general (art. 177 LGSS) como consecuencia de que la trabajadora no cumple el requisito de carencia fijado (en ninguna de las previsiones atendiendo a la edad de la asegurada).

periodo de licencia o en el periodo ulterior que se fije por la legislación nacional) por cualquier motivo que este relacionado con el embarazo, el nacimiento del hijo, sus consecuencias o la lactancia. (art 8.1 C183). Lo mas relevante a estos efectos, es que se fija la inversión de la carga de la prueba, y es el empresario el que habría de probar que el despido no esta relacionado con el embarazo y las circunstancias análogas.

Con independencia de las limitaciones que entrañen las previsiones de la recomendación, es cierto que señala vías de desarrollo de la protección de la mujer trabajadora embarazada. Así, la garantía, al menos surge desde la comunicación al empresario del embarazo con la certificación médica. Pero habilita a que las legislaciones nacionales protejan desde el mero conocimiento del estado de gestación (al margen de que haya sido o no comunicado directamente por la interesada), sin que se pueda exigir la documentación medica con carácter general²²; y habilita a que se proteja durante un periodo posterior al disfrute de los descansos.

2.1.4. Otras herramientas jurídicas de protección

En orden a dotar de efectividad al derecho al descanso, más allá del C103, en la R05 se previeron en 1952 otras herramientas jurídicas de protección laboral de la mujer trabajadora embarazada o que ha alumbrado. De una parte, se previo un derecho al reingreso en el mismo puesto (el texto indica «trabajo»), o en un puesto equivalente con la misma remuneración al menos (apartado 4 IV.3 R095).

A lo anterior, se le vinculaba una especificación: la interrupción laboral no podría suponer que se perdiera la antigüedad en la empresa, sino que, por

²² Tanto menos cuando se pueden vulnerar derechos fundamentales ligados a la intimidad, por ejemplo. En España, la regulación de la Protección de Datos Personales (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales) limita seriamente las facultades empresariales de exigir cierto tipo de documentación, especialmente la ligada a estados de salud/embarazo. Y en la órbita comunitaria hace lo propio el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), así como de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

el contrario, la trabajadora que hubiera disfrutado del descanso, tendría derecho a mantener esa antigüedad (apartado 4 IV.3 R095). Lo que no deja de ser una garantía añadida a los derechos remuneratorios ligados a la vinculación previa con la empresa.

La protección de la salud de la mujer trabajadora embarazada se entendió abordable más allá del derecho al descanso inminentemente ligado al parto. De ahí que se comiencen a fraguar algunas herramientas de tutela del estado de gestación en sentido amplio.

En esta vis expansiva de la idea de protección de la maternidad habría que contextualizar la prohibición del trabajo nocturno y de las horas extraordinarias apartado 5 (I) R095. Además, como se verá más adelante, a la salud de la madre se vincula enseguida otro bien jurídico digno de protección, como sería la salud del feto o del hijo. Lo que produce la apertura hacia la protección ya no solo del embarazo/parto, sino de las situaciones de riesgo para el desarrollo del proceso de gestación.

2.2. Vertiente sanitaria

El otro haz de la protección de la maternidad en el Convenio 103 lo constituye la protección sanitaria.

Así, se prevé el derecho de las mujeres trabajadoras a que, durante los períodos de ausencia del trabajo, tengan derecho a prestaciones médicas²³, concedidas en virtud de un seguro social obligatorio²⁴ o a cargo de fondos de la asistencia pública²⁵.

²³ El art. 4.3, después de prever las prestaciones en dinero, establece que «las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia durante el embarazo, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, prestada por una comadrona diplomada o por un médico, y la hospitalización, cuando ello fuere necesario; la libre elección del médico y la libre elección entre un hospital público o privado deberán ser respetadas».

²⁴ Esta previsión, sería integrable con lo dispuesto en el art. 10.1 del Convenio 102, de Norma Mínima de Seguridad Social (las prestaciones deberán comprender, por lo menos: en caso de embarazo, parto y sus consecuencias; 1) la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal prestada por un médico o por una comadrona diplomada; 2) la hospitalización, cuando fuere necesaria).

²⁵ Cuando la trabajadora no cumpliera con las condiciones establecidas en el ámbito asegurativo. De hecho, en el art. 11 del Convenio 102 se preveía la posibilidad de que se pudieran exigir períodos de calificación para acceder a las prestaciones sanitarias incluidas en el art. 10 arriba indicado. A contrario, eso se podría traducir en la desprotección de aquellas trabajadoras que no pudieran acreditar el requisito contributivo. El Convenio 103 entonces, prevé un marco de protección más allá del Convenio 102, para comprometer la asistencia médica de las mujeres trabajadoras embarazadas al margen del esquema del seguro social.

3. Otros ámbitos de protección concéntricos

3.1. La lactancia

Si una mujer lacta a su hijo, tendrá derecho a interrumpir su trabajo para amamantar durante uno o varios períodos al día. Ahora bien, el Convenio 103 no establece la duración de los períodos, que habrán de ser determinados por las legislaciones nacionales (art. 5.1 C103)²⁶.

En este caso, a diferencia del descanso por embarazo y/o parto, no se trata de un derecho subsidiado. Se trata de un derecho simple a la interrupción de la prestación laboral. Sin embargo, se prevé que, si la legislación nacional o la concertación colectiva lo establecen, nada obsta a que esos períodos de lactancia puedan ser considerados tiempo de trabajo y, por lo tanto, puedan ser remunerados (art. 5.2 C103).

Parece que se tratará de un derecho de menor potencia, en el que la salud de la trabajadora no está implicada y, por lo tanto, el carácter dispositivo de la protección es mayor.

Ulteriormente, en el Convenio 183 la protección de las madres lactantes ha encontrado mayor recorrido. De forma que se prevén dos modalidades de disfrute del derecho a lactar (mediante una o varias interrupciones al día, o mediante una reducción diaria del tiempo de trabajo (art. 10.1 del C183)²⁷. Y se ha comprometido que esos períodos si hayan de ser contabilizados como tiempo de trabajo y, en consecuencia, hayan de ser remunerados (art. 10.2 del C183).

3.2. La protección de feto o del recién nacido

Si se observa, desde la acción convencional de la OIT, la protección de la maternidad ha tenido una *vis expansiva* considerable. Se han puesto de manifiesto al hilo del núcleo que constituye la protección de la salud de la

²⁶ La Recomendación 95 prevé que se trate, al menos de una hora y media diaria, que se pueda distribuir de la forma más acorde a las necesidades de la madre y del recién nacido. Además, se prevé que deberían preverse instalaciones para proceder a la lactancia en condiciones de higiene adecuadas (apartado 3).

²⁷ En la recomendación 191 se ha incorporado un derecho a la individualización/adaptación de los períodos a las necesidades particulares del lactante y de la madre, sobre la base de indicaciones médicas o certificados análogos a los estrictamente médicos (apartado 7).

trabajadora embarazada o que acaba de dar a luz. Sin embargo, paralelamente, se vincula enseguida, primero tímidamente, y después de modo más evidente, la pretensión de proteger también la vida del embrión/feto y del recién nacido.

En efecto, nuclearmente era indisoluble la protección derivada del feto y del recién nacido cuando se diseña el derecho al descanso de la trabajadora embarazada y/o que ha alumbrado. Sin embargo, se perfila como objetivo específico cuando se prevé obligaciones para el empleador que se traducen en el derecho de la trabajadora al cambio de trabajo cuando el suyo se comprueba que resulta peligroso para el desarrollo de proceso de gestación (apdo. 5(4) R095). Es más, al margen de tipo de actividad, se hace extensivo ese mismo derecho a supuestos individuales en los que, mediante certificado médico, se considere preciso un cambio de trabajo para evitar un perjuicio para la salud de la madre y del hijo (apdo. 5(5) R095).

Así, en los supuestos en los que la autoridad competente considere que ciertos trabajos sean peligrosos²⁸ para el embarazo, se prevé un derecho de la mujer trabajadora a ser transferida, sin reducción del salario, a otro trabajo (*rectius* puesto) que no sea perjudicial para su estado de gestación. Esto no deja de ser sino una previsión incipiente de prevención de riesgos laborales respecto de un colectivo especialmente sensible como es de la mujer embarazada.

Más allá del embarazo, incluso, tras el parto, se prevén situaciones de protección de la lactancia en supuestos de trabajos peligrosos; de suerte que el cambio de trabajo se puede prolongar, cuando la mujer trabajadora lacte, durante tres meses después de la finalización del periodo de descanso (apdo. 5 R095).

Estas previsiones fueron el punto de partida en el año 2000 de la incorporación de obligaciones para los Estados de proceder a la evaluación de todo riesgo para la mujer embarazada o lactante y la de su hijo en el lugar de trabajo (apdo. 6 (1) R191). De forma que se diseña el triple peldaño protección de acciones subsidiarias (eliminación del riesgo, en su defecto, cambio de puesto; en su defecto, licencia remunerada (apdo. 6 (2) R191)).

Y más allá de la salud del feto/hijo, para conformar un concepto amplio de protección de la maternidad se incluía en la esfera concéntrica del convenio 103 la tutela de la relación materno-filial a través de la promoción de la lactancia. Se hacía a partir de la conexión tenue con la

²⁸ Y se presumen ciertos trabajos explícitamente como trabajos peligrosos para la salud de la mujer y la de su hijo/feto (apdo. 5(3) R095).

salud de madre e hijo. Algo que se replica en el Convenio 183.

Ulteriormente, en torno a esa idea relacional, se produce un cambio de paradigma, para diseñar nuevos tipos de licencia tras el nacimiento de hijo (apartado 10 R191). El cambio sustancial se produce desde el momento en que el sujeto del derecho no va a ser la madre trabajadora, sino el padre trabajador del recién nacido, en los supuestos de muerte de aquélla, o de enfermedad u hospitalización de la madre que impida el cuidado del hijo. (apartado 10 (1) y (2) R191).

Pero el avance más moderno se produce con la previsión de licencias parentales remuneradas más allá del periodo de descanso, para sendos progenitores.

4. Consideraciones finales

Por razones ligadas a las características de esta contribución, no es preciso extender mucho el discurso en torno al convenio 103. Pero sirvan varias reflexiones breves y genéricas.

Respecto de la maternidad, el convenio 103 pone de manifiesto el modo en el que la Organización Internacional del Trabajo se erige como un motor clarividente del avance progresista de la protección del Trabajo, desde una óptica omnicomprensiva, y con efectos polimorfos. Uno de ellos, sería el de la protección de la mujer. De su salud (contra la mortalidad femenina antes, durante y después del parto), y de su condición de trabajadora en sentido estricto.

En efecto, en 1952, tras la etapa bélica que provocaría la incorporación masiva de las mujeres al mercado de trabajo, antes de que la protección de la maternidad se predicara como elemento esencial de la protección contra la discriminación laboral de las mujeres, la OIT ya diseña un modelo postmoderno de instrumentos de tutela de la mujer trabajadora. En la que se después se habrían de inspirar no sólo los Estados Ratificantes, sino también algunas Entidades supranacionales. Así, el Derecho Social Comunitario ha podido tomar en consideración los esquemas convencionales de 1919, 1952 y 2000 y de las recomendaciones vinculadas Y viceversa, la OIT se ha retroalimentado de las previsiones comunitarias para diseñar modelos globales de protección expansiva de la maternidad ligada al hecho biológico²⁹.

²⁹ Se hace evidente la influencia de en el Convenio 183 y su recomendación, de 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 (décima Directiva

No obstante esa vis expansiva, paradójicamente, no deja de constituir una limitación general con mucha incidencia, el hecho de que los Estados Ratificantes puedan siempre establecer excepciones aplicativas respecto de ciertas categorías de trabajadoras. Se entre todas, cabe señalar a las trabajadoras de servicio doméstico, que suelen ser un colectivo recurrentemente excluido. Sirva, sin más, acudir al comentario sobre el Convenio 189 que se incorpora en esta obra.

En síntesis, instituciones como el riesgo durante el embarazo y la lactancia, el derecho derivado de maternidad para los progenitores, los permisos parentales remunerados, son realidades ya previstas en el Convenio 103 y sus afines; que en algunos Estados se incorpora a finales del siglo XX o en el siglo XXI, si bien ya estaban anticipados en la Normativa Internacional del Trabajo. Pareciera que el texto acabara de ser redactado/aprobado en la actualidad inminente, cuando, en realidad, cuenta con ya varias décadas...

específica con arreglo al art. 16.1 de la Directiva 89/391/CEE), retoma esquemas ya previstos.

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas) 1957 (núm. 106)

Jaime BENLLOCH CHARRO*

RESUMEN: El Convenio sobre el descanso semanal, núm. 106, de la OIT, sienta las bases a nivel internacional para el establecimiento de la regulación de esta materia en los sectores del comercio y oficinas en los Estados firmantes. Por medio del presente trabajo se pretende estudiar las disposiciones del citado texto así como su impacto en el ordenamiento jurídico español a través de un análisis legal y jurisprudencial.

Palabras clave: Descanso semanal, oficinas, comercio, OIT, convenio.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Datos del Convenio y ratificaciones. 3. Ámbito de aplicación y excepciones al principio de descanso semanal. 4. Aspectos básicos a tener en cuenta sobre el descanso semanal previstos en el Convenio 106. 4.1. Excepciones temporales al derecho al descanso semanal. 4.2. Medios de control. 4.3. Cuestiones derivadas de la aplicación del Convenio. 5. El descanso semanal en la legislación española. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos.

Weekly Rest (Commerce and Offices) Convention 1957 (No. 106)

ABSTRACT: The Weekly Rest Convention, No. 106, of the ILO lay a foundation internationally for the establishment of a regulation in commerce and offices in the signatory States. The aim of this paper is to study the provisions of the aforementioned text and its impact on the Spanish legal system through a legal and jurisprudential analysis.

Key Words: Weekly rest, commerce, offices, ILO, convention.

1. Introducción

Con motivo del centenario de la OIT, la Conferencia Internacional del Trabajo ha realizado una serie de declaraciones en relación al futuro del trabajo. El desarrollo y la innovación tecnológica, los cambios demográficos y el desarrollo de nuevos modelos económicos y de producción están provocando un cambio en la realidad de las relaciones laborales que, en muchas ocasiones vaticina, cuanto menos, incertidumbre.

Es por lo anterior por lo que la Conferencia exhorta a los Estados Miembros al fortalecimiento de las instituciones del trabajo para que garanticen, entre otros aspectos, una limitación al número máximo de horas de trabajo y una mejor conciliación de la vida laboral con la vida familiar y el entorno social¹.

Existen estudios científicos que acreditan que la excesiva carga de horas semanales que puede llegar a soportar una persona trabajadora a lo largo de la semana es perjudicial para su salud (tanto física como psíquica) como para su bienestar social y familiar. Asimismo, en términos productivos, los extensos horarios semanales, en comparación con los reducidos, son menos rentables y llevan un sobrecoste empresarial².

Ya en 1919, durante la elaboración del Convenio núm. 1 OIT, relativo a las horas de trabajo en la industria, se planteó la limitación de la jornada semanal de trabajo previendo un régimen general por el cual la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana³.

Este régimen general, previsto en principio para empresas industriales, alcanzó al poco tiempo al sector de los servicios⁴. Dicha evolución al resto de sectores ha desembocado en una regulación específica y concreta sobre el descanso semanal⁵, presidido por el principio básico de fijación de un periodo de descanso semanal no inferior a 24 horas. Si bien es cierto, la realidad muestra que un solo día de descanso resulta insuficiente para la plena recuperación de la persona trabajadora por el esfuerzo realizado durante toda la semana, siendo lo recomendable contar, como mínimo,

¹ OIT, *Centenario de la OIT. Documento de propuesta para la declaración final de la Conferencia*, en *Revista Derecho Relaciones Laborales*, 2019, n. 6, pp. 624-630.

² OIT, *El tiempo de trabajo en el siglo XXI*, 2012, pp. 69-70.

³ Art. 2, C001 – *Convenio sobre las horas de trabajo (industria)*, 1919 (núm. 1).

⁴ C030 – *Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas)*, 1930 (núm. 30).

⁵ C106 – *Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas)*, 1957 (núm. 106), y C014 – *Convenio sobre el descanso semanal (industria)*, 1921 (núm. 14).

con dos días consecutivos⁶.

Trabajar los fines de semana, particularmente los domingos, ha sido tradicionalmente influenciado por consideraciones históricas, culturales, religiosas, sociales y económicas.

En la Encuesta realizada en 2015 por la Fundación Europea para la Mejora de las condiciones de Vida y de Trabajo (en adelante, Eurofound), en la que entrevistó a más de 44.000 personas trabajadoras de 35 países diferentes, se expusieron las siguientes conclusiones: un 52% de las personas trabajadoras entrevistadas afirmó haber trabajado un sábado, y el 23% trabajó al menos tres sábados al mes. Lo anterior demuestra una parte significativa de los personas trabajadoras en la Unión Europea trabajaba fuera del horario laboral estándar⁷.

2. Datos del Convenio y ratificaciones

El Convenio 106, sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), que forma parte del conjunto de los designados convenios técnicos, fue adoptado en la 40^a Reunión de la CIT el 27 de junio de 1957. Actualmente el convenio se encuentra en vigor, abierto a denuncia desde el 4 de marzo de 2019 hasta el 4 de marzo de 2020.

Entró en vigor el 4 marzo de 1959, y a día de hoy, ha sido ratificado por sesenta y tres países: Afganistán (1963), Angola (1970), Arabia Saudita (1978), Azerbaiyán (1992), Bangladesh (1972), Belarús (1968), Bolivia (1973), Bosnia y Herzegovina (1993), Brasil (1965), Bulgaria (1960), Camerún (1988), Chipre (1966), Colombia (1969), Comoras (1978), Costa Rica (1959), Croacia (1991), Cuba (1958), Dinamarca (1958), Djibouti (1978), República Dominicana (1958), Ecuador (1969), Egipto (1958), Eslovenia (1992), España (1971), Etiopía (1991), Francia (1971), Gabón (1973), Ghana (1958), Grecia (1981), Guatemala (1959), Guinea-Bissau (1977), Haití (1958), Honduras (1960), Indonesia (1972), Irán (1968), Iraq (1960), Israel (1961), Italia (1963), Jordania (1979), Kirguistán (1992), Kuwait (1961), Letonia (1993), Líbano (1977), Macedonia del Norte (1991), Malta (1988), Marruecos (1974), México (1959), Montenegro (2006), Países Bajos (2001), Pakistán (1960), Paraguay (1966), Perú (1988), Portugal (1960), Rusia (1967), Santo Tomé y Príncipe (1992), Serbia (2000), República Árabe Siria (1958), Sri Lanka (1983), Suriname (1976),

⁶ OIT, *El tiempo de trabajo en el siglo XXI*, cit., p. 70.

⁷ J. CABRITA, *What's happening with Sunday work in Europe?*, en www.eurofound.europa.eu, 23 septiembre 2016.

Tayikistán (1993), Túnez (1958), Ucrania (1968) y Uruguay (1973).

3. Ámbito de aplicación y excepciones al principio de descanso semanal

La enumeración contemplada en los arts. 2 y 3 del Convenio 106 (en adelante, el Convenio) se aplica de una forma u otra según el tipo de establecimiento que se trate. De este modo, se aplica:

- de forma automática en establecimientos comerciales y establecimientos, instituciones y servicios administrativos cuyo personal efectúe principalmente trabajo de oficina, e inclusive las oficinas de los miembros de las profesiones liberales;
- en el caso en el que las personas interesadas no estén contempladas en el artículo 3 del Convenio y no se hallen sujetas a la reglamentación nacional o a otras disposiciones sobre descanso semanal en la industria, las minas, los transportes o la agricultura, en los servicios comerciales de cualquier otro establecimiento, los servicios de cualquier otro establecimiento cuyo personal efectúe principalmente trabajo de oficina y los establecimientos que revistan un carácter a la vez comercial e industrial;
- como consecuencia de una declaración oficial formulada por un Estado Miembro al momento de la ratificación en establecimientos, instituciones y administraciones que presten servicios de orden personal, servicios de correos y de telecomunicaciones, empresas de periódicos, teatros y otros lugares públicos de diversión.

A pesar de lo anterior, puede apreciarse como el art. 4 del Convenio establece una regla que proporciona cierta flexibilidad a lo previsto en los arts. 2 y 3, pues indica que deberán tomarse medidas apropiadas para fijar la línea de demarcación entre los establecimientos a los que se aplica este Convenio y los demás establecimientos.

Asimismo, el citado art. 4 legitima a la autoridad competente para que resuelva los casos en los que exista duda en cuanto a la aplicación del Convenio. También se le concede a la autoridad competente excluir del campo de aplicación del convenio a los establecimientos donde trabajen solamente miembros de la familia del empleador que no sean (ni puedan ser) dentro del régimen asalariados y a los altos directivos (art. 5).

Lo anterior, si se completa con el ámbito de aplicación previsto en el Convenio 14 sobre el descanso semanal en la industrial, comprendería casi la totalidad de los sectores económicos a excepción del sector de la

agricultura⁸.

En cuanto a las excepciones (entiéndase el término de excepción como variación a la regla general), el art. 7 del Convenio justifica la adopción por parte de la Autoridad competente de “regímenes especiales al descanso semanal” en base a la naturaleza del trabajo, la índole de los servicios suministrados por el establecimiento, la importancia de la población que haya de ser atendida o el número de personas ocupadas.

Un ejemplo de lo anterior puede verse en España en el convenio colectivo para el sector de grandes almacenes. Debido a la actividad y al sector, en la mayoría de las ocasiones es necesario que la distribución de la jornada de las personas trabajadoras abarque los sábados y domingos quedando desplazado el descanso semanal. Es por ello por lo que su el art. 30 de la citada norma convencional prevé un concreto régimen de descanso en actividad comercial en domingos y festivos.

4. Aspectos básicos a tener en cuenta sobre el descanso semanal previstos en el Convenio 106

El art. 6 del Convenio contiene una serie de condiciones “base” de las que debe partir el descanso semanal y que deben estar garantizadas, en todo caso, por los estados que han ratificado el Convenio. Dichas condiciones son:

- un periodo de descanso semanal ininterrumpido de veinticuatro horas, como mínimo, en el curso de cada periodo de siete días;
- el periodo de descanso semanal debe concederse de forma simultánea, siempre que se pueda, a todas las personas trabajadoras interesadas en cada establecimiento;
- el periodo de descanso semanal deberá coincidir, dentro de lo posible, con el día de la semana que, por costumbre o tradición, esté consagrado al descanso;
- a raíz de lo anterior, las minorías religiosas deberán, dentro de lo posible, ser respetadas.

Lo anterior se ve complementado por las recomendaciones de la Recomendación (valga la redundancia) 103 sobre el descanso semanal en el comercio y en las oficinas. Así, se recomienda por parte de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo que las personas trabajadoras a las que se aplique el Convenio deberían tener

⁸ OIT, *Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018, p. 74.

derecho a un periodo de descanso semanal de, al menos, 36 horas que serán consecutivas cuando la práctica lo permita. Asimismo, el contenido del art. 6 del Convenio, siempre que sea posible, debería calcularse comprendiendo el periodo que transcurre de medianoche a medianoche.

4.1. Excepciones temporales al derecho al descanso semanal

El art. 8 se encarga de autorizar excepciones temporales totales o parciales, entendiéndose por estas las suspensiones y las disminuciones del descanso, a lo dispuesto anteriormente siempre que dicha dispensa encuentre su fundamento en uno de los siguientes motivos:

- en el supuesto de accidente o grave peligro de accidente y en caso de fuerza mayor o de trabajos urgentes que deban efectuarse en las instalaciones. No obstante, dicha limitación al descanso solamente podrá tener lugar por el tiempo indispensable necesario para evitar una grave perturbación en el funcionamiento habitual del establecimiento;
- en caso de aumentos extraordinarios de trabajo motivador por circunstancias excepcionales, cuando el empleador no tenga la posibilidad de recurrir a otros medios;
- cuando dicha excepción esté justificada con el fin de evitar la pérdida de materias perecederas.

Así, aún cuando el Convenio autoriza determinadas excepciones temporales al derecho al descanso de las personas trabajadoras, hace referencia a la necesidad de compensar el mismo en los supuestos descritos. Por tanto, el empleador tendrá la obligación de conceder un descanso semanal compensatorio igual al previsto en el art. 6.1. Del tenor del precepto, no se puede deducir a que parte de la relación corresponde la capacidad de fijar los periodos de disfrute del referido descanso compensatorio, por lo que será la normativa nacional quien fije este aspecto.

4.2. Medios de control

Siempre que se imponen obligaciones como las dispuestas en el Convenio que se analiza en el presente trabajo, es necesario establecer medios para fiscalizar el efectivo cumplimiento de las mismas. De esta forma, el art. 10.1 establece el deber de tomar *las medidas pertinentes para asegurar la adecuada aplicación de los reglamentos o disposiciones sobre descanso semanal por medio de una inspección adecuada o en otra forma.*

Lo dispuesto en este precepto conecta directamente con la tan controvertida y reciente obligación de registro de la jornada adoptada por medio del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. El antedicho texto legal modifica el artículo 34, añadiendo un nuevo apartado, con la siguiente redacción: *La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora.* De esta manera, el referido registro deberá documentarse y custodiarse durante cuatro años a fin de que la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social puedan comprobar el cumplimiento de esta obligación.

Esta previsión tiene por objetivo evitar la vulneración de los derechos a los períodos mínimos de descanso diario y semanal en aras a proteger el derecho a la seguridad y salud de las personas trabajadoras⁹. Pues bien, «el incumplimiento por parte del empresario de la citada obligación conllevará que la reclamación por parte de un trabajador por la realización de horas extras afecte a las reglas de distribución de la carga de la prueba; de esta forma, será a la empresa a la que le corresponderá acreditar que el trabajador no ha superado la jornada máxima legal y que se han respetado los descansos mínimos diario y semana»¹⁰.

Asimismo, se deberá establecerse un sistema adecuado de sanciones¹¹ para imponer el cumplimiento de sus disposiciones, siempre y cuando lo permitan los medios por los cuales se aplique el Convenio.

4.3. Cuestiones derivadas de la aplicación del Convenio

El Convenio, con el objetivo de sentar las bases en todo lo relacionado con el descanso semanal, también se pronuncia en relación con algunas cuestiones relevantes derivadas de la aplicación del mismo.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18.

¹⁰ M.P. CHARRO, *Aviso a naregantes: si no registras la jornada diaria de los trabajadores, habrás de probar que no han hecho horas extras*, en *Arinsa*, 2 julio 2019.

¹¹ Tal y como dispone el art. 7.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tendrá la consideración de infracción grave «la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores». A este tipo de incumplimiento va aparejada una sanción por una cuestión de entre 626 a 6.250 euros, según el art. 40.1.b.

En este sentido, el art. 9 establece que los ingresos de las personas a las que les resulte de aplicación el Convenio no sufrirán disminución alguna cuando se apliquen las medidas de este siempre que los salarios estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas.

Por otro lado, cuando una ley, sentencia, costumbre o acuerdo del país firmante garantice a las personas trabajadoras interesados condiciones más favorables que las dispuestas en el Convenio, estas no podrán menoscabar aquella en ninguna circunstancia, tal y como se desprende del tenor del art. 12.

Por último, el art. 13 prevé la suspensión de los derechos reconocidos en el Convenio por orden del gobierno, en caso de guerra o de acontecimientos que pongan en peligro la seguridad nacional.

5. El descanso semanal en la legislación española

El Convenio 106 es una norma de mínimos. En este sentido, y antes de describir el régimen jurídico del descanso semanal en la legislación española, ha de adelantarse que la regulación interna es respetuosa con el compromiso internacional asumido. Es más, en algunos aspectos tales como, la duración mínima del descanso de día y medio inninterrumpido o la acumulación por períodos de hasta catorce días, supera las prescripciones mínimas del referido Convenio. Este “valor añadido” puede considerarse como una actualización (quizá escasa) a los modelos productivos actuales y a la normativa europea y la jurisprudencia que la interpreta.

En el ordenamiento jurídico español, la configuración del descanso semanal viene determinada en el art. 37.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRLET). Dicho art. 37.1 establece que *los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos.*

Del anterior redactado se pueden obtener los siguientes aspectos clave que rigen el descanso semanal en España: acumulable por períodos de hasta catorce días, de duración ininterrumpida de día y medio (dos días ininterrumpidos en caso de personas trabajadoras menores de dieciocho años) y, con carácter general, la comprensión de la tarde del sábado o la

mañana del lunes y el día completo del domingo.

El motivo de que el descanso semanal abarque el día completo del domingo es una tradición cristiana en España que no resulta de carácter imperativo para el empresario¹². En este sentido, amparando lo anterior, el art. 6.3 del Convenio C106 establece que *el periodo de descanso semanal coincidirá, siempre que sea posible, con el día de la semana consagrado al descanso por la tradición o las costumbres del país o la región*.

En relación con la acumulación de períodos de hasta catorce días, es decir, la posibilidad de prestar servicios once días seguidos y descansar tres, recientemente se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹³ (en adelante, TJUE) respecto a la interpretación del art. 5 de la Directiva 2003/88/CE de 4 de noviembre relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo¹⁴. El Tribunal de Luxemburgo avala la posibilidad de trabajar once días seguidos y descansar tres que prevé el art. 37.1 ET, siendo acorde, por tanto, al contenido de la Directiva en base a los siguientes argumentos.

El art. 5 de la Directiva exige «que se conceda a todo trabajador, dentro de un período de siete días, un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3 de la Directiva 2003/88, aunque sin precisar el momento en que deba concederse ese período mínimo de descanso». Por tanto, el período de siete días al que alude el citado art. 5 puede entenderse como un “período de referencia”. Es decir, «como un período fijo dentro del cual deben concederse un determinado número de horas de descanso consecutivas, con independencia del momento en que se concedan tales horas de descanso».

Huelga decir que no se trata de un período cuyo inicio se considere flexible, sino de un período fijo, que se va sucediendo uno tras otro, a

¹² El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 13 de febrero de 1985 (n. 19/1985), se pronunció sobre la regla general del descanso semanal que incluye el día entero del domingo. En palabras del Tribunal, «que el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición, se ha acogido estos pueblos». Asimismo, refiere que cabe la posibilidad de «modificar esta regla general por convenio colectivo o contrato de trabajo, con lo que está permitiendo a la voluntad concordada de las partes a la fijación del día de descanso».

¹³ Sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2017, asunto C-306/16.

¹⁴ Dicho art. 5.1 dispone que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3».

modo de “período calendario”¹⁵.

Concluye el TJUE que «el período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3 de la misma Directiva, puede concederse en cualquier momento dentro de cada período de siete días».

Por otra parte, el legislador español ofrece la posibilidad, mediante lo previsto en el art. 34.7 TRLET, al Gobierno ampliar o limitar, entre otras cosas, la duración de los descansos cuando la situación y circunstancias del trabajo en particular o, el sector económico en general, lo requieran. Lo anterior se ve reflejado en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

Sobre la posibilidad de disfrutar solapadamente el descanso diario de doce horas y el descanso semanal de treinta y seis horas, la Audiencia Nacional (en adelante, AN) se pronunció en su Sentencia de 24 de octubre de 2006¹⁶. En dicho pronunciamiento, la AN afirmó que «el descanso semanal, en cualquier caso constituido por un día y medio, tendrá el régimen de disfrute que tenga [...], pero dentro del mismo no podrán contarse las doce horas de que se compone el otro descanso, el diario o entre jornadas, de manera tal que éste (el diario o entre jornadas) no cabe que pueda ser nihilizado, desaparecido, vaporizado, evaporado, enterrado, sepultado, olvidado, defenestrado, [...] de forma que quede subsumido, computado, incardinado o introducido dentro de aquél [el semanal]».

Al igual que el periodo de vacaciones, la finalidad del descanso semanal radica en la recuperación por parte del trabajador de la fatiga laboral provocada por su prestación de servicios durante toda la semana. Por ello, un aspecto a tener en cuenta es la imposibilidad de compensar económicamente el no disfrute de dicho periodo de descanso¹⁷. En este sentido, conviene señalar que el art. 2.2 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo establece que *el disfrute de los descansos compensatorios previstos en este Real Decreto no podrá ser sustituido por compensación económica, salvo en caso de finalización de la relación laboral por causas distintas a las derivadas de la duración del contrato o en el previsto*

¹⁵ M.P. CHARRO, [El Tribunal europeo avala lo que ya prevé el ET: trabajar 11 días y descansar 3 es conforme a la normativa europea](#), en [Arinsa](#), 1º diciembre 2017.

¹⁶ Sentencia n. 127/2006. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de septiembre de 2008, rec. 109/2007.

¹⁷ Si bien es cierto, originariamente el art. 47 del Real de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos establecía la compensación retributiva del descanso semanal con un incremento del 75% del valor de la hora de la jornada, siempre y cuando concurriesen causas objetivas que amparasen el no disfrute por parte del trabajador del descanso semanal. Actualmente, dicho precepto reserva tal posibilidad para el caso de los días festivos.

en el § c) del artículo 18. Dicho art. 18 c) preceptúa lo siguiente: no obstante, y siempre que se garantice en todo caso el disfrute de un día de descanso semanal en los términos previstos en los apartados anteriores, si así se acordara en convenio colectivo, los interesados podrán optar por la compensación en metálico, como horas extraordinarias, de hasta un máximo de la mitad de los restantes días de descanso no disfrutados. Del mismo modo se compensarán aquellos días de descanso no disfrutados cuya acumulación en la forma prevista en el § b) pudiera originar graves perjuicios no dimanantes de escasez de plantilla¹⁸.

En este sentido, se ha pronunciado el TSJ de la Comunidad Valenciana¹⁹ en el siguiente tenor literal: «el derecho a la remuneración de los días de descanso semanal se va generando durante los períodos de trabajo efectivos anteriores a su disfrute, debiendo existir una adecuada correspondencia entre la prestación de trabajo en los días laborables de la semana y el período de descanso semanal retribuido». Luego como en el presente caso no se discute que la actora que fue despedida con efectos de 28 de junio de 2013, viernes, trabajase los días previos en los que se generó su derecho al descanso semanal, no habiendo podido disfrutar de dicho descanso al haber sido despedida, se ha de reconocer a la misma la compensación económica del referido descanso.

En relación a la coincidencia del descanso semanal con el inicio del periodo de vacaciones anuales o con la situación de incapacidad temporal, se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de octubre de 2012²⁰ afirmando de forma contundente que «es claro que la coincidencia durante el período vacacional de lo que serían días de descanso semanal – habitualmente, sábados y domingos – no da derecho a añadir a las vacaciones esos hipotéticos días de descanso semanal no disfrutados. Y lo mismo cabe decir respecto al descanso semanal no disfrutado durante un período de incapacidad temporal del trabajador».

Parece claro, partiendo de lo anterior, que la finalidad de las vacaciones cumple con la misma finalidad del descanso semanal (en otras palabras, el disfrute de aquellas supone el disfrute de éste). Asimismo, parece no tener mucho sentido el hecho de que, si no se ha producido ningún desgaste laboral del trabajador por el hecho de estar disfrutando de sus vacaciones anuales, deba concedérsele un descanso que recupere esa “no prestación de servicios” semanal.

¹⁸ Se hace referencia a los trabajadores que presenten servicios a bordo de buques y embarcaciones.

¹⁹ Sentencia n. 576/2017 de 1º marzo, rec. 1183/2016.

²⁰ Rec. 223/2011.

6. Conclusiones

El Convenio de la OIT relativo al descanso semanal en el comercio y en las oficinas adoptó diversas proposiciones relativas al descanso semanal en el comercio y en las oficinas que sentó de forma eficaz los cimientos de la regulación de los países firmantes a este respecto.

Así, Convenio 106 no solo delimita de forma clara y precisa el ámbito de aplicación de las medidas contenidas en el texto, si no que establece el contenido del derecho a un período de descanso semanal además de sus excepciones, medios de control de su cumplimiento o cuestiones relativas a su aplicación.

Cabe destacar el hecho de que desde la fecha de entrada en vigor del Convenio que hoy nos ocupa, esto es el día 4 de marzo de 1959, no se hayan realizado avances significativos en materia de descanso semanal.

Los procesos de trabajo y, por ende, las relaciones laborales, han sufrido cambios sustanciales debido al vertiginoso progreso tecnológico y a los nuevos usos sociales que este ha traído consigo impactando inevitablemente en la gestión de los tiempos de trabajo y de descanso.

La necesaria conciliación de la vida laboral, personal y familiar así como la propia protección de la seguridad y salud en el trabajo resaltan la necesidad una nueva conceptualización del descanso semanal siempre teniendo como límite que éste pueda entrar en colisión con otros tipos de descanso, como por ejemplo, el descanso diario.

7. Bibliografía

CABRITA J., [*What's happening with Sunday work in Europe?*](#), en www.eurofound.europa.eu, 23 septiembre 2016

CHARRO M.P., [*Aviso a navegantes: si no registras la jornada diaria de los trabajadores, habrás de probar que no han hecho horas extras*](#), en Arinsa, 2 julio 2019

CHARRO M.P., [*El Tribunal europeo avala lo que ya prevé el ET: trabajar 11 días y descansar 3 es conforme a la normativa europea*](#), en Arinsa, 1º diciembre 2017

OIT, *Centenario de la OIT. Documento de propuesta para la declaración final de la Conferencia*, en Revista Derecho Relaciones Laborales, 2019, n. 6

OIT, *Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a Reunión, 2018

OIT, *El tiempo de trabajo en el siglo XXI*, 2012

Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuiales 1957 (núm. 107)*

Stefhanie VÍQUEZ ROJAS**

RESUMEN: Hablar del Convenio 107 es adentrarnos en el universo de los pueblos indígenas y tribuiales: su mundo, cultura, su espiritualidad. Los indígenas se encuentran presentes en todos los continentes y forman parte de la gran familia humana como cada uno de nosotros. Sin embargo, la mentalidad del crecimiento económico y rápido, la modernidad y el progreso, han sido desde siempre el gran dilema por el que se han enfrentado nuestros pueblos autóctonos por la defensa de su cultura y forma de vida, en contra de lo que los propios intereses de los Gobiernos para alcanzar la integración hacia lo que ellos equívocamente llamaban la única cultura posible: el desarrollo.

Palabras clave: Indígenas, indigenismo, integración, multiculturalismo, autodeterminación, pueblos.

SUMARIO: 1. El indigenismo integracionista como inspiración primordial del Convenio 107 de la OIT. 2. Un contexto inequívoco: El principio de integración. 3. La caída del indigenismo ante el principio de autodeterminación de los pueblos. 4. La autodeterminación y el término pueblos: Necesaria vinculación práctica entre ambas nociones. 5. Del Convenio 107 al Convenio 169: Un verdadero cambio de orientación. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

* El Convenio n. 107 sobre poblaciones indígenas y tribuiales entró en vigor el 02 de junio de 1959 y fue ratificado por 27 países. Actualmente se encuentra cerrado. No obstante, sigue vigente en 17 países que no han ratificado aún el Convenio n. 169 que le sustituyó.

** Doctoranda en Derecho del Trabajo (Universidad de Salamanca).

Indigenous and Tribal Populations Convention 1957 (No. 107)

ABSTRACT: To talk about Convention 107 is to delve into the universe of indigenous peoples and tribal populations: their world, culture and spirituality. Indigenous people are present on all continents and are part of the great human family like each of us. However, the mindset of economic and rapid growth, modernity and progress, have always been the great dilemma that our indigenous peoples have faced for the defense of their culture and way of life, contrary to what the governments' own interests to achieve integration towards what they mistakenly called the only possible culture: development.

Key Words: Indigenous, Indigenism, Integration, Multiculturalism, Self-Determination, Peoples.

1. El indigenismo integracionista como inspiración primordial del Convenio 107 de la OIT

Sin duda alguna una de las grandes riquezas de la humanidad se encuentra centralizada en la diversidad cultural. Tal y como lo establece la UNESCO, la diversidad cultural es patrimonio común de la humanidad¹. No obstante, hablar de los pueblos indígenas implica, necesariamente y por desgracia, hablar de discriminación. El Convenio 107 de la OIT fue el primer instrumento universal que comenzó a consagrar derechos a los pueblos indígenas y tribales, así como establecer obligaciones con los Estados miembros para su fiel cumplimiento y promulgación². Con este instrumento, la OIT se convirtió en el primer organismo internacional que buscó proteger y promover dichos derechos para dar la debida atención a sus problemas específicos. No obstante, si bien se puede considerar como un primer e importante paso, resultó evidente que el texto hizo referencias inapropiadas, equívocas y poco respetuosas de la cultura indígena³.

Ya desde el preámbulo del Convenio se nos da las evidentes intenciones del mismo: la integración. Basta con visualizar, también, el artículo 1 en donde nos deja en claro el ámbito de aplicación. Es decir, las poblaciones tribuales y semitribuales cuyas condiciones sociales y económicas se corresponden a una etapa “menos avanzada” que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional, y -por supuesto- los indígenas.

Pero, ¿qué podemos entender por integración y cómo llegó a empañar de una manera tan drástica el Convenio 107? Para comprender y analizar dicho instrumento debemos centrarnos en el contexto en que fue promulgado. Un contexto donde el indigenismo integracionista reinaba de manera errónea intentando integrar al indio a la sociedad nacional a fin de que dejara a un lado su pobre vida “ignorante y retrasada” para alcanzar los beneficios del “progreso”.

Fue visto por los gobiernos como una necesidad obligatoria dirigida a los indígenas en función de los intereses de cada Estado. Estas políticas fueron consideradas incluso no como derechos, sino una simple concesión de los Estados haciéndose acreedor de la gratitud y la sumisión de los indígenas, mirándolos como individuos marginados de la vida política, económica y cultural de sus países. Es decir, individuos

¹ UNESCO, *Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural*, 2001, artículo 1.

² E. FERREIRA DE CARVALHO, E. FERNÁNDEZ, *El discurso de la modernidad y los derechos indígenas en Brasil*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2015, p. 49.

³ *Ídem*.

económica y socialmente débiles⁴. Esas fueron las ideas centrales que giraban en torno a la OIT y sentaron las bases para lo que vendría después.

2. Un contexto inequívoco: El principio de integración

El Convenio 107 de la OIT fue aprobado en Ginebra en plena mitad del siglo XX en el año de 1957. Una época donde los pueblos indígenas y tribales eran considerados como sociedades “atrasadas” y se creía fervientemente que para que pudiesen sobrevivir necesitaban integrarse a la sociedad común y someterse a sus reglas. Sin embargo, no se debe dejar de lado que a diferencia del indigenismo segregacionista colonial⁵ o el segregacionismo asimilista republicano⁶, el integracionista valoró al indígena en sí reconociendo su complejidad socio-cultural y su situación especialmente vulnerable frente a los desafíos de la sociedad progresista y moderna. Es decir, el principio de integración nacerá con la intención de rescatar los valores, la personalidad histórica y cultura de los pueblos indígenas, pero buscando que los mismos lograsen alcanzar la asimilación a la colectividad nacional incorporando a sus vidas la técnica moderna⁷.

Veamos cómo se refleja lo anterior en el Convenio en cuestión. Ya se mencionó que el artículo 1 nos habla directamente sobre la idea de considerar a estas “poblaciones” (terminología sobre la cual me referiré más adelante) como “menos avanzadas” que la colectividad nacional. Incluso incorpora el término “semitribunal” definiéndolo como aquel grupo de personas próximos a perder sus características tribuales, pero sin estar “aún” integradas en la sociedad nacional.

La primera parte del Convenio nos habla de los principios generales. En él vemos reflejado esa búsqueda de protección ante el fomento de la

⁴ OIT, *Poblaciones indígenas*, Ginebra, 1953, p. 625.

⁵ Primer modelo indigenista de carácter colonial a partir del cual se promulgó o promovió por diferentes fines y medios la segregación de la población indígena. Ver en ese sentido a J.D. OLIVA MARTÍNEZ, *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos. Fundamentos, contextos formativos y normas de Derecho Internacional*, Universidad Carlos III de Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Colección Monografías, Madrid, 2012, pp. 396 y ss.

⁶ Segundo modelo indigenista nacido tras la independencia de las colonias americanas en donde, tras el objetivo de construir una identidad y conciencia nacional homogénea, se procedió a desmontar cada una de las piezas del indigenismo colonial llegando a invisibilizar la propia denominación de indio de las constituciones nacientes. En igual sentido J.D. OLIVA MARTÍNEZ, *op.cit*, pp. 407 y ss.

⁷ *Ibidem*, p. 419.

igualdad, pero como medio para promover la integración (artículo 2). Se establece que se deberá tomar debidamente en consideración sus valores culturales y religiosos, así como sus formas de control social a fin de allanar su camino ante las dificultades propias de la adaptación a las nuevas condiciones de vida y trabajo (artículo 4), buscando incluso la colaboración de dichas poblaciones y sus representantes (artículo 5), más no su consulta o participación ante las medidas y disposiciones que se estaban tejiendo alrededor de su cultura y forma de vida. Los artículos del 6 al 10 nos hablan del mejoramiento de sus condiciones de vida, su educación, la consideración de su derecho consuetudinario, métodos de control social, el mantenimiento de sus costumbres e instituciones, siempre que no sean incompatibles con los ordenamientos jurídicos nacionales de cada Estado. Consideraciones que, si bien demuestran un claro esfuerzo de protección, no son suficientes y se quedan dentro del ámbito de las buenas intenciones.

De igual modo, de la parte II a la VI nos habla, en primer lugar, de la protección de sus tierras, intentando reconocer y respetar el derecho de propiedad colectivo e individual de las tierras tradicionalmente ocupadas por ellos. En segundo lugar, se aborda el tema de la contratación y las condiciones de empleo en búsqueda de protección y no discriminación, así como su derecho a la seguridad social y sanidad. Además, trata el tema de la educación en igualdad de condiciones, la preservación de su idioma materno (lo cual fue un evidente punto a favor del respeto a su cultura), la formación profesional, la artesanía e industrias rurales estableciendo que deberán disfrutar de las mismas oportunidades de formación profesional que los demás ciudadanos (artículo 16). A pesar de lo anterior, se argumenta que los gobiernos deberán crear programas generales de formación que respondan a las necesidades especiales, pero solamente mientras lo requiera el grado de desarrollo cultural y, al progresar su integración, deberán remplazarse por los medios utilizados por los demás ciudadanos (artículo 17).

Es decir, a pesar del intento de considerar al indio como individuo garante de derechos, respetar hasta cierta medida su cultura y forma de vida, resultó evidente que el Convenio 107 nació marcado bajo el supuesto de integración que partía de la idea de que “*los pueblos indios estaban marginados de la vida política, económica y cultural por lo que era necesario integrarlos a la vida moderna y convertirlos en beneficiarios del progreso*”⁸. Y es que la integración tenía varios ejes de acción: uno político, otro socio-cultural y uno económico⁹.

⁸ *Ibidem*, p. 442.

⁹ V. BRETON SOLO DE ZALDÍVAR, *Cooperación al desarrollo y demandas étnicas en los Andes*

La idea de todo era comprender su realidad diferenciada para ayudar a transformarla, con o sin consentimiento. Para ello se desarrollaron misiones y estrategias modernizadoras de componentes paternalistas en donde el gran objetivo era convertirlos en ciudadanos “normales”, beneficiarios de la modernización y del progreso, creyendo que de esta manera los dotaban de una mejor calidad de vida, satisfaciendo sus necesidades y las del propio Estado.

Jef Rens, Director General Adjunto de la OIT durante la época en que el Convenio en estudio se encontraba abierto, llegó a referirse sobre la doctrina de la integración argumentando que “*no se limita, sin embargo, solamente a los derechos así definidos, sino que responde también a las necesidades de orden económico, así como las aspiraciones y las necesidades de las masas populares. Efectivamente, la integración de las poblaciones aborígenes en la vida de sus naciones respectivas, responde a un doble imperativo: por una parte, dicha integración representa las aspiraciones de los pueblos desfavorecidos que en todas partes del mundo, han iniciado la marcha hacia la conquista de un destino mejor; por otra, responde a la necesidad que experimentan los países insuficientemente desarrollados, en que viven esas poblaciones aborígenes y que aspiran a organizar una economía moderna, de superar en forma radical las barreras que separan todavía a los aborígenes de otros sectores de la población y que, por tal causa, obstaculizan la introducción de nuevas formas de producción*”¹⁰.

Resulta claro que el indigenismo integracionista se preocupaba por la difícil situación que vivían los indígenas, aspirando alcanzar una mejora en sus condiciones de vida. Es decir, no podemos centrarlo ajeno a la búsqueda y protección de los derechos humanos. Así lo vemos plasmado en el Convenio 107. Sin embargo, existe entre esos argumentos un trasfondo paternalismo y un altruismo falseado donde se esconden los intereses de los gobiernos al desarrollo de sus naciones, intentando transformar a los indígenas para incorporarlos a la población mayoritaria sin tomar en cuenta su opinión, cultura y formas de vida¹¹.

3. La caída del indigenismo ante el principio de autodeterminación de los pueblos y la multiculturalidad

Consciente de todos los problemas y contradicciones que suponía la adopción del Convenio 107 bajo los argumentos del indigenismo, la OIT

ecuatorianos, *Ensayos sobre indigenismo, desarrollo rural y neoindigenismo*, Flacso-Ecuador, Universitat de Lleida, 2001, p. 38.

¹⁰ J. RENS, *El Programa Andino*, Ginebra, 1961, pp. 12-14.

¹¹ J.D. OLIVA MARTÍNEZ, *op.cit*, p. 442.

inició en los años ochenta una revisión de dicho instrumento a fin de lograr alcanzar una verdadera protección ante las constantes críticas y disgustos por parte de las comunidades indígenas.

Bien es sabido que, desde su creación en 1919, la OIT ha defendido los derechos sociales y económicos de los grupos cuyas costumbres y tradiciones, entre otros aspectos, los separan de otros sectores de las comunidades nacionales¹². Sin embargo, tal y como se ha venido señalando hasta ahora, el Convenio 107 -si bien incorpora dentro de sus disposiciones la intención de abogar por la protección de las “poblaciones” indígenas y tribales para salvaguardar su dignidad- la realidad era muy distinta a lo que se pretendía.

Resultaba necesario un cambio de paradigma en donde los pueblos indígenas y tribales no aparecieran como simples comunidades pasivas a las que el gobierno debía incorporar dentro de sus intereses, bajo un argumento de lástima vinculado a la discriminación y equiparación de lo indígena con lo no indígena. Se necesitaba dejar de pensar en estos pueblos como incompetentes y carentes de progreso, y comenzar a visualizarlos como colectividades activas, pensantes, capaces de formular sus propios modelos de desarrollo, reconocidos como parte de la multiculturalidad y no como individuos ajenos a sus propios países requeridos de ayuda e integración.

Parte de las conclusiones a las que llegaron los expertos en la revisión del Convenio 107 fue que los principios inspiradores del mismo, altamente arraigados al integracionismo, se encontraban desfasados y resultaban evidentemente perjudiciales. Tal y como lo señaló Staelens: La eliminación de la palabra “integración” debía constituir la clave del nuevo Convenio a fin de reconocerle a los pueblos indígenas su propia identidad y respeto, así como mecanismos de consulta y participación en asuntos que les concierne directamente¹³.

4. La multiculturalidad ante la discriminación: una noción esencial ante los derechos laborales de los pueblos indígenas

La situación de los pueblos indígenas ha sido un tema central de

¹² G. AMPARO RODRÍGUEZ, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia. Luchas, contenido y relaciones*, Colección Textos de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2015, p. 16.

¹³ P. STAELENS, *El Convenio 169 de la OIT: de una política integracionista al reconocimiento del derecho a la entidad de los pueblos indígenas*, en *Derechos indígenas en la actualidad*, UNAM, IIJ, Serie E, n. 59, pp. 191-192.

preocupación para la OIT desde su creación. En los años cincuenta se vio reflejada la problemática de las condiciones laborales de estos pueblos en torno a las injusticias y perjuicios fundamentalmente arraigados y ligados intrínsecamente a su cultura, identidad, idioma, costumbres y tierras¹⁴. Por tanto, en buena parte del siglo XX el derecho laboral se caracterizó por la inexistencia de normas que sancionaran la discriminación y el reconocimiento de colectivos en situaciones laborales de inferioridad, como es el caso de los pueblos indígenas. En ese sentido, hay que dar mérito a la OIT por haber sido pionera en dicho aspecto a fin de abrir camino hacia un mundo más respetuoso con la multiculturalidad en el ámbito de las relaciones laborales.

El Convenio 107, en su artículo 15, regula un tema fundamental como lo es la contratación y condiciones de empleo en donde se especifica que los Estados miembros deberán tomar medidas especiales, dentro de su legislación nacional, a fin de garantizar a los trabajadores pertenecientes a las poblaciones en cuestión una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, hasta tanto dichos colectivos puedan beneficiarse de la protección que la ley les concede a los trabajadores en general. Un punto que en definitiva buscó apalear los problemas acaecidos por la discriminación y la no aceptación de la multiculturalidad en aquella época.

Además, agrega el artículo 15 que todo Estado miembro deberá realizar todas las gestiones necesarias para evitar la discriminación entre los trabajadores pertenecientes a las poblaciones indígenas y los demás trabajadores, sobre todo en lo relativo a la admisión de empleo (incluido los empleos calificados), remuneración igual por trabajo de igual valor, asistencia médica y social, prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales e indemnización por esos riesgos, higiene en el trabajo y vivienda, derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos y derecho a celebrar contratos colectivos con los empleadores y con las organizaciones de empleadores.

No hay que olvidar tampoco que el Convenio 107 en sus artículos 19 y 20 reguló aspectos relativos a la seguridad social y sanidad. En ese sentido, fue claro en indicar que los sistemas existentes de seguridad social debían extenderse progresivamente (y cuando fuera factible) a los trabajadores asalariados pertenecientes a las poblaciones en cuestión y a las demás personas pertenecientes a dichas poblaciones. Asimismo, se propuso que los gobiernos asumieran la responsabilidad de poner servicios de sanidad

¹⁴ OIT, [Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales](#), 1989 (169), p. 4.

adecuados a disposición de las poblaciones indígenas, basándose en un estudio sistemático de sus condiciones sociales, económicas y culturales. Para dicho cometido se coordinó con la aplicación de medidas generales de fomento social, económico y cultural.

Como vemos, el Convenio 107 fue el inicio de un largo camino hacia la búsqueda de la plena igualdad entre las poblaciones indígenas y lo que se podría denominar como el resto de la población o la inmensa mayoría. No obstante, el reconocimiento de una verdadera multiculturalidad aún no está del todo consolidada. Todas las estadísticas e investigaciones indican que los pueblos indígenas sufren de las peores formas de explotación laboral y están representados de manera desproporcional entre las víctimas de la discriminación, el trabajo infantil y el trabajo forzoso¹⁵.

Esta población tradicionalmente excluida y discriminada son altamente vulnerables a sufrir injusticias sociales y, sobre todo, una degradación de su dignidad en el ámbito laboral. Lo anterior por tres cuestiones. En primer lugar, son víctimas propicias debido a la falta de información de sus derechos, el analfabetismo, la falta de un documento de identidad, monolingüismo, su hábitat tradicional en regiones aisladas, entre otros. En segundo lugar, los infractores a la normativa laboral se sienten motivados por una sociedad que tradicionalmente ha excluido y discriminado a estos pueblos. En tercer lugar, la evidente falta de un guardián capaz, dada la evidente ausencia de los Estados a sumir eficazmente estos temas¹⁶.

Es evidente que los pueblos indígenas enfrentan barreras de acceso al mercado de trabajo por una falta al reconocimiento efectivo de la multiculturalidad como valor. Lastimosamente, a pesar de los esfuerzos por el reconocimiento de los derechos indígenas y el respeto a su cultura y forma de vida, la falta de conocimiento de estos pueblos por sus propios derechos genera dificultades difíciles de superar (aunado al hecho de que poseen pocos vínculos con las organizaciones de trabajadores).

A pesar de todo, no hay que olvidar que el Convenio 107 fue el inicio de una lucha que no tiene fin, y que “*la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas formas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores*”¹⁷.

Con la implementación del Convenio 169 se buscó realizar un avance más ambicioso al respecto de la multiculturalidad y dejar definitivamente de

¹⁵ OIT, *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, op. cit, pp. 4-5.

¹⁶ E. CANQUI, *El trabajo Forzoso y los Pueblos Indígenas*, ONU, 2011.

¹⁷ Preámbulo, Convenio 169 OIT.

lado esa idea de integracionismo que más que ayudar a la protección de esta población vulnerable, le ocasionaba un perjuicio grave a su dignidad y el respeto de su idiosincrasia. Así, el actual Convenio contiene una parte sobre el derecho de los pueblos indígenas al empleo (más desarrollada y pormenorizada), a la formación profesional y a la protección de sus derechos laborales.

Por otro lado, la OIT se ocupa cada vez más de la situación de los pueblos indígenas a través de los convenios fundamentales de trabajo sobre la no-discriminación, la abolición del trabajo forzoso y del trabajo infantil y sobre la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva¹⁸. Así las cosas, veamos cuáles son las principales diferencias entre ambos convenios y de qué manera se ha logrado avanzar hasta un respeto más acorde de la multiculturalidad de la que tanto debemos enorgullecernos como población humana.

5. Del Convenio 107 al Convenio 169: Un verdadero cambio de orientación

Para finalizar, resulta pertinente señalar brevemente las principales diferencias entre ambos Convenios a fin de ejemplificar los avances conseguidos en pro de estos pueblos y que, lastimosamente, el Convenio 107 no pudo colmar a cabalidad a pesar de ser en su tiempo un instrumento novedoso, pero lleno de intenciones contradictorias entre sí.

En primer lugar, está la evidente sustitución terminológica de la palabra “poblaciones” al término “pueblos”. Y es que “ya no se trata de vincular a las comunidades étnicamente diferenciadas como simples agrupaciones de individuos unidos por una cultura común (poblaciones), sino con sociedades con identidad propia, una organización social, política, económica y un sistema de resolución de conflictos particulares”¹⁹.

Este simple término (pueblo) logra acabar con la idea de que las comunidades indígenas y tribales eran inferiores, pobres, retrasadas. El reconocimiento de los indígenas y tribales como pueblos nos recuerda que no existe una única cultura humana y que todos los seres, sean hombres o mujeres, sin importar su etnia, procedencia, religión, etc. debían ser considerados como dotados de dignidad ante el mundo y ante sus propios hermanos conciudadanos. La multiculturalidad debe ser siempre considerada como una gran riqueza, y más que separarnos, nos une como

¹⁸ OIT, Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, *op. cit*, p. 5.

¹⁹ J.D. OLIVA MARTÍNEZ, *op. cit*, p. 649.

una gran familia humana.

En segundo lugar, se alcanza el objetivo de impulsar a los pueblos indígenas y tribales a establecer sus propias prioridades de desarrollo, lejos de lo que establecía el Convenio 107 sobre la transición a la modernización. Estos pueblos pasan a tener voz ante todos aquellos asuntos que les interesaban y dejan de ser considerados sujetos pasivos a los que hay que guiar hacia la “luz” de la sociedad dominante.

Si bien ese reconocimiento a ser consultados estaba expuesto en el Convenio 107, lo hacía de una manera muy escueta y como un mero interés de los Estados de contar con la “opinión” de los indígenas, pero con un carácter evidentemente paternalista.

Por último, y concerniente a la parte laboral y de seguridad social, el Convenio 107 instó a la protección eficaz en el ámbito del trabajo, seguridad social y no discriminación. Principios que vienen a ser complementados por el C. 169 con las medidas de control y de inspección de trabajo que los gobiernos deben implementar.

Además, también se dedica especial atención a la formación profesional y la artesanía, pero bajo el respeto de la realidad económica y socio-cultural de estas comunidades, ayudándoles a preservar su cultura.

6. Conclusión

A manera de conclusión, cabe señalar que el Convenio 107 no puede ser negado como el instrumento que vino a abrir el camino hacia la protección de los pueblos indígenas y tribales, comenzando a reconocerlos como merecedores de derecho y dignidad. No obstante, la evidente tendencia integracionista menguo sumamente los alcances a los que podría haber llegado, pero que fueron satisfactoriamente corregidos por la revisión profunda realizada por la OIT en pro de estos pueblos.

Por otro lado, resulta evidente que el Convenio 169 es el instrumento internacional más completo y actualizado acerca de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos indígenas y tribales y constituye, esencialmente, un documento básico y exhaustivo como espacio de negociación y que en gran medida supera para bien lo dispuesto inicialmente por su antecesor.

Al final, no debemos olvidar que la diversidad cultural siempre será positiva para el entorno humano. Proporciona riqueza, libertad, experiencias, originalidad, dignidad. La cultura es nuestra identidad, nuestro sello personal. ¿Qué sería de este mundo sin ella? Es un verdadero valor, y los valores jamás debemos estar dispuestos a perderlos y mucho

menos negociar con ellos.

7. Bibliografía

AMPARO RODRÍGUEZ G., *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia. Luchas, contenido y relaciones*, Colección Textos de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2015

BRETÓN SOLO DE ZALDÍVAR V., *Cooperación al desarrollo y demandas étnicas en los Andes ecuatorianos. Ensayos sobre indigenismo, desarrollo rural y neoindigenismo*, Flacso-Ecuador, Universitat de Lleida, 2001

FERREIRA DE CARVALHO E., FERNÁNDEZ E., *El discurso de la modernidad y los derechos indígenas en Brasil*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2015

OLIVA MARTÍNEZ J.D., *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos. Fundamentos, contextos formativos y normas de Derecho Internacional*, Universidad Carlos III de Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Colección Monografías, Madrid, 2012

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Poblaciones indígenas*, Ginebra, 1953

RENS J., *El Programa Andino*, Ginebra, 1961

STAELENS P., *El Convenio 169 de la OIT: de una política integracionista al reconocimiento del derecho a la entidad de los pueblos indígenas*, en *Derechos indígenas en la actualidad*, UNAM, IIJ, Serie E, n. 59

Web sites

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf

https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/session_10_crp_4.pdf

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre las plantaciones 1958 (núm. 110)*

Pablo PUENTE MARTÍNEZ**

RESUMEN: El trabajo en las plantaciones tiene dedicados tres instrumentos normativos específicos de la OIT, aun así, son constantes las denuncias de casos de esclavitud y por abusos laborales. Entendemos que el problema no nace del contenido de la norma sino de la falta de control y de aplicación, por ello, se propone simultáneamente la aplicación de medidas de *softlaw* entre países e instituciones y el fortalecimiento de la negociación colectiva con empresas locales y transnacionales.

Palabras clave: Plantaciones, condiciones de Trabajo, C110, OIT, Convenio núm. 110.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Contextualizando... El trabajo en las plantaciones. 3. La regulación de las condiciones de trabajo en las plantaciones al albor de los instrumentos específicos de la OIT. 3.1. El Convenio núm. 110 OIT. 3.2. Recomendación relativa al convenio (R110). 3.3. Protocolo relativo al convenio (P110). 3.4 Valoración de conjunto. 4. Alternativas para la mejora de la aplicabilidad de los instrumentos de regulación internacional. 5. Bibliografía.

* El autor agradece la labor de revisión realizada por ayudar a que estas líneas sean mejores.

** Personal Investigador en Formación. Universidad de Salamanca.

Plantations Convention 1958 (No. 110)

ABSTRACT: Even though ILO has dedicated three specific normative instruments about work in plantations, there are constant reports of cases of slavery and labour abuse. We face up to the fact that the main problem is not related to the content of the normative instruments but from the lack of control and application of those ones. For this reason, a simultaneous application of soft law between countries and institutions and the strengthening of collective bargaining with local and transnational companies should be done.

Key Words: Plantations, Conditions of employment, C110, ILO, Convention num. 110.

1. Introducción

El presente trabajo, dedicado al Convenio núm. 110 de la OIT, sobre las plantaciones, adoptado el 24 de junio de 1958 y con entrada en vigor el 22 de enero de 1960, (C110 en adelante), se realiza en un momento de necesidad de impulso por los organismos internacionales dado el mantenimiento de un sistema de precariedad y explotación laboral, que en el seno de la OIT ya quedó patente en las reuniones, comisiones, actas y estudios que fueron llevados a cabo, de forma previa, para la promulgación del C110 en la década de los años 50 del siglo pasado.

El trabajo en las plantaciones es una actividad que se extiende por casi todo el globo constituyendo un importante factor económico en muchos países en desarrollo¹. Se configura de formas diversas en función de múltiples factores asociados a la ubicación y extensión de la plantación, el tipo de cultivo, el país en que se produzca e incluso las condiciones climáticas. Esto supone un reto para el éxito de las normas internacionales que tienen por objetivo la justicia social y dotar a los trabajadores de la oportunidad de *perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades*, tal y como señala el apartado II a) de la Declaración de Filadelfia de 1944.

El C110 es complementado por una recomendación (R110) y un protocolo (P110) específicos, formando parte, todos ellos, de los instrumentos actualizados de la OIT². Ahora bien, la dimensión normativa del C110, dada el gran número de materias reguladas y su profundización³, no parece verse acompañada de una aceptación generalizada, pues en la actualidad el C110 solo se encuentra ratificado en diez países, de los que

¹ OIT, *Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, 4^a Ed., Ginebra, 2019, p. 110.

² Al mismo tiempo que el C110 se aprobó la Recomendación sobre las condiciones de empleo de los trabajadores de las plantaciones, 1958 (núm. 110), proponiendo unas directrices más detalladas en su aplicación. Por otro lado, el Protocolo al Convenio relativo a las condiciones de empleo de los trabajadores de las plantaciones (núm. 110), de 18 de junio de 1982, flexibiliza la concepción de las plantaciones susceptibles de ser incluidas, o excluidas, en el ámbito del C110. El total de instrumentos normativos actualizados pueden consultarse en el siguiente listado: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12030> [Visto en línea: 30-10-2019].

³ El C110 recoge en su regulación aspectos sobre materias tan diversas como contratación, limitación del régimen sancionador, salarios, descansos y vacaciones, protección de la maternidad, indemnización por accidentes de trabajo, negociación colectiva y libertad sindical, Inspección de Trabajo, vivienda o asistencia médica.

dos también han asumido el P110⁴.

Antes de entrar a valorar los instrumentos normativos específicos que ha dispuesto la OIT para regular el trabajo en el ámbito de las plantaciones, resulta necesario abordar en qué condiciones se desempeña el mismo. Posteriormente se abordará su regulación al albor de las normas e instrumentos internacionales, si bien es cierto, no se profundizará tanto en el contenido concreto de las normas, el cual es presentado como una síntesis descriptiva de aquellos aspectos de mayor relevancia, sino que se abordará su eficacia normativa y su posible falta de juridicidad, para, finalmente, abordar una serie de cuestiones relativas a la posible mejora de la implantación normativa.

2. Contextualizando... El trabajo en las plantaciones

El trabajo en las plantaciones esconde todavía muchas de las peores costumbres de la época colonial. Otras, simplemente, se han adaptado a los nuevos tiempos y bien, mediante la aplicación de una normativa poco garante o permisiva, actuaciones dotadas de aparente legalidad o directamente con incumplimientos flagrantes de las leyes, motivado por la falta de vigilancia y de sistemas coercitivos eficaces, se encuentran dentro de lo que se ha denominado esclavitud moderna o contemporánea.

Este concepto va más allá del derecho de propiedad de la persona, sobre el que se basa la esclavitud *clásica*, concebida en los principales textos internacionales, e incluye nuevas formas de esclavitud basadas en la explotación laboral y el control pleno de los trabajadores⁵.

⁴ El C110 se encuentra vigente en: País (fecha de ratificación), Côte d'Ivoire (05/05/1961), Cuba (30/12/1958), Ecuador (03/10/1969), Filipinas (10/10/1968), Guatemala (04/08/1961), México (20/06/1960), Nicaragua 01/10/1981), Panamá (15/07/1971), Sri Lanka (24/04/1995) y Uruguay (28/07/1973). También lo ratificaron Brasil (01/03/1965) y Liberia (22/07/1959), aunque con posterioridad procedieron a su denuncia llevando la pérdida de vigencia (28/08/1970 y 22/01/1971, respectivamente). Del mismo modo, destacar la ratificación del P110 en Cuba (11/01/1984) y Uruguay (17/12/1984).

⁵ M. GARCÍA, *Nueva esclavitud y tráfico de seres humanos*, en M. GARCÍA ARÁN (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, pp. 3 y ss. Adicionalmente, sirva de muestra, lo denunciado en el último informe sobre la aplicación de las normas internacionales de trabajo. Vid., OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte A)*, Ginebra, 2019: Denuncias frente a discriminación antisindical en plantaciones bananeras en Belice (p. 56); Modalidades contractuales para plantaciones bananeras que obstaculizan la negociación colectiva en Ecuador (p. 71); Actos de violencia contra trabajadores huelguistas en Mozambique (p. 117); Trabajo forzoso en plantaciones de tabaco en Malawi (p. 246); Trabajo infantil en

La esclavitud moderna *puede explicarse en términos casi exclusivamente económicos*⁶ dada la gran influencia de la globalización, que otorga a la explotación laboral un modo de maximización del beneficio. Ello no sería posible, o al menos no con la extensión de hoy día, sino fuera por el aprovechamiento de situaciones de necesidad que devienen de una alta pobreza, de la escasez de alternativas laborales o de ciertas costumbres como la utilización del trabajo infantil, por parte de las familias, como un bien intercambiable.

El elemento locativo vinculado a las plantaciones resulta imprescindible para explicar por qué las difíciles condiciones de trabajo están tan extendidas en diferentes países. Las plantaciones se caracterizan por ser grandes superficies de cultivo comúnmente alejadas de las zonas metropolitanas⁷, provocando con ello el aislamiento necesario para que tengan lugar toda clase de abusos laborales como son el establecimiento de largas jornadas de trabajo, unos salarios extremadamente bajos, la compensación del salario por deudas de alojamiento, transporte u otros servicios prestados por los empleadores, el pago en forma distinta a la moneda e incluso posibilitando que operen organizaciones criminales dedicadas a la trata de personas⁸.

Junto a la ubicación, la escasez de infraestructuras y medios de transporte juegan un papel crucial, al provocar que los trabajadores se vean obligados a residir junto a sus familias en instalaciones de la propia plantación, lo

plantaciones y otras actividades en Côte d'Ivoire (p. 281); Explotación de personas en plantaciones de caña de azúcar en Haití (p. 306); Tráfico y trabajo infantil en las plantaciones en Indonesia (p. 313); Trabajo peligroso de niños en plantaciones de tabaco y algodón en Kazajstán (p. 320); Trabajo infantil en plantaciones de vainilla en Madagascar (p. 336); Impedir el acceso a la educación pública a los hijos de trabajadores no nacionales en plantaciones de Malasia (p. 340); Realización de trabajos peligrosos por menores en plantaciones de té y tabaco de Malawi (p. 343); Trabajo de niños en plantaciones de Mozambique (p. 354); Sector semi informal en plantaciones agrícolas en Nigeria (p. 369); Mujeres en puestos de baja remuneración en plantaciones de té en Sri Lanka (p. 484); Gravamen anual sobre trabajadores extranjeros en plantaciones de Malasia (p. 644); Personas privadas de libertad y sometidas a trabajos forzados en plantaciones de Cuba (p. 681).

⁶ C. VILLACAMPA, *La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2013, n. 10, pp. 298 y ss.

⁷ M.I. FINLEY, *Esclavitud antigua e ideología moderna* (Traducción de A. MOYA), Editorial Crítica, Barcelona, 1982, p. 165. Ya señaló la importancia del distanciamiento del lugar donde se produce la esclavitud para su pervivencia.

⁸ Cfr. D. WEISSBRODT, *La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas*, OHCHR, Ginebra, 2002, p. 22.; Y. MOLINERO, G. AVALLONE, *Producendo comida y trabajo baratos: migraciones y agricultura en la ecología-mundo capitalista*, en *Relaciones Internacionales*, 2016, n. 33, pp. 35 y ss. y M. GARCÍA, *Nueva esclavitud...*, op. cit., p. 9.

cual supone riesgos adicionales, como el de generar una total dependencia económica para la familia y dificultar la búsqueda de alternativas en las fuentes de ingresos; restringir el acceso a la asistencia médica o la solicitud de ayuda y/o denuncia de abusos ante las autoridades competentes o dificultar el acceso de los niños a la educación y exponerlos a la posibilidad de terminar trabajando en las mismas plantaciones⁹.

También, resulta imprescindible señalar las deficiencias en la seguridad y las duras condiciones de trabajo a las que se encuentran expuestos las personas que prestan servicios, donde toma especial relevancia el trabajo infantil, además de estar invisibilizado por contribuir a paliar las necesidades familiares, la realización de labores en esta actividad es especialmente lesiva para su salud física y mental, se les exigen grandes esfuerzos para sus cuerpos en desarrollo y responsabilidades y comportamientos propios de las personas adultas¹⁰.

Desde el punto de vista del medio natural, hay que traer a colación cómo la deforestación, los cultivos extensivos y el uso intensivo de fertilizantes también generan problemas en el medioambiente y la contaminación del agua. La perspectiva social, no se presenta más optimista, pues habría que destacar, entre otros, la afectación negativa sobre la salud de las personas, el desplazamiento de la población autóctona o cómo el cambio en los cultivos provoca el desabastecimiento en los mercados locales de unos productos y la caída de precios en otros que son cultivados¹¹.

Finalmente, no podemos obviar en este apartado el importantísimo papel que juegan las empresas transnacionales, pues de ellas parten las grandes inversiones para seguir explotando un trabajo con escasa remuneración debido a su influencia en los precios finales de sus productos. En este sentido, se opta por incentivar la tecnificación de los procesos para el

⁹ P. HURST, *Trabajadores agrícolas y su contribución a la agricultura y el desarrollo rural sostenible*, FAO-OIT-UITA, Ginebra, 2007, pp. 27 y 30. Señalando que la situación todavía es más dramática si los trabajadores están desplazados o son inmigrantes.

¹⁰ Ibíd., pp. 30 y ss.; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *El gran escándalo del aceite de palma. Abusos laborales detrás de grandes marcas*, Amnistía Internacional, 2016, pp. 2 y ss. y A. Keita, *The Implementation of ILO Child Labour Standards in Africa: Mali – an Assessment from a Socio-Legal Perspective*, en G. NESI, L. NOGLER, M. PERTILE (editores), *Child Labour in a Globalized World*, Ashgate, Hampshire, 2008, p. 350, señalando que el trabajo de los menores de 5 a 17 años en las zonas agrícolas de Mali alcanza hasta el 71% de ocupación.

¹¹ S. VAN DER WAL, *Sustainability Issues in the Tea Sector: A Comparative Analysis of Six Leading Producing Countries*, SOMO, Amsterdam, 2008, p. 37; M. TEUBAL, *Globalización y nueva ruralidad en América Latina*, en N. GIARRACCA (compiladora), *¿Una nueva ruralidad en América Latina?*, Clacso, Buenos Aires, 2005, p. 42; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *El gran escándalo...*, op. cit., p. 5. y P. HURST, *Trabajadores agrícolas...*, op. cit., p. 27. Señalando este último cómo pequeños propietarios agricultores se ven en la necesidad de prestar servicios en las plantaciones por la ausencia de recursos económicos.

distanciamiento entre la producción y la creación de valor mediante la generación de redes globales de producción y distribución creando asimetrías en la relación Norte-Sur¹².

3. La regulación de las condiciones de trabajo en las plantaciones al albor de los instrumentos específicos de la OIT

En el año 1958, cuando se promulgaron los instrumentos C110 y R110, los estudios, informes y actas de reuniones de la OIT ya reflejaban la dramática situación del colectivo de los trabajadores en las plantaciones, motivo por el que se apostó decididamente por elaborar unos instrumentos específicos que dotaran de un estatus jurídico las relaciones de trabajo en esta actividad. Se optó por esta vía teniendo en cuenta que llevar el reconcomiendo de los mismos derechos y garantías mediante la elaboración de convenios, protocolos o recomendaciones delimitados a materias concretas, pero de mayor alcance en cuanto a la tipología de trabajadores incluidos en ellos, iba a suponer una dificultad y sacrificio temporal para requerir el consenso necesario, que de facto aplazaría *sine die* la protección de las condiciones de trabajo en las plantaciones.

Por ello, cuando el lector tiene ante sí el C110 percibe que se encuentra cerca de lo que podría constituir un código de trabajo, dada su extensión y la totalidad de materias que regula en su contenido.

3.1. El Convenio núm. 110 OIT

En primer lugar, destacar las disposiciones generales y finales, que recogen aquellas cuestiones relativas al objeto, ámbito de aplicación, derecho a la no discriminación y los requisitos para la ratificación, seguimiento y

¹² Y. MOLINERO, G. AVALLONE, *Producendo comida y trabajo baratos: migraciones y agricultura en la ecología-mundo capitalista*, en *Relaciones Internacionales*, 2016, n. 33, pp. 35 y ss. y M.I. FINLEY, *Esclavitud antigua..., op. cit.*, p. 165. En el mismo sentido, W. SANGUINETI, *La construcción de la dimensión transnacional de la representación sindical y la autonomía colectiva*, J. CRUZ VILLALÓN, R. MENÉNDEZ CALVO, M. NOGUEIRA GUSTAVINO (coords.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*, Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 243 y ss. Señala que es en este ámbito donde se genera la pérdida de efectividad de los instrumentos tradicionales de acción colectiva, con especial incidencia en aquellos que derivan de procesos globales y de la transnacionalización de las empresas, dada la inadecuación de los mecanismos de regulación de la OIT en este ámbito, la diversidad de las características económicas, dificultades organizativas y el carácter sustitutorio que existe entre trabajadores de distintas localizaciones.

denuncia.

A continuación, señalar la existencia de tres partes más de obligado cumplimiento, para finalizar con otras nueve, de las que los estados deben seleccionar *por lo menos* dos de ellas para su aplicación (art. 3), quedando para las partes excluidas la obligación de informar en las memorias anuales (art. 22 Constitución OIT) de los progresos realizados sobre las mismas con miras a su posterior aplicación.

Pese a que esta última fórmula invita a sospechar a cerca de una posible pérdida de eficacia del convenio por la renuncia expresa del estado ratificante, lo cierto es que solo uno de los países donde se encuentra en vigor ha ejercido esta posibilidad¹³, asumiendo la totalidad el resto de países donde continúa en vigor.

El *ámbito de aplicación* del C110 corresponde (art. 1 y ss.) a las relaciones de trabajo, en igual medida y *sin distinción de raza, color, sexo, religión, opinión política, nacionalidad, origen social, tribu o afiliación sindical*, de plantaciones situadas en una zona tropical o subtropical de aquellos países que lo hayan ratificado. Entendiéndose por plantación toda empresa agrícola –incluidas las que se dediquen al proceso de *transformación primaria*– que ocupe regularmente trabajadores asalariados y se dedique a cultivar o producir con fines comerciales *café, té, caña de azúcar, caucho, plátanos, cacao, coco, maní, algodón, tabaco, fibras (sisal, yute y cáñamo), frutas cítricas, aceite de palma, quina y piña*¹⁴.

Materias de obligado cumplimiento:

- i. En *materia salarial* (arts. 24 a 35) se estimularán los contratos colectivos celebrados libremente entre sindicatos y empleadores o sus organizaciones, y cuando no fuera posible se establecerán los salarios mínimos de carácter indisponible. Reconociéndose en favor del trabajador un derecho de información *en forma apropiada y comprensible* y fijando el deber del Estado de efectuar el control, inspección y establecer las sanciones y vías adecuadas para que el trabajador cobre lo adeudado¹⁵.

¹³ Sri Lanka sólo ratificó las partes relativas a la Protección de la Maternidad; Indemnización por Accidentes del Trabajo y Servicios de Asistencia Médica.

¹⁴ Adicionalmente, se reconoce la capacidad de los estados de ampliar la protección dispensada en el convenio previa consulta, cuando existan, de las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores interesadas, agregando cualquier otro producto u otras categorías de empresas que estén catalogadas como plantaciones, de acuerdo con las normas nacionales. Quedando excluidas, en todo caso, las pequeñas empresas o familiares que produzcan para mercados locales y no empleen regularmente trabajadores asalariados.

¹⁵ El pago del salario podrá ser en efectivo –quedando excluidas formas de

- ii. *Derecho de Sindicación y de Negociación colectiva* (arts. 54 a 61). Se garantiza el derecho de asociarse a empleadores y trabajadores, así como la sumariedad y sencillez de los procedimientos para examinar conflictos¹⁶. Adicionalmente, se propone el estímulo y desarrollo de procedimientos de negociación voluntaria con objeto de reglamentar contratos colectivos y condiciones de empleo, imprescindibles para el desarrollo de la autotutela colectiva y dotar de legitimidad el desarrollo normativo que recoge el C110.
 En el ámbito de la libertad de sindicación se reconoce la protección al trabajador frente a acciones represivas, como discriminación o despido, en relación con su condición de afiliado o de participación en actividades sindicales. En sentido similar, se protege las organizaciones de trabajadores frente a la injerencia de los empleadores, especialmente en relación con la posibilidad que dichas organizaciones queden controladas por estos.
- iii. *Sistema de Inspección del Trabajo*, (arts. 71 a 84) será obligatorio y entre sus funciones destacar las de velar por el cumplimiento de las normas; informar y asesorar técnicamente sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales; poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o abusos que no estén cubiertos por el marco normativo y cualquier otra función que se les encomiende, sin que estas deban entorpecer el cumplimiento efectivo de su ejercicio o comprometa su autoridad e imparcialidad.
 El personal de inspección se compondrá de funcionarios públicos, cuya situación jurídica garantice su independencia y estabilidad en el empleo. Los inspectores recibirán la *preparación adecuada* para desarrollar la actividad inspectora¹⁷ y se impondrán facilidades para

representación monetaria como pagarés, vales o cupones– o parcialmente en especie, con garantías para la adecuación del cálculo del valor correcto y de la adecuación a las necesidades personales y familiares. Se prohíben las coacciones al trabajador para acudir al economato de la empresa, que estos sean utilizados con la finalidad de obtener rendimientos, o respecto de su libertad para disponer del salario.

¹⁶ Además de estimular la evitación del conflicto también se crearán organismos para la solución de conflictos por medio de la conciliación y estarán compuestos en igualdad de número y condiciones por las partes.

¹⁷ Los inspectores, debidamente acreditados, podrán entrar libremente y sin previa notificación en todo lugar de trabajo sujeto a inspección; proceder a la realización de pruebas, investigación o examen para observar el cumplimiento de las normas. Para ello podrán interrogar a testigos, al empleador o al personal de la empresa conforme a las exigencias legales; solicitar libros, documentos, registros o requerir la colocación de avisos; y proceder a la toma de muestras, sustancias o material con el propósito de analizarlos. Como garantía para las partes se les impone la prohibición de tener cualquier interés directo o indirecto con las empresas bajo su vigilancia, la exigencia de no revelar

que los trabajadores o sus representantes puedan comunicarse con ellos libremente.

Materias susceptibles de exclusión:

- i. *Contratación y Reclutamiento, y Trabajadores Migrantes* (arts. 5 a 19). Para el reclutamiento profesional se requiere un permiso por parte de la autoridad competente, siendo aplicable al empleador y a terceros vinculados a él. Entendiéndose por reclutamiento las operaciones realizadas para la obtención de mano de obra, para sí o terceros, de personas que no ofrezcan sus servicios espontáneamente, estableciéndose ciertas garantías¹⁸ en favor del trabajador reclutado y su familia con la finalidad de prevenir situaciones de desamparo y la trata de personas.
- ii. *Contratos de Trabajo y Abolición de Sanciones Penales* (arts. 20 a 23) Se reconoce la forma escrita y verbal para formalizar el contrato de trabajo, para el que se prevé una duración máxima¹⁹ y se obliga a los estados a abolir las sanciones penales por incumplimientos²⁰ del contrato de trabajo.
- iii. Las *Vacaciones Anuales Pagadas* (arts. 36 a 42) podrán establecerse por vía reglamentaria o mediante acuerdo colectivo. Adicionalmente, se prevé la posibilidad de establecer regímenes más favorables para los trabajadores jóvenes o para aquellos que aumentan el tiempo de servicio. Siendo nulo cualquier pacto con el trabajador que implique el abandono o renuncia a este derecho y, al mismo tiempo, se excluye del tiempo de vacaciones los períodos de descanso y días feriados, así como las interrupciones del trabajo por enfermedad o accidente.
- iv. Se establece un *Descanso semanal* (arts. 43 a 45) mínimo de

secretos de empresa y un deber de confidencialidad sobre el origen de las quejas.

¹⁸ Su presentación ante funcionario público, la entrega de la documentación oportuna cuando no se contrate en origen, el sometimiento a reconocimiento médico, respecto de las condiciones de traslado y víveres necesarios o de repatriación por cuenta del empleador

¹⁹ De modo genérico, se establece una duración máxima de 12 meses cuando el viaje no sea largo ni costo, ampliable a 2 años si le acompaña la familia, ampliándose a 2 y 3 años cuando el viaje sea largo y costoso. Añadiéndose la posibilidad de una exclusión selectiva sobre estos límites, por parte de la autoridad competente mediando consulta previa con las organizaciones de trabajadores y empleadores, para los trabajadores no manuales *cuando su libertad para elegir un empleo esté garantizada*.

²⁰ Se incluyen entre los incumplimientos la omisión o negativa de ejecutar un trabajo; la negligencia o falta de diligencia del trabajador; la ausencia no autorizada o injustificada y la deserción del trabajador.

veinticuatro horas consecutivas cada período de siete días que se aplicará, siempre que sea posible, al mismo tiempo a todos los trabajadores de cada plantación, coincidiendo con los días consagrados por tradición o costumbres del lugar y cuando ello no fuera posible se prevé otros períodos de descanso compensatorio.

- v. En el ámbito de *Protección de la Maternidad* (arts. 46 a 50). Queda señalado que toda mujer tendrá derecho a un descanso de maternidad mínimo de doce semanas, siendo seis de ellas obligatorias después del parto, si bien es cierto, este derecho se puede subordinar a un período previo de antigüedad. Se establece la prohibición de imponer trabajos perjudiciales y una serie de garantías de prestación económica, médica, para la lactancia y de protección frente al despido.
- vi. En materia de *Indemnización por Accidentes del Trabajo* (arts. 51 a 53) se establece la obligación de extender a los trabajadores de las plantaciones el beneficio de las normas que tengan por objeto indemnizar a las víctimas de accidentes sobrevenidos a causa del trabajo o durante su ejecución. Del mismo modo, se establece una igualdad de trato entre los trabajadores nacionales y los extranjeros y sus derechohabientes procedentes de estados ratificantes del convenio sin ninguna condición de residencia.
- vii. En el ámbito de la *Libertad Sindical* (arts. 62 a 70) se establece, en igualdad de condiciones, la capacidad de constituir, afiliación, autorregulación y federación para los trabajadores y empleadores²¹. Las agrupaciones colectivas o sus miembros, en el ejercicio de los derechos reconocidos deberán respetar la legalidad, del mismo modo que la legislación no podrá menoscabar sus garantías, ni tampoco se podrá disolver o suspender las organizaciones por vía administrativa.
- viii. Respecto de la *Vivienda* (arts. 85 a 88). Se pretende el estímulo de medidas, por parte de la autoridad competente, destinadas a proporcionar una vivienda adecuada a los trabajadores las

²¹ Así, sin distinción de ningún tipo, se les reconoce el derecho de constituir organizaciones que tengan por objeto fomentar y defender los intereses de trabajadores y empleadores respectivamente. De igual manera, se reconoce la libertad de afiliación, con la condición de observar los estatutos. Las organizaciones tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos, de elegir libremente a sus representantes y de formular sus programas de acción. Una vez constituidas, tendrán el derecho de constituir o afiliarse a federaciones o confederaciones, incluyendo las de ámbito internacional. A las federaciones y confederaciones la misma capacidad de autorregulación y la adquisición de la personalidad jurídica que a las organizaciones que la conforman.

plantaciones. Dichas medidas, mediando consulta con las organizaciones de trabajadores y empleadores, consistirán en la regulación de condiciones mínimas²²; establecimiento de sanciones apropiadas; o un *plazo razonable* para que los trabajadores despedidos dejen su alojamiento.

Finalmente, aparecen los *Servicios de Asistencia Médica* (arts. 89 a 91) con la encomienda a la autoridad pública el estímulo de medidas dedicadas a proporcionar unos servicios adecuados y ajustados a las normas, costumbres y prácticas seguidas por la autoridad interesada. Asimismo, se atenderá a una ratio *suficiente* entre el personal cualificado y el número personas a su cargo y se adoptarán medidas para combatir las enfermedades endémicas.

3.2. Recomendación relativa al convenio (R110)

La ratificación del C110 no convierte en vinculante la R110, pero sí establece la obligación de informar a los estados ratificantes su ejecución. También hay que señalar cómo profundiza o recoge materias no incluidas en el convenio. En este sentido, destacar la obligación de las autoridades de velar por un sistema de *formación profesional* eficaz, encomendando dicha formación a un cuerpo de profesores e instructores cualificados y a los encargados de la explotación.

Sobre los *salarios*, se imponen obligaciones de información y registro para el empleador y de velar por la igualdad de remuneración, por la protección eficaz, el establecimiento de salarios mínimos y la limitación de los anticipos para las autoridades.

La *duración del trabajo* queda limitada a un máximo de ocho horas diarias y cuarenta semanales con alguna excepción, como la realización de horas extraordinarias sujetas a una mayor remuneración que la hora ordinaria. Finalizando con el *seguro social*, para el que los estados tratarán de extender el beneficio de sus normas a los trabajadores de las plantaciones u otros empleados para proteger frente a la enfermedad, invalidez, vejez y otros riesgos análogos.

²² Sobre materiales de construcción, tamaño mínimo y disposición del alojamiento o el aprovisionamiento de agua e instalaciones sanitarias.

3.3. Protocolo relativo al convenio (P110)

El único motivo por el que se llevó a cabo este protocolo se debe a que la Comisión del Trabajo en Plantaciones observó que el tamaño de estas variaba enormemente en función de un país a otro y en función de los cultivos practicados²³, lo que generaba problemas de aceptación en los países dada la amplitud del concepto de plantación que recogía el C110. Por ello, se permite (art. 1.2), previa consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores, excluir de la aplicación del Convenio a las empresas cuya superficie no exceda de 5 hectáreas (12,5 acres) y que durante un año civil no hayan empleado en ningún momento más de 10 trabajadores.

Ahora bien, se establece un seguimiento en las memorias anuales para evitar la exclusión del convenio de las plantaciones creadas por división con posterioridad al protocolo.

En las reuniones en que se llevó a cabo este instrumento también se hicieron constar lagunas del convenio y de la recomendación en lo que respecta a la seguridad e higiene profesional de los trabajadores de las plantaciones, pero que finalmente no fueron incluidas²⁴.

3.4. Valoración de conjunto

Dadas las materias que tratan los textos comentados podemos asegurar que nos encontramos ante algunos de los instrumentos más complejos de la OIT. En primer lugar, llama la atención cómo la redacción del C110, en términos generales, resulta un tanto ambigua y tiene una falta de concreción para el reconocimiento de derechos y garantías. Se ignora si ello ha sido fruto de la necesidad de aunar un gran consenso en las negociaciones previas a su aprobación; de la dificultad de regular una cuestión, como las condiciones de trabajo en las plantaciones, que presenta realidades socialmente diferenciadas; de un proceso de técnica jurídica con el objetivo de implantar criterios flexibles o una combinación de todos ellos.

Por otro lado, la R110, no reviste la necesidad de ser ratificada por los estados y, si bien aparece con carácter dispositivo y aparenta carecer de fuerza vinculante, sirve de orientación para la aplicación e interpretación del C110²⁵.

²³ OIT, *Revisión del Convenio sobre plantaciones (núm. 110) y de las Recomendaciones sobre las plantaciones (núm. 110)*, 1958, OIT, Ginebra, 1982, p. 3.

²⁴ Ibíd.

²⁵ J. GARCÍA MURCIA, *La legislación laboral internacional: mandato y función de la Organización*

Lo cierto es que, la redacción del C110 así contemplada junto a los dos primeros motivos, parecen dar fuerza a alguna de las críticas conservadoras sobre el Derecho Social, como es *la falta de juridicidad*²⁶. Esta crítica se ve superada en tanto dicha redacción permite una interpretación sobre el texto y su posterior aplicación basada en criterios actualizados facilitando una mayor adaptación al trabajo en tiempo presente y futuro.

Muestra de ello resulta de señalar cómo el reconocimiento de ciertos derechos o garantías se ha realizado de forma expresa²⁷, sin dejar lugar a dudas interpretativas, frente a otras cuestiones donde el contexto en que se presenten dota de una mayor necesidad de relativización, tal y como ha dispuesto la flexibilidad arriba mencionada²⁸.

Por supuesto, con más de medio siglo de historia podría revisarse y ajustar su contenido, especialmente en materia de Prevención de Riesgos Laborales, pero entendemos que en su conjunto son textos bastante completos y garantes en cuanto al derecho positivizado, por lo que abordar esta cuestión no debería estar entre las prioritarias. Por el contrario, sí debería ser prioritario alcanzar un mayor número de estados ratificantes y que todos ellos sean garantes de su aplicación y cumplimiento.

Por último, resulta interesante señalar la coexistencia de los instrumentos normativos aquí descritos con otros instrumentos de la OIT destinados a la generalidad de los trabajadores. Los relativos a las plantaciones amplios en contenido y concretos en ámbito de aplicación, por otros específicos en contenido y amplios en el ámbito de aplicación, residiendo una gran diferencia en el número de países ratificantes.

Internacional de Trabajo, en *Documentación Laboral*, 2019, n. 1, pp. 13-14.

²⁶ A. SUPIOT, *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total* (Traducción de J. TERRÉ), Ediciones Península, Barcelona, 2011, p. 165.

²⁷ Algunas de las principales muestras de lo expresado las encontramos cuando se establece la prohibición de discriminación, el descanso semanal de veinticuatro horas, la extensión a los trabajadores del régimen general de protección por accidente de trabajo, el descanso mínimo por embarazo, la abolición de sanciones penales derivadas de incumplimientos contractuales, etc.

²⁸ Destacar la ambigüedad sobre el ámbito de las plantaciones susceptibles de formar parte de la aplicación del C110, la duración de las vacaciones anuales remuneradas, la cuantía del salario mínimo, las condiciones de vivienda digna o los servicios de asistencia médica.

4. Posibilidades para la mejora de la aplicabilidad de los instrumentos de regulación internacional

Todo lo expuesto nos lleva a señalar la existencia de un déficit de derechos en las plantaciones y, como se ha visto, esto no se produce por una ausencia normativa, basta con observar, por ejemplo, la gran aceptación por los estados de los convenios fundamentales²⁹ que impregnan todas las relaciones laborales y su mera observancia debieran impedir los abusos descritos al inicio de este trabajo. Así, se traslada la responsabilidad a los estados y organismos internacionales, pues resulta imprescindible dedicar esfuerzos a procurar la aplicabilidad de las normas y el cumplimiento de unos estándares mínimos en materia de Derechos Humanos.

Por ello, la acción normativa tradicional de la OIT debe ir más allá y combinarse de un modo más intenso, pues hasta ahora no ha sido suficiente, con la función de asistencia a los estados y utilizar su influencia y capacidades diplomáticas para vincular mediante mecanismos de *soft law* a los que participan y se benefician de modo alguno en esta actividad agrícola, como son los estados y sus gobiernos, las empresas transnacionales o las organizaciones sindicales y empresariales. Esto no debería suponer un abandono de la acción normativa, ni una modificación de gran calado en el régimen jurídico de las normas internacionales, pero sí el cambio de perspectiva con la que afrontar el problema³⁰.

También resulta imprescindible el apoyo y fortalecimiento de las organizaciones sindicales en cada uno de los territorios, pues es en los movimientos sociales de carácter colectivo donde los trabajadores pueden lograr una mayor resistencia frente a los abusos. Propuestas no faltan para ello, además de partir de ante mano con la posibilidad de ejercer con garantías la libertad sindical, algunos autores proponen generar estrategias y relaciones de solidaridad entre trabajadores asalariados y pequeños empresarios agrícolas que sufren fuerte dependencia económica de las

²⁹ A modo ilustrativo, el C087, sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación y el C029, sobre el trabajo forzoso, cuentan con 155 y 178 estados ratificantes respectivamente.

³⁰ En palabras de J.L. GIL Y GIL, *Justicia social y acción normativa de la OIT*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2015, n. 4, pp. 228-229: “la OIT puede: mejorar la política normativa y los instrumentos vinculantes ya existentes, para lograr un código internacional del trabajo más moderno y propio del siglo XXI; explorar nuevos modelos para la elaboración de las normas; conseguir que el soft law no sea una alternativa, sino un complemento del hard law y asimismo, propugnar una mejor articulación y coherencia entre las distintas iniciativas tendentes a lograr una regulación social de la globalización que concilie la eficacia económica y la justicia social”.

mismas empresas que controlan las grandes explotaciones³¹. En el mismo sentido, fomentar la actividad sindical en el ámbito de las economías regionales, o en el seno de las empresas transnacionales³². Respecto de todo ello, no debe perderse de vista los acuerdos internacionales en el sector textil, donde las empresas españolas se sitúan en la punta de lanza, y pueda exportarse algunas de las formas del modelo de negociación³³ al ámbito de las grandes empresas que se benefician del trabajo y la explotación laboral en las plantaciones.

Todo ello, por supuesto, tampoco es incompatible con otras propuestas que abordan frontalmente el problema de la violación de los Derechos Humanos mediante la creación de un *instrumento internacional jurídicamente vinculante*³⁴, o la reinstauración de las cláusulas sociales en el ámbito del comercio internacional, lo que parece no ser del agrado de los países subdesarrollados, por la sospecha de esconder un proteccionismo comercial y la posibilidad de quedar supeditados a la influencia de los países ricos³⁵. Propuestas todas ellas muy válidas y a tener en cuenta.

5. Bibliografía

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *El gran escándalo del aceite de palma. Abusos laborales detrás de grandes marcas*, Amnistía Internacional, 2016

³¹ P. HURST, *Trabajadores agrícolas...*, *op. cit.*, p. 27.

³² W. SANGUINETI, *La construcción...*, *op. cit.*, p. 244.

³³ Cfr. I. BOIX, V. GARRIDO, PROYECTO ACT. *Impulso global sindical y empresarial, de negociación colectiva local*, en W. SANGUINETI, J. VIVERO (dirs.), *La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2019, pp. 390 y ss. Señala las siguientes modalidades: Acuerdos Marco Globales, Acuerdos bilaterales de una multinacional con el sindicalismo de la casa matriz relativos a su cadena de suministros global, Acuerdos multiempresas con el sindicalismo global de proyección a un solo país, Acuerdos multiempresas con el sindicalismo global y de proyección individualizada a diversos países, Acuerdos multiempresas-multistakeholders o las Iniciativas surgidas desde los Comités de Empresa Europeos.

³⁴ Cfr. A. GUAMÁN, *Derechos humanos y empresas transnacionales: la necesidad de un instrumento internacional jurídicamente vinculante*, en *Revista de Derecho Social*, 2018, n. 81, pp. 197-218. Señalando las carencias de los instrumentos actuales y las dificultades para impulsar dicho instrumento, mediante la oposición de los estados desarrollados occidentales (UE y USA) y el fuerte *lobby* que ejercen las grandes corporaciones.

³⁵ O. Ermida, *Derechos laborales y comercio internacional*, en W. SANGUINETI, A. GARCÍA, *Globalización económica y relaciones laborales*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, pp. 132 y ss.

- BOIX I., GARRIDO V., PROYECTO ACT. *Impulso global sindical y empresarial, de negociación colectiva local*, en W. SANGUINETI, J. VIVERO (dirs.), *La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2019, pp. 388-403
- ERMIDA O., *Derechos laborales y comercio internacional*, W. Sanguineti, A. García, *Globalización económica y relaciones laborales*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003
- FINLEY M.I., *Esclavitud antigua e ideología moderna* (Traducción de A. MOYA), Editorial Crítica, Barcelona, 1982
- GARCÍA M., *Nuera esclavitud y tráfico de seres humanos*, en M. GARCÍA ARÁN (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, pp. 1-31
- GARCÍA MURCIA J., *La legislación laboral internacional: mandato y función de la Organización Internacional de Trabajo*, en *Documentación Laboral*, 2019, n. 1, pp. 9-16
- GIL Y GIL J.L., *Justicia social y acción normativa de la OIT*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2015, n. 4, pp. 191-239.
- GUAMÁN A., *Derechos humanos y empresas transnacionales: la necesidad de un instrumento internacional jurídicamente vinculante*, en *Revista de Derecho Social*, 2018, n. 81, pp. 197-218
- HURST P., *Trabajadores agrícolas y su contribución a la agricultura y el desarrollo rural sostenible*, FAO-OIT-UITA, Ginebra, 2007
- KEITA A., *The Implementation of ILO Child Labour Standards in Africa: Mali – an Assessment from a Socio-Legal Perspective*, en G. Nesi, L. Nogler, M. Pertile (editores), *Child Labour in a Globalized World*, Ashgate, Hampshire, 2008, pp. 347-368
- MOLINERO Y., AVALLONE G., *Producendo comida y trabajo baratos: migraciones y agricultura en la ecología-mundo capitalista*, en *Relaciones Internacionales*, 2016, n. 33, pp. 31-51
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Revisión del Convenio sobre plantaciones (núm. 110) y de las Recomendaciones sobre las plantaciones (núm. 110)*, 1958, OIT, Ginebra, 1982
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte A)*, Ginebra, 2019
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, 4^a Ed., Ginebra, 2019
- SANGUINETI W., *La construcción de la dimensión transnacional de la representación sindical y la autonomía colectiva*, en J. CRUZ VILLALÓN, R. MENÉNDEZ CALVO, M. NOGUEIRA GUSTAVINO (coords.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*, Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 243-260

SUPIOT A., *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total* (Traducción de J. Terré), Ediciones Península, Barcelona, 2011

TEUBAL M., *Globalización y nueva ruralidad en América Latina*, en N. GIARRACCA (compiladora), *¿Una nueva ruralidad en América Latina?*, Clacso, Buenos Aires, 2005, pp. 37-56

VAN DER WAL S., *Sustainability Issues in the Tea Sector: A Comparative Analysis of Six Leading Producing Countries*, SOMO, Amsterdam, 2008

VILLACAMPA C., *La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2013, n. 10, pp. 293-342

WEISSBRODT D., *La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas*, OHCHR, Ginebra, 2002

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la protección contra las radiaciones 1960 (núm. 115)

Isabel María PÉREZ GÁZQUEZ*

RESUMEN: La protección de la seguridad y salud de los trabajadores como medida para garantizar un trabajo decente y, con ello, contribuir a la justicia social, incluye como elemento necesario la protección de éstos ante las posibles radiaciones existentes en su puesto de trabajo. Protección en la que ha tenido un papel fundamental el Convenio de la OIT número 115, cuyo objetivo es reforzar el campo de la prevención como medida para proteger, de forma eficaz, la salud de los trabajadores y evitar la aparición de enfermedades ocupacionales relacionadas con un alto nivel de exposición a las radiaciones ionizantes en el entorno laboral. Para ello, establece un conjunto de medidas de prevención, control y vigilancia cuyos elementos centrales son la participación de todos los agentes y partes implicadas en las actividades ocupacionales expuestas a agentes radiactivos, así como la necesidad de adaptación de tales medidas a la evolución de la ciencia.

Palabras clave: Radiación, enfermedad, trabajadores, prevención, vigilancia.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Contenido del convenio. 2.1. Ámbito de aplicación. 2.2. Medidas de protección. 2.2.1. Limitación de la dosis de exposición. 2.2.2. Clasificación y señalización de zonas de riesgo. 2.2.3. Formación de los trabajadores. 2.2.4. Medidas de inspección. 3. Normativa española en materia de protección radiológica. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Doctora Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Murcia. Profesora Ayudante Doctor UCAM.

Radiation Protection Convention 1960 (No. 115)

ABSTRACT: The protection of workers' health and safety as a way of guarantee a decent work and, thereby, contribute to social justice, includes their protection from possible existing radiation in their work place as a necessary element against possible radiation. Protection in which ILO Convention No. 15 has played a fundamental role, since its objective is strengthening the field of prevention as a mean to protect workers' health effectively and prevent occupational diseases related to high level of exposure to ionizing radiation in the work environment. Therefore, it establishes a set of surveillance and control actions whose central elements are the participation of all the agents and parties involved in the occupational activities exposed to radioactive agents, as well as the need to adapt such actions to the evolution of science. The purpose of this chapter is the analysis the content of the aforementioned agreement said agreement in relation to the regulations that Spain has developed for the achievement of such protection, whose most specific objective is the assessment of the degree of compliance with the measures implemented by the ILO and, in where appropriate, possible deficiencies and aspects of improvement.

Key Words: Radiation, disease, workers, prevention, surveillance.

1. Introducción

Resulta necesario partir del hecho de que toda persona se encuentra expuesta a radiación ionizante procedente de fuentes naturales como el aire, el agua o el suelo, de modo que los posibles cambios moleculares con efectos biológicos sobre el propio individuo o su descendencia es un riesgo implícito a la propia existencia. Si bien, con respecto a las fuentes de radiación artificiales como los rayos X o gamma, resulta imprescindible la existencia de un marco jurídico que regule y controle su uso, de forma que su utilización se base en la consecución de un mayor beneficio al menor detrimiento posible¹. Todo ello – con independencia de si la radiación se recibe en una única dosis que supere los umbrales admitidos para la seguridad de la salud del ser humano o se recibe en dosis inferiores mantenidas a lo largo del tiempo – a medida que aumentan los niveles de radiación también lo hacen los posibles peligros sobre la salud.

El daño radiológico es proporcional a la dosis recibida y absorbida, así como al tipo de radiación y órgano o tejido irradiado. En este sentido, se hace necesario distinguir entre los efectos deterministas de los estocásticos. Así, una dosis de radiación que supere un determinado umbral conlleva necesariamente efectos deterministas sobre la salud que provocan la muerte celular y, con ello, la aparición de lesiones en los órganos o tejidos irradiados – caída de cabello; inmunosupresión; esterilidad; síndrome de irradiación aguda, entre otros –, ya sea de forma inmediata o en un corto período de tiempo. Sin embargo, cuando la exposición a radiación se produce a un umbral más bajo pero mantenido en el tiempo, las repercusiones en el organismo son de tipo estocástico o probabilístico, ya que en este caso, se produce una modificación de las moléculas de ADN pero no la muerte celular, aumentando con ello, las probabilidades de enfermedades a largo plazo como el cáncer².

Teniendo en cuenta que una persona laboralmente activa pasa la mayor parte del tiempo en su lugar de trabajo, las actividades que implican un contacto con fuentes de radiación suponen un aumento de los factores de

¹ La protección radiológica implica que el uso de radiaciones ionizantes han de regirse por los principios de justificación del uso; optimización de la radiación (principio ALARA: tan bajo como sea razonablemente posible) y limitación de la dosis. Véase CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR, *Protección radiológica*, 2012, pp. 14-15.

² *Ibidem*, pp. 11-12. Asimismo, véase CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR, *Aspectos generales de la interacción de la radiación con el medio biológico*, 2013, pp. 7-21; INSTITUTO DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, NTP 614. *Radiaciones ionizantes: normas de protección*; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Radiaciones ionizantes: efectos en la salud y medidas de protección*, en www.who.int, 29 abril 2016.

riesgo para sus trabajadores. Así, y como vía imprescindible para evitar que una fuente de subsistencia se pueda convertir en una fuente de enfermedad ocupacional, las medidas de prevención en materia de seguridad y salud laboral de estos trabajadores resultan un elemento imprescindible para minimizar sus consecuencias y garantizar la existencia de un trabajo decente³.

2. Contenido del Convenio

El Convenio de la OIT número 115⁴, sobre la protección contra las radiaciones constituye un instrumento básico para la cooperación a nivel internacional del fomento de la prevención y promoción de la salud en el trabajo, concretamente en materia de radiación ionizante de origen profesional, cuyos objetivos centrales son «reducir al nivel más bajo posible la exposición de los trabajadores a radiaciones ionizantes»⁵ y el establecimiento de medidas básicas de prevención, vigilancia y control que permitan un protección eficaz.

Para ello, su articulado se estructura en tres partes claramente diferenciadas. Así, la primera parte, dedicada a las Disposiciones Generales (art. 1-3), regula la obligatoriedad de los Estados miembros que ratifiquen el convenio a llevar a cabo las disposiciones legislativas – mediante repertorios de recomendaciones prácticas o por otros medios apropiados – que sean necesarias para garantizar una eficaz protección radiológica. Asimismo, establece la delimitación de su ámbito competencial y personal de aplicación.

La parte II, dedicada las Medidas de Protección (art. 4-15), establece el conjunto de medidas de protección que los Estados han de llevar a cabo para evitar una exposición a radiación por encima de las dosis máximas permitidas, así como la obligatoriedad de llevar a cabo las correspondientes medidas de inspección y control del cumplimiento de lo dispuesto en el convenio.

³ ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL, *Declaración de Seúl sobre Seguridad y Salud en el Trabajo*, 29 junio 2008; OIT, *Una visión dinámica de la prevención: la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS)*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2008, n. 63, p. 13; J.E. STIGLITZ, *Empleo, justicia social y bienestar de la sociedad*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2002, vol. 121, n. 1-2, pp. 9-31.

⁴ Convenio relativo a la protección de los trabajadores contra las radiaciones ionizantes (entrada en vigor: 17 de junio de 1962). Ratificado por España con fecha de 28 de junio de 1962 (*BOE*, 5 junio 1967).

⁵ Art. 5, Convenio OIT n. 115.

En lo que respecta a la parte III (art. 16-23) se encarga de regular lo relativo a la ratificación, denuncia y formas de aplicación del convenio⁶.

2.1. Ámbito de aplicación

En lo que respecta a su ámbito de aplicación cabe matizar que, lejos de abarcar la protección de todas las personas sobre todo tipo de radiaciones – exposición ocupacional; médica y pública –, queda delimitado por los elementos de profesionalidad y tipología de la radiación, de forma que tan sólo resulta aplicable sobre las radiaciones de carácter ionizante y alta energía de tipo ocupacional, es decir, sobre aquellas radiaciones que pueden provocar daños sobre el ADN de las personas, pero sólo con respecto a trabajadores expuestos a dichas fuentes de radiación en su lugar de trabajo⁷.

2.2. Medidas de protección

Para llevar a cabo una protección eficaz de los trabajadores que se encuentran en contacto con fuentes radiactivas, se establecen un conjunto de medidas básicas de prevención, vigilancia y control centradas principalmente en el establecimiento de un límite de dosis máxima de exposición a las radiaciones; la clasificación y delimitación de las zonas de riesgo de alta exposición; la obligatoriedad de formación de los trabajadores en materia radiológica; y el establecimiento de medidas de inspección y control del cumplimiento de los niveles establecidos⁸.

2.2.1. Limitación de la dosis de exposición

El establecimiento de un límite de dosis máxima de exposición como medida de protección radiológica parte del principio de que las dosis

⁶ Hasta la fecha ha habido cincuenta ratificaciones y cero denuncias. Para mayor abundamiento véase, OIT, [Ratificación del C115 - Convenio sobre la protección contra las radiaciones, 1960 \(núm. 115\)](#).

⁷ Art. 2, Convenio OIT n. 115.

⁸ *Ibidem*, arts. 6-15. Para mayor abundamiento acerca de las medidas protectoras de este convenio véase, C. RODRÍGUEZ ANÍBAL, *Los convenios de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo: una oportunidad para mejorar las condiciones y el medio ambiente de trabajo*, Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009, pp. 171-189.

recibidas deben ser las más bajas posibles y, en cualquier caso, inferiores a un determinado límite señalado como dosis máxima. De este modo, se pretende establecer un conjunto de medidas que eviten la exposición que un trabajador puede recibir como consecuencia del desempeño de su puesto de trabajo, por encima de unos límites cuyas consecuencias para la salud del individuo son consideradas como inaceptables.

En este sentido, se establece la necesidad de regular un límite cuya fijación venga determinada por la edad del trabajador y especial vulnerabilidad de los menores, y por los avances del conocimiento en materia radiológica, que exigen la necesaria revisión de los mismos. Así, se señala la necesidad de fijación de una dosis máxima permitida que distingue, por un lado, entre mayores de 18 años y adultos y, por otro, entre menores de 18 años, prohibiendo además, la ocupación de menores de 16 años en actividades que impliquen la utilización de radiación⁹.

Cabe señalar que el convenio tan sólo hace referencia a la obligatoriedad de establecer dicho límite, pero no hace mención expresa a la cantidad de radiación asociada al mismo. Por tanto, se trata de un principio que precisa de desarrollo normativo para su delimitación.

2.2.2. Clasificación y señalización de zonas de riesgo

Junto al límite de dosis máxima, se establecen también otra serie de medidas relativas al uso y control de los potenciales niveles de radiación de las propias instalaciones y lugares de trabajo, cuyo objetivo es informar a todos los trabajadores implicados en la actividad del riesgo de exposición y las medidas y precauciones que deben llevar a cabo para su seguridad en cada una de ellas. Para ello, se establece la obligatoriedad de distinguir y señalizar las distintas zonas de peligro según el nivel de exposición en cada una de ellas, de forma que las medidas de prevención, el personal autorizado a entrar o permanecer en ellas, y el control de radiación en cada una de ellas, quedan vinculadas a su clasificación¹⁰.

2.2.3. Formación de los trabajadores

Como herramienta necesaria para el adecuado uso de las instalaciones y lugares de trabajo expuestos a radiación y, con ello, evitar que un

⁹ Arts. 6-8, Convenio OIT n. 115.

¹⁰ *Ibidem*, art. 9.1.

trabajador reciba una dosis por encima de los límites máximos señalados, se incluye la obligatoriedad de formación e instrucción en materia radiológica de los trabajadores directamente ocupados en trabajos de esta naturaleza, previamente a su inicio y durante su tiempo de ocupación. El objetivo es que, a través de una adecuada formación y conocimiento de los trabajadores – tanto en el contenido de la propia ciencia radiológica y sus mecanismos de acción como en los posibles riesgos de la misma para la salud –, la actividad laboral se desarrolle de forma eficiente y dentro de unos márgenes de seguridad. Formación que resulta imprescindible, pues el desconocimiento y falta de concienciación acerca del riesgo que las radiaciones ionizantes tienen sobre la salud, puede conllevar la realización de conductas alejadas de los estándares de seguridad. De este modo, a través de la formación se pretende dar protagonismo a la propia implicación y autorresponsabilidad del trabajador en el cumplimiento de las medidas de protección radiológica¹¹.

2.2.4. Medidas de inspección

Junto a las medidas señaladas, se establecen otras relativas a la vigilancia y control de la irradiación a la que los trabajadores han podido estar expuestos. Así, se incluye la obligación de realizar reconocimientos médicos a los trabajadores – de forma previa, durante y después de la exposición ocupacional –, y de llevar a cabo mediciones de los niveles de radiación en los lugares de trabajo. Para ello, se regula la obligatoriedad de que los Estados miembros se cercioren del cumplimiento de lo dispuesto en el convenio a través de su delegación a los servicios de inspección que se consideren apropiados para ello¹².

3. Normativa española en materia de protección radiológica

La legislación española en materia de Seguridad Nuclear y Radiológica está compuesta por distintas leyes, reales decretos y guías técnicas y recomendaciones emitidas por organismos como el Instituto de Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (estas últimas son tan sólo recomendaciones y no resultan obligatorias), cuyo fin es garantizar que el desempeño de los trabajos con radiaciones ionizantes se desarrollen

¹¹ *Ibidem*, art. 9.2.

¹² *Ibidem*, arts. 11 y 12.

cumplimiento con los parámetros de protección radiológica¹³.

Por su importancia en el desarrollo de los principios preventivos y de control de la radiactividad establecidos por el Convenio de la OIT, cabe hacer especial referencia al Real Decreto 783/2001, Reglamento sobre Protección Sanitaria contra las Radiaciones Ionizantes, basado en la Directiva Europea 96/29/EURATOM¹⁴.

Los criterios preventivos desarrollados en las distintas normas reseñados vienen a dar cumplimiento a las bases y principios establecidos en el convenio de la OIT para la protección de la exposición ocupacional. Así, se establece expresamente la obligatoriedad de implantación de un Programa de Protección Radiológica en las instalaciones con radiación, cuyos principios básicos sean: determinación de un límite máximo de dosis de exposición radiológica permitida; clasificación y señalización de los lugares de trabajo en diferentes zonas, teniendo en cuenta: la evaluación de las dosis anuales previstas, el riesgo de dispersión de la contaminación y la probabilidad de potenciales exposiciones; limitación del acceso a las distintas zonas al personal autorizado; determinación de

¹³ Así, cabe señalar la Ley 25/1964 sobre Energía Nuclear (*BOE*, 4 mayo 1964); Ley 33/2007, de 7 de noviembre, de reforma de la Ley 15/1980, de 22 de abril, de Creación del Consejo de Seguridad Nuclear (*BOE*, 8 noviembre 2007); Real Decreto 413/1997, sobre protección operacional de los trabajadores externos con riesgo de exposición a radiaciones ionizantes por intervención en zona controlada. Asimismo, otras normativas relativas al registro de las instalaciones de radiodiagnóstico y acreditación del personal como el Real Decreto 1836/1999, por el que se aprueba el Reglamento sobre Instalaciones Nucleares y Radiactivas, modificado por Real Decreto 35/2008, por el que se modifica el Reglamento sobre Instalaciones Nucleares y Radiactivas; Real Decreto 1085/2009 el Reglamento sobre Instalación y Utilización de Aparatos de Rayos X con fines de diagnóstico médico (*BOE*, 18 julio 2009). Véase M. BEZARES, A. LAMA, J. ARANA LANDA, *Marco legal de la protección radiológica en España*, en *Revista de la Sociedad Nuclear Española*, 2004, n. 241, pp. 21-28.

¹⁴ Resulta de aplicación a prácticas como: explotación de minerales radiactivos; producción, tratamiento, manipulación, utilización, posesión, almacenamiento, transporte, importación, exportación y eliminación de sustancias radiactivas, operación de todo equipo eléctrico que emita radiaciones ionizantes y que funcione con una diferencia de potencial superior a 5 kV; comercialización de fuentes radiactivas y la asistencia técnica a equipos productores de radiaciones ionizantes; actividades que desarrollan las empresas externas a las que se refiere el RD 413/1997 y cualquier otra práctica que la autoridad competente, por razón de la materia, previo informe del Consejo de Seguridad Nuclear, considere oportuno definir; toda intervención en caso de emergencia radiológica o en caso de exposición perdurable; toda actividad laboral que suponga la presencia de fuentes naturales de radiación y produzca un aumento significativo de la exposición de los trabajadores o los miembros del público que no pueda considerarse despreciable desde el punto de vista de la protección radiológica. Art. 2 del Reglamento sobre Protección Sanitaria contra las Radiaciones Ionizantes de 2001.

las obligaciones en materia de protección radiológica que los empresarios titulares de una instalación de esta naturaleza tienen que llevar a cabo, tanto sobre las instalaciones como sobre los propios trabajadores, tales como su vigilancia y evaluación de forma previa y posterior al uso de radiación; creación de organismos de vigilancia y control del cumplimiento de las normas de protección radiológica; información y formación adecuada a los trabajadores profesionalmente expuestos¹⁵.

En cuanto al principio que señala un límite máximo de exposición a radiación por ocupación profesional para evitar la aparición de efectos sobre la mayor parte de los órganos y tejidos, se determina que el límite de dosis efectiva para trabajadores expuestos es de 100 mSv durante todo período de cinco años oficiales consecutivos, sujeto a una dosis efectiva máxima de 50 mSv en cualquier año oficial. No obstante, dependiendo de la parte del cuerpo o tejido, se establecen otros límites anuales distintos. Así, para las manos, antebrazos, pies y tobillos se establece un límite de 500 mSv por año oficial, y en el caso del cristalino de 150 mSv/anuales¹⁶.

Si bien los límites señalados, cabe tener en cuenta que se establecen también otros límites inferiores para aquellos trabajadores cuyos riesgos específicos les hagan ser considerados especialmente vulnerables a las radiaciones, tal y como ocurre con las mujeres embarazadas y en situación de lactancia y menores de dieciocho años¹⁷.

En el caso de las mujeres embarazadas, la justificación de dicha restricción responde a la especial vulnerabilidad del feto a las radiaciones ionizantes, que, dependiendo del momento de la gestación en el que se produzca la radiación, puede ocasionar desde un aborto espontáneo a malformaciones en su desarrollo, retraso mental, o enfermedades con una manifestación futura¹⁸. El límite de dosis efectiva máxima que pueden recibir las mujeres embarazadas queda fijado en 2 mSv en la superficie del abdomen.

Con respecto a los menores de dieciocho años, el límite máximo de dosis efectiva queda fijado en 6 mSv por año. El límite máximo de cristalino y extremidades queda fijado en 50 mSv y 150 mSv por año oficial,

¹⁵ *Ibidem*, art. 15; CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR, *Protección radiológica de los trabajadores*, en www.csn.es.

¹⁶ Art. 9 del Reglamento sobre Protección Sanitaria contra las Radiaciones Ionizantes de 2001. La dosis máxima de exposición efectiva de la población queda fijada en 1 mSv/año. (art. 13). Para mayor abundamiento acerca de los distintos parámetros de medición de dosis – dosis absorbida, equivalente y efectiva – véase CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR, *Protección radiológica*, cit., p. 13.

¹⁷ Arts. 10 y 11 del Reglamento sobre Protección Sanitaria contra las Radiaciones Ionizantes de 2001.

¹⁸ CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR, *Aspectos generales de la interacción de la radiación con el medio biológico*, cit., pp. 13-15.

respectivamente.

Por tanto, y en línea con lo anterior, la protección que realiza la normativa española resulta más amplia y específica que las bases establecidas por el convenio, que tan sólo distinguen entre mayores y menores de edad, pero no señala la vulnerabilidad relativa al feto ni la necesaria protección específica relativa a las mujeres embarazadas.

Asimismo, en relación con las condiciones de trabajo y dosis de exposición, los trabajadores expuestos son clasificados en las Categorías A, personas que pueden recibir una dosis superior a 6 mSv/año, y Categoría B, personas que es muy improbable que reciban dosis superiores a 6 mSv/año¹⁹.

Por otra parte, en lo que se refiere a las obligaciones relativas al titular de instalaciones con fuentes de radiación, señalar que está obligado al cumplimiento de requisitos relativos al régimen de autorizaciones administrativas para la prueba y puesta en marcha de las instalaciones, así como para la organización de las zonas de trabajo, dependen de su catalogación según el riesgo de irradiación: se distingue entre las categorías una, dos y tres²⁰. En lo que respecta a la organización de las zonas de trabajo, tal y como señala el convenio de la OIT, existe la obligación de clasificarlas y señalizarlas según el riesgo y, de permitir el acceso a las mismas únicamente al personal estrictamente necesario y con los conocimientos adecuados en materia de protección radiológica. En este sentido, se distingue entre zona controlada, en la que existe la posibilidad de recibir dosis superiores a 6 mSv/año – y vigilada – en la que existe la posibilidad de recibir dosis efectivas superiores a 1 mSv/año. Dichas zonas se señalizan con un trébol verde sobre fondo blanco y trébol gris/azulado sobre fondo blanco, respectivamente. Asimismo, la zona controlada se subclaseifica en: zona de permanencia limitada – existe el riesgo de recibir una dosis superior a los límites anuales de dosis. Se señaliza con un trébol amarillo sobre fondo blanco – zona de permanencia reglamentada – existe el riesgo de recibir en cortos períodos de tiempo una dosis superior a los límites de dosis. Se señaliza con un trébol naranja sobre fondo blanco – zona de acceso prohibido – hay riesgo de recibir, en una exposición única, dosis superiores a los límites

¹⁹ *Ibidem*, art. 20.

²⁰ Entre dichos requisitos se encuentra la obligatoriedad de inscribirse en el Registro de Empresas Externas creado por el Consejo de Seguridad Nuclear. Véase CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR, [Autorización de instalaciones](#), en www.csn.es. Según datos del Consejo de Seguridad Nuclear, a finales de 2018 el número de instalaciones radiactivas activas en España era de 1.275. Véase CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR, [Resultado del programa anual de inspecciones a instalaciones radiactivas y de radiodiagnóstico](#), 2018, p. 4.

anuales de dosis. Se señala con un trébol rojo sobre fondo blanco²¹.

En la misma línea, reseñar que son los responsables de la protección radiológica de sus trabajadores, por lo que están sometidos a la obligación de vigilancia del entorno de trabajo – comprende la medición de las tasas de dosis externa y las concentraciones y contaminación en el aire – y de los trabajadores individualmente²². Para ello, se utilizan instrumentos de medición como los detectores de radiación, indican la tasa de radiación, es decir, la dosis por unidad de tiempo. Normalmente utilizados para la medición de radiactividad ambiental – o los dosímetros – miden las dosis de radiación externa acumulada durante un periodo de tiempo y normalmente son utilizados para la medición de la exposición del personal que trabaja o permanece en zonas en las que existe riesgo e irradiación. Téngase en cuenta en este sentido, que los trabajadores de la categoría A y zona controlada están obligados a usar dosímetros individuales, que con posterioridad y, con una periodicidad máxima de un mes, son remitidos para su lectura a entidades expresamente autorizadas y supervisadas por el Consejo de Seguridad Nuclear, siendo obligatorio registrar y conservar el historial dosimétrico de los trabajadores expuestos durante toda su vida laboral y hasta al menos treinta años a partir de la fecha de cese del trabajador²³.

Asimismo, además de la vigilancia de los niveles de radiación a través de detectores de irradiación, existe también la obligación de vigilancia sanitaria de los trabajadores de la categoría A y de la zona controlada con una periodicidad anual – con mayor periodicidad si, según criterio médico, fuese necesario según el estado de salud del trabajador, sus condiciones de trabajo o los incidentes que puedan ocurrir – y cuyos principios se basan en lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre la Prevención de Riesgos Laborales. De este modo, todo trabajador que vaya a incorporarse a un trabajo que implique exposición a radiaciones ionizantes según la categoría A, de forma previa, debe someterse a un examen médico que permita conocer su estado de salud, su historial laboral y, en su caso, el historial dosimétrico, debe ser aportado por el trabajador. Asimismo, en caso de superación o sospecha fundada de alguno de los límites de dosis establecidos, se ha de realizar también una vigilancia médica de carácter especial²⁴.

Junto con las obligaciones de carácter administrativo y de vigilancia, el

²¹ Art. 17 del Reglamento sobre Protección Sanitaria contra las Radiaciones Ionizantes de 2001.

²² *Ibidem*, art. 57.

²³ *Ibidem*, arts. 26-38.

²⁴ *Ibidem*, arts. 39-46.

titular de las instalaciones tiene también obligación de formar, con carácter previo al inicio de la actividad laboral, a los trabajadores profesionalmente expuestos, de forma que reciban una formación en materia de protección radiológica adecuada a su nivel de responsabilidad y al riesgo de exposición a las radiaciones ionizantes en su puesto de trabajo. Así, se les debe formar acerca de los riesgos radiológicos asociados al puesto de trabajo que van a desempeñar; la importancia del cumplimiento de los requisitos técnicos, médicos y administrativos; las normas y procedimientos de protección radiológica, tanto en lo que se refiere a la práctica en general como al destino o puesto de trabajo que se les pueda asignar, y la necesidad de efectuar rápidamente la declaración de embarazo y notificación de lactancia²⁵.

Por último junto a lo anterior, cabe reseñar la importancia que en materia de protección radiológica tiene la actividad inspectora del Consejo de Seguridad Nuclear y de otras Administraciones competentes para ello²⁶.

4. Conclusiones

La peligrosidad de las radiaciones ionizantes sobre la salud de las personas hace necesario el establecimiento de medidas que reduzcan los niveles de exposición y garanticen su protección, especialmente de los trabajadores sometidos a exposición de tipo ocupacional debido al aumento del riesgo asociado al contacto constante y prolongado con dichas fuentes de radiación.

El convenio de la OIT analizado establece una serie de instrucciones técnicas y principios básicos en materia de prevención y vigilancia radiológica que pretenden evitar y/o reducir la aparición de efectos nocivos sobre la salud de los trabajadores expuestos.

Señalar como positiva la importancia que dicho convenio atribuye a la implicación de todas las partes involucradas en el uso de fuentes de radiación como elemento necesario para garantizar la protección de los trabajadores. Así, la unión de las medidas de prevención y control atribuidas al empresario o titular de una instalación radiológica junto con las actividades de vigilancia e inspección de los organismos competentes, y

²⁵ *Ibidem*, art. 21.

²⁶ *Ibidem*, arts. 3, 65 y 66. Por su parte, el art. 69 describe un régimen sancionador en el cual la inobservancia de las obligaciones relativas a la protección radiológica resulta constitutiva de las infracciones definidas en el capítulo XIV de la Ley 25/1964 de 29 de abril, sobre Energía Nuclear, modificando por la disposición adicional quinta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

la información y formación de los trabajadores como medida para concienciar de la importancia de respetar las medidas preventivas, se convierten en el instrumento más eficaz para conseguir una protección efectiva.

Téngase en cuenta que la inversión en actividades de prevención laboral, más que una carga económica, supone un beneficio directo para los trabajadores implicados y también otro de tipo indirecto para los empresarios y para la propia sociedad. Todo ello en la medida en la que un trabajador formado y concienciado acerca del necesario cumplimiento de las medidas de prevención es una persona más sana, lo que a efectos empresariales y económicos, supone una reducción de los costes y una mayor productividad. Por otro lado, el desempeño de la actividad laboral en un marco protector y garante de la salud de los trabajadores se convierte en un elemento fundamental para garantizar unas condiciones laborales dignas que, a su vez, contribuyen al bienestar social de los trabajadores y la sociedad. Por tanto, el citado convenio supone un instrumento básico para la cooperación internacional en el fomento de la prevención y promoción de la salud laboral como medida clave para garantizar un trabajo seguro y, con ello, un trabajo decente y una mayor contribución a la justicia social.

La promoción de la cultura preventiva para mejorar los estándares de seguridad y salud laboral y, con ello, hacer el lugar de trabajo más seguro, debe formar parte del listado de prioridades políticas y empresariales. En lo que se refiere a España y, en línea con las directrices marcadas por la OIT, es numerosa la normativa existente en materia de protección radiológica. Si bien, cabe tener presente el reto que nuestro mercado laboral, con una alta tasa de temporalidad y rotación laboral, supone para la adecuada formación y experiencia de los trabajadores en materia de seguridad. Situación que supone también un riesgo desde el punto de vista de la vigilancia en salud laboral por parte de los servicios de prevención y, que hace necesario el establecimiento de una Historia Clínica de Salud Laboral Única, que permita conocer todas las situaciones de riesgo acumuladas por el trabajador en los distintos trabajos realizados.

5. Bibliografía

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL, *Declaración de Seúl sobre Seguridad y Salud en el Trabajo*, 29 junio 2008

BEZARES M., LAMA A., ARANA LANDA J., *Marco legal de la protección radiológica en España*, en *Revista de la Sociedad Nuclear Española*, 2004, n. 241, pp. 21-28

CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR, [Resultado del programa anual de inspecciones a instalaciones radiactivas y de radiodiagnóstico](#), 2018

CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR, *Aspectos generales de la interacción de la radiación con el medio biológico*, 2013

CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR, *Protección radiológica*, 2012

CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR, [Autorización de instalaciones](#), en www.csn.es

CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR, [Protección radiológica de los trabajadores](#), en www.csn.es

INSTITUTO DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, NTP 614. *Radiaciones ionizantes: normas de protección*

OIT, *Una visión dinámica de la prevención: la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS)*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2008, n. 63, pp. 12-17

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, [Radiaciones ionizantes: efectos en la salud y medidas de protección](#), en www.who.int, 29 abril 2016

RODRÍGUEZ ANÍBAL C., *Los convenios de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo: una oportunidad para mejorar las condiciones y el medio ambiente de trabajo*, Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009

STIGLITZ J.E., *Empleo, justicia social y bienestar de la sociedad*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2002, vol. 121, n. 1-2, pp. 9-31

Normativa

Real Decreto 783/2001 de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes (BOE, 26 julio 2001)

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos) 1962 (núm. 117)

Concepción SANZ SÁEZ*

RESUMEN: La política social aparece regulada de manera específica en este Convenio OIT 117, denominado precisamente “sobre política social”. El concepto de “política social” es muy amplio y abarca campos diferentes cuyo objetivo último es determinar la posición del individuo en la sociedad, asegurándole su bienestar y desarrollo a través de la prestación de un conjunto determinado de bienes y servicios y de un marco jurídico que compele al poder político a su realización y, al mismo tiempo, le impone unos límites mínimos infranqueables (art. 1 del Convenio). Los gobiernos modernos se basan en un contrato social entre los ciudadanos y el Estado, en el cual se acuerdan derechos y deberes por ambas partes para regular y complementar las instituciones del mercado y las estructuras sociales. La política social es definida a menudo en términos de servicios sociales como la educación, la salud, o la seguridad social. Sin embargo, la política social incluye mucho más: distribución, protección y justicia social.

Palabras clave: Política social, protección, poder político, justicia social.

SUMARIO: 1. Introducción 2. Análisis del Convenio OIT 117. 2.1. Materia tratada en el Convenio OIT 117. 2.1.1. Generalidades sobre sus Principios Generales. 2.1.2. Fundamentos para mejorar el nivel de vida 2.1.3. Adecuación de la protección social de los migrantes. 2.1.4. Protección del salario mínimo. 2.1.5. Indiscriminación: las barreras provocadas por prejuicios y estereotipos. 2.1.6. Relevancia social de la educación y formación profesional. 2.2. Algunas reflexiones sobre el Convenio. 3. Bibliografía.

* Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la UCLM, Ciudad Real.

**Social Policy
(Basic Aims and Standards) Convention
1962 (No. 117)**

ABSTRACT: Social policy is specifically regulated in this Convention 117 of the ILO, precisely called “on social policy”. The concept of “social policy” is very broad and encompasses different fields whose ultimate objective is to determine the position of the individual in society, assuring him of his well-being and development through the provision of a particular set of goods and services and a legal framework that compels political power into its realization and, at the same time, imposes impassable minimum limits on it. Modern governments are based on a social contract between citizens and the state, in which rights and duties are agreed by both parties to regulate and complement market institutions and social structures. Social policy is often defined in terms of social services such as education, health, or social security. However, social policy includes much more: distribution, protection and social justice.

Key Words: Social policy, protection, political power, social justice.

1. Introducción

La Conferencia General de la OIT, convocada en Ginebra el 6 junio 1962 por su Consejo de Administración, decide adoptar diversas disposiciones para promover la mejora de la salud pública, la vivienda, la alimentación, la instrucción pública, el bienestar de los niños, la situación de las mujeres, las condiciones de trabajo, la remuneración de los asalariados, la protección de los trabajadores migrantes y la indiscriminación, así como la relevancia social de la educación y formación profesional a través del Convenio 117 de la OIT sobre política social¹.

De todo esto versará el presente estudio, donde presentaré una visión general del Convenio 117 de la OIT, describiendo los fundamentos en que se basan sus disposiciones, ya que como podemos observar, cincuenta y seis años después es todavía una obligada fuente de referencia a la hora de cuestionarse acerca de las políticas públicas.

2. Análisis del Convenio OIT 117

Las políticas sociales son necesarias porque los beneficios del crecimiento económico no llegan automáticamente a todos los ciudadanos. En este sentido, los convenios de la OIT siempre han sido asimilados a los tratados en cuanto a los efectos reconocidos a estos instrumentos², por lo que debemos tener en cuenta que la jerarquía de los convenios, en la escala normativa nacional, depende de lo establecido en las respectivas constituciones con respecto a los tratados ratificados.

Por todo ello, es importante la consecuencia jurídica y práctica de la ubicación de un convenio de la OIT en la jerarquía normativa de un país.

2.1. Materia tratada en el Convenio OIT 117

La política social se ha caracterizado por ser una política concretada y efectuada desde el gobierno, es decir, como política gubernamental, por tener un carácter restrictivo que no ha permitido una práctica de participación ciudadana real, cuando el diseño de políticas sociales óptimas requiere entender las necesidades de la población desde distintos

¹ Ratificado por España el 8 de mayo de 1973.

² V. NICOLAS VALTICOS, *Conventions internationales du travail et droit interne*, en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1955, n. 2, pp. 251-288.

máticas, jugando un papel fundamental en la gestión de las políticas y dentro de éstas, en la política social en concreto, que es el tema que trata éste Convenio al exigir que el mejoramiento del nivel de vida sea considerado como objetivo principal del desarrollo.

Por tanto, si los objetivos de la política social son ampliar el bienestar de los ciudadanos, aumentar el capital humano promoviendo el empleo y de este modo, optimizar la cohesión social, para poder determinar objetivamente las prioridades del desarrollo social, será necesario identificar las necesidades de las diferentes poblaciones, así como la mecánica del mercado de trabajo y los orígenes de los posibles conflictos entendiendo que el mejoramiento del nivel de vida debe ser considerado como el objetivo principal de los planes de desarrollo económico.

2.1.1. Generalidades sobre sus Principios Generales

Como sabemos, la OIT es una Organización Internacional que se identifica por su carácter universal³ y reformista, así como por el hecho de tener el *tripartismo* como principio organizativo fundamental⁴.

Por esta razón, el fomento de una protección social adecuada, la mejora de las condiciones de vida y de empleo, para garantizar el bienestar y al desarrollo de la población bajo la prevención de la exclusión social, son los objetivos del Convenio 117 de la OIT y para estimular estas pretensiones, logrando el progreso social, por lo que sus Estados miembros, tendrán debidamente en cuenta en estas materias, sus repercusiones en el bienestar de la población, cada vez que elaboren cualquier política de alcance más general⁵, ya que los principios que deberían guiar las condiciones de vida «han de considerarse dentro del

³ Víd. [Acuerdo entre las Naciones Unidas y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura](#), 6 diciembre 1946 (última consultación: 15 abril 2019).

⁴ Sin perjuicio de su proyección como instrumento de interlocución social promovido en el ámbito interno de los Estados Miembros, inclusive respecto a la dimensión interna de la actividad de la OIT: a tenor del Preámbulo del Convenio n.º 144 sobre consultas tripartitas para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo (1976), su principal objetivo es «promover consultas efectivas en el ámbito nacional entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores y de trabajadores».

⁵ A. ODERO, H. GUIDO, *Derecho sindical de la OIT*, OIT, 1995, p. 41. El Código Internacional del Trabajo, lo integran los Convenios y las Recomendaciones adoptados por la Conferencia General de la OIT, que, en forma directa o indirecta, influyen en la política laboral de sus países miembros: «Los Estados tienen la obligación de crear procedimientos e instituciones que favorezcan los contactos entre las organizaciones de trabajadores, empleadores y los gobiernos mediante las autoridades competentes».

contexto del interés actual en el concepto de calidad de vida como una noción sensibilizadora, un constructo social y un terreno unificador»⁶, reflejando el hecho de que el concepto en sí, representa el siguiente paso lógico desde el movimiento de normalización, que hace hincapié en los servicios basados en la comunidad, hacia la medida de resultados desde la vida del individuo en la comunidad.

2.1.2. Fundamentos para mejorar el nivel de vida

El crecimiento económico es una de las claves de cualquier sociedad, ya que conecta un aumento de los ingresos con la forma de vida de todas las personas de una sociedad. Existen muchas fórmulas para este crecimiento, pero el Convenio OIT 117 requiere que su objetivo principal sea el mejoramiento del nivel de vida.

En este sentido, este Convenio reclama que se haga lo posible para evitar la separación de la vida familiar, programando la posibilidad de un análisis detenido de las causas y efectos de los movimientos migratorios, el estímulo del urbanismo mediante la prevención y eliminación de la afluencia excesiva en las zonas urbanas, así como la mejora de las condiciones de vida en las zonas rurales y la creación de industrias adecuadas en las regiones donde haya mano de obra suficiente, adoptando para ello las medidas ajustadas a cada situación.

En relación con lo anterior, algunos ejemplos actuales como potenciar las políticas activas de empleo, nos podrían demostrar que las políticas sociales estatales no pueden llevarse a la práctica sin tener en consideración la referencia de los otros subsistemas, ya que el Estado del Bienestar no puede producir bienestar por sí mismo, sino que tiene que respetar las “lógicas” específicas de la calidad de vida.

Por tanto, estas medidas, que las autoridades competentes deberían alcanzar para desarrollar la capacidad de producción y optimizar el nivel de vida de los productores agrícolas, en la actualidad, no dependen todas de las acciones políticas, por lo que, se podrían disponer de nuevas fuentes de trabajo para desarrollar la creatividad de la evolución de éste sistema que subordina una cultura desigual y excluyente⁷.

Ante esto, me planteo si el progreso de los mercados internacionales

⁶ AA.VV., *Conceptualization, measurement, and application of quality of life for persons with intellectual disabilities: results of an international panel of experts*, en *Mental Retardation*, 2002, n. 40, pp. 457-470.

⁷ A. FINKIELKRAUT, *La derrota del pensamiento*, Anagrama, 1994, p. 139.

beneficia el avance en el comercio agroalimentario⁸, admitiendo que existiría como mecanismo fundamental de progreso para acrecentar la capacidad de producción y optimizar el nivel de vida de los productores agrícolas⁹, ya que en el caso de la agricultura y de las zonas rurales, no se han podido contrarrestar las dificultades introducidas con el arranque comercial, probablemente por la falta de políticas agrícolas y rurales vinculadas a la situación de los distintos Estados¹⁰, por lo que difícilmente se pueden obtener importantes tasas de crecimiento y firmeza económica sin una buena política social¹¹.

En ese sentido, introducir un nuevo dinamismo a estas actividades rurales, requiere también de la elaboración de un enfoque importante¹², que identifique los matices de crecimiento del sector para lograr mejores formas de coordinación entre las intervenciones económicas y sociales, que como consecuencia alcance el desarrollo humano y social deseado¹³. Pero para conseguir que esta propuesta sea efectiva, sería necesario un alto grado de unión entre la política económica y la política social¹⁴.

2.1.3. Adecuación de la protección social de los migrantes

En el Convenio 117 también se examina el problema de la conciliación de la vida familiar y la laboral, atributos fundamentales y precisos para el bienestar personal y familiar¹⁵. Este análisis tiene en cuenta la configuración de las familias, de los migrantes, del régimen político y

⁸ Á. CALLE, D. GALLAR, *Nuevos movimientos globales y agroecología: el caso de Europa*, en AA.VV., *Innovation and Sustainable Development in Agriculture and Food*, ISDA, 2010, p. 5.

⁹ J.M. GARCÍA, I. ATANCE, *La evolución de los mercados agrícolas internacionales y su influencia en los precios de los alimentos*, en *Boletín Económico de ICE*, 2008, n. 2935, pp. 11-22.

¹⁰ M.A. MERCHAND, *Los conceptos de política social y sus restricciones económicas que determinan su acción en el ámbito de las políticas*, en *Contribuciones a la Economía*, 2005 (última consultación: el 5 agosto 2019).

¹¹ J. SUMPSI, *Una nueva política agraria para una nueva Unión*, en *Papeles de Economía Española*, 2003, n. 96, pp. 42-59.

¹² J.M. GARCÍA, A. VALDÉS, *Las tendencias recientes del comercio mundial de productos agrarios: interdependencia entre flujos y políticas: una síntesis*, en *Revista Española de Economía Agraria*, 1997, n. 181, pp. 9-30.

¹³ A. SEN, *Desarrollo y Libertad*, Planeta, 2000, pp. 142-150.

¹⁴ P. DONATI, *Nuevas políticas sociales y Estado social relacional*, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2004, n. 108, pp. 9-47.

¹⁵ M.B. CARDONA, *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*, Bomarzo, 2009, pp. 8-10; C. HEIN, *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares. Ideas prácticas de la experiencia global. Informes OIT*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, p. 121.

cultural de la sociedad. En estos artículos se evidencia la necesidad de una orientación relacionada con las políticas actuales que tratan sobre el tema de la conciliación¹⁶.

A pesar de que las iniciativas políticas y sociales deben tener en cuenta estas cuestiones de conciliación entre trabajo y familia que entran a formar parte de los sistemas de bienestar social¹⁷, resulta que aparecen nuevos y más complejos problemas en el impulso por establecer políticas que ayuden a las personas a compatibilizar las condiciones del mercado laboral con estas situaciones, manifiestamente cambiantes y difíciles, del terreno familiar¹⁸. Pero a pesar de ello, estas iniciativas deben continuar, precisamente porque se trata de una relación, la de trabajo y familia, que bien gestionada, representa una fuente básica de generación de capital social¹⁹.

En definitiva, los remedios a la dificultad de la conciliación entre trabajo y familia se deben configurar desde la flexibilidad por todas las partes implicadas²⁰, «con ello no quiero decir mera adaptabilidad», sino que «las vías y el modo de conciliar deben ser asumibles tanto en la familia como en el trabajo»²¹.

2.1.4. Protección del salario mínimo

Desde que se instituyó la OIT²², se estableció que iba a luchar para el impulso de disposiciones que estableciesen salarios mínimos entre los Estados miembros²³. Tanto es así, que en 1928 se aprobó el Convenio

¹⁶ Convenio OIT n. 117 OIT, Parte III, *Disposiciones Relativas a los Trabajadores Migrantes*, arts. 6-9.

¹⁷ I. CAMPILLO, *Políticas de conciliación de la vida laboral y familiar en los regímenes de bienestar mediterráneos: los casos de Italia y España*, en *Política y Sociedad*, 2010, vol. 47, n. 1, pp. 189-213.

¹⁸ J.A. FERNÁNDEZ, C. TOBÍO, *Conciliar las políticas familiares y laborales: políticas y prácticas sociales*, en FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Documento de trabajo*, 2005, n. 79, pp. 7-10.

¹⁹ V. BORRÁS, T. TORNS, S. MORENA, *Las políticas de conciliación: políticas laborales versus políticas de tiempo*, en *Papers*, 2007, n. 83, p. 83-96.

²⁰ M. CRESPO, F. MORETÓN, *Conciliación de trabajo y familia. Las claves del éxito: eficiencia empresarial e implicación masculina*, Colex, 2010, pp. 112-113.

²¹ R. ALBERT, L. ESCOT, J.A. FERNÁNDEZ, M.T. PALOMO, *Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral desde la perspectiva del empleador. Problemas y ventajas para la empresa*, E.U. Estadística – Cuaderno de Trabajo, 2010, n. 2, p. 6-7.

²² Creada por el Tratado de Versalles en 1919, que fue adoptado en su totalidad por la Conferencia de la Paz el 28 de junio de 1919.

²³ La lucha del movimiento obrero occidental por la jornada de ocho horas y por la mejora de la situación laboral de los trabajadores. *Vid. Convenio OIT n. 95 de 1949*,

sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, que debía entrar en vigor en 1930²⁴.

Desde entonces, varios han sido los mecanismos propuestos por la OIT para la fijación de este salario mínimo, pero existen causas indiscutibles para el desarrollo económico de cada país que en algunos casos les imposibilitan ajustarse a las reglas propuestas por la Organización para fijar los salarios mínimos convenidos. Por lo que los expertos llegan a la conclusión²⁵, en su exposición comparativa, de que «en la mayor parte de los Estados miembros, no ha sido posible poner en práctica las sugerencias adoptadas por la OIT, debido a los problemas de desarrollo y productividad que contemplan»²⁶.

No obstante, si el sentido de la fijación del salario mínimo con fines político-sociales es el de establecer unas retribuciones mínimas legales, si el salario está por debajo de ellas, debería ser ineficaz cualquier negociación colectiva o individual²⁷. Ya que además de establecerse por debajo del nivel correspondiente a un nivel de vida básico adecuado, la actualización de los salarios mínimos no suele llevarse a cabo con regularidad. Esta situación lleva a una pérdida en el valor real del salario mínimo a lo largo del tiempo tras tener en cuenta factores tales como la inflación y el aumento del precio de los bienes y servicios de consumo.

Todo ello, porque incluso cuando las organizaciones de empleadores suelen argumentar que aumentar el salario mínimo tendría efectos negativos en la capacidad de funcionamiento de las empresas, con la consiguiente reducción de empleos, la gran mayoría de los estudios publicados ha demostrado que los salarios mínimos tienen poco efecto en el empleo²⁸.

Por otra parte, este salario o retribución, que como digo, está a cargo del empresario²⁹, será la contraprestación para el trabajador, si entendemos, que el contrato de trabajo es un contrato de cambio, habitualmente en el propio lugar de trabajo, a no ser que se haga mediante transferencia

sobre protección del salario.

²⁴ Convenio n. 131, art. 1.

²⁵ OIT, *Sistemas de salarios mínimos*, Conferencia Internacional del Trabajo, 103^a Reunión, 2014, tratándose del tercer punto del orden del día y siendo un estudio general de las memorias presentadas por los Estados miembros relativas al Convenio n. 131 y a la Recomendación n. 135 sobre la fijación de salarios mínimos, textos aprobados en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1970.

²⁶ OIT, *Salarios mínimos. Mecanismos de fijación, aplicación y control*, 1992, p. 228.

²⁷ A. MARTÍN, F. RODRÍGUEZ, J. GARCÍA, *Derecho del trabajo*, Tecnos, 1997, p. 579.

²⁸ OIT, [*Guía sobre políticas en materia de salario mínimo*](#), 2015 (última consultación: 30 septiembre 2019).

²⁹ M. ALONSO, M.E. CASAS, *Derecho del trabajo*, Civitas, 2001, p. 55.

bancaria. Para justificar su pago, se realiza un «recibo del salario», que debe estar ajustado a un modelo oficial, donde se encuentren adecuadamente desglosados los diversos conceptos de abono y deducción³⁰, todo ello, porque dichos salarios pueden ser abonados en especie cuando esté establecido, pero teniendo en cuenta que su cuantía no debe exceder del porcentaje que se establezca legalmente³¹.

También existen garantías en cuanto al tiempo para realizar el pago, garantizando así la segura y puntual percepción de la retribución³². En todo caso, el período de tiempo para el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes.

En este sentido, como existe la posibilidad de que el trabajador tenga una necesidad económica imprevista antes de la fecha ordinaria para el cobro del salario, la normativa laboral y los convenios de los trabajadores, deben prever la posibilidad de que se puedan adoptar anticipos salariales a cuenta del trabajo ya realizado, antes de la llegada del día del pago³³, lo que se podría considerar como un beneficio para el trabajador.

2.1.5. Indiscriminación: las barreras provocadas por prejuicios y estereotipos

La obligación de los Estados para desarrollar políticas públicas sin discriminación alguna, se recoge en diversos instrumentos internacionales

³⁰ Sala de lo Social de la Audiencia Nacional acaba de dictar una Sentencia, de fecha 16 de mayo de 2017, en la que falla que la empresa demandada está obligada a proporcionar a los trabajadores un modelo de nómina que detalle con claridad y precisión todos los conceptos que conforman la retribución que perciben.

³¹ El art. 4.2 del Convenio OIT n. 95 sobre protección del salario establece las garantías de protección del salario ya pactado previamente con un empleador y dentro del desenvolvimiento de la relación laboral. En efecto, al tener la remuneración un contenido también patrimonial, este puede ser objeto de descuentos indebidos y otras formas de menoscabar la garantía de percepción y disfrute efectivo. También pueden consultarse otros Convenios OIT relacionados con el derecho fundamental a la remuneración como el Convenio 100, sobre igualdad de remuneraciones, y Convenio 131, sobre la fijación de salarios mínimos.

³² Como lo señala la OIT, el propósito general de dichas medidas es también el de «proteger al trabajador contra prácticas que pudieran tender a hacerle demasiado dependiente de su empleador y [por tal] garantizar que el trabajador reciba a tiempo, y en su totalidad, el sueldo que ha ganado». VV.AA. AA.VV., *Las normas internacionales de trabajo. Un enfoque global*, OIT, 2002, p. 251 (última consulta: 7 agosto 2019).

³³ OIT, *Informe Mundial sobre Salarios 2016/2017. La desigualdad salarial en el lugar de trabajo*, 2017, pp. 17-22 (última consulta: 28 abril 2019).

de derechos humanos³⁴. Por lo que mantener un trato discriminatorio, no es compatible con el principio de no discriminación contemplado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los dos Pactos Internacionales (art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Por su parte, la OIT, artículo 1 del Convenio 111, de junio de 1958, trata la discriminación como «cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación»³⁵.

En esta misma línea, la OIT en la Conferencia internacional del trabajo de 2003³⁶, considera la erradicación de la discriminación en el trabajo como una estrategia para combatir la discriminación en otros ámbitos, pues aunque surgen nuevas formas de discriminación, ésta Organización siempre ha insistido en la necesidad de que los gobiernos, organizaciones sindicales y patronales extiendan la protección de la maternidad para garantizar la salud de las mujeres y sus bebés, por lo que como no podía ser de otro modo, el Convenio 117 en su art. 14, hacía ya referencia, a que los legisladores no se deben olvidar de las trabajadoras que se encuentran en periodo de embarazo, postparto y lactancia³⁷. Por lo que si determinadas condiciones de trabajo, aunque puedan considerarse aceptables en situaciones normales, si dejan de serlo durante el embarazo³⁸, se deberán adoptar las medidas pertinentes con objeto de proteger dichas situaciones que de otra forma abordarían específicamente a la exclusión y la discriminación, cuando ante estas situaciones en las que tratan de acceder a los diferentes servicios no se garantizase un nivel de vida adecuado.

³⁴ Los derechos humanos fueron elaborados y formulados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) como respuesta a las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial.

³⁵ R. CANOSA, *Equaldad y no discriminación en el Derecho internacional de los Derechos Humanos*, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2008, n. 11, pp. 39-66.

³⁶ OIT, *La hora de la igualdad en el trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 91^a Reunión, 2003.

³⁷ [Convenio OIT n. 183 OIT de 2000 sobre la protección de la maternidad](#). Instrumentos pertinentes anteriores: el [Convenio n. 3 de 1919 sobre la protección de la maternidad](#) y el [Convenio n. 103 de 1952 sobre la protección de la maternidad \(revisado\)](#) que aún están en vigor en algunos países.

³⁸ OIT, *Resolución sobre la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 71^a Reunión, 1985.

2.1.6. Relevancia social de la educación y formación profesional

En respuesta a la demanda del mercado laboral, muchos países han examinado vías más accesibles de responsabilidad pública frente a los problemas de convivencia, así como nuevos modos de exclusión y marginación social a los que se suma el exponencial envejecimiento de la población que determinan la necesidad de construir sociedades con el suficiente capital de conocimiento y experiencia.

Para dar respuesta a la demanda de los nuevos requerimientos de la profesionalidad de los trabajadores, derivados de las progresivas transformaciones de la técnica, la tecnología y la organización de técnicas productivas, adquiere un especial vínculo la teoría con la práctica, a través de la integración de la institución educativa en los distintos sectores de producción³⁹.

Para alcanzar ese nivel de preparación, es necesario desarrollar modelos educativos que concibían el aprendizaje en la práctica y para la práctica⁴⁰, a partir de la integración del centro formativo con el productivo, bajo situaciones económicas, sociales y técnicas reales resolviendo tareas en condiciones de producción y realizando actividades concretas⁴¹, que según la OIT en el campo de la formación profesional, deberán elaborarse a través de la negociación internacional y tripartita de un nuevo instrumento que sirva de orientación para la formulación de políticas públicas en ese área⁴².

Particular importancia adquiere, en ese contexto, la relación entre diálogo social y formación profesional, desde una doble perspectiva. Por un lado, a través de la observación de cómo el tripartismo, elemento constitutivo de funcionamiento de la OIT, articula diferentes lógicas y estrategias de los actores sociales involucrados (gobiernos, empleadores y trabajadores) en el proceso de elaboración de la norma⁴³, y por otro, que para entender la complejidad de la capacitación como componente del proceso de

³⁹ A.G. WATTS, J. GUICHARD, P. PLANI, M.L. RODRÍGUEZ, *Los servicios de orientación académica y profesional en la Comunidad Europea*, Oficina de publicaciones oficiales de la Comunidad Europea, 1993, p. 90-92.

⁴⁰ A. BALLESTER, *El aprendizaje significativo en la práctica*, en *Indivisa*, 2007, monografía VIII, pp. 643-651.

⁴¹ J. VERA, *Formación y orientación laboral: garantía social*, McGraw-Hill, 2001, pp. 89-109.

⁴² M. GARMENDIA, *Legislación comparada sobre formación profesional: Una visión desde los convenios de la OIT*, OIT, 2000.

⁴³ H.H. BARBAGELATA, *La formación profesional en los instrumentos constitutivos de la OIT y el sistema de normas internacionales del trabajo*, en *Revista del Derecho Laboral*, 1994, n. 173-174, pp. 33-35.

formación profesional, no solo resulta imprescindible la relación entre centro educacional y entidad laboral, sino también, entre los implicados y su motivación hacia las actividades; constituyéndose el interés personal y el proceso profesional en ejes fundamentales del desarrollo, fomentando su perfeccionamiento como profesional⁴⁴.

2.2. Algunas reflexiones sobre el Convenio

Los materiales internacionales normativos y documentos de orientación de la OIT (convenios y recomendaciones) son parte fundamental en la institucionalización de las políticas sociales, pero no obstante, también lo es que, a partir del momento en que se tomó conciencia de que para obtener resultados concretos resultaba escaso el ratificar un Convenio de la OIT, ya que por sí solo no era una garantía de que los objetivos se hagan realidad, este organismo ha ido reproduciendo el número de instrumentos que utiliza para llevar a cabo este cometido⁴⁵.

La internacionalización tan rápida de la economía de mercado, limitan irremediablemente a los poderes públicos, especialmente en materia social, por lo que las políticas sociales resultan afectadas tanto en su contenido como en su puesta en ejecución⁴⁶. Por esta razón, en el contexto actual, en el cual las políticas públicas se caracterizan por la carencia de recursos, existe una preocupación cada vez mayor, tanto de los Estados miembros, como de la sociedad en general, por el papel del sector público en éste progreso social. Es por tanto preciso, actualizar las políticas sociales para garantizar ciertos derechos a los trabajadores, ya que transferir parte de la protección social de la empresa a la sociedad, probablemente no sea del todo inevitable, pero si queremos un progreso de las políticas públicas, esto se debe enlazar con un mínimo de justicia social.

En la situación actual de crisis global, que toca de forma sistemática al bienestar de las personas, es necesario buscar alternativas y nuevos modelos de desarrollo económico, social, cultural y político que sean llevaderas en el tiempo⁴⁷, por lo que partiendo de la idea de que toda

⁴⁴ A. SEBASTIÁN, M.F. SÁNCHEZ, *El mercado de trabajo y el acceso al mundo laboral. Una perspectiva desde la Orientación Profesional*, Estel, 2000, pp. 81-105.

⁴⁵ Conferencia Internacional del Trabajo, 91^a Reunión, 2003. Actividades normativas de la OIT en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo: estudio detallado para la discusión con miras a la elaboración de un plan de acción sobre dichas actividades.

⁴⁶ S. CLAUWAERT, I. SCHÖMANN, *The crisis and national labour law reforms. A mapping exercise*, en *European Labour Law Journal*, 2012, vol. 3, n. 1, pp. 54-69.

⁴⁷ M. CABANES, J.D. GÓMEZ, *Economía social y Soberanía Alimentaria. Aportaciones de las*

persona tiene derecho a un nivel de vida digno que le garantice un desarrollo en la sociedad, se debe suponer que las personas deben tener las condiciones mínimas que puedan satisfacer estas necesidades básicas, facilitándoles en este caso aquello que no puedan conseguir por sus propios medios, favoreciendo por tanto, a unas adecuadas condiciones relacionadas con el salario, la vivienda y el acceso a servicios públicos entre otros; asumiendo también una oferta de formación en competencias y habilidades para el trabajo que permitan su desarrollo social y humano. Todo ello, a través de procesos de diálogo social tripartito para poder identificar y garantizar la puesta en marcha de las acciones necesarias para evitar situaciones de discriminación.

Para completar lo que precede, debemos recordar que la ampliación y universalización de los sistemas de protección social subyacen a varias metas de la Agenda 2030 para un desarrollo sostenible, lo que supone que los países, en especial los países en desarrollo deben extender progresivamente la cobertura, el financiamiento y los instrumentos y beneficios otorgados por dichos sistemas⁴⁸. También supone atender las necesidades específicas de los distintos segmentos de la población, asegurando niveles básicos y universales de bienestar y goce de derechos.

Y para concluir, no quería dejar pasar, ya que en este año 2019 la OIT cumple 100 años y el debate público sobre el futuro del trabajo ha sido fomentar la justicia social a través de la promoción del trabajo decente⁴⁹, que el desafío es lograr que la transición en la que vivimos sea una transición justa e incluyente, donde las políticas sociales y la legislación para su ejecución deberán acomodarse a los nuevos sistemas de producción, información y comunicación.

3. Bibliografía

AA.VV., *Conceptualization, measurement, and application of quality of life for persons with intellectual disabilities: results of an international panel of experts*, en *Mental Retardation*, 2002, n. 40, pp. 457-470

cooperativas y asociaciones agroecológicas de producción y consumo al bienestar de los territorios, en *CIRIEC-España*, 2014, n. 82, pp. 127-154.

⁴⁸ [Agenda 2030](http://www.exteriores.gob.es), en www.exteriores.gob.es (última consultación: 2 octubre 2019).

⁴⁹ Identificando en el concepto de trabajo decente, una dimensión ética que se enfoca en la defensa de los derechos fundamentales en el trabajo, consagrados por la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo adoptada por la Conferencia internacional del trabajo en 1998. *Vid.* M. SERVAIS, *El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica*, en *Revista de Relaciones Laborales*, 2012, n. 15-18, pp. 150-159.

AA.VV., *Las normas internacionales de trabajo. Un enfoque global*, OIT, 2002 (última consultación: 7 agosto 2019)

ALBERT R., ESCOT L., FERNÁNDEZ J.A., PALOMO M.T., *Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral desde la perspectiva del empleador. Problemas y ventajas para la empresa*, E.U. Estadística – Cuaderno de Trabajo, 2010, n. 2

ALONSO M., CASAS M.E., *Derecho del trabajo*, Civitas, 2001

BALLESTER A., *El aprendizaje significativo en la práctica*, en *Indivisa*, 2007, monografía VIII, pp. 643-651

BARBAGELATA H.H., *La formación profesional en los instrumentos constitutivos de la OIT y el sistema de normas internacionales del trabajo*, en *Revista del Derecho Laboral*, 1994, n. 173-174, pp. 33-35

BORRÁS V., TURNS T., MORENA S., *Las políticas de conciliación: políticas laborales versus políticas de tiempo*, en *Papers*, 2007, n. 83, p. 83-96

CABANES M., GÓMEZ J.D., *Economía social y Soberanía Alimentaria. Aportaciones de las cooperativas y asociaciones agroecológicas de producción y consumo al bienestar de los territorios*, en CIRIEC-España, 2014, n. 82, pp. 127-154

CALLE Á., GALLAR D., *Nuevos movimientos globales y agroecología: el caso de Europa*, en AA.VV., *Innovation and Sustainable Development in Agriculture and Food*, ISDA, 2010

CAMPILLO I., *Políticas de conciliación de la vida laboral y familiar en los regímenes de bienestar mediterráneos: los casos de Italia y España*, en *Política y Sociedad*, 2010, vol. 47, n. 1, pp. 189-213

CANOSA R., *Igualdad y no discriminación en el Derecho internacional de los Derechos Humanos*, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2008, n. 11, pp. 39-66

CARDONA M.B., *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*, Bomarzo, 2009

CLAUWAERT S., SCHÖMANN I., *The crisis and national labour law reforms. A mapping exercise*, en *European Labour Law Journal*, 2012, vol. 3, n. 1, pp. 54-69

CRESPO M., MORETÓN F., *Conciliación de trabajo y familia. Las claves del éxito: eficiencia empresarial e implicación masculina*, Colex, 2010

DONATI P., *Nuevas políticas sociales y Estado social relacional*, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2004, n. 108, pp. 9-47

FERNÁNDEZ J.A., TOBÍO C., *Conciliar las políticas familiares y laborales: políticas y prácticas sociales*, en FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Documento de trabajo*, 2005, n. 79, pp. 7-10

FINKIELKRAUT A., *La derrota del pensamiento*, Anagrama, 1994

GARCÍA J.M., ATANCE I., *La evolución de los mercados agrícolas internacionales y su influencia en los precios de los alimentos*, en Boletín Económico de ICE, 2008, n. 2935, pp. 11-22

GARCÍA J.M., VALDÉS A., *Las tendencias recientes del comercio mundial de productos agrarios: interdependencia entre flujos y políticas: una síntesis*, en Revista Española de Economía Agraria, 1997, n. 181, pp. 9-30

GARMENDIA M., *Legislación comparada sobre formación profesional: una visión desde los convenios de la OIT*, OIT, 2000

HEIN C., *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares. Ideas prácticas de la experiencia global. Informes OIT*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006

MARTÍN A., RODRÍGUEZ F., GARCÍA J., *Derecho del trabajo*, Tecnos, 1997

MERCHAND M.A., *Los conceptos de política social y sus restricciones económicas que determinan su accionar en el ámbito de las políticas*, en *Contribuciones a la Economía*, 2005 (última consultación: 5 agosto 2019)

NICOLAS VALTICOS V., *Conventions internationales du travail et droit interne*, en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1955, n. 2, pp. 251-288

ODERO A., GUIDO H., *Derecho sindical de la OIT*, OIT, 1995

OIT, *Informe Mundial sobre Salarios 2016/2017. La desigualdad salarial en el lugar de trabajo*, 2017 (última consultación: 28 abril 2019)

OIT, *Guía sobre políticas en materia de salario mínimo*, 2015 (última consultación: 30 septiembre 2019)

OIT, *Sistemas de salarios mínimos*, Conferencia Internacional del Trabajo, 103^a Reunión, 2014

OIT, *La hora de la igualdad en el trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 91^a Reunión, 2003

OIT, *Salarios mínimos. Mecanismos de fijación, aplicación y control*, 1992

OIT, *Resolución sobre la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 71^a Reunión, 1985

SEBASTIÁN A., SÁNCHEZ M.F., *El mercado de trabajo y el acceso al mundo laboral. Una perspectiva desde la Orientación Profesional*, Estel, 2000

SEN A., *Desarrollo y Libertad*, Planeta, 2000

SERVAIS M., *El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica*, en *Revista de Relaciones Laborales*, 2012, n. 15-18, pp. 150-159

SUMPSI J., *Una nueva política agraria para una nueva Unión*, en *Papeles de Economía Española*, 2003, n. 96, pp. 42-59

VERA J., *Formación y orientación laboral: garantía social*, McGraw-Hill, 2001

WATTS A.G., GUICHARD J., PLANI P., RODRÍGUEZ M.L., *Los servicios de orientación académica y profesional en la Comunidad Europea*, Oficina de publicaciones oficiales de la Comunidad Europea, 1993

Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social) 1962 (núm. 118)*

Francisco Javier FERNÁNDEZ ORRICO**

RESUMEN: A más de 57 años de serprobado el Convenio 118 OIT sobre Igualdad de Trato en materia de Seguridad Social, puede afirmarse que no ha tenido el éxito y la repercusión que se esperaba de él. Otras normas internacionales han sido preferidas por los Estados antes que este Convenio. Ciertamente los Reglamentos sobre Seguridad Social de la Unión Europea, el Convenio Multilateral Iberoamericano sobre Seguridad Social e incluso los convenios bilaterales entre Estados se han preferido al Convenio 118 sobre igualdad de trato (seguridad social), pese a ser pionero en esta cuestión.

El tema central, y razón de ser de su aprobación fue la misma de muchas otras materias que han erigido a la igualdad como bandera. En este caso, hablamos de igualar el tratamiento de ciudadanos de Estados extranjeros con los nacionales en la aplicación de la seguridad social, siempre que ambos Estados, hayan ratificado y aceptado las obligaciones del Convenio 118. En el presente estudio se analizará el contenido del Convenio objeto de comentario, en relación con otras instituciones de naturaleza multilateral que abordan la igualdad de trato en materia de Seguridad Social, así como su incidencia entre los Estados que forman parte de la OIT.

Palabras clave: Convenio 118 OIT, igualdad de trato, seguridad social.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación titulado: *Inclusión de personas con discapacidad intelectual en el ámbito laboral: Balance y propuestas*, con referencia RTI2018-093853-B-I00, correspondiente a la Convocatoria 2018 de proyectos I+D+I «Retos Investigación» del Programa Estatal de I+D+I orientada a los retos de la sociedad y financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades; así como en el marco del Proyecto titulado: *Instrumentos y estrategias para la inserción laboral de personas con discapacidad intelectual*, con Referencia: AICO 2019/167 perteneciente al Programa para la promoción de la investigación científica, el desarrollo tecnológico y la innovación en la Comunitat Valenciana y financiado por Conselleria de Educación, Investigación, Cultura y Deporte. Ambos proyectos dirigidos por el autor del presente comentario.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Miguel Hernández.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Contenido esencial del Convenio núm. 118 OIT. 3. El sentido del Convenio de igualdad de Trato en materia de Seguridad Social. 4. Cuestiones concretas que regula el Convenio núm. 118 OIT. 4.1. La condición de la residencia. 4.2. La conservación de derechos. 4.3. Campo de aplicación del Convenio. 5. Denuncia del Convenio núm. 118 OIT. 6. Bibliografía.

Equality of Treatment (Social Security) Convention 1962 (No. 118)

ABSTRACT: More than 57 years after ILO Convention 118 on Equal Treatment in Social Security, it can be said that it has not had the success and the expected impact of it. Other international standards have been preferred by the States before this Agreement. Certainly, the Social Security Regulations of the European Union, the Ibero-American Multilateral Agreement on Social Security and even bilateral agreements between States in this matter have been preferred to Convention 118 on equal treatment (social security).

The central theme, and rationale for its approval, was the same as many other subjects that have erected equality, as flag. In this case we speak of equality in the treatment of citizens of foreign States with nationals in the application of social security, provided that both States (that of the national who is in a State different from his and this State), have ratified and accepted the obligations of Convention 118.

This study will analyze the content of the Convention that is the subject of commentary, its incidence among the States that are part of the ILO, as well as the impact it has had on the world.

Key Words: ILO Convention 118, equal treatment, social security.

1. Introducción

El problema de la desigualdad y la discriminación en el ámbito socio laboral se extiende a nivel nacional o autonómico, y también en el terreno internacional. Y entre las posibles desigualdades, se encuentra el de la seguridad social de las personas y trabajadores cuando transitan de un Estado a otro distinto. En este sentido, diversos Convenios de la OIT han tratado este fenómeno, como el Convenio OIT núm. 19, de 5 de junio de 1925, sobre igualdad de trato en materia de accidentes de trabajo, según el cual, el Estado que lo ratifique tiene la obligación de conceder a los nacionales de otro Estado miembro que sufran un accidente de trabajo en el territorio de aquél, el mismo trato que asegure a sus propios nacionales en materia de reparación de los accidentes de trabajo; el Convenio OIT núm. 97, de 1 de julio de 1949, sobre trabajadores migrantes¹; Convenio OIT núm. 143, sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes²; Convenio OIT núm. 157, de 21 de julio de 1982, relativo al establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social. Este Convenio OIT núm. 157 y el Convenio OIT 118, constituyen unos instrumentos que disponen algunos derechos y prestaciones de seguridad social para los trabajadores migrantes que hacen frente al problema de pérdida de los derechos a las prestaciones de la seguridad social de que gozaban en su país de origen. Y ello, sin olvidar el importantísimo Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), que establece la norma mínima para el nivel de las prestaciones de la seguridad social y las condiciones para poder acceder a las mismas. El nivel de prestaciones mínimas de este

¹ Estipula que los Estados que lo ratifiquen deberán facilitar las migraciones internacionales con fines de empleo, estableciendo y manteniendo un servicio gratuito de asistencia y de información para los trabajadores migrantes, y adoptando medidas contra la propaganda engañosa sobre la emigración y la inmigración. Incluye disposiciones sobre los servicios médicos apropiados para los trabajadores migrantes y la transferencia de ingresos y ahorros. Los Estados deben aplicar un trato no menos favorable que el que se aplica a sus nacionales con respecto a un número de cuestiones que incluyen las condiciones de empleo, la libertad sindical y la seguridad social (OIT, *Las reglas del juego. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo*, Ed. revisada a 2009, p. 70).

² El Convenio OIT núm. 143 complementa las previsiones del Convenio OIT núm. 97, y el Convenio OIT núm. 111, sobre la discriminación, y se divide en tres partes, la segunda de ellas se refiere a la igualdad de oportunidades y de trato, y se hace una mención expresa a la igualdad en materia de seguridad social para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de sus familias, se encuentren legalmente en el territorio del Estado que haya aceptado este Convenio. Se debe hacer constar que España no ha ratificado este Convenio.

Convenio, puede determinarse en relación con el nivel salarial del país de que se trate. Pueden preverse asimismo excepciones temporales para aquellos países cuya economía y cuyos servicios médicos estén insuficientemente desarrollados, permitiéndoles, de este modo, restringir el ámbito de aplicación del Convenio y la cobertura de las prestaciones otorgadas.

En el ámbito del Consejo de Europa se han aprobado las siguientes normas:

- *Convenio Europeo de Seguridad Social*³, que se inspira en los principios de la Carta Social Europea y de los Convenios de la OIT y tiene por objeto afirmar el principio de igualdad de trato de los nacionales de las partes contratantes, de los refugiados y de los apátridas en lo que respecta a la legislación de seguridad social.

- *Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante*⁴, cuyo artículo 18 exige que los Estados contratantes otorguen en su territorio a los trabajadores migrantes, así como a los miembros de sus familias, el mismo trato que a sus propios nacionales, sin perjuicio de las condiciones que requiera la legislación nacional y de los acuerdos bilaterales o multilaterales ya concluidos entre las Partes Contratantes interesadas.

En la Unión Europea esta cuestión se regula para todos los Estados miembros mediante el *Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004*, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Concretamente, el art. 4 expresa un principio muy claro de igualdad de trato, según el cual, las personas a las que se aplique el Reglamento «podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado».

Posteriormente, la publicación del *Reglamento 1231/2010 del Consejo, de 24 de noviembre, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CE) núm. 883/2004 y del Reglamento (CE) núm. 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos*⁵, aplicable de forma lineal a todos los países que integran la Unión Europea, constituye un avance en la consecución del principio de igualdad de trato,

³ Firmado en París el 14 de diciembre de 1972, ratificado por Instrumento de 10 de enero de 1986 (BOE 121 de noviembre de 1986).

⁴ Aprobado por Convenio de 24 de noviembre de 1977, ratificado por España mediante instrumento de 28 de abril de 1980 (BOE 18 de junio de 1983).

⁵ Este reglamento sustituye al anterior Reglamento (CE) núm. 859/2003, del Consejo, de 14 de mayo, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 y del Reglamento (CEE) nº 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas.

también llamado: de no discriminación por razón de la nacionalidad, no sólo entre nacionales de la UE sino también entre nacionales de terceros países. A este respecto, se ha señalado⁶ con base en diversas sentencias del TJCE⁷ que hasta la entrada en vigor del Reglamento 859/2003, la nacionalidad de los sujetos podía ser causa de desigualdades no de discriminación, respecto al reconocimiento, cuantía o exportación de una prestación, y que en todo caso cuando las diferencias se basan en criterios objetivos que afectan a todos los implicados por igual, independientemente de su nacionalidad, no estaremos en presencia de una discriminación prohibida en el ámbito de la Unión. Con la llegada de estos últimos Reglamentos se ha ampliado la aplicación de los Reglamentos de Seguridad Social a los nacionales de terceros países.

En el ámbito iberoamericano se ha llegado a acuerdos multilaterales en materia de reconocimientos recíprocos de derechos en materia de Seguridad Social auspiciados por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS). En ese sentido cabe citar:

- *Convenio Iberoamericano de Seguridad Social*⁸, que dio lugar al Tratado Constitutivo de la Comunidad Iberoamericana de Seguridad Social de 17 de marzo de 1982 con objeto de favorecer su aplicación e intensificar su desarrollo.
- *Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*⁹, cuyo art. 4, en relación con el art. 2, establece el principio de igualdad de trato, según el

⁶ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, D.I. GARCÍA SAN JOSÉ, *Los familiares del trabajador migrante y el derecho a la no discriminación en la jurisprudencia del TJCE*, en AA.Vv., *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, n. 69, Madrid, 2005, pp. 661-662.

⁷ Sentencias del TJCE de 15 enero 1986, 41/84 (Pinna) Rec., p. 1; de 31 marzo 1977 (Fossi) Rec., p. 667; de 20 junio 1985, 94/84 (Deak) Rec., p. 1873; de 14 noviembre 1990, 105/89 (Buhari Haji) Rec., p. I-4211; y de 2 agosto 1993, 3/92 (Grana-Novoa) Rec., p. I-4505, entre otras.

⁸ Este Convenio fue firmado en Quito con fecha de 26 de enero de 1978.

⁹ Una vez aprobada por parte de la V Conferencia de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Social de los países de Iberoamérica, celebrada en Segovia, en el año 2005 y, de los acuerdos de las Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno: XV de Salamanca (2005) y XVI de Montevideo (2006); la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) y la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB), elevaron el [texto del Convenio Multilateral](#), a la VI Conferencia de Ministros y Máximas Autoridades de Seguridad Social, celebrada en Iquique en 2007, la cual lo aprobó por unanimidad y lo elevaron a su vez a los Jefes de Estado y de Gobierno en la XVII Cumbre Iberoamericana de Santiago de Chile, en noviembre de 2007, que por unanimidad también lo adoptó.

cual, las personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios Estados Parte, así como a sus familiares beneficiarios o derechohabientes, «tendrán derecho a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones establecidas en la legislación del Estado Parte en que desarrolle su actividad en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Convenio».

Ciertamente, es un principio deseable que las personas que se mueven de unos Estados a otros tengan los mismos derechos y obligaciones que los ciudadanos del Estado por el que transitan, entre los que se encuentran los que se refieren a la Seguridad Social. Sin embargo, pese a ser un principio de sentido común, es necesario que se cumplan una serie de condiciones para alcanzar ese objetivo. En una primera visión, ambas normativas tienen el mismo objetivo: la igualdad de trato de las personas en materia de Seguridad Social. Para ello, establecen principios miméticos, como el principio de conservación de derechos adquiridos, totalización de períodos de cotización, etc. Pero en lo esencial, la legislación aplicable en materia de seguridad social, será la del Estado en que se encuentren los nacionales del Estado miembro (UE) o Estado Parte (Estados Parte del Convenio Multilateral Iberoamericano). En el fondo no deja de ser un sistema de coordinación entre la legislación de los Estados que suscriben un mismo Tratado, Convenio o Reglamento.

La diferencia estriba, en que mientras que el Reglamento (UE) 883/2004, es de cumplimiento obligatorio para todos los Estados que forman parte de la Unión Europea, en el caso del Convenio Multilateral Iberoamericano de seguridad social, solo obliga a los Estados que lo han suscrito. Concretamente a los Estados Parte que han ratificado el Convenio y su Acuerdo de Aplicación¹⁰. En el caso presente, de igualdad de trato en materia de Seguridad Social, lo es entre los nacionales y las personas extranjeras que presten servicios en un determinado Estado.

Pues bien, mucho antes de lo anterior aunque con diferente éxito se adoptó en Ginebra por la Conferencia de la OIT, el 28 de junio de 1962, el Convenio núm. 118 de la OIT, relativo a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social, que vino a decir en cuanto al principio de igualdad de trato en materia de seguridad social lo mismo que el Reglamento (UE) 883/2004 y el [Convenio Multilateral Iberoamericano de seguridad social](#). Ciertamente, como señala la

¹⁰ En la actualidad han firmado el convenio 15 países, de los cuales once han finalizado todo el proceso de ratificación y suscripción de Acuerdo de Aplicación y, por tanto, lo están ya aplicando plenamente: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal y Uruguay.

doctrina¹¹, la proyección del principio de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y migrantes se reconoce en relación a los inmigrantes en situación regular que consolidan sus derechos de seguridad social en el país de empleo, y la cobertura social a los trabajadores migrantes en situación irregular dependerá de la legislación nacional de cada país y de la propia extensión de su acción protectora. Ello, pues, está en sintonía con la respuesta ofrecida por parte de los Convenios específicos de la OIT, especialmente, el Convenio núm. 143 de la OIT.

El Convenio núm. 118 de la OIT ha tenido poco éxito porque ha sido escaso el número de Estados que lo han ratificado. Concretamente 38 ratificaciones, y ninguno de ellos acepta la totalidad de las ramas de seguridad social, siendo 149 (entre ellos España) los que no lo han ratificado. Y eso que nuestro Estado es de los que más Convenios ratifican pues tan solo no lo han sido 23 por nuestro país (entre ellos el Convenio núm. 118 de la OIT), siendo 133, los que sí han sido ratificados. Sin embargo, el Convenio núm. 118 asegura el mantenimiento de los derechos adquiridos y la exportación de las prestaciones sociales. Los trabajadores migrantes deben tener garantizado los derechos adquiridos en el Estado de empleo, pudiéndose exportar las prestaciones al abandonar el país donde se aportó a nivel contributivo. Asimismo, otro elemento esencial es la posibilidad de poder acumular y totalizar los derechos adquiridos en diferentes países donde se ha trabajado y aportado a los sistemas públicos de seguridad social. El convenio núm. 118 de la OIT obliga a los Estados a asegurar la provisión de prestaciones en el extranjero en una rama específica para sus propios nacionales y para los nacionales de cualquier otro Estado, cuando éste haya aceptado las obligaciones del convenio para una rama concreta de protección social¹².

Pero siendo el objeto del presente comentario el Convenio núm. 118 de la OIT, comenzaremos con el contenido del mismo y sus características de mayor relevancia.

2. Contenido esencial del Convenio núm. 118 de la OIT

Ciertamente, el Convenio núm. 118 de la OIT, resultó en su momento, un hito revolucionario porque, según su art. 3.1 establece para todos aquellos Estados que lo ratifiquen y esté en vigor, que conceda en su territorio a

¹¹ J.E. LÓPEZ AHUMADA, *La Respuesta de los Convenios Internacionales de la OIT al Trabajo Migrante: Un Análisis Transversal*, en Revista Internacional Consinter de Directo, 2016, n. III.

¹² *Ibidem*.

los nacionales de otro Estado Miembro para el que el Convenio esté también en vigor, *igualdad de trato respecto de sus propios nacionales en lo que atañe a su legislación*. Y ello, tanto en lo que concierne a los requisitos de admisión exigidos como al derecho a las prestaciones, en todas las ramas de la seguridad social respecto de las cuales haya aceptado las obligaciones del Convenio¹³. En consecuencia, la aplicación del Convenio exige no solamente que ambos Estados lo hayan ratificado, es necesario que la concreta rama de seguridad social (asistencia médica, prestaciones de enfermedad, prestaciones de maternidad, etc.) sea regulada por la legislación interna del Estado acogedor. De manera que si, pongamos por caso, un Estado no contempla en su legislación interna, una de las ramas de seguridad social que enumera el Convenio en el art. 2.1, es obvio que no podrá dispensar las prestaciones correspondientes a tal rama. Pero, es que aunque su normativa interna las contemple eso no significa que deba aceptar obligatoriamente la rama en cuestión de su regulación interna, pues ello solo será posible en el caso de que se hayan aceptado expresamente en el Convenio núm. 118 cada una de tales ramas de la seguridad social.

Conviene señalar que al aludir a las ramas de seguridad social, no son todas las que puedan pensarse con la mentalidad actual, pues debe recordarse que el Convenio núm. 118 de la OIT fue adoptado el 28 de junio de 1962. En ese sentido, el ámbito de aplicación de lo que hoy día se considera seguridad social es más amplio que el que se manejaba a principio de los años 60. No obstante, de manera genérica, el propio convenio, especifica cuáles son esas ramas¹⁴.

Si se mira bien, pese a que estamos ante un convenio de la OIT, que es un convenio multilateral, no deja de ser una especie de convenio bilateral en

¹³ Al aludir a las ramas de seguridad social, el Convenio 118 OIT, se refiere a las diversas modalidades de la acción protectora que dispensa la Seguridad Social, como Prestaciones de maternidad, invalidez, vejez, sobrevivencia, etc.

¹⁴ El art. 2.1 del Convenio núm. 118 OIT, establece:

«Todo Estado Miembro puede aceptar las obligaciones del presente Convenio en cuanto concierne a una o varias de las ramas de la seguridad social siguientes, para las cuales posea una legislación efectivamente aplicada en su territorio a sus propios nacionales:

- (a) asistencia médica;
- (b) prestaciones de enfermedad;
- (c) prestaciones de maternidad;
- (d) prestaciones de invalidez;
- (e) prestaciones de vejez;
- (f) prestaciones de sobrevivencia;
- (g) prestaciones en caso de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales;
- (h) prestaciones de desempleo; e
- (i) prestaciones familiares».

su aplicación con un intermediario que viene a ser el convenio multilateral, pues de entrada solo es aplicable entre los Estados que lo ratifican, y no solo eso, sino solamente en aquellas ramas que se regulen en su legislación interna, y de entre ellas –como señala el art. 2.2-, la rama o ramas de seguridad social respecto de las que haya aceptado las obligaciones del Convenio. Pero es que, además, de la lectura del Convenio se desprende que en determinadas cuestiones, los Estados afectados, miembros de la OIT para quienes este Convenio se encuentre en vigor deben fijar de común acuerdo las condiciones (arts. 6, 7, 8, 9 Convenio núm. 118 OIT)¹⁵.

3. El sentido del Convenio de igualdad de Trato en materia de Seguridad Social

El Convenio 118 núm. OIT, sobre igualdad de trato en materia de Seguridad Social, pudiera ser un instrumento adecuado a principio de los años sesenta. En la actualidad, tanto los Reglamentos de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea, como la proliferación de numerosos convenios bilaterales en materia de Seguridad Social, hacen que este Convenio núm. 118 OIT, resulte algo trasnochado. Prueba de ello, es que no ha sido ratificado por la gran mayoría de los Estados miembros. Podría decirse que se trata de un Convenio fallido por su escaso seguimiento, y a estas alturas, existen otras formas de alcanzar el mismo objetivo que este Convenio.

4. Cuestiones concretas que regula el Convenio núm. 118 OIT

En materia de prestaciones por muerte y supervivencia, la igualdad de trato deberá concederse, además, a los derechohabientes de los nacionales de un Estado Miembro para el que el Convenio esté en vigor, independientemente de la nacionalidad de dichos derechohabientes (art. 3.2 Convenio núm. 118 OIT), de manera que el beneficiario de la prestación podría ser un ciudadano de un Estado que no hubiera ratificado el Convenio.

¹⁵ Así por ejemplo, el art. 9 dispone que los Estados Miembros podrán derogar las disposiciones del Convenio «mediante acuerdos especiales, que no podrán menoscabar los derechos y obligaciones de los demás Estados Miembros, y a reserva de determinar la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición en condiciones que, en su conjunto, sean tan favorables, por lo menos, como las establecidas por el presente Convenio».

Sin embargo, en relación a las prestaciones de una rama determinada de la seguridad social, un Estado Miembro puede derogar las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del art. 3 del Convenio, respecto de los nacionales de todo Estado Miembro que, a pesar de poseer una legislación relativa a esta rama, no concede igualdad de trato a los nacionales del primer Estado Miembro en la rama mencionada (art. 3.3 Convenio núm. 118 OIT).

En el mismo sentido, -señala el art. 6 Convenio núm. 118 OIT-, todo Estado Miembro que haya aceptado las obligaciones del presente Convenio en lo que respecta a las prestaciones familiares deberá garantizar el beneficio de las asignaciones familiares a sus propios nacionales y a los nacionales de los demás Estados Miembros que hayan aceptado las obligaciones de dicho Convenio respecto a la misma rama, en relación con los niños que residan en el territorio de uno de estos Estados Miembros, a reserva de las condiciones y limitaciones que puedan establecerse de común acuerdo entre los Estados Miembros interesados (art. 6 Convenio núm. 118 OIT).

4.1. La condición de la residencia

Lo fundamental en el principio de igualdad de trato en materia de seguridad social es que no sea necesaria la condición de residente del Estado Miembro, pues entonces, en la mayoría de los casos, ya reuniría los requisitos como si fuera ciudadano del Estado acogedor. Por eso, como se verá a continuación, no se exige en muchos casos que se perciba la prestación en el propio Estado de acogida sino que podría encontrarse en un tercer Estado.

En lo que afecta al beneficio de las prestaciones, en principio debe garantizarse la igualdad de trato sin condición de residencia. Sin embargo -señala el art. 4.1 Convenio núm. 118 OIT-, dicha igualdad puede subordinarse a una condición de residencia, por lo que se refiere a las prestaciones de una rama determinada de la seguridad social, respecto de los nacionales de todo Estado Miembro cuya legislación subordine la atribución de prestaciones de la misma rama a la condición de que residan en su territorio.

Pese a ello, según el art. 4.2 del Convenio núm. 118 OIT, podrá subordinarse el beneficio de las prestaciones cuya concesión no depende de una participación financiera directa de las personas protegidas o de su empleador, ni de un período de calificación de actividad profesional -con exclusión de la asistencia médica, de las prestaciones de enfermedad, de las prestaciones de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales y

de las prestaciones familiares- a la condición de que el beneficiario haya residido en el territorio del Estado Miembro en virtud de cuya legislación la prestación sea pagadera o, si se trata de prestaciones de sobrevivencia, que el causante haya residido, durante un período que no podrá fijarse, según el caso, en más de:

- (a) seis meses, que inmediatamente precedan a la solicitud de prestación, en cuanto concierne a las prestaciones de maternidad y a las prestaciones de desempleo;
- (b) los cinco años consecutivos que inmediatamente precedan a la solicitud de prestación, por lo que se refiera a las prestaciones de invalidez, o que precedan a la muerte, en cuanto concierne a las prestaciones de sobrevivencia;
- (c) diez años posteriores a la fecha en que el asegurado hubiere alcanzado la edad de 18 años -pudiendo exigirse que cinco años consecutivos precedan inmediatamente a la solicitud de prestación-, por lo que respecta a las prestaciones de vejez.

Asimismo, todo Estado Miembro que haya aceptado las obligaciones del Convenio núm. 118 OIT en lo que respecta a una o a varias de las ramas de la seguridad social que figuran a continuación, deberá garantizar, a sus propios nacionales y a los nacionales de todo otro Estado Miembro que haya aceptado las obligaciones del Convenio respecto a una rama correspondiente, en caso de residencia en el extranjero¹⁶, el pago de las prestaciones de invalidez, de las prestaciones de vejez, de las prestaciones de sobrevivencia y de los subsidios de muerte, así como el pago de las pensiones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

4.2. La conservación de derechos

Sin perjuicio de otras condiciones que se fijen de común acuerdo entre los Estados Miembros interesados, el art. 7 del Convenio núm. 118 OIT impele a los Estados Miembros para los que el presente Convenio esté en vigor para que se esfuerzen en participar, en un sistema de conservación de derechos adquiridos y de derechos en vías de adquisición, reconocidos en virtud de su legislación a los nacionales de los Estados Miembros para los que dicho Convenio esté en vigor respecto de todas las ramas de la seguridad social para las cuales los Estados Miembros hayan aceptado las

¹⁶ En caso de residencia en el extranjero, el pago de las prestaciones de invalidez, de vejez y de sobrevivencia del tipo previsto en el párrafo 6, a), del artículo 2 podrá subordinarse a la participación de los Estados Miembros interesados en el sistema de conservación de derechos previsto en el artículo 7 (art. 5.2 Convenio núm. 118 OIT).

obligaciones del Convenio.

En este punto, como explica la doctrina¹⁷, es especialmente importante la acción del Convenio sobre invalidez, vejez y sobrevivientes de 1967 núm. 128, que se reconoce la garantía de los derechos adquiridos. Con todo, y a pesar del reconocimiento formal del derecho a la exportación de prestaciones sociales al extranjero desde la óptica de la igualdad de trato, conviene indicar que la exportación efectiva está condicionada al tipo de prestación de seguridad social y del país que tiene que reconocer la transferencia de la protección. Con todo, el convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social) de 1962 (núm. 118) articula un sistema de reconocimiento entre Estados, respecto de sus nacionales que ejercen en régimen de igualdad el acceso y disfrute de la acción protectora.

Manifestación del principio de conservación de derechos, es la previsión, especialmente de la totalización de los períodos de seguro, de empleo o de residencia y de los períodos asimilados para el nacimiento, conservación o recuperación de los derechos, así como para el cálculo de las prestaciones (art. 7.3 Convenio núm. 118 OIT).

Las cargas financieras por concepto de prestaciones de invalidez, prestaciones de vejez y prestaciones de sobrevivencia así liquidadas deberán distribuirse entre los Estados Miembros interesados o ser costeadas por el Estado Miembro en cuyo territorio residan los beneficiarios, según las modalidades que se determinen de común acuerdo entre los Estados Miembros interesados (art. 7.3 Convenio núm. 118 OIT).

Para que todo lo anterior sea posible, es muy importante que los Estados Miembros se presten, a título gratuito, la mutua asistencia administrativa requerida a fin de facilitar la aplicación del Convenio, así como la ejecución de sus respectivas legislaciones de seguridad social (art. 11 Convenio núm. 118 OIT).

4.3. Campo de aplicación del Convenio

En principio, el Convenio también se aplica a los refugiados y a los apátridas sin condición de reciprocidad. Y no se aplica a los regímenes especiales de los funcionarios, a los regímenes especiales de las víctimas de guerra, ni a la asistencia pública.

Por lo demás, el Convenio no obliga a ningún Estado Miembro a aplicar

¹⁷ J.E. LÓPEZ AHUMADA, *La Respuesta de los Convenios Internacionales de la OIT al Trabajo Migrante: Un Análisis Transversal*, op. cit.

sus disposiciones a las personas que en virtud de instrumentos internacionales se hallen exentas de la aplicación de las disposiciones de su legislación nacional de seguridad social (art. 10 Convenio núm. 118 OIT). Como es lógico, el Convenio se dirige a trabajadores que se encuentran en situación regular, pues en caso contrario no alcanza sus efectos.

5. Denuncia del Convenio núm. 118 OIT

Ratificado este Convenio los Estados Miembros pueden denunciarlo una vez transcurrido un período de diez años, a partir de la fecha en que haya entrado inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado. En el caso de que el Estado Miembro, no haga uso del derecho de denuncia quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años (art. 16 Convenio núm. 118 OIT).

6. Bibliografía

FERNÁNDEZ ORRICO F.J., *Hacia la igualdad de trato de los no nacionales de la Unión Europea en materia de Seguridad Social: el Reglamento 859/2003, de 14 de mayo*, en AA.VV., *El principio de igualdad*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales n. 69, Madrid, 2005, pp. 453-472

FERNÁNDEZ ORRICO F.J., *Aplicación de los Reglamentos de la Unión Europea sobre Seguridad Social a nacionales migrantes de terceros países: El Reglamento 1231/2010, de 24 de noviembre*, en AA.VV. (M.E. MONSALVE CUELLAR coord.), *El futuro del trabajo. Análisis jurídico y socioeconómico*, Aldebarán, Cuenca, 2017, pp. 315-346

LÓPEZ AHUMADA, J.E., [La Respuesta de los Convenios Internacionales de la OIT al Trabajo Migrante: Un Análisis Transversal](#), en Revista Internacional Consinter de Directo, 2016, n. III

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Las reglas del juego. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo](#), Ed. revisada a 2009

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO C., GARCÍA SAN JOSÉ D.I., *Los familiares del trabajador migrante y el derecho a la no discriminación en la jurisprudencia del TJCE*, en AA.VV., *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ed.

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, n. 69. Madrid, 2005, pp. 661-662

Web sites

<https://oiss.org/convenio-multilateral/convenio-multilateral-iberoamericano-de-seguridad-social>

<https://emigracion.xunta.gal/es/la-secretaria/nORMATIVA/convenio-multilateral-iberoamericano-seguridad-social>

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales

1964 (núm. 121)

Ydangely TROPIANO*
Atilio NOGUERA**

RESUMEN: El propósito de esta investigación se enfoca en el análisis del Convenio n. 121 de 1964, que trata sobre las prestaciones en caso de accidente del trabajo y enfermedades profesionales, siendo posteriormente complementada por las Recomendaciones n. 121 y n. 194, resultando una norma que surge bajo el modelo del Convenio n. 102 sobre seguridad social (norma mínima), con la visión de identificar y proporcionar mayor protección a la población, superando el nivel de la asistencia médica y de las prestaciones, así como también se establece lineamientos de conceptualización por las legislaciones nacionales sobre enfermedad profesional y el accidente de trabajo en todas sus vertientes e incluso el de trayecto; sin embargo a pesar de la ratificación por algunos países del Convenio n. 121, en la actualidad se requiere todavía de la voluntad política y social de los países en velar por una seguridad y salud a los trabajadores ante un estado de vulnerabilidad producto de un accidente del trabajo o del diagnóstico de enfermedades profesionales; lo que significa que aún queda por trabajar para seguir impulsando esa voluntad; porque al final el objetivo único es cubrir, prevenir y mantener en condiciones acordes a una persona que queda incapacitado o en su defecto la muerte, en razón de ese esfuerzo y amor dedicado al trabajo en pro no de un patrono sino a un país.

Palabras clave: Prestaciones, accidente del trabajo, enfermedades profesionales.

* Miembro de Aprendizaje Jurídico, S.C; Profesora del Instituto Universitario de Mercadotecnia Extensión.

** Miembro de Aprendizaje Jurídico, S.C; Profesor de la Universidad Central de Venezuela, Universidad Santa María e Instituto Universitario de Mercadotecnia Extensión.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Terminologías. 3. Ámbito de aplicación. 4. Excepciones. 5. Contingencias. 6. Deberes de los miembros. 6.1. Prescripción de definiciones. 6.1.1. Accidente de trabajo. 6.1.2. Enfermedades profesionales. 6.2. Prestaciones. 6.2.1. Asistencia médica y los servicios conexos, en caso de estado mórbido. 6.2.2. Prestaciones monetarias. 6.2.3. Prestaciones monetarias en caso de fallecimiento del sostén de la familia. 6.2.4. Suspensión de las prestaciones. 6.3. Aplicación de otras medidas. 7. Reglas generales del Convenio n. 121. 8. Conclusión. 9. Bibliografía.

Employment Injury Benefits Convention 1964 (No. 121)

ABSTRACT: The purpose of this research focuses on the analysis of Convention No. 121 of 1964, which deals with benefits in the event of an accident at work and occupational diseases, being subsequently complemented by Recommendations No. 121 and No. 194, resulting in a standard that arises under The model of Convention No. 102 on social security (*minimum noma*), with the vision of identifying and providing greater protection to the population, exceeding the level of medical care and benefits, as well as establishing conceptualization guidelines for national legislation on occupational disease and the accident at work in all its aspects and even that of travel; However, despite the ratification by some countries of Convention No. 121, the political and social will of the countries is still required to ensure workers' safety and health in the face of a state of vulnerability resulting from an accident of work or diagnosis of occupational diseases; which means that there is still work to continue promoting that will; because in the end the sole objective is to cover, prevent and keep in a condition consistent with a person who is incapacitated or failing death, because of that effort and love dedicated to work for not an employer but a country.

Key Words: Benefits, accident at work, occupational diseases.

1. Introducción

La evolución a la protección de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, nace con el Convenio n. 12 sobre indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), que establecía la extensión a los trabajadores agrícolas en la reparación de los accidentes del trabajo¹. Posteriormente fue surgiendo una serie de convenios que fueron siendo complementarios unos de otro sobre la materia.

En este sentido, el convenio n. 17 del 1925 que regula con profundidad la indemnización por accidente del trabajo aplicándose a las empresas, explotaciones o establecimientos del sector público y privado, la cual fue sujeta a dos recomendaciones, la 22 y 23, y además completado por el convenio n. 19, que establece en materia de accidentes del trabajo una igualdad de trato para los trabajadores extranjeros y para sus herederos.

Seguidamente, en 1925 se adopta el convenio n. 18, que incluye la primera lista de enfermedades de origen profesional, que fue sujeta a una revisión por medio de la recomendación n. 24; no obstante, este convenio fue revisado en el año 1934, por el convenio n. 42, referente a una lista que determinaba diez enfermedades profesionales, que estuvo en un proceso de revisión, y a su vez en el mismo año surge el Convenio n. 44, destinado a garantizar indemnizaciones o subsidios a los desempleados involuntarios.

Posteriormente, en el año 1952 se adopta el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima, n. 102), que cubre las nueve ramas de la seguridad social y establece normas mínimas para cada rama; siendo integradas en el año 1944, por las Recomendaciones sobre la seguridad de los medios de vida (n. 67) y sobre asistencia médica (n. 69), donde ambas conciben sistemas de seguridad social integrales así como la coberturas para todos².

Después del Convenio n. 102, se origina otros convenios y recomendaciones, que establecen normas más elevadas para ramas específicas de la seguridad social.

Surge así el Convenio n. 121 (1964) sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (en lo adelante Convenio n. 121), adoptándose a su vez dos Recomendaciones, una que apunta una extensión de las prestaciones de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales a categorías de trabajadores que habían sido excluidas (por ejemplo, estudiantes), así como también a los miembros de

¹ P. ARELLANO ORTIZ, *La Cobertura de los Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales por las Normas Internacionales del Trabajo de la OIT*, en *Rerista Chilena del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, vol. 2, n. 3, p. 166.

² OIT, [Normas actualizadas de la OIT sobre la seguridad social](#).

cooperativas, y ciertos trabajadores independientes. Y otra, dirigida a la lista de enfermedades profesionales y el registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales³.

La lista de enfermedades profesionales, fue sujeta a revisiones y modificaciones por la OIT, hasta el año 2010⁴.

En tal sentido, a continuación se procederá al análisis del Convenio n. 121 y las normas complementarias.

2. Terminologías

Se establece las siguientes terminologías, a los efectos de la aplicación de la norma⁵:

- *legislación*: comprende las leyes, los reglamentos y las disposiciones reglamentarias en seguridad social;
- *prescrito*: se determinará por la legislación nacional o en virtud de ella;
- *establecimiento industrial*: involucra los establecimientos de las siguientes actividades económicas: minas y canteras; industrias manufactureras; construcción; electricidad, gas, agua y servicios sanitarios, y transportes, almacenamiento y comunicaciones;
- *persona a cargo*: se refiere a los trabajadores que están bajo un estado de dependencia;
- *hijo*: comprende 1) el hijo que no ha llegado aún, sea a la edad en que termina la enseñanza obligatoria o a los 15 años, cualquiera de ellas que sea la más alta; 2) el hijo que no ha llegado a la edad de 15 años, y es un aprendiz o estudiante o tiene una enfermedad crónica o una dolencia que le incapacite para toda actividad lucrativa, salvo que la legislación nacional del país correspondiente, la expresión hijo a cargo comprenda a todo hijo que no tiene aún una edad notablemente superior a los 15 años.

Referente a la última terminología es oportuno indicar, la conveniencia de la medida que deja la normativa en cuanto a la edad del hijo, en razón que podrá variar dependiendo de la legislación de cada parte que rige en materia educativa, ya que la edad límite para la enseñanza obligatoria no es igual en todos los países, por ejemplo en Venezuela contempla una edad

³ Recomendación n. 194 (adopción: Conferencia Internacional del Trabajo, 90^a Reunión, 2002).

⁴ OIT, *Identificación y reconocimiento de las enfermedades profesionales. Criterios para incluir enfermedades en la lista de enfermedades profesionales*, 2010.

⁵ Art. 1 del Convenio n. 121 y § 1 de la Recomendación n. 121 (a través de la 48^a Reunión celebrada en Ginebra, 1964).

límite para la educación obligatoria hasta los 18 años, que abarca el nivel medio diversificado, a diferencia de otros países, que comprende desde los 6 a los 16 años⁶.

3. Ámbito de aplicación

El convenio establece como regla general de aplicación a todos los asalariados, comprendidos a su vez a los aprendices, de los sectores públicos y privados, a quienes formen parte de las cooperativas, y a los beneficiarios en caso de fallecimiento del sostén de familia; no obstante indica que podrá excepcionarse:

- 1) a las personas que realicen trabajos ocasionales ajenos a la empresa del empleador;
- 2) a los trabajadores a domicilio;
- 3) a los miembros de la familia del empleador que vivan con él respecto del trabajo que realicen para él;
- 4) a otras categorías de asalariados, siempre que su número total no exceda del 10% de todos los asalariados no exceptuados⁷.

Asimismo, se prevé a otros sujetos que todo miembro podrá excluir, con la salvedad que las prestaciones por concepto de accidente del trabajo y enfermedades profesionales deben ser equivalentes a las indicadas en el Convenio n. 121, quienes se encuentran⁸:

- 1) la gente del mar, incluidos los pescadores de pesquerías marítimas;
- 2) a los funcionarios públicos, cuando estén protegidos por regímenes especiales⁹.

Por otra parte, se sugiere que todo miembro otorgue por etapas y a través de un seguro voluntario, la concesión de prestaciones por accidente del trabajo y enfermedades profesionales o análogas:

- a) a los miembros de cooperativas dedicados a la producción de bienes o a la prestación de servicios;
- b) a los propietarios dedicados activamente a la explotación de pequeños negocios o granjas agrícolas;

⁶ Se destaca como ejemplo Venezuela, en razón que este país ratificó el Convenio n. 121, por medio de la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 27 agosto 1981, n. 2.849, y en el art. 103 de la Constitución de la República de Venezuela (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 24 febrero 2000, n. 5.453) se establece la edad límite de la educación obligatoria.

⁷ Art. 4 del Convenio n. 121.

⁸ § 4 de la Recomendación n. 121.

⁹ Art. 3 del Convenio n. 121.

- c) a ciertas categorías de personas que trabajen sin remuneración, entre las que deberían figurar:
- quienes se están preparando para su futuro empleo, estén recibiendo formación profesional, u otra clase de preparación, o que se sometan a un examen profesional, incluidos los alumnos y estudiantes (ejemplo: los pasantes);
 - los miembros de brigadas de voluntarios quienes prestan una labor en contra de las catástrofes naturales, el salvamento de vidas humanas y de bienes o el mantenimiento de la ley y del orden (ejemplo: policía, salvavidas, brigadista, bomberos, entre otros);
 - otras categorías de personas no protegidas que trabajen en beneficio del público o que se dediquen a actividades cívicas o de beneficencia, como las personas que presten voluntariamente servicios en la administración pública, los servicios sociales u hospitalarios (ejemplo: cruz roja);
 - las personas encarceladas y otras personas detenidas que efectúen trabajos ordenados o aprobados por las autoridades competentes¹⁰.

Asimismo, se recomienda que los recursos financieros no debieran provenir de cotizaciones destinadas a financiar los sistemas obligatorios para trabajadores asalariados, en razón que se hace entender que es por medio de un seguro voluntario.

4. Excepciones

Se dispone la posibilidad en caso de que algún miembro cuya economía y recursos médicos estén insuficientes desarrollados, en acogerse a las siguientes excepciones temporales¹¹:

- podrá limitar la aplicación sobre las prestaciones, a las categorías prescritas de asalariados cuya totalidad no debería ser inferior al 75% de todos los asalariados que trabajen en establecimientos industriales y, a los beneficiarios en caso de fallecimiento del sostén de familia¹²;
- no pagar la prestación monetaria por incapacidad al trabajo, durante los tres primeros días¹³;
- sustitución por una suma global, los pagos por conceptos de pérdida total y pérdida sustancial de la capacidad para ganar¹⁴;

¹⁰ § 3 de la Recomendación n. 121.

¹¹ Art. 2 del Convenio n. 121.

¹² Art. 5 del Convenio n. 121.

¹³ Art. 9.3.b del Convenio n. 121.

¹⁴ Art. 15.2 del Convenio n. 121.

- sustitución por una suma global, el pago de las prestaciones en caso de fallecimiento del sostén de la familia¹⁵.

Adicionalmente, la asistencia médica y los servicios conexos deberán comprender lo siguiente:

- a) asistencia médica general, incluidas las visitas a domicilio;
- b) asistencia por especialista, prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no, y la asistencia que pueda ser prestada por especialista fuera de los hospitales;
- c) el suministro de productos farmacéuticos esenciales, recetados por médico u otros profesionales calificados;
- d) cuando fuere necesaria, la hospitalización;
- e) la asistencia urgencia, cuando fuere posible, en el lugar del trabajo, a las víctimas de accidente del trabajo¹⁶;

Para que el miembro pueda acogerse a las referidas excepciones, debe formular una declaración motivada, indicando las razones por las cuales se somete a las excepciones y la fecha de renuncia a la misma.

5. Contingencias

Las contingencias que se cubre por motivo de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, son:

- 1) estado mórbido;
- 2) incapacidad para trabajar que resulte de un estado mórbido y que entrañe la suspensión de ganancias, tal como esté definida en la legislación nacional;
- 3) pérdida total o parcial de la capacidad para ganar, cuando es probable que dicha pérdida total o parcial sea permanente, o disminución correspondiente de las facultades físicas; y
- 4) pérdida de los medios de existencia, a consecuencia del fallecimiento del sostén de la familia, por categorías prescritas de beneficiarios¹⁷.

¹⁵ Art. 18.3 del Convenio n. 121.

¹⁶ Art. 12 del Convenio n. 121.

¹⁷ Art. 6 del Convenio n. 121.

6. Deberes de los miembros

6.1. Prescripción de definiciones

6.1.1. Accidente de trabajo

Todos los miembros deben establecer una definición genérica sobre accidente de trabajo, que incluya a su vez los elementos que determine cuando un accidente en trayecto al o del trabajo es considerado accidente de trabajo.

Al respecto, Pablo Arellano Ortiz indica que dicha definición debe abarcar el accidente de trayecto del hogar al lugar del trabajo¹⁸.

Por su parte, María Dolores Valdueza, hace referencia que de acuerdo con el Protocolo de 2002 del Convenio sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores (1981), el término accidente del trabajo designa los accidentes ocurridos en el curso del trabajo o en relación con el trabajo que cause lesiones mortales o no mortales¹⁹.

Al respecto se observa, que en el Convenio n. 121 no se especifica como elemento condicionante para considerar como accidente trabajo un accidente ocurrido en el trayecto, aquel que ocurre específicamente por el transitar desde el hogar al lugar del trabajo.

Sin embargo, el § 5 de la Recomendación 121, complementa indicando que todo miembro debe considerar accidentes del trabajo los siguientes.

a) Accidentes sufridos durante las horas de trabajo en el lugar de trabajo o cerca de él, o en cualquier lugar donde el trabajador no se hubiera encontrado si no fuera debido a su empleo, sea cual fuere la causa del accidente

En relación a este supuesto se observa como en el año 1964, se estimaba como “accidente de trabajo”, lo que ocurría al trabajador sea dentro de su lugar del trabajo o fuera del sitio, buscando proteger al trabajador cuando deba ejercer sus funciones en otro sitio distinto pero cuya actividad tenga estrecha relación con su trabajo²⁰.

¹⁸ P. ARELLANO ORTIZ, *op. cit.*, p. 172.

¹⁹ M.D. VALDUEZA, *El Convenio N° 121 de la OIT sobre Prestaciones en caso de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional y los Mecanismos de Control de su Aplicación*.

²⁰ De allí, que se ratifica como elemento condicionante para la procedencia de las indemnizaciones que el daño ocurrido al trabajador sea como consecuencia del trabajo, y por ello debe haber una relación de efecto-causa, modelo que está incluido por ejemplo en la legislación Venezolana, así como en España, Chile, entre otros. *Vid.* Y. TROPIANO, A. NOGUERA, *Indemnización Accidente de Trabajo y Enfermedad Ocupacional*, Aprendizaje

Adicionalmente, el Protocolo de 2002 del Convenio sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores (1981), amplia pero a su vez ratifica la terminología de accidente de trabajo estimando los accidentes ocurridos en el curso del trabajo o en relación con el trabajo que causen lesiones mortales o no mortales.

b) Accidentes sufridos durante períodos razonables antes y después de las horas de trabajo, y que estén relacionados con el transporte, la limpieza, la preparación, la seguridad, la conservación, el almacenamiento o el empaquetado de herramientas o ropas de trabajo

En este caso, cubre el tiempo ocupado por el trabajador en todas aquellas actividades preparatorias que debe realizar antes del inicio de la faena o en su defecto que debe dejar en orden o no puede retirarse al finalizar la jornada de trabajo.

c) Accidentes sufridos en el trayecto directo entre el lugar de trabajo y residencia principal o secundaria del asalariado o lugar donde el asalariado toma habitualmente sus comidas o lugar donde el asalariado percibe habitualmente su remuneración

Referente a este último, la norma internacional de la OIT cambia el paradigma de lo establecido en el Convenio n. 121, en virtud que sugiere que se considere como puntos de referencia del accidente de trayecto: el ocurrido desde la residencia hasta el lugar del trabajo o viceversa, donde habitualmente come el trabajador (cuando no pernocta en su lugar del trabajo en la hora de descanso) o percibe la remuneración (caso típico en el área de construcción o trabajo agrícola).

Al respecto, bajo la condicionante del trayecto desde la residencia o domicilio hasta el lugar del trabajo, entre los países que lo tiene definido están por ejemplo Chile y Uruguay a diferencia de Venezuela que al momento de ratificar el Convenio, ni siquiera había establecido en la legislación que regulaba la materia una definición de accidente de trayecto, cuyo panorama cambió con la reforma de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (2005)²¹, al establecer una conceptualización amplia de accidente del trabajo que involucra diferentes supuestos – *entre ellos el accidente en trayecto* – dejando una interpretación abierta la cual no necesariamente es requisito *sine qua non* desde que el trabajador salga o llegue a su residencia, siendo situación similar con

Jurídico, 2019, pp. 15-30.

²¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 26 julio 2005, n. 38.236.

España con la Ley General del Seguro Social (artículo 156), a pesar que este país no ratificó el Convenio n. 121.

Resulta interesante que países como España, Italia y Portugal no hayan ratificado el Convenio n. 121, no obstante se observa que en España hace referencia la conceptualización plasmada en dicho convenio al momento de dilucidar una decisión por concepto de accidente en trayecto²².

Por ello, a pesar de la definición que transmite el Convenio n. 121 junto con la Recomendación sobre el accidente en trayecto, e indistintamente que algunos países hayan ratificado o no dichas normas, sin embargo en la actualidad se observa como los Tribunales de cada país han establecido ciertos parámetros que ha variado la calificación del accidente in itinere, dándole un punto de vista de evolución y de mayor protección al trabajador²³.

Por otra parte, se indica que no será necesario incluir en la referida definición, condiciones bajo las cuales debe considerarse como tal un accidente sufrido en el trayecto, cuando existan otros sistemas que cubran los accidentes sufridos en el trayecto, y que conceden prestaciones que en su conjunto son equivalentes a las que establece el Convenio²⁴.

6.1.2. Enfermedades profesionales

El Convenio establece los siguientes deberes por parte de los miembros, en cuanto las enfermedades, que resulta oportuno desmesurar cada uno de ellas²⁵.

a) Prescribir una lista de enfermedades en la que figuren, por lo menos, las que se enumeran en el cuadro I del presente Convenio y que serán reconocidas como enfermedades profesionales cuando sean contraídas en las condiciones prescritas

En primer lugar cada miembro debe establecer una lista de enfermedades, que incluyan por lo menos las indicadas en el cuadro I del Convenio n. 121, siendo reconocidas como enfermedades profesionales, no obstante el referido cuadro fue modificado en el año 1980, posteriormente se adopta en Ginebra la Recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales y el registro y notificación de accidentes de trabajo y

²² [Sentencia n. 121/2017 del Tribunal Supremo, Sala 4ª de lo Social, Madrid, 14 febrero 2017, recurso n. 838/2015.](#)

²³ *Vid. Y. TROPIANO, A. NOGUERA, op. cit., pp. 24-30.*

²⁴ Art. 7 del Convenio n. 121.

²⁵ Art. 8 del Convenio n. 121.

enfermedades profesionales (2002, 194), revisada y modificada en el año 2010, donde se incorporó por primera vez los trastornos mentales y de comportamiento²⁶.

Ahora bien, la Recomendación 194 instituye que la lista de enfermedades profesionales debe ser reexaminada y actualizada, conforme al proceso administrativo correspondiente, que por ejemplo países como Venezuela y España – *a pesar de no haber ratificado el convenio* – tienen establecido su propia lista de enfermedades sea ocupacional o profesional, adoptada a las normas internacionales²⁷.

b) Incluir en su legislación una definición general de las enfermedades profesionales, que deberá ser suficientemente amplia para que abarque, por lo menos, las enfermedades enumeradas en el cuadro I del presente Convenio

Cada miembro debe incluir en la legislación que regula la materia, una definición amplia de enfermedades profesionales, que un principio involucrara las enfermedades indicadas en el cuadro I del Convenio n. 121, sin embargo por motivo de sus propias modificaciones, la mayoría de los países establece una definición genérica que haga referencia a su lista de enfermedades profesionales²⁸.

²⁶ M.D. VALDUEZA, *op. cit.*, p. 7, indica que dicha lista incluye una serie de enfermedades profesionales reconocidas internacionalmente, desde enfermedades causadas por agentes químicos, físicos y biológicos hasta enfermedades de origen respiratorio y de la piel, trastornos del sistema osteomuscular y cáncer profesional (lista de enfermedades profesionales, revisada en 2010; OIT, *Identificación y reconocimiento de las enfermedades profesionales. Criterios para incluir enfermedades en la lista de enfermedades profesionales*, cit.).

²⁷ §§ 3, 4 y 5 de la Recomendación n. 194 de 2002 sobre la lista de enfermedades profesionales. En Venezuela *vid.* la Norma Técnica para la Declaración de Enfermedad Ocupacional n. 02-2018, en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 1º diciembre 2008, n. 39.070. En España *vid.* el Real Decreto 257/2018 de 4 de mayo, mediante la cual modifica el Real Decreto 1299/2006 de 10 de noviembre, donde se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. Por otra parte, aclaramos que en Venezuela las enfermedades tiene un carácter ocupacional cuando es ocurrida por ocasión al trabajo y la terminología profesional, cuando la enfermedad es producto de actividades independiente no inherente al trabajo dependiente, literales a) y b) del art. 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 7 mayo 2012, n. 6.076).

²⁸ También tenemos de ejemplo, que el Protocolo 2002 del Convenio sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores (1981), contempló como una terminología de enfermedad profesional «la contraída por la exposición a factores de riesgo que resulte de la actividad laboral», dando como resultado una definición amplia que advierte que cualquier riesgo presente en el lugar del trabajo es motivo causante de una enfermedad profesional.

Por otra parte, la Recomendación 121, sugiere que los miembros consideren como enfermedades profesionales las que provienen de la exposición a sustancias o condiciones peligrosas inherentes a ciertos procesos, oficios u ocupaciones. De allí, que se extraen los elementos adoptados por cada miembro para pre establecer en sus normas internas una conceptualización genérica de enfermedad profesional u ocupacional²⁹.

Al respecto, países como Chile tienen previsto en sus normas internas un concepto genérico de enfermedad profesional, a diferencia con Venezuela que plasma una definición detallada que engloba diferentes supuestos, pero al final estos dos países hacen remisión a su lista de enfermedades³⁰.

Por otra parte debe considerarse la presunción del origen profesional de las enfermedades, salvo prueba en contrario, cuando el trabajador:

- haya estado expuesto al riesgo por lo menos durante un período determinado;
- haya mostrado síntomas de la enfermedad dentro de un período determinado siguiente a la terminación del último empleo en que haya estado expuesto al riesgo³¹.

La referida instrucción conduce la razón del porqué los países miembros que ratificaron el Convenio n. 121, tienen incluido en sus normas internas, el tratamiento de presunción que se le debe dar a una enfermedad, donde la determinación de profesional u ocupacional lo indicará un organismo designado³².

Asimismo, también observamos otro motivo por el cual se establece un lapso de prescripción para la determinación de una enfermedad profesional y a su vez el derecho al reclamo de las indemnizaciones o prestaciones. A su vez, origina la importancia que se requiere ejercer por cada entidad de trabajo la vigilancia epidemiológica y la aplicación al trabajador de los exámenes médicos correspondientes, que coadyuva a la supervisión y control de la existencia y desarrollo de la enfermedad, y la determinación del presunto responsable.

²⁹ Punto 1 del § 6 de la Recomendación n. 121.

³⁰ En Venezuela *vid. el art. 70 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*. Otro ejemplo, a pesar de no haber ratificado el Convenio n. 121, es España: *vid. el Real Decreto 257/2018*. En Chile *vid. el art. 7 de la Ley 16744*. *Vid. Y. TROPIANO, A. NOGUERA, op. cit.*, pp. 68-70.

³¹ Punto 2 del § 6 de la Recomendación n. 121.

³² Por ejemplo, en Venezuela las entidades de trabajo debe darle un tratamiento de presunción a las enfermedades que estime que sean ocupacional, ya que su certificación lo emite un organismo competente en la materia, quedando con la posibilidad dentro de un período determinado de desvirtuar lo contrario, a través de las respectivas pruebas mediante un proceso ante los Tribunales.

Por otra parte, el punto 7 de la Recomendación n. 121, indica: «Cuando en la legislación nacional exista una lista en la que se establezca el presunto origen profesional de ciertas enfermedades, se debería permitir la prueba del origen profesional de otras enfermedades o de las enfermedades incluidas en la lista cuando se manifiesten en condiciones diferentes de aquellas en que se haya establecido su presunto origen profesional».

Lo que se interpreta en el referido párrafo, es que aquellos miembros que tenga en su legislación interna una lista de enfermedades profesionales, al momento de hacer el diagnóstico y la certificación para determinar el tipo y origen de la enfermedad que ostenta el trabajador, no se debe limitar a las enfermedades indicadas en la lista, es decir, hay que tener una visión más amplia, lo que conlleva que se debe permitir la prueba del origen profesional de otras enfermedades o de las enfermedades incluidas en la lista que hayan sido manifestadas en condiciones diferentes de las establecidas en la citada lista³³.

6.2. Prestaciones

Los miembros deberán garantizar a las personas protegidas, el suministro de las siguientes prestaciones³⁴:

- asistencia médica y servicios conexos en caso de estado mórbido;
- prestaciones monetarias en las contingencias especificadas en los apartados: b) referido a la incapacidad para trabajar que resulte de un estado mórbido y origine suspensión de ganancias; c) pérdida total de la capacidad para ganar o pérdida parcial que exceda de grado prescrito, cuando es probable que las ambas perdidas sea permanente, o disminución de las facultades físicas; d) pérdida de los medios de existencia, por consecuencia del fallecimiento del sostén de la familia³⁵.

Adicionalmente, la iniciación del derecho a las prestaciones no puede ser subordinada ni a la duración del tiempo del empleo ni a la duración del período de afiliación al seguro o al pago de las cotizaciones. Sin embargo, en lo relativo a las enfermedades profesionales puede establecerse un período de exposición al riesgo previsto, como lo indica la

³³ Por este motivo que el art. 8.c del Convenio n. 121 también indica que los miembros deben incluir una definición general de enfermedades profesionales u otras disposiciones que permitan establecer el origen profesional de las enfermedades que no figuran en la lista o que se manifiestan bajo condiciones diferentes de las prescritas.

³⁴ Art. 9 del Convenio n. 121.

³⁵ Art. 6 del Convenio n. 121.

Recomendación 121³⁶.

Las prestaciones se concederán mientras exista la situación. A tal efecto, el § 8 de la Recomendación 121, indica que las prestaciones monetarias por incapacidad para el trabajo serán pagaderas a partir del primer día, en todos los casos de suspensión de ganancias; no obstante, el Convenio n. 121 establece una salvedad en cuanto a que dicha prestación – *incapacidad para el trabajo* – podrá no ser pagada durante los tres primeros días, en los siguientes casos:

- a) que a la fecha que el Convenio n. 121 entró en vigor, la legislación de un miembro, establecía un período de espera, donde el miembro tendría que haber presentado una declaración de las razones por las cuales se acogía a esta disposición;
- b) cuando esté en vigor una declaración formulada, por motivo de economía y recursos médicos insuficientes por parte de algún miembro, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 del Convenio n. 121³⁷.

6.2.1. Asistencia médica y los servicios conexos, en caso de estado mórbido

La asistencia médica y los servicios conexos en caso de estado mórbido deberán comprender lo siguiente:

- a) la asistencia médica general y la ofrecida por especialistas a personas hospitalizadas o no hospitalizadas, incluidas las visitas a domicilio;
- b) la asistencia odontológica;
- c) la asistencia por enfermeras, a domicilio, en un hospital o en cualquier otra institución médica;
- d) el mantenimiento en un hospital, centro de convalecencia, sanatorio u otra institución médica;
- e) el suministro del material odontológico, farmacéutico y cualquier otro material médico o quirúrgico, comprendidos los aparatos de prótesis y su conservación, reparación y renovación cuando sea necesario, así como los lentes;

³⁶ Punto 2 del § 6 de la Recomendación n. 121.

³⁷ Venezuela corresponde uno de los países que tiene establecido un lapso de espera de tres días, para el pago de la prestación monetaria por parte del organismo en materia de seguridad social, donde los primeros tres días quien asume el pago es la entidad de trabajo, art. 9 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Seguro Social (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 30 abril 2012, n. 39.912).

- f) la asistencia suministrada, bajo la vigilancia de un médico o de un dentista, por miembros de otras profesiones reconocidas legalmente como conexas con la profesión médica;
- g) en la medida de lo posible, el siguiente tratamiento en el lugar de trabajo:
 - tratamiento de urgencia a las víctimas de accidentes graves;
 - cuidados ulteriores a las víctimas de lesiones leves que no acarreen interrupción del trabajo.

Estas prestaciones deben ser dispensadas por todos los medios apropiados a fin de conservar, restablecer o, mejorar la salud de la víctima, así como su aptitud para trabajar y asumir sus necesidades personales³⁸.

El Convenio n. 121, también especifica que en caso que la asistencia médica y servicios conexos se suministre por medio de un régimen especial, el miembro podrá indicar en su legislación que la referida prestación se proporcionará en las mismas condiciones que a las demás personas con derecho a ella, con la salvedad que las normas sean establecidas en tal forma que eviten privaciones a los interesados.

Asimismo, todo miembro que proporcione asistencia médica y servicios conexos reembolsando a los trabajadores los gastos en que hayan incurrido, podrá establecer en su legislación normas especiales respecto de casos cuya amplitud, duración o costo rebasen los límites razonables, siempre y cuando las normas no sean incompatibles con el objetivo del § 2 del artículo 10, y eviten privaciones a los interesados³⁹.

6.2.2. Prestaciones monetarias

A continuación, se detalla un cuadro que especifica los tipos de perdida y su tratamiento, conforme al Convenio n. 121 y su Recomendación.

Cuadro 1 – Clasificación de las Prestaciones

Tipos de Pérdida	Tratamiento
Incapacidad temporal o inicial	Se realizará un pago periódico calculado conforme los artículos 19 y 20 del Convenio n. 121, en concordancia con los literales a) y b) del punto n. 9 de la Recomendación 121.

³⁸ Art. 10 del Convenio n. 121.

³⁹ Art. 11 del Convenio n. 121.

	Serán prescritos de modo que se eviten privaciones a los interesados, conforme al numeral 5 del artículo 14 del Convenio n. 121.
Pérdida de la capacidad para ganar	Cuando sea probable que sea permanente, o por disminución correspondiente de las facultades físicas en todos los casos en que esta pérdida de capacidad o esta disminución de facultades excedan de un porcentaje prescrito y subsistan una vez terminado el período durante el cual sean pagaderas las prestaciones monetarias por incapacidad temporal o inicial para el trabajo, de conformidad con el artículo 13. Asimismo, las prestaciones monetarias deberían consistir en un pago periódico efectuado mientras persista la perdida, cuya pérdida equivalga al 25% por lo menos, numeral 1 del punto 10 de la Recomendación 121. No obstante, cuando la disminución de las facultades físicas sea inferior al 25%, se podrá abonar una suma global en sustitución del pago periódico, numeral 2 del punto 10 de la Recomendación 121.
Pérdida total de la capacidad para ganar	Sea probable que sea permanente, o en caso de disminución correspondiente de las facultades físicas, la prestación monetaria consistirá en un pago periódico calculado sea de conformidad con las disposiciones del artículo 19, sea con las del artículo 20.
Pérdida parcial sustancial de la capacidad para ganar que exceda de un porcentaje prescrito y cuando sea probable que esta pérdida sea permanente, o en caso de disminución correspondiente de las facultades físicas	La prestación consistirá en un pago periódico que representará una proporción conveniente de la prestación prevista en el § 2 de este artículo. Serán prescritos de modo que se eviten privaciones a los interesados, conforme al numeral 5 del artículo 14 del Convenio n. 121.

Cualquier otra pérdida parcial de la capacidad de ganar que excedan de un porcentaje prescrito, y cuando sea probable que esta pérdida sea permanente, o en caso de disminución correspondiente de las facultades físicas	La prestación monetaria podrá adoptar la forma de una suma global.
---	--

Fuente: Y. TROPIANO, A. NOGUERA, *Indemnización Accidente de Trabajo y Enfermedad Ocupacional*, Aprendizaje Jurídico, 2019; Convenio OIT n. 121, art. 14

En caso de personas incapacitadas cuyo estado requiera de la ayuda o asistencia constante de otra persona, se pagarán incrementos de los pagos periódicos u otras prestaciones suplementarias o especiales⁴⁰. Al respecto, la Recomendación 121 sugiere que los miembros deberían tomar las medidas para sufragar el costo razonable de la ayuda o la asistencia constante de otra persona, o aumentar el pago periódico en un porcentaje o en una suma prescrita⁴¹.

Por otra parte, la Recomendación 121 estima que se deberían pagar prestaciones suplementarias o especiales, cuando un accidente del trabajo o una enfermedad profesional acarreen la imposibilidad de emplearse o la desfiguración, y esto no se tenga plenamente en cuenta al evaluar la pérdida experimentada por la persona que haya sufrido la lesión⁴².

Además se sugiere, que las tasas de las prestaciones monetarias en curso a que se hace referencia en los §§ 2 y 3 del artículo 14 y en el § 1 del artículo 18 del Convenio n. 121, deberían ser periódicamente ajustadas tomando en cuenta las variaciones del nivel general de ganancias o del costo de vida⁴³.

Estos pagos podrán ser reevaluados, suspendidos o terminados, debido a una modificación del porcentaje de pérdida de la capacidad para ganar o de disminución de las facultades físicas; la cual debe ser determinada las condiciones en la legislación nacional⁴⁴.

Adicionalmente, el Convenio indica que solo en casos excepcionales, previo consentimiento de la víctima donde la autoridad competente tenga motivos para creer que el pago de una suma global se utilizará de manera

⁴⁰ Art. 16 del Convenio n. 121.

⁴¹ § 11 de la Recomendación n. 121.

⁴² § 12 de la Recomendación n. 121. Se hace entrever tanto en los §§ 11 y 12 una sugerencia más no un deber que exija su implementación.

⁴³ § 15 de la Recomendación n. 121. Esta consideración resulta oportuno, en aquellos países, cuya económica están en un constante cambio inflacionario, caso por ejemplo Venezuela.

⁴⁴ Art. 17 del Convenio n. 121.

particularmente ventajosa para el beneficiario, puede cambiarse el total o una parte de los pagos periódicos previstos en los §§ 2 y 3 del artículo 14 del Convenio n. 121, por un capital correspondiente al equivalente actuarial de los pagos periódicos⁴⁵.

Estos pagos podrán ser reevaluados, suspendidos o terminados, debido a una modificación del porcentaje de pérdida de la capacidad para ganar o de disminución de las facultades físicas; la cual debe ser determinada las condiciones en la legislación nacional⁴⁶.

6.2.3. Prestaciones monetarias en caso de fallecimiento del sostén de la familia

Las prestaciones consistirán en un pago periódico a las siguientes personas: a la viuda, de acuerdo con lo que prescriba la legislación nacional; al viudo a cargo e incapacitado; a los hijos a cargo del fallecido, y a toda otra persona que fuera designada por la legislación nacional⁴⁷.

El respectivo pago será calculado de conformidad con los artículos 19 y 20 del Convenio n. 121. Sin embargo, cuando los pagos periódicos al cónyuge y a los hijos sobrevivientes sean inferiores a la cuantía máxima prescrita, debería hacerse un pago periódico a las siguientes personas, si estaban a cargo de la persona fallecida: los padres; los hermanos y las hermanas; y los nietos⁴⁸.

Por otra parte se instruye, que no será procedente la disposición de un pago al viudo incapacitado y a cargo cuando las prestaciones monetarias a otros sobrevivientes son superiores a las que establece el Convenio n. 121, y asimismo cuando otros sistemas de seguridad social, *que no sean aquellos que cubren los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales*, establecen a favor del viudo prestaciones superiores a las consignadas para los casos de invalidez en el Convenio sobre la seguridad social⁴⁹.

Asimismo, cuando esté establecido un límite máximo para las prestaciones totales pagaderas a todos los sobrevivientes, ese máximo no debería ser inferior a la cuantía de las prestaciones pagaderas por pérdida total de la capacidad para ganar, cuando es probable que sea permanente, o por disminución correspondiente de las facultades físicas⁵⁰.

⁴⁵ Art. 15 del Convenio n. 121.

⁴⁶ Art. 17 del Convenio n. 121.

⁴⁷ Art. 18.1 del Convenio n. 121.

⁴⁸ § 13 de la Recomendación n. 121.

⁴⁹ Art. 18.1 del Convenio n. 121.

⁵⁰ § 14 de la Recomendación n. 121.

Adicionalmente se pagará, una prestación para gastos funerarios a una tasa prescrita que no será inferior a su costo normal. El derecho a esta prestación podrá ser subordinado, cuando las prestaciones monetarias a los sobrevivientes sean notablemente superiores a las que establece el Convenio n. 121⁵¹.

6.2.4. Suspensión de las prestaciones

Las prestaciones podrán ser suspendidas, en los casos siguientes:

- a) mientras el interesado no esté en el territorio del Estado Miembro (caso extranjero);
- b) mientras la persona interesada esté mantenida con fondos públicos o a expensas de una institución o de un servicio de seguridad social;
- c) cuando el interesado hubiera intentado fraudulentamente obtener la prestación;
- d) cuando el accidente del trabajo o la enfermedad profesional haya sido provocado por un delito cometido por el interesado;
- e) cuando el accidente del trabajo o la enfermedad profesional haya sido provocado por el estado de intoxicación voluntaria del interesado, o por una falta grave e intencional del mismo;
- f) cuando la persona interesada, sin causa justificada, no utilice los servicios médicos y conexos o los servicios de readaptación profesional puestos a su disposición, o no atiende las reglas para comprobar la existencia o la prolongación de la contingencia o las reglas respecto de la conducta de los beneficiarios de las prestaciones;
- g) mientras el cónyuge sobreviviente viva en concubinato.

En los casos y dentro de los límites prescritos, parte de las prestaciones monetarias que en otro caso serían pagaderas se abonará a las personas a cargo del interesado.

6.3. Aplicación de otras medidas

Los miembros deberán aplicar las siguientes medidas:

- a) medidas de prevención contra los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales;
- b) proporcionar servicios de readaptación profesional, a los fines de preparar a la persona incapacitada a reanudar sus actividades anteriores

⁵¹ Art. 18.2 del Convenio n. 121.

- o, si no fuere posible, para ejercer la actividad lucrativa más adecuada, a su actividad anterior, considerándose sus calificaciones y aptitudes;
- c) medidas para facilitar la colocación adecuada de los trabajadores que hayan quedado inválidos⁵².

7. Reglas generales del Convenio n. 121

La persona víctima tendrá el derecho de apelación, cuando se niegue o se discuta la calidad o cantidad de las prestaciones. Sin embargo, este derecho podrá ser negado cuando las reclamaciones sean decididas por un tribunal especial para atender juicios sobre prestaciones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales o sobre seguridad social en general⁵³. Cada miembro deberá asegurar a los extranjeros igualdad de trato con sus nacionales, en relación de las prestaciones sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales⁵⁴.

En el artículo 28 del Convenio n. 121, indica que se revisa el Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921; el Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925; el Convenio sobre las enfermedades profesionales, 1925, y el Convenio sobre las enfermedades profesionales (revisado), 1934.

Por otra parte, la ratificación del Convenio n. 121 por un miembro que hubiese ratificado anteriormente el Convenio sobre las enfermedades profesionales (revisado), 1934, implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de dicho Convenio, de conformidad con el artículo 8, al entrar en vigor el Convenio n. 121, pero la entrada en vigor del Convenio que se está analizando no cerrará a la ratificación el Convenio sobre las enfermedades profesionales (revisado), 1934.

También se señala, que de acuerdo con el artículo 75 del Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952, la parte VI y las disposiciones correspondientes de otras partes de dicho Convenio cesarán de aplicarse a todo miembro que ratifique el Convenio n. 121, a partir de la fecha de su entrada en vigor para ese miembro. No obstante, se considerará que la aceptación de las obligaciones del Convenio n. 121, constituye una aceptación de las obligaciones de la parte VI y de las disposiciones pertinentes de otras partes del Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952, a los efectos del artículo 2 de dicho Convenio⁵⁵.

⁵² Art. 26 del Convenio n. 121.

⁵³ Art. 23 del Convenio n. 121.

⁵⁴ Art. 27 del Convenio n. 121.

⁵⁵ Art. 29 del Convenio n. 121. Se aplica sobre todo en los países que ratificaron ambos

8. Conclusión

El Convenio n. 121 forma parte del grupo de las normas en materia de seguridad social de la Organización Internacional del Trabajo, que como se indicó nace bajo el modelo del Convenio n. 102 (1952) sobre seguridad social norma mínima, que surgió después de la segunda guerra mundial con miras en garantizar prestaciones básicas y asistencia médica a quienes necesitaban de la protección; así como también forma parte de la familia de los convenios que regulan indemnizaciones en materia de accidente del trabajo y enfermedad profesional.

A su vez, el Convenio n. 121, ha sido sometido a revisión originándose las Recomendaciones 121 y 194, con diversas modificaciones en la lista de enfermedades profesionales, hasta el año 2010.

El desarrollo significativo de estas normas – *las cuales solo se menciona las que tienen estrecha relación con el Convenio n. 121* – nos hace ver la preocupación desde muchos años por parte de sectores sociales en garantizar prestaciones básicas y asistencia médica a quienes requieren de la protección, resultando que entre el Convenio n. 102 con el 121, este último nace con la visión de identificar y proporcionar mayor protección a la población, superando el nivel de la asistencia médica y las prestaciones.

En tal sentido, el Convenio n. 121, se caracteriza por establecer un abanico de medidas que va desde la asistencia médica más amplia abarcando de lo prestado en hospitales o clínicas hasta las visitas a domicilio, la asistencia de enfermeras, el mantenimiento sanatorio, el tratamiento en el lugar del trabajo; servicios conexos en caso de estado mórbido; el suministro de material médico o quirúrgico e incluso el servicio odontólogo; y las prestaciones monetarias por las diversas contingencias a presentar, sea por incapacidad temporal o inicial para el trabajo, la pérdida total o parcial de la capacidad de ganar.

Asimismo, este convenio propugna una protección superior que arropa desde el trabajador asalariado al aprendiz del sector público o privado, a las cooperativas, quienes trabajen por cuenta propia, a los voluntariados o por beneficencia e incluso a los estudiantes y las personas encarceladas, involucrando a los familiares.

Y a pesar que el convenio establece una flexibilización de exclusión, con los trabajadores del mar y los funcionarios públicos, no obstante se

convenios, originándose que el Convenio n. 121 tiene cierta prevalencia en las prestaciones por caso de accidente del trabajo y de enfermedades profesionales.

observa como la Recomendación 121, los abriga con el fin que las prestaciones a otorgar por regímenes especiales sean equitativas y no menos desfavorables a las establecidas en el Convenio n. 121.

Asimismo, se percata como en el año 1964, los diversos sectores sociales han manifestado la preocupación por la calidad de vida de los trabajadores, reforzando aún más la conceptualización de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, donde se hace conocer y a su vez se da énfasis al accidente en trayecto; en esa búsqueda de proteger y garantizar una seguridad y salud a los trabajadores, no solamente por el servicio prestado dentro del trabajo, sino aquel que debe ejecutar externamente, así por el transitar en vías públicas.

También se observa la constante revisión y actualización de la lista de enfermedades profesionales, reflejándose la manifestación por generaciones de las diversas patologías que se han ido originando, en virtud de las condiciones de trabajo prestado en diferentes ambientes y funciones.

Por ello, que el Convenio n. 121 es una norma que sin duda alguna es complementaria del Convenio n. 102, donde tiene un enfoque de protección superior tanto en las prestaciones como en su ámbito de aplicación, y además impulsa a reforzar todos los escenarios en materia de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

En tal sentido, llama la atención que solo 24 países han ratificado el Convenio n. 121, que entre ellos mencionamos a Venezuela, Uruguay, Chile, Ecuador, dentro del ámbito de América y en Europa está Alemania, Suiza, que se indican por su nivel significativo como países europeos⁵⁶. Al igual nos sorprende que España, Italia y Portugal no se encuentren, a pesar que son países que tienen un gran desarrollo en materia de seguridad social, donde además por ejemplo España ha impulsado la seguridad y salud en el trabajo tanto en lo técnico como en lo jurídico.

Por lo tanto, a pesar de la ratificación por algunos países del Convenio n. 121, en la actualidad se requiere todavía de la voluntad política y social de los países en velar por una seguridad y salud a los trabajadores ante un estado de vulnerabilidad producto de un accidente del trabajo o del diagnóstico de enfermedades profesionales; lo que significa que aún queda por trabajar para seguir impulsando esa voluntad; porque al final el objetivo único es cubrir, prevenir y mantener en condiciones acordes a una persona que queda incapacitado o en su defecto la muerte, en razón de ese esfuerzo y amor dedicado al trabajo en pro no de un patrono sino a

⁵⁶ *Ratificación del C121 — Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 [Cuadro I modificado en 1980] (núm. 121)*.

un país.

9. Bibliografía

ARELLANO ORTIZ P., *La Cobertura de los Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales por las Normas Internacionales del Trabajo de la OIT*, en *Revista Chilena del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, vol. 2, n. 3

MÉNDEZ CEGARA A., *El Derecho a la Seguridad Social en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Juan Carlos Martínez Coll, 2005

OIT, *Identificación y reconocimiento de las enfermedades profesionales. Criterios para incluir enfermedades en la lista de enfermedades profesionales*, 2010

OIT, [Normas actualizadas de la OIT sobre la seguridad social](#)

TROPIANO Y., NOGUERA A., *Indemnización Accidente de Trabajo y Enfermedad Ocupacional*, Aprendizaje Jurídico, 2019

VALDUEZA M.D., [El Convenio N° 121 de la OIT sobre Prestaciones en caso de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional y los Mecanismos de Control de su Aplicación](#)

Normativa

C121 – *Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 [Cuadro I modificado en 1980]* (núm. 121)

R194 – *Recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales y el registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 2002* (num. 194)

R121 – *Recomendación sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964* (núm. 121)

Convenio sobre el peso máximo 1967 (núm. 127)

Jean José TAMARONES ROSAS*

RESUMEN: Uno de los factores de riesgo que mayor impacto tiene en el absentismo laboral por enfermedades de tipo músculo-esquelético, se encuentra relacionado con la manipulación de carga pesada por parte del trabajador; a pesar del avance de las normas, principalmente en los países industrializados, las disposiciones que regulan la protección del trabajo asociado al transporte manual de carga intermitente o incesante, no parecen ser suficientes para detener la exposición a factores de riesgos laborales asociadas al peso máximo que debe transportar manualmente un trabajador.

Palabras clave: Factores de riesgo, normas, trabajador, peso máximo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Convenio n. 127 sobre el peso máximo. 2.1. Estructura del Convenio. 3. Recomendación n. 128 sobre el peso máximo. 3.1. Estructura de la Recomendación. 4. Comentarios al peso máximo. 5. Reflexiones finales. 6. Bibliografía.

* Magíster en Derecho del Trabajo, Universidad de Carabobo, Venezuela. Abogado egresado de la Universidad Santa María, Venezuela 2004. Abogado de la República de Colombia, Ministerio de Educación Nacional, 2017. Profesor de Derecho del Trabajo. Miembro del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Secretario Ejecutivo de International Labour and Employment Relations Association (ILEREA-COLOMBIA). Abogado Litigante.

Maximum Weight Convention 1967 (No. 127)

ABSTRACT: One of the risk factors that has the highest impact of absenteeism in the workplace connected to the skeletal muscle disease, is related to the handling of heavy cargo by the worker; In spite of the advance of the Law, mainly in industrialized countries, the rules that regulate the protection of work associated with manual transport of intermittent or incessant cargo, do not seem to be sufficient to stop exposure to labour risk factors associated with the maximum weight that a worker must manually transport.

Key Words: Risk factors, rules, law, worker, maximum weight.

1. Introducción

A lo largo de la lucha reivindicatoria de los derechos del trabajador, una de las instituciones que ha ganado posición en las relaciones laborales ha sido la Seguridad y Salud en el Trabajo, con ello se ha avanzado en identificar los distintos riesgos a los que se encuentra expuesto el trabajador en su puesto de trabajo de acuerdo a sus funciones. Con ello, garantizar la salud del trabajador es un reto que innegablemente no ha sido fácil de alcanzar, sin embargo, hoy por hoy, la lista de riesgos y enfermedades de origen ocupacional ha ido creciendo pero gracias a los esfuerzos de la concertación social y la lucha sindical como base fundamental de la progresividad de los derechos laborales.

Por ello, la OIT, como órgano rector, y principal ente, especializado en generar las premisas que sirven de instrumento para la implementación de un Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo integrado y efectivo, a lo largo de los años, ha ido proponiendo un conjunto de Tratados que sustentan el alcance y desarrollo de la seguridad y salud del trabajador, con la finalidad de evitar los accidentes de trabajo y enfermedades de origen ocupacional generados por los distintos riesgos laborales.

Uno de estos riesgos son los derivados del transporte manual de carga que realizan trabajadores, que terminan generando en el operario distintas enfermedades de origen ocupacional tales como artrosis, trastornos articulares, lumbagos, ciática, y hernia discal, entre otros.

Por ello, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adoptó, con fecha 28 de junio de 1967, el Convenio Sobre el Peso Máximo C127¹, y su respectiva Recomendación R128², con la misma fecha.

2. Convenio n. 127 sobre el peso máximo

Debemos recordar que el Convenio 127 fue aprobado en el año 1967, y abordó la problemática del peso máximo indicando preliminarmente algunos conceptos, tales como *transporte manual de carga* como todo transporte en que el peso de la carga es totalmente soportado por un trabajador, incluyendo el levantamiento y la colocación de la carga;

¹ [C127 – Convenio sobre el peso máximo, 1967 \(núm. 127\)](#) (fecha de consulta: 15 agosto 2019).

² [R128 – Recomendación sobre el peso máximo, 1967 \(núm. 128\)](#) (fecha de consulta: 15 agosto 2019).

transporte manual y habitual de carga, como toda actividad dedicada de manera continua o esencial al transporte manual de carga o toda actividad que normalmente incluya, aunque sea de manera discontinua, el transporte manual de carga; y *joven trabajador*, para referirse al trabajador menor de 18 años de edad. Con ello se pretendía delimitar el ámbito de aplicación de dicho convenio y apuntar a fortalecer el trabajo decente, en el entendido que un trabajo decente representa un trabajo sin riesgos³.

2.1. Estructura del Convenio

Luego de delimitar los conceptos el convenio se centra en los siguientes aspectos:

- limitación de permitir en el trabajo todo transporte manual de carga cuyo peso comprometa la salud o seguridad del trabajador, tomando en cuenta, en todo caso, las condiciones en que se deba ejecutar dicho trabajo;
- inducción o formación al trabajador, al momento de ser contratado para las funciones de carga, respecto de los métodos que debe utilizar, para proteger su salud y evitar accidentes, y adicionalmente facilitar en la medida de lo posible, medios técnicos apropiados que permitan disminuir el esfuerzo del trabajador;
- distinción del peso máximo de carga a transportar por un hombre, respecto del que deba transportar una mujer o un joven trabajador, el cual deberá ser, en este último caso, considerablemente inferior respecto del primero.

El convenio, a la fecha, sólo ha sido ratificado por 29 países⁴ de 187 que actualmente son miembros de la OIT⁵, un número considerablemente bajo tomando en cuenta que la morbilidad de trastornos músculo-esqueléticos representan la principal causa de ausentismo laboral; sin embargo las recomendaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo se hacen presente en los sistemas de gestión en esta área para proteger a los trabajadores que realizan estas funciones.

³ J. SOMAVIA, *Prólogo*, en OIT, *La Seguridad en Cifras*, 2003, p. 1.

⁴ [Ratificación del C127 – Convenio sobre el peso máximo, 1967 \(núm. 127\)](#) (fecha de consulta: 15 agosto 2019).

⁵ OIT, [Estados Miembros de la OIT en febrero de 2019 \(187\)](#), en www.ilo.org (fecha de consulta: 15 agosto 2019).

Cuadro 1 – Países que han ratificado el Convenio

1	Argelia	12 junio 1969	en vigor
2	Brasil	21 agosto 1970	en vigor
3	Bulgaria	21 junio 1978	en vigor
4	Chile	3 noviembre 1972	en vigor
5	Costa Rica	16 marzo 1972	en vigor
6	Ecuador	10 marzo 1969	en vigor
7	España	7 junio 1969	en vigor
8	Francia	31 mayo 1973	en vigor
9	Guatemala	25 julio 1983	en vigor
10	Honduras	13 abril 2012	en vigor
11	Hungría	4 enero 1994	en vigor
12	India	26 marzo 2010	en vigor
13	Italia	5 mayo 1971	en vigor
14	Líbano	1º junio 1977	en vigor
15	Lituania	26 septiembre 1994	en vigor
16	Luxemburgo	8 abril 2008	en vigor
17	Madagascar	4 enero 1971	en vigor
18	Malta	9 junio 1988	en vigor
19	Moldova	9 diciembre 1997	en vigor
20	Nicaragua	1º marzo 1976	en vigor
21	Panamá	19 junio 1970	en vigor
22	Perú	19 junio 2008	en vigor
23	Polonia	2 mayo 1973	en vigor
24	Portugal	2 octubre 1985	en vigor

25	Rumanía	28 octubre 1975	en vigor
26	Tailandia	26 febrero 1969	en vigor
27	Túnez	14 abril 1970	en vigor
28	Turquía	13 noviembre 1975	en vigor
29	Venezuela	1º febrero 1984	en vigor

No obstante lo anterior, el convenio no deja de ser una mera referencia, en el entendido que no define la cantidad de peso, dejándole a la Recomendación estipular dicho peso, sobre lo cual comentaremos más adelante, tampoco define políticas más amplias que ayuden a minimizar el los riesgos de salud en este aspecto; con lo cual el convenio se presenta a la fecha como un instrumento insuficiente para evitar las enfermedades y accidentes de trabajo que se derivan del transporte y carga manual de peso, su actualización se hace necesaria.

3. Recomendación n. 128 sobre el peso máximo

La Recomendación número 128, adoptada en la misma fecha, complementa el Convenio de peso máximo C127, limitando el peso para el trabajo cuyas funciones sean el *transporte manual de carga*, el *transporte manual y habitual de carga*, desarrollado por hombres, mujeres y *joven trabajador*, manteniendo las mismas definiciones.

3.1. Estructura de la Recomendación

A modo de esquema podemos sintetizar que el convenio abarca los siguientes aspectos.

Formación e instrucciones

- Los trabajadores de transporte manual y habitual de carga deberían recibir formación satisfactoria con el objetivo de proteger su salud y evitar accidentes.
- Ésta formación debería incluir métodos para ejecutar actividades respecto de los diferentes tipos de carga.
- Dicha formación debería ser impartida por personas o instituciones

calificadas para ello.

- Y complementada con vigilancia durante el empleo, que asegure la correcta aplicación de los métodos instruidos.
- Los puntos anteriores deberían aplicarse y extenderse a trabajadores empleados ocasionalmente en el transporte manual de carga.

Exámenes médicos

- Realizar examen médico certificado, que permitan verificar, únicamente, si un trabajador se encuentra apto para el transporte manual y habitual de carga.
- Dichos exámenes médicos deberían ser periódicos de acuerdo con las necesidades.
- En los casos anteriores, la autoridad competente de cada estado debería reglamentar la realización de éstos exámenes.

Medios técnicos y embalajes

- Se recomienda medios técnicos apropiados para limitar o facilitar el transporte manual de carga.
- La carga que pueda ser transportada manualmente debería contar con embalajes de materiales apropiados que no dificulten su traslado, de ser posible, los embalajes deberían estar provistos de medios para asirlos, cuyo tamaño y condiciones no presente riesgos de accidentes para el trabajador.

Peso máximo

- Para la regulación y aplicación del peso máximo para el transporte de carga manual, se debe tomar en cuenta las características fisiológicas del trabajador, la naturaleza del trabajo y las condiciones del medio en que se ejecutará, así como cualquier otra condición que pueda influir en la seguridad y salud de éste.
- El peso máximo de carga que puede ser transportada manualmente por un trabajador adulto de sexo masculino, debe ser de 55 kilogramos.
- Para el caso de mujeres trabajadoras, el transporte manual de carga debería ser considerablemente inferior al que se admite para trabajadores adultos de sexo masculino.
- Sin embargo, no debería emplearse a mujeres adultas para este tipo de trabajos.
- A todo evento, en el caso que se emplee a mujeres adultas en el

transporte manual y habitual de carga, se debería reducir el tiempo efectivo dedicado a levantar, llevar y colocar la carga; así como también prohibir el empleo de esas trabajadoras para el transporte manual de cargas que sean difíciles o esforzadas.

- Ninguna mujer en estado de gravidez, ni durante las diez semanas siguientes al parto, debería trabajar en actividades de transporte manual de carga si a juicio de un médico calificado este trabajo compromete su salud o la de su hijo.
- El peso máximo de carga de jóvenes trabajadores en actividades de transporte manual de carga, el peso máximo de la carga debería ser considerablemente inferior al que se admite para trabajadores adultos del mismo sexo.
- No obstante lo anterior, al igual que en el caso de las mujeres trabajadoras, no debería emplearse a jóvenes trabajadores en el transporte manual y habitual de carga.
- La edad mínima para el empleo en el transporte manual de carga no debería ser inferior a 16 años, en caso contrario, deberían adoptarse medidas de manera expedita para llevarla a esa edad.
- Sin embargo, la edad mínima para el empleo en el transporte manual y habitual de carga, debería ser de 18 años.
- A todo evento, cuando se emplee a jóvenes trabajadores en el transporte manual y habitual de carga, se debería reducir el tiempo efectivo dedicado por esos trabajadores a levantar, llevar y colocar la carga; así como también prohibir el empleo de esos trabajadores para el transporte manual de cargas que sean difíciles o esforzadas.

Otras medidas para proteger la seguridad y la higiene

- La autoridad competente, con base a un dictamen médico y a las condiciones particulares en que deba ejecutarse el trabajo, debería tratar de asegurar que el esfuerzo exigido, durante una jornada o turno de trabajo, de los trabajadores empleados en el transporte manual de carga no comprometa su salud o su seguridad.
- Se deberían entregar o poner a disposición de los trabajadores empleados en el transporte manual de carga todos los dispositivos y equipos apropiados que sean necesarios para preservar su salud y su seguridad, y los trabajadores deberían utilizarlos.

Como podemos observar, la estructura de la Recomendación 128, persigue, prima facie, generar el equilibrio apropiado entre las actividades laborales y la capacidad del trabajador, bien planificando las funciones

para que el trabajo se adapte a la persona, o bien desarrollando se capacidad Laboral, es decir, formando al trabajador y adaptando sus aptitudes profesionales⁶, o dicho de forma lacónica, la Recomendación 128 se yergue con base al principio de ergonomía, sin embargo y a pesar de ampliar el contenido de su Convenio, se encuentra un tanto desfasado respecto al peso máximo que debe considerarse para los trabajos y trabajadores de transporte de carga manual, y que ha sido modificado por muchos países que buscan reducir, no sólo el absentismo laboral, sino las enfermedades y accidentes de trabajo de tipo músculo-esquelético, un ejemplo de ello lo constituye Chile, que bajó el peso máximo de 50 kilos a 25, para los hombres, y se mantiene en 20 kilos en mujeres y menores de 18 años⁷, lo que evidencia que en las industrias y trabajos tradicionalmente conocidos, bajo el formato anterior a la industria 4.0, tanto como el Convenio como su Recomendación deben adaptarse para alcanzar una mayor protección para los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo, y que más países se suscriban a este convenio.

4. Comentarios al peso máximo

El Derecho del Trabajo, sistemáticamente se ha caracterizado, al menos desde su estructura dogmática, por tener un carácter tuitivo en las relaciones laborales, sin embargo, la nueva era tecnológica que con sus innovaciones y avances nos llevan a entender que nos encontramos en una era disruptiva, en la que no sólo encontramos la versión de la industria 4.0, sino la unión de la tecnología con el ingenio de las personas, cuya simbiosis ha transformado el modo de prestar y recibir servicios, otorgando formatos y concepciones en las relaciones laborales completamente diferentes y ejecutados, a su turno, de manera particular en cada país, nos lleva a plantearnos si estos instrumentos de la OIT, realmente alcanzan a proteger a los trabajadores que frente a las nuevas tecnologías sugieren un desafío mayor.

Trabajadores como los riders de Glovo, Deliveroo, y Rappi (en Latinoamérica) deben transportar cargas en sus espaldas, con pesos inferiores a los indicados en el convenio y en el ordenamiento jurídico de los países en donde prestan estos servicios, sin embargo las condiciones en que lo hacen y la forma de ejecutarlo, viola el principio de ergonomía,

⁶ AA.VV., *Prevención de Trastornos Musculoesqueléticos en el Lugar de Trabajo*, Organización Mundial de la Salud, 2004, p. 12.

⁷ Congreso Nacional de Chile, *Modifica El Código Del Trabajo Para Reducir El Peso De Las Cargas De Manipulación Manual*, Ley n. 20.949, 12 septiembre 2016.

encontrándose estos trabajadores en una especie de limbo jurídico; por un lado la tan discutida subordinación, que ya parece ir teniendo más claridad inclinándose las decisiones recientes a determinar la existencia de relación de dependencia de estos respecto de las *On-Demand Economy* a las que prestan servicios; y por otro lado la inexistente protección en cuanto a las condiciones y forma en que ejecutan el servicio con una caja tipo bolso a sus espaldas, en las que transportan lo solicitado por los clientes de las plataformas, lo que indefectiblemente va a terminar por generar lesiones en las espaldas de estos trabajadores o accidentes de trabajo.

Argentina sin embargo, ha tomado la bandera en este tema en el que se ha iniciado una cronología de decisiones abocadas a proteger las condiciones de seguridad y salud en que estos riders prestan sus servicios con el transporte manual de la carga a cuestas.

A modo de referencia citaré el antecedente judicial y la última sentencia que trata el tema en la ciudad de Buenos Aires, Argentina

Seguridad y salud, y formalización de riders de Rappi y Glovo, caso Envíos Ya SA y otros c. GCBA y otros sobre incidente de apelación-amparo-otros⁸

Las empresas Envíos Ya SA, Arribo Postal SRL, Curier Express SRL, E-Logística SA, Inmediato SA, Logística al Instante SA, Star Cadetes SA, The Saint SRL y Trámites Urbanos SRL iniciaron una acción de amparo contra el GCBA – Ministerio de Desarrollo Urbano y Transporte y Secretaría de Transporte –, con el objeto de obtener el reconocimiento de su derecho a ofertar y prestar los servicios de mensajería urbana y reparto domiciliario de sustancias alimenticias en la Ciudad, de acuerdo con el régimen previsto en la Ley n. 5526 del 2016; lo particular de esta acción es que atacan directamente a Rappi y a Glovo, entre otros, con la finalidad que se inscriban en el Registro Único de Trabajadores en Motovehículos y Ciclorodados (RUTraMyC), el cual es obligatorio para todos los comercios con entregas a domicilio, empresas de mensajerías y motoqueros independientes, tal como lo exige la mencionada Ley, la cual exige que quienes prestan el servicio para la empresa de delivery, deben estar bajo relación de dependencia; así establece su artículo 2: «Incorporarse al Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el Título Décimo Tercero “Del Servicio de Transporte en Motovehículos y Ciclorodados”, con el siguiente texto: “[...] 13.3.2 Régimen de los Conductores destinados al servicio de mensajería urbana y/o reparto a domicilio de sustancias alimenticias. Los Conductores

⁸ Envíos Ya y Otros c. GCBA.

destinados al servicio de mensajería urbana y/o reparto a domicilio de sustancias alimenticias que no sean titulares de habilitación de Prestador del Servicio de Mensajería Urbana y/o Reparto a Domicilio de Sustancias Alimenticias, deberán encontrarse en calidad de conductores en el régimen del trabajador bajo relación de dependencia del Prestador, cumpliendo con la legislación laboral y previsional vigente”».

La decisión de la medida cautelar de primera instancia fue apelada y conocida por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, y en decisión del día 10 de julio del 2019, de nomenclatura CUIJ: INC J-01-00060959-1/2018-2, Actuación Nro: 13299523/2019, confirmó la sentencia de medida cautelar, de fecha 6 de diciembre de 2018, emitida por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario n. 2 de la ciudad de Buenos Aires; entre otros puntos, lo siguiente: «6º) Hacer saber a las firmas Rappi S.A.S., Kadabra S.A.S. (Glovo), y a todas las personas físicas y/o jurídicas que desarrollan actividades homólogas a través de plataformas virtuales que dentro del plazo de diez (10) días de notificada la presente deberán solicitar la inscripción en el RUTRAMyC y la habilitación para operar como prestadores del servicio de mensajería urbana y/o entrega de sustancias alimenticias a domicilio en los términos de la ley 5526 y su reglamentación, ante la Secretaría de Transporte. [...] 9º) ORDENAR al GCBA que vencido el plazo de sesenta (60) días corridos previsto en los puntos precedentes, deberá clausurar y/o inhabilitar de oficio a toda empresa, persona física o jurídica, plataforma virtual o informática que actúe en el ámbito de la CABA desarrollando la actividad de mensajería urbana y/o reparto de sustancias alimenticias a domicilio y que no se hallare debidamente registrada y cumpliendo todos y cada uno de los términos de la ley 5526. 10º) ORDENAR al GCBA que dentro del plazo de cinco (5) días de notificada la presente adopte las medidas necesarias para prohibir que los conductores de motovehículos y ciclorodados afectados al servicio de mensajería urbana y/o reparto a domicilio de sustancias alimenticias circulen sin dar cumplimiento a las siguientes obligaciones: a) utilización por parte de los conductores de casco homologado y de indumentaria con bandas reflectivas y apropiada para utilizar en días de lluvia y en época invernal; b) *utilización de caja porta objetos asegurada firme y mecánicamente al vehículo, impermeable e inoxidable, de tapa hermética, revestimiento interno de material liso y fácil limpieza*, y que en caso de transporte de alimentos que requieren refrigeración, posea un sistema refrigerante o de aislación del calor; c) en caso de transporte de alimentos, poseer el conductor libreta sanitaria expedida por autoridad competente. La efectivización de la medida estará a cargo de la Secretaría de

Transporte del GCBA, de la Agencia Gubernamental de Control y de la Policía de la Ciudad, quienes deberán impedir en forma inmediata la circulación de todo vehículo que infrinja lo dispuesto» (cursiva propias).

En el caso que nos interesa podemos observar cómo se ha abordado en el numeral 10, literal b, de la sentencia precedentemente citada, la inclinación de eliminar al trabajador la función de tener que transportar la carga del peso en su espalda, ordenando que las mismas sean aseguradas de modo firme y mecánicamente al vehículo (moto o cicla).

En el futuro próximo, la regulación más amplia, en cabeza de la OIT, se hará necesaria para actualizar y ampliar el ámbito de aplicación para los trabajadores de plataformas tecnológicas; por lo pronto se debe avanzar en que se ejerza el nivel de inspección por parte del Ministerio del Trabajo de los Estados Miembros, para garantizar mayor protección y cumplimiento del principio de ergonomía y el peso máximo.

5. Reflexiones finales

Respecto a las *on-demand economy* y la seguridad y salud del trabajador, en lo que refiere al transporte manual de carga, cuyo peso no generen accidentes o enfermedades de origen ocupacional, creemos que las disposiciones en materia laboral no logran cubrir el nuevo espacio de trabajo ocupado por esta nueva forma de economía y el manejo de peso para estos casos, por un lado podemos argüir que el Convenio 127 y su recomendación 128 de la OIT, y otras disposiciones laborales, son suficientes para brindar protección al trabajador respecto de los riesgos asociados a enfermedades músculo-esqueléticas, o a evitar accidentes de trabajo, pero la realidad es que los nuevos retos y conflictos que se nos presentan en esta era disruptiva tecnológica nos deben llevar a repensar la posibilidad de una transformación del derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo.

A modo de conclusión, podemos precisar que los convenios internacionales y recomendaciones de la OIT, conjuntamente con el diseño e implementación de un Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, buscan acomodo jurídico para proteger al trabajador en su trabajo, siendo el transporte manual de carga uno de ellos respecto al pesos que levantan, manejan, empujan o manipulan los trabajadores en este sector; sin embargo, esta protección no vislumbra como una tarea sencilla de lograr, podríamos decir que en la medida en que las políticas de cada estado miembro y su legislación interna, con atención a las disposiciones internacionales que rigen la seguridad y salud del trabajador

respecto del peso que manipulan en sus puestos de trabajo, se encaminen a mantener la progresividad, ampliación del alcance y ámbito de aplicación de estas normas en el ordenamiento jurídico interno, en esa misma medida avanzaremos a un derecho con mayor cobertura y protección con programas e instituciones, que permitan una mayor protección del trabajador.

6. Bibliografía

AA.VV., *Prevención de Trastornos Musculoesqueléticos en el Lugar de Trabajo*, Organización Mundial de la Salud, 2004

ÁLVAREZ-CASADO E., *Análisis de la exposición al riesgo por levantamiento manual de cargas en condiciones de alta variabilidad*, Universitat Politècnica de Catalunya, 2012

CABANELAS DE TORRES G., *Diccionario Jurídico*

OSSORIO M., *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*

SOMAVIA J., *Prólogo*, en OIT, *La Seguridad en Cifras*, 2003

Normativa

[C127 – Convenio sobre el peso máximo, 1967 \(núm. 127\)](#) (fecha de consulta: 15 agosto 2019)

Congreso Nacional de Chile, *Modifica El Código Del Trabajo Para Reducir El Peso De Las Cargas De Manipulación Manual*, Ley n. 20.949, 12 septiembre 2016

[R128 – Recomendación sobre el peso máximo, 1967 \(núm. 128\)](#) (fecha de consulta: 15 agosto 2019)

[Ratificación del C127 – Convenio sobre el peso máximo, 1967 \(núm. 127\)](#) (fecha de consulta: 15 agosto 2019)

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes 1967 (núm. 128)

Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ*

RESUMEN: En el Convenio OIT n. 128 son tratadas las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, con sus correspondientes procesos y condiciones. De ellas, con una perspectiva social minuciosa, se analiza el estándar mínimo orientado a armonizar las ordenaciones jurídico-políticas de los Estados miembro. La razón de ser la constituye el progreso social en materia de protección social. Tanto en forma de derechos y garantías, como en sus sentidos y alcances universales, en su aplicación por los Estados ratificadores.

Palabras clave: Invalidez, vejez, sobrevivientes, seguridad social, protección social, derechos y garantías.

SUMARIO: 1. Premisa. 2. Disposiciones comunes de obligada aplicación del Convenio n. 128. 2.1. Parte I: disposiciones generales. 2.2. Parte V: cálculo de los pagos periódicos. 2.3. Parte VI: disposiciones comunes. 2.4. Parte VII: disposiciones diversas. 2.5. Parte VIII: disposiciones finales. 3. Partes elegibles del Convenio n. 128. 3.1. Prestaciones de invalidez. 3.2. Prestaciones de vejez. 3.3. Prestaciones a sobrevivientes. 4. Conclusión, a modo de reflexión. 5. Bibliografía.

* Profesor Titular de Universidad, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada.

Invalidity, Old-Age and Survivors' Benefits Convention 1967 (No. 128)

ABSTRACT: In ILO Convention No. 128, disability, old age and survivors' benefits are treated, with their corresponding processes and conditions. Of these, with a thorough social perspective, the minimum standard aimed at harmonizing the legal-political arrangements of the member states is analysed. The reason for being is social progress in social protection. Both in the form of rights and guarantees, as in their universal senses and scope, in their application by the ratifying States.

Key Words: Disability, old age, survivors, social security, social protection, rights and guarantees.

1. Premisa

La razón de ser de la existencia y actividad de la Organización Internacional del Trabajo, desde su fundación hace ya cien años, viene siendo la pretendida armonización global de la ordenación jurídica de las legislaciones laborales y la política social resultante.

A estos efectos cuentan con los Convenios: normas jurídicas a ratificar por los Estados miembro que componen la propia Organización. En ellos se establecen normas generales sobre condiciones de trabajo en las que se ha de desarrollar la actividad laboral. Y, en conexión, el reconocimiento y garantía de los oportunos derechos sociales.

En materia de protección social y, más concretamente, de sistemas de seguridad social, entre los bastantes que hay sobre la materia y los derechos correspondientes, especial mención merece el número 128, de 1967, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes.

Las prestaciones concretadas en el título, bien se pueden identificar en los países desarrollados con consolidados sistemas de seguridad social como incapacidad, jubilación y viudedad, respectivamente. Es el caso español, entre otros. En el supuesto de que no sea así, las denominaciones sobre las contingencias a proteger pueden aparecer como en el título, tal cual, del Convenio. O con similares, también oportunas.

Este convenio número 128 de la Organización Internacional del Trabajo no es convenio original, *ex novo*. Nace de la reorganización y sistematización de otros precedentes en el tiempo, 1933; y en materias sectorializadas de los seguros de vejez, invalidez y muerte para la industria y la agricultura.

Desde su comienzo, llama ya la atención el hecho de que, el Estado que lo ratifique (y, por ende, sea de obligada consideración en su ordenamiento jurídico interno) no tiene la exigencia de observar la totalidad del mismo, si bien puede hacerlo.

Se establece que, cuanto menos, las partes primera, quinta, sexta y séptima del Convenio se han de aplicar. Mientras que puede optar entre las partes segunda, tercera y cuarta. Esto es: obligación para las disposiciones generales, cálculo de los pagos periódicos, disposiciones comunes y disposiciones diversas; elección entre prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes.

En el caso de que un Estado opte por sólo por alguna o algunas en un primer momento, cuando decida sumar a cualquier o cualesquiera de las no elegidas, lo ha de notificar y no iniciar desde el comienzo todo el procedimiento de aprobación del Convenio.

Esta particularidad se presta a una doble interpretación:

- a) *a priori*, se ha de entender que, implícitamente, el alcance del Convenio pierde relevancia en sí mismo. Los Estados pueden elegir qué prestación, en función de lo que más le interese. Tendría mayor valor la aplicación de la regulación de las tres prestaciones para la ratificación del mismo;
- b) pero, también, *a sensu contrario*, puede tener otro significado. Atendiendo a la universalidad, en función del nivel de desarrollo de cada Estado y la construcción y evolución progresiva de los sistemas de seguridad social en materia de prestaciones indicadas, pueden optar progresivamente en su vinculación, atención y aplicación.

Por otra parte, es de relevancia el constante sesgo de género que presenta la redacción del Convenio. Siempre se hace referencia e, incluso, se toma como parámetro, al hombre. Incluso, en calidad de sostén económico de la familia. La mujer se encuentra relegada.

Cierto es que este estilo y forma es fruto de los años en los que se realiza y aprueba. La sociedad, al respecto, viene evolucionando, en mayor o menor medida. En la misma dirección, la continuada referencia – directa o indirecta – a la industria y las formas de producción inherentes a ella. Como solución inmediata, no hay que olvidar que, en su aplicación, la legislación nacional tiene capacidad para modalizar esta particularidad, sin necesidad de transformar el sentido y alcance del mismo Convenio.

Y, en última instancia, no se ha de obviar que nada obsta a que haya una potencial conexión de los contenidos del Convenio 128 con otros de los establecidos en Convenios tales como el 17, sobre la indemnización por accidentes de trabajo; el 18 y 42, sobre enfermedades profesionales; el 117, sobre política social; el 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores; o el 187, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo; entre otros.

2. Disposiciones comunes de obligada aplicación del Convenio n. 128

Se ha de entender que el presente Convenio, en su aplicación tras su ratificación, se dirige a las personas trabajadoras por cuenta ajena. No es de aplicación directa – pese a su ratificación – para los trabajadores por cuenta propia y empleados públicos.

2.1. Parte I: disposiciones generales

De conformidad a los postulados de la OIT, la aplicación de este Convenio tras su ratificación, puede modularse desde la consideración del nivel de desarrollo económico del país que así decida. Eso sí, siempre de forma justificada y excepcional. E incluyéndolo, en todo caso, en las memorias anuales de seguimiento de su aplicación.

Igualmente, merece una especial significación el hecho de que, el Estado que lo ratifique, tiene la exigencia efectuar un incremento cuantitativo de trabajadores por cuenta ajena protegidos por las prestaciones sujetas, en su regulación, al propio Convenio. Ahora bien, siempre y cuando lo permitan las circunstancias.

Sin embargo, no se precisa qué sucede en el supuesto de que así no ocurra. Una regulación de obligada aplicación pero que no precisa advertencias, sanciones o similares. No ha de bastar el hecho de que se establezca que el Estado miembro que decida ratificar el Convenio deba asegurarse previamente el tener conocimiento de esta cuestión.

Cierra esta parte una particular previsión por la que, si el Estado no tiene como seguros obligatorios las prestaciones del Convenio para las personas trabajadoras, sus contenidos les pueden ser de aplicación. Eso sí, han de ser controladas por las autoridades públicas o administradas siguiendo la legislación nacional que se trate; ha de ser para personas que no superen las ganancias de un trabajador de sexo masculino; y cumplan las condiciones del Convenio, si es apropiado.

2.2. Parte V: cálculo de los pagos periódicos

Regula esta parte que la aplicación del Convenio sobre las prestaciones, necesariamente, poseen un carácter económico. En este sentido, en tanto en cuanto no son universales en cuantías, fija unos estándares mínimos para su correspondiente cálculo.

Se señala que el montante de la prestación puede presentar un incremento de su cuantía. Forma de materialización: la suma del valor de las asignaciones de carácter familiar que tuviesen reconocidas las personas, en función de sus aportaciones previas en el tiempo a los sistemas de Seguridad Social que se traten.

Por tanto, entran en juego y enlaza tanto las necesidades de la persona y familia, como el tiempo y forma trabajados por la propia persona. Implícitamente, entendiéndose su cualificación o no. De esta forma tan diferente viene a garantizarse unas condiciones de vida digna que cubra

necesidades. La praxis tuitiva viene particularmente acotada.

Así pues, se atribuye competencia a los Estados para que fijen topes máximos a partir de los cuales no poder incrementar las cuantías de las prestaciones, siendo parámetros las personas cualificadas por categoría y sector. Condiciones que conllevan, periódicamente, su revisión en aras de mantener su sentido.

En esta dirección, sobre esta concreción, establece el mismo Convenio que el referente tiene que ser la clasificación internacional tipo, adoptada, en su momento, con el Consejo Social de las Naciones Unidas, de 27 de agosto de 1948, modificada en el año 1958.

2.3. Parte VI: disposiciones comunes

En lógica conexión con la anterior parte, queda recogido de una forma muy clara y contundente que, dado el carácter y finalidad de las prestaciones por invalidez, vejez y sobrevivientes, se requiere una atención máxima a las situaciones que las provocan – personales y laborales –, niveles de rentas y/o potenciales actividades lucrativas, entre otras.

Las modificaciones detectadas o no comunicadas afectantes, pueden originar la suspensión de la prestación, si así está previsto en las legislaciones nacionales. Análogamente, ante situaciones provocadas intencionadamente para percibirlas, actos delictivos realizados a conciencia o hecho causante no encajable en la legislación nacional. Lo mismo que si percibe otra prestación del sistema de seguridad social sin conexión a una prestación familiar.

Es de reseñar desde la perspectiva técnico jurídica y de política del derecho cómo el Convenio permite, si así sucede, el derecho a tener una o más prestaciones de las que se ocupa. Es decir, la simultaneidad, a priori, en la percepción de diferentes prestaciones. Pero, a posteriori, con un matiz de calado: la cuantía económica a recibir por la persona, no puede superar la de la prestación más favorable.

Cierra esta parte la regulación del siempre posible recurso, ya sea en caso de no reconocimiento de la prestación, ya sea en materia de reclamación de cantidad. Se garantiza esta posibilidad haciendo mención expresa a que puede personarse, ser representado o asistido por un profesional del ejercicio del derecho. Pero siempre, en todo caso, con respeto a la naturaleza de las prestaciones y de la buena administración de las mismas por parte de las entidades gestoras de los sistemas de seguridad social.

2.4. Parte VII: disposiciones diversas

La última parte de obligada observación con la ratificación del Convenio regula los casos posibles en los que, siempre y cuando el ordenamiento jurídico nacional lo posibilite, se puede excluir de aplicación a las personas con una actividad laboral circunstancial; a los integrantes de la familia de la persona empleadora que vivan en el mismo hogar y trabajen para él; y a otras categorías de trabajadores por cuenta ajena, siempre y cuando no superen el límite del diez por ciento de los dos supuestos precedentes.

Con esta previsión se apuesta decididamente por el derecho a las prestaciones para las personas trabajadores por cuenta ajena “clásicos” y su modelo de regulación jurídica. La excepción se establece para los del campo por cuenta ajena, siempre y cuando quede justificado y, a posteriori, se cree empleo en el sector en el que se emplean estas personas. La potencial exclusión total en la aplicación del Convenio sí queda permitida a los Estados para las personas trabajadoras del mar y los regímenes especiales de los funcionarios y empleados públicos, cuando no tengan regímenes especiales.

Pero esta posibilidad necesariamente ha de quedar reflejada en una declaración adjuntada a la ratificación del Convenio. Hecho que puede quedar modificado posteriormente, con la debida comunicación y notificación. Acontece así la apertura a una relativa flexibilidad en la ratificación y aplicación del Convenio a los Estados.

Asimismo, sólo para el caso de la prestación para sobrevivientes, siempre y cuando la persona tenga derecho a otras análogas, existe la opción de su asimilación. Motivo: la funcionalidad en la aplicación del propio Convenio, evitando así que su aplicación estricta le reste opciones de ratificación.

Adicionalmente, esta laxitud se extiende siempre y cuando el Estado cumpla las disposiciones de obligada aplicación – en consonancia con las particulares de las prestaciones de las que se ocupa el Convenio – y demuestre en la memoria de seguimiento la contribución al progreso social, resultado de la aplicación completa de los términos del Convenio. Y es que se encuentra habilitado para reducir los períodos de tiempo requeridos por el Convenio para el derecho a las prestaciones o, en su caso y sólo para el seguro de sobrevivientes, determinar diferenciadamente – en relación a como se regulan – sus beneficiarios.

Por otra parte y en sentido contrario, tajantemente, reconoce el Convenio que las prestaciones en él reguladas no son de aplicación a las resultantes de contingencias acaecidas previamente a la firma y entrada en vigor o, en su caso, las resultantes de períodos anteriores a la citada fecha.

2.5. Parte VIII: disposiciones finales

Las establecidas en esta parte del Convenio entroncan con las comunes a la propia normativa de la Organización Internacional del Trabajo y su naturaleza. Por tanto, procedimientos análogos.

Es decir: ratificación comunicada al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo; entrada en vigor doce meses después en las que dos ratificaciones hayan sido registradas por el anterior; vigencia de diez años con posibilidad de denuncia a su término y, si no se realiza, la vigencia de otros diez años y, así, sucesivamente.

Toda esta información tiene que ser comunicada, por parte del director general, al Secretario General de las Naciones Unidas. Finalidad su registro y conformidad, en consonancia con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

En la misma dirección, cada vez que valore necesario, el Consejo de Administración de la Organización tiene competencia para presentar a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, pudiendo esta última atender – si se fija en el orden del día – su revisión total o parcial.

Y, en último lugar en relación a lo previsto en esta parte, en el supuesto de que se revise total o parcialmente el presente para la elaboración de un nuevo Convenio – salvo disposición en contrario por este último –, la ratificación del revisado por el Estado, implica automáticamente su denuncia.

Asimismo, en tanto en cuanto el convenio revisor tenga vigencia, su precedente deja de encontrarse disponible para su ratificación al resto de Estados que componen la Organización. Mientras que si aquéllos lo tienen ratificado, sigue manteniendo su vigencia, tal cual, en tanto en cuanto no ratifiquen el que lo ha revisado.

3. Partes elegibles del Convenio n. 128

Cualquiera de las partes II, III y IV del Convenio pueden ser seleccionadas para su ratificación por el Estado y, por ende, su aplicación y consideración por su ordenamiento jurídico nacional. Obviamente, no tiene por qué ser sólo una.

3.1. Prestaciones de invalidez

Una visión general sobre la historia de la previsión social del siglo pasado muestra a la invalidez como antecedente inmediato de la actual protección de la contingencia de la incapacidad permanente. Término aquél asociado, en sus orígenes, a una enfermedad prolongada o vejez prematura de la persona, provocante – en última instancia – de la reducción o eliminación de su posibilidad de obtener recursos y medios vitales resultantes de las rentas del trabajo¹.

No existía un tratamiento separado y particular de la invalidez porque encajaba perfectamente con el sistema de seguro de vejez². Sobre todo, cuando la expectativa de vida de las personas era cuantitativamente muy inferior a la actual, llegando a la ancianidad muchísimo antes y con peor calidad de vida. Uno de los grandes avances sociales de los últimos tiempos ha sido, precisamente, la medicina y el alargamiento vital resultante.

He aquí la razón por la que inicialmente los seguros sociales y, posteriormente, los sistemas de seguridad social contemporáneos, de forma implícita, protegieron a las personas ante el riesgo inherente a que se produjese. La causa del riesgo es general y universal: una alteración en el estado de salud con consecuencias negativas sobre la persona, llegado el caso, sobre su actividad laboral ordinaria y, siempre, sobre su nivel de vida para una existencia digna.

Por esta causalidad, la contingencia protegida era considerada resultado más de una enfermedad causante de una alteración de la salud que de un accidente³. Pero tampoco se ha de excluir a éste último, pues podía afectar a aquélla directamente generándola. Enfermedad, en cierta medida, asociada a la senectud.

Sin embargo, nada impedía reconocer cómo la situación producida con los efectos señalados tenía una proyección e irradiación hacia todas las esferas de la vida de una persona. De ahí que también, en los primeros momentos, su protección se ubicase en el seguro de enfermedad. Mientras que después, evolutivamente, se protegió por los sistemas de seguridad social como contingencia particular y separada de forma

¹ M. ALONSO OLEA, J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 1998, p. 269.

² Á. CEINÓS SUÁREZ, *Seguro obligatorio de vejez e invalidez*, en J. GARCÍA MURCIA, I.A. RODRÍGUEZ CARDÓ (dir.), *Legislación histórica de previsión social*, Aranzadi, 2009, p. 223.

³ De esta forma se concibió por P. DURAND, *La política contemporánea de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, p. 250 (traducción y estudio preliminar sobre la recuperación de un clásico de la doctrina de la Seguridad Social por Vida Soria).

omnicomprensiva. Así, los diferentes niveles de protección a través de los que se han articulado – con sus fines inherentes – ordenaron la protección ante la invalidez.

Por la trascendencia protectora apuntada, fruto también de la progresión de los sistemas de seguridad social, se viene a poner de manifiesto cómo, en determinados países, el cambio de denominación, la transición terminológica de invalidez a incapacidad, ha sido más simbólica que otra cosa⁴. No conlleva variación alguna sustancial del concepto de la contingencia, de sus causas, efectos y consecuencias. Lo mismo que tampoco existe cambio en sus notas definidoras ni en su valoración objetiva por parte de profesionales en aras de su efectiva protección⁵. Salvo su necesaria adaptación jurídico-política a los tiempos actuales.

Teniendo presentes estos planteamientos, el Convenio reconoce y garantiza, en forma de derecho, la concesión de prestaciones de invalidez. Obviamente, cuando la persona no tenga capacidad para trabajar, bien de forma temporal, bien permanentemente. Y hasta el final de estas situaciones.

Ahora bien, también se establece la necesidad de ofrecer oportunidades de readaptación profesional a efectos de que la persona pueda continuar desarrollando cualquier actividad laboral. O, llegado el caso, facilitar la colocación adecuada.

En consonancia con lo apuntado, se reconoce sólo para las personas trabajadoras por cuenta ajena con una residencia en el Estado que haya ratificado y aplicado el Convenio. Consiste en un pago periódicamente establecido resultado de su cálculo, considerando los períodos previos trabajados y el grado de invalidez o incapacidad.

En este sentido, exige el Convenio un período de quince años de cotización o de diez años de residencia formal. O, en su caso y con carácter excepcional, el requerimiento de tres años de cotización si la media anual alcanza el valor prescrito durante la vida activa de la persona. En relación a la cuantía, ésta puede verse reducida cuando haya alcanzado cinco años de cotización, empleo o residencia y los ya citados tres años de

⁴ Se apunta, incluso, que la utilización de los términos de incapacidad e invalidez es más literaria que jurídica, A. BARBA MORA, *Incapacidades laborales y seguridad social*, Aranzadi, 2008, pp. 26-27.

⁵ Pese a ello, un sector de la doctrina entiende que la evolución terminológica indicada encierra otra protectora: la protección de la salud por el sistema de seguridad social, M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *La incapacidad permanente: su evolución en proceso de reforma de la Seguridad Social*, en J.L. MONERO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M.N. MORENO VIDA (coords.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Comares, 2008, pp. 839-840.

cotización, si la media anual alcanza el valor prescrito durante la vida activa de la persona. La reducción tiene que ser proporcional en el momento en que se hayan superado los cinco años de cotización y no alcanzado los quince.

3.2. Prestaciones de vejez

El transcurso incrementado progresivo de la edad en las personas es un hecho natural irrefutable que se presenta unido a la propia condición humana. Es una característica personal común a todo el género humano. También lo es para las personas que tienen la condición de trabajadoras, o que la han tenido.

Sin embargo, la edad, pese a ser un hecho natural, en el ámbito laboral no es concebida ni asumida como tal, ya que origina prejuicios susceptibles de llegar a producir materialmente exclusiones, indistinta o conectada a la general social.

Esta última circunstancia adquiere mayor relevancia, si cabe, tras la elevación de la media de años de vida con calidad en la misma, en cuanto logro social civilizatorio de los últimos tiempos, poniéndose así de manifiesto no sólo el envejecimiento general de la población, sino lo que es más relevante, el incremento de la edad media de la población activa.

En consecuencia con lo señalado, la tendencia de las personas trabajadoras de más edad a acortar la vida laboral cesando en su trabajo antes de tiempo y accediendo a la jubilación en el marco de los distintos modelos jurídico-políticos existentes al respecto, por más que se trate de retrasar el acceso a los mismos.

Así pues y en este contexto, la edad, en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, es un elemento nuclear tanto del mismo – edad mínima para trabajar, edad en los distintos modelos de jubilación para el retiro y protección social tras el cese en la actividad laboral⁶ – como de sus mandatos, en aras de la correcta ordenación y regulación de la capacidad personal de trabajo y de la carrera profesional. Junto a su posterior protección social, atendiendo a la misma en los distintos momentos de la persona trabajadora⁷.

⁶ Constituye la edad un factor determinante para estos dos momentos del trabajador, Y. MANEIRO VÁZQUEZ, *La cuestión de la edad en las relaciones laborales a la luz del principio de no discriminación por razón de edad*, en J. CABEZA PEREIRO, M.A. BALLESTER PASTOR, M. FERNÁNDEZ PRIETO (dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social*, Aranzadi, 2009, p. 69.

⁷ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Jubilación y discriminación en el empleo por razón*

Desde estos postulados el propio Convenio viene a garantizar un derecho social de carácter prestacional a efectos de proteger la supervivencia de la persona mayor. Tal es así que remarca que la contingencia que se cubre es la misma, de conformidad con la edad en cada momento fijada para las personas trabajadoras y residentes en el Estado.

La edad en cuestión, en buena lógica, ha de estar sujeta a criterios demográficos, económicos y sociales, formal y expresamente demostrados. Edad que también puede reducirse, directa y automáticamente, para personas que hayan trabajado en sectores en los que las condiciones laborales sean diferentes y/o más complejas en términos de salud y seguridad laboral.

Tal y como se apuntó, este derecho a la prestación por vejez es una cuantía económica abonada periódicamente. Como es normal, está sujeta a un período mínimo de cotización o empleo y residencia: treinta años y veinte años, respectivamente.

También es viable en el supuesto de que la persona cumpla los requisitos antes de la contingencia, debiendo haber pagado durante su vida laboral, el promedio anual de la cuantía fijado.

Si estrictamente está sujeto al período mínimo de cotización o empleo, se requiere sólo quince años y/o la mitad de esta cantidad anual de cotizaciones.

Por su parte, la reducción proporcional es viable existiendo una cotización en el seno de la horquilla de quince a treinta años o una residencia entre cinco y veinte años.

3.3. Prestaciones a sobrevivientes

De la misma forma que se ha producido el aumento de la edad de vida de las personas, es una realidad el fallecimiento de éstas. Es propio a la condición humana.

El hecho de la muerte de una persona profesionalmente activa genera, automáticamente, una pérdida de recursos para los integrantes de la familia, con la consiguiente pérdida o reducción de ingresos.

La protección social, a través de los sistemas de seguridad social, ha de intervenir. Y lo ha de realizar para mantener un nivel de vida digno y cubrir necesidades. Esta finalidad tiene la prestación de sobrevivientes. O, en los regímenes actuales, también denominada prestación por viudedad.

de edad en el derecho comunitario, en F. CAMAS RODA (coord.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Bosch, 2009, pp. 15-16.

Con carácter general, la particularidad que la viene marcando es que el sujeto causante no coincide con el sujeto beneficiario. El primero es el difunto, mientras que el segundo es el supérstite.

Desde estos fundamentos, el Convenio 128 acomete el reconocimiento y garantía de un derecho de la prestación económica correspondiente para cubrir la contingencia protegida.

Expresamente señala que la edad de la persona enviudada tiene que tener aquélla que los ordenamientos jurídicos concreten. Edad que no se ha de considerar cuando esté inválida o tenga a su cargo un hijo de la persona fallecida. Pero también, incluso, deja abierto el reconocimiento a la fijación de un período mínimo de duración del matrimonio.

Son detalladas las personas protegidas: cónyuge, hijos u otras dependientes de la fallecida. Han de ser residentes en el Estado correspondiente y se deja abierta la opción a que los Estados concreten que la cuantía de la prestación a percibir no supere umbrales a determinar. Para la materialización de la prestación, es necesaria una cotización previa de quince años o diez años de residencia. La particularidad viene para la viuda, al poder ser considerado solamente los años de residencia.

Asimismo, también es viable que, cuando los sujetos protegidos se encuentren trabajando, el derecho a la prestación correspondiente se garantice con sólo tres años de cotización, si el causante ha cumplido con la media anual del valor de la prestación durante sus años trabajados.

Y, por último, la reducción proporcional en la cuantía de la prestación para la persona beneficiaria se condiciona a que la causante tuviese una cotización entre cinco y diez años; o a diez años de residencia.

4. Conclusión, a modo de reflexión

El Convenio 128 de la Organización Internacional del Trabajo tiene un marcado carácter social. Constata la regulación de un estándar mínimo y amplio en materias prestacionales, con sentido y alcance relevante.

Se puede calificar como un Convenio integral en contenidos en relación a los aspectos regulados. No sólo reconoce el derecho a las prestaciones, sino que también recoge sus procedimientos. Especialmente, en materia de cotizaciones previas y residencias, para su cálculo y abono.

Representa así un loable intento de unificar, más aún si se considera que se ofrece a ratificación a Estados de diferente nivel de desarrollo económico y social.

Es de marcado carácter progresista. Profundiza e impulsa el desarrollo de la protección social y de los sistemas de seguridad social. Fija una

regulación de prestaciones esenciales ante contingencias – en cierta medida – frecuentes que resultan ser claves para asegurar una vida digna. Es evidente que la denominación de las prestaciones será diferente atendiendo a los Estados que lo ratifiquen y apliquen. Pero queda en mero aspecto secundario ante la profundidad y, llegado un punto, exhaustividad de sus contenidos. Reconoce, realza y garantiza derechos sociales clásicos. Teniendo presente que la Organización Internacional del Trabajo cumple en el presente año 2019 una centena de historia, es muy relevante el que, en su momento, afrontase la realización de este Convenio. En su momento y en la actualidad, suma y realza, exponencialmente, la labor universal de esta Organización. Pero es que también es claro ejemplo de su actividad y razón de ser.

5. Bibliografía

ALONSO OLEA M., TORTUERO PLAZA J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 1998

ÁLVAREZ DE LA ROSA M., *La incapacidad permanente: su evolución en proceso de reforma de la Seguridad Social*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M.N. MORENO VIDA (coords.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Comares, 2008

BARBA MORA A., *Incapacidades laborales y seguridad social*, Aranzadi, 2008

CEINÓS SUÁREZ Á., *Seguro obligatorio de vejez e invalidez*, en J. GARCÍA MURCIA, I.A. RODRÍGUEZ CARDÓ (dirs.), *Legislación histórica de previsión social*, Aranzadi, 2009

DURAND P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991

MANEIRO VÁZQUEZ Y., *La cuestión de la edad en las relaciones laborales a la luz del principio de no discriminación por razón de edad*, en J. CABEZA PEREIRO, M.A. BALLESTER PASTOR, M. FERNÁNDEZ PRIETO (dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social*, Aranzadi, 2009

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., *Jubilación y discriminación en el empleo por razón de edad en el derecho comunitario*, en F. CAMAS RODA (coord.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Bosch, 2009

Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad 1969 (núm. 130)

Erica CARMONA BAYONA*

RESUMEN: El Convenio OIT n. 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias por enfermedad (1969) regula la protección por parte del sistema de seguridad social del riesgo de enfermedad y su impacto en la capacidad de las personas para generar ingresos por el trabajo. Por ello, es un instrumento jurídico internacional relevante, pues atiende una de las condiciones ineludibles del ser humano y hace frente a las vicisitudes que esto ocasiona en su vida laboral. El contexto mundial está marcado por el bajo acceso de más de la mitad de la población a beneficios de la seguridad social, por ello, la ratificación de este convenio por parte de 16 Estados Miembros es una noticia relevante. En todo caso, existe una urgencia mundial por lograr avanzar en la cobertura universal del riesgo de la enfermedad, lo que se deduce del reconocimiento de la salud y el bienestar como uno de los Objetivos del Desarrollo Sostenible.

Palabras clave: Sistemas de seguridad social, OIT, salud, cotización, incapacidad para trabajar, objetivos del desarrollo sostenible.

SUMARIO: 1. Introducción: la protección ante la enfermedad como objeto central del Convenio OIT n. 130. 2. Contingencias médicas. 2.1. Prestaciones asistenciales mínimas. 2.2. Periodo de cotización y duración de la cobertura. 3. Incapacidad para trabajar. 3.1. La prestación monetaria por enfermedad. 3.2. Periodo de cotización, periodo de espera y duración de la prestación. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Profesora de Derecho Laboral de la Universidad Santiago de Cali, Colombia.

Medical Care and Sickness Benefits Convention 1969 (No. 130)

ABSTRACT: Medical Care and Sickness Benefits Convention No. 130 of 1969 regulates the protection by the social security system of disease risk and its impact on the ability of people to generate income from work. Therefore, it is a relevant international legal instrument, because it addresses one of the unavoidable conditions of the human being and faces the vicissitudes that this causes in his working life. The global context is marked by the low access of more than half of the population to social security benefits. Therefore, the ratification of this convention by 16 Member States is relevant news. In any case, there is a worldwide urgency to make progress in the universal coverage of disease risk, which follows from the recognition of Good Health and Well-Being as one of Sustainable Development Goals.

Key Words: Social security systems, ILO, health, contributions, inability to work, sustainable development goals.

1. Introducción: la protección de la enfermedad como objeto central del Convenio OIT n. 130

La enfermedad constituye la piedra angular del sistema de seguridad social, pues, en ella confluyen todos los demás sistemas, debido a que la persona siempre se verá expuesta a este riesgo. Por ello, el Convenio 130 de la OIT sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad (1969) es un instrumento jurídico internacional relevante.

La enfermedad constituye un estado de afectación de la salud que merece ser protegida por los sistemas de seguridad social. Afecta en sí misma a la persona, que se ve necesitada de atención, cuidados y medicamentos con el fin de restablecer su estado de salud y/o prevenir otra enfermedad. Además, la enfermedad también trae como consecuencia gastos económicos, puesto que se deben hacer pagos de medicamentos, atención médica, etc.

De otro lado, esta condición, desde la perspectiva del mercado laboral, tiene otra implicación relativa al impacto que genera en la capacidad de generación de ingresos por el trabajo, lo que afecta el desarrollo de las relaciones de trabajo. Por tanto, su aseguramiento es relevante para evitar que la persona enferma constituya una carga¹.

Precisamente, el Convenio 130 de la OIT tiene como objeto central la regulación de los estándares sobre protección ante la enfermedad, abordando sus dos implicaciones: afectación en sí misma de la persona y disminución de ingresos. Ello se traduce, de forma técnica, en la regulación de dos contingencias: la médica desde una perspectiva curativa y preventiva, y la incapacidad para trabajar con el fin de suplir la falta de ingresos, reconociendo la prestación monetaria por enfermedad.

Estas contingencias se cubren a las personas protegidas, que para la asistencia médica son la persona enferma y su grupo familiar. El convenio categoriza a la persona beneficiaria directa como un hombre, puesto que se refiere de forma expresa a la cónyuge como beneficiaria por ser parte del grupo familiar. En el mismo convenio se explica que la cónyuge es la mujer que está a cargo de su marido (art. 1). Este uso del lenguaje muestra el sesgo del mercado de trabajo por la vinculación mayoritaria masculina en la década de los años 60. Sin embargo, en la actualidad, la interpretación de estas normas debe adecuarse al contexto de participación de la mujer en el mercado de trabajo, que si bien, la tasa es

¹ P. DURAND, *La política contemporánea de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, pp. 236-237.

más baja respecto a los hombres (48,5% frente a 75)², no se puede tolerar que el Convenio de la OIT acoja esos sesgos cuando, precisamente, uno de los principios y derechos fundamentales en el trabajo es la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenio 111 OIT de 1958).

Aclarado este asunto, se debe precisar que la persona enferma como sujeto protegido por el convenio, para la atención médica debe, además, hacer parte de unos grupos determinados en el art. 10, que pueden ser: a) todos los asalariados, así como su grupo familiar conformado por cónyuge e hijos; b) una categoría prescrita de la población económicamente activa, así como su grupo familiar conformado por cónyuge e hijos y, c) categorías prescritas de residentes que constituyan por lo menos el 75% de todos los residentes. Se debe entender por residente, según estipula el Convenio, a la persona que reside en el territorio de un Miembro (art. 1. d). Ahora bien, cuando el Estado miembro declara una excepción temporal respecto a la aplicación del Convenio, las categorías se disminuyen a: a) categorías de asalariados que constituyan por lo menos el 25% de todos los asalariados, así como su grupo familiar conformado por cónyuge e hijos y, b) categorías prescritas de asalariados de empresas industriales, así como su grupo familiar conformado por cónyuge e hijos (art. 11).

La asistencia médica también se garantiza a los beneficiarios de otras de las ramas de la seguridad social. Es el caso de quienes reciben prestaciones por invalidez, vejez, muerte del sostén de familia o desempleo y, cuando sea el caso a su grupo familiar (art. 12 Convenio 130). La integralidad de la seguridad social permite que, a pesar de la división de los riesgos, su atención se entrelace. Por ejemplo, aunque la persona haya perdido el empleo, sigue expuesta a enfermedades, al igual que su grupo familiar, y debe tener acceso a la asistencia médica.

Por otro parte, respecto a los beneficiarios de la prestación económica por enfermedad el Convenio solo reconoce a la persona que se enferma. Esta prescripción es adecuada, debido a que el riesgo cubierto es la disminución del ingreso como consecuencia de la afectación a la capacidad para trabajar generada por la enfermedad. Ahora bien, tal como sucede para la asistencia médica, las personas protegidas por la prestación económica son los mismos que se contemplan para la prestación asistencial, con excepción del grupo familiar (arts. 19 y 20).

Desde una perspectiva fáctica, los datos revelan que solo un 45,2% de la

² OIT, *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Tendencias del empleo femenino 2018. Avance global*, 2018, p. 6.

población mundial tiene acceso a alguno de los beneficios de la seguridad social³. Es decir, más de la mitad de la población mundial está desprovista de protección ante los riesgos sociales, incluida la atención a la enfermedad. El Convenio 130 solo ha sido ratificado, a la fecha, por 16 Estados Miembros. Este dato, en términos cuantitativos, es un número bajo en comparación con la totalidad de miembros de la OIT (187 Estados), de lo que se desprende que solo el 8,55% de los Miembros lo han ratificado⁴. No obstante, es un dato destacable si se analiza el contexto mundial. En todo caso, existe una urgencia de aumentar la cobertura de la atención de la enfermedad a nivel mundial, así se puede ver en los Objetivos del Desarrollo Sostenible al contemplarse como objetivo número 3. salud y bienestar.

Por otro parte, es importante destacar que el Convenio 102 relativo a la norma mínima de seguridad social (1952), también regula la enfermedad como objeto de protección por medio de dos prestaciones: la asistencia médica y la prestación monetaria. Este convenio ha sido ratificado a la fecha por 58 Estados Miembros, es decir, el 31%. Este dato es importante porque, a pesar de la poca ratificación del Convenio técnico específico sobre la protección ante la enfermedad Convenio 130, un poco menos de la mitad de los miembros de la OIT se han obligado internacionalmente a adoptar una norma mínima sobre seguridad social para cubrir las contingencias que se presentan ante la enfermedad.

En atención a lo expuesto, el análisis que se hace del Convenio 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad se aborda desde la perspectiva de la enfermedad como objeto de protección, en el que se analizan las contingencias cubiertas, esto es, la asistencia médica (apartado 2) y la incapacidad para trabajar (apartado 3). Se reflexiona atendiendo a los fines de la seguridad social y a los principios de universalidad y accesibilidad. Pues, no podemos perder de vista que la seguridad social es un derecho humano (art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), cuya realización efectiva interesa a toda la sociedad.

³ ILO, [World Social Protection Report. Universal social protection to achieve the Sustainable Development Goals. 2017-19](#), 2017, pp. 8-9.

⁴ Es importante destacar que el Convenio n. 102 de 1952, relativo a la norma mínima de seguridad social, también regula la enfermedad como objeto de protección por medio de dos prestaciones: la asistencia médica y la prestación monetaria. Este convenio ha sido ratificado a la fecha por 58 Estados Miembros, es decir el 31% de los miembros. Este dato es importante porque, un poco menos de la mitad de los miembros de la OIT se han obligado internacionalmente a adoptar una norma mínima sobre seguridad social.

2. Contingencias médicas

El artículo 7.a del Convenio 130 prevé como contingencia cubierta por el convenio «la necesidad de asistencia médica curativa, y, en las condiciones prescritas, de asistencia médica preventiva». Naturalmente, la primera protección que se debe brindar ante la enfermedad debe concretarse mediante prestaciones asistenciales que logren recuperar la salud del individuo. Para ello, el convenio precisa que la atención médica se brindará desde un enfoque curativo y, cuando sea prescrito, desde uno preventivo. Este reconocimiento es de suma importancia, por cuanto se abordan dos enfoques complementarios de la medicina que, en todo caso, están directamente relacionados con la salud de la persona: . Una desde la perspectiva reactiva que responde al daño causado a la salud. Y otro, desde una perspectiva prospectiva que propende por «reducir el riesgo de la enfermedad»⁵.

La atención de las contingencias médicas requiere de una serie de garantías de tipo asistencial para poder curar y/o prevenir la enfermedad. En efecto, dicha atención se concreta por medio de las prestaciones asistenciales, que constituyen la primera forma de seguridad que se ofrece a la persona para indemnizarla del riesgo de la enfermedad. Por ello, es preciso referirse a las prestaciones asistenciales mínimas previstas en el convenio y a los períodos de carencia y la duración de la cobertura, respectivamente.

2.1. Prestaciones asistenciales mínimas

Desde una perspectiva cualitativa, el Convenio 130 mejoró los contenidos de la asistencia médica, en relación con lo regulado en el Convenio 102 (1952) sobre norma mínima de la Seguridad Social, que no establece la asistencia odontológica y la readaptación médica. En efecto, el convenio 130 en su artículo 13 se refiere a: a) la asistencia médica general, incluidas las visitas a domicilio; b) la asistencia por especialistas prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas fuera de los hospitales; c) el suministro de los productos farmacéuticos necesarios recetados por médicos u otros profesionales calificados; d) la hospitalización, cuando fuere necesaria; e)

⁵ A. LISFSHITZ, *La medicina curativa y la medicina preventiva: alcances y limitaciones*, en *Medicina Interna de México*, 2014, vol. 30, n. 1, pp. 65 y 67.

la asistencia odontológica según esté prescrita; y f) la readaptación médica, incluidos el suministro, mantenimiento y renovación de aparatos de prótesis y de ortopedia, según fuere prescrita. En todo caso, es preciso señalar que el Convenio 102 regula dentro de la asistencia médica la atención a la maternidad, la cual no está prevista en el Convenio 130 por ser una norma específica sobre el riesgo de enfermedad.

El artículo 13 referenciado contempla una serie de garantías que comprenden la gama de atenciones que puede requerir una persona en estado de enfermedad. Sin embargo, esta asistencia puede ser reducida cuando los Estados realizan declaraciones de excepciones temporales respecto a la aplicación del convenio en su territorio (art. 2 del Convenio 130). Como sabemos, la propia Constitución de la OIT establece las «modificaciones para adaptarse a las condiciones locales» (art. 19), lo que se traduce en la posibilidad de que los Estados, al ratificar el convenio, se acojan a algunas de las excepciones previstas. Esta posibilidad se sustenta en las condiciones económicas y los recursos médicos poco desarrollados de los Estados.

La posibilidad de aplicación flexible de los convenios de la OIT, entre ellos el analizado, tiene como fin facilitar el logro progresivo del cubrimiento de la Seguridad Social a una escala global. Sin embargo, esta aplicación flexible introduce una doble escala de protección que es desventajosa para la población que habita en Estados con economías débiles. En materia de asistencia médica, existe la posibilidad de reconocer, mínimo, solo la asistencia respecto a: a) asistencia médica general, incluidas las visitas a domicilio; b) la asistencia por especialistas prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas fuera de los hospitales; c) el suministro de los productos farmacéuticos necesarios recetados por médicos u otros profesionales calificados; d) la hospitalización, cuando fuere necesaria (art. 14 del Convenio 130). Se excluye la atención odontológica y la readaptación médica, quedando la asistencia médica mínima, tal como lo prevé el Convenio 102, art.10.1.a⁶.

En general, una de las principales dificultades que atraviesan los Estados para garantizar la asistencia médica, precisamente, tiene que ver con su desarrollo económico, pues de esto dependen los recursos para su financiamiento. En ese aspecto, la falta de financiamiento de un sistema de asistencia médica que proporcione, a su vez, una atención médica de calidad impide que se presente una mejora relevante de aspectos de la

⁶ Claro está, con la excepción de la asistencia en caso de embarazo y parto, pues esta no está prevista en el Convenio n. 130.

salud de los individuos⁷.

Con el fin de poder garantizar el acceso a la asistencia médica, el Convenio 130 estipula la contribución del beneficiario al costo de la asistencia médica (art. 17). Esta disposición prevé la «distribución de la carga financiera entre los elementos de la población»⁸. Los Estados, en su soberanía, podrán legislar sobre la contribución de los beneficiarios en los costos y para ello, se podrá establecer un sistema de cotización profesional, uno basado en impuestos, uno mixto, etc.

En todo caso, la adopción del modelo de financiación, por parte del Estado suscriptor del Convenio, sí que debe atender a la calidad de las personas protegidas. Al respecto, el art. 10 regula tres categorías: 1) todos los asalariados hombres y su núcleo familiar, 2) la población económicamente activa y su núcleo familiar y, 3) categoría prescrita de residentes que constituyan por lo menos el 75% de todos los residentes del Estado Miembro. Y, a su vez, el art. 11 reconoce solo las dos primeras cuando el Estado haya presentado una excepción temporal en la aplicación del Convenio.

En ese sentido, la política de financiamiento podría fijarse como compartida entre empleador y trabajadores para financiar la asistencia médica de los asalariados y del porcentaje de la Población Económicamente Activa (PEA) que trabaja como asalariada. Pues, en caso de las personas que trabajan por cuenta propia la financiación podría realizarse por una cuota única. En todo caso, las Estados deberían contribuir, vía impuestos, a dicha financiación, sobre todo para garantizar el acceso a los residentes que no trabajan, así como aquellos cuyos ingresos son insuficientes.

La contribución en los costos no podrá hacer inaccesible la asistencia, puesto que esto impediría la realización del objeto del Convenio. En cuanto a este punto, llama nuevamente la atención las excepciones que se pueden contemplar en el marco de la adaptación del Convenio a las necesidades locales (de los Estados suscriptores). Aquellos Estados que suscriben declaraciones de excepciones temporales pueden reconocer como beneficiarios solo a la categoría de asalariados y, dentro de estas, cuando se trate de todos los asalariados, proteger por lo menos al 25%. Además, se permite proteger a los asalariados de empresas industriales que comprenda un número de por lo menos el 50% de todos estos asalariados.

⁷ GBD 2015 HEALTHCARE ACCESS AND QUALITY COLLABORATORS, *Healthcare Access and Quality Index based on mortality from causes amenable to personal health care in 195 countries and territories, 1990-2015: a novel analysis from the Global Burden of Disease Study 2015*, en *The Lancet*, 2017, vol. 390, n. 10091, p. 232.

⁸ P. DURAND, *op. cit.*, p. 356.

La financiación de los sistemas de protección social en general, y en particular la atención de la enfermedad se considera como una de las grandes problemáticas. En la actualidad se discute sobre la financiación de los sistemas de seguridad social, sobre todo en los países en vías de desarrollo, en donde se aporta porcentualmente más a gastos médicos, pero sus ciudadanos no acceden realmente a un sistema de seguridad social en salud⁹. Atendiendo a ello, el Convenio 130 permite a Estados en vías de desarrollo la adopción de excepciones en su aplicación. Sin embargo, es preocupante que la cobertura de la asistencia médica, que debe ser lo más accesible para la población en general sea limitada a un grupo específico de la población, quedando por fuera población que trabaja por cuenta propia y población que no trabaja.

Si revisamos los datos sobre el mercado de trabajo de América Latina y el Caribe, región que concentra un porcentaje importante de Estados en vías de desarrollo, encontramos que existe una tasa de empleo informal¹⁰ que supera el 53,8%¹¹. De esto se deduce que la mitad de su mercado de trabajo está al margen de las regulaciones jurídicas. Asimismo, si se mira con más detalle la composición del empleo informal, se encuentra que la mayoría de estos trabajadores son por cuenta propia¹². Por tanto, un porcentaje importante de la población podría no ser considerada beneficiaria de la asistencia médica que regula el Convenio. La asistencia médica es la primera y esencial atención que se debe brindar ante la enfermedad. Por tanto, respecto a esta cobertura, el Convenio 130 ha debido prever atenciones mínimas para todos los posibles beneficiarios.

2.2. Periodo de cotización y duración de la cobertura

El periodo de cotización mínimo para reconocer las coberturas del sistema de seguridad social es una forma de lograr un uso razonable del sistema, pues pretende garantizar que tras un periodo inicial de aportes económicos se pueda acceder a las prestaciones. Por otro lado, la duración de la cobertura constituye el periodo durante el cual se reconocen las

⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, [El costo de la asistencia médica deja en la pobreza a millones de personas en todo el mundo](#), en www.who.int, 5 diciembre 2005.

¹⁰ Al respecto *vid.* E. CARMONA BAYONA, *Globalización y empleo informal en América Latina*, en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 2017, vol. I, n. 3, pp. 81-90; E. CARMONA BAYONA, *Migración laboral y empleo informal en América Latina: análisis jurídico-laboral*, en *Derecho y Economía de la Integración*, 2018, n. 5, pp. 23-41.

¹¹ OIT, [Panorama Laboral 2018. América Latina y el Caribe](#), 2018, p. 11.

¹² *Ibidem*, p. 40.

prestaciones. Como podemos observar, ambos conceptos se relacionan, pues el primero marca el inicio del cubrimiento y, el segundo su duración en el tiempo incluida la fecha de terminación.

El Convenio contempla, en el art. 15, la posibilidad de que los Estados regulen un periodo de cotización para que se pueda acceder a la cobertura de la asistencia médica. Empero, condiciona dicha regulación a que este periodo no prive del derecho a beneficiarse de la asistencia médica a las «personas que normalmente pertenezcan a las categorías de personas protegidas». Una interpretación favorable de esta norma permite afirmar que el Convenio reconoce la necesidad de ofrecer la asistencia, muy a pesar de estipular este periodo. Pues, la enfermedad es un evento que podría afectar la integridad física y la vida de las personas, lo que, por tanto, merece atención. Sin embargo, sería pertinente preguntar qué se debe entender por «personas que normalmente pertenezcan a la categoría de personas protegidas» (art. 15), puesto que es una expresión muy genérica que puede integrar a todos lo que se regulan como protegidos o que podría excluir a aquellos sobre los que recaen las excepciones, ya que no serían los normalmente protegidos.

En el texto del Convenio no se menciona una explicación sobre lo que debe entenderse por «las personas que normalmente pertenezcan a las categorías de personas protegidas». Así que, como se ha mencionado, esto está sujeto a la regulación que hagan los Estados a nivel interno, pues el Convenio reconoce que los periodos de cotización se contemplan en la legislación nacional. La disposición internacional asegura una garantía para evitar que los tiempos de cotización mínima sean un obstáculo para el acceso al servicio. En ese sentido, es el Estado miembro el que va a determinar en su legislación qué personas son normalmente protegidas y, de esta normativa nacional dependerá que haya hecho excepciones o no. Por tanto, en un Estado que no haya planteado excepciones respecto a los beneficiarios, todas las categorías de personas beneficiarias prescritas en el Convenio podrán acceder a la asistencia, pero quienes no sean personas protegidas, no podrían, pues están desde el inicio excluidos.

De otro lado, la duración de la cobertura es otro aspecto relevante, debido a que determina el tiempo de reconocimiento de la asistencia médica. Sobre esto, el artículo 16 fija como regla general que dicha asistencia «deberá ser concedida durante toda la contingencia». Esta disposición tiene lógica pues, si lo que se protege es la enfermedad, lo normal es que la atención médica, en sus distintas variantes prescritas, se brinde mientras dura la enfermedad o mientras se haya prescrito asistencia médica preventiva.

No obstante, se prevén situaciones que permiten la limitación de la

duración de la cobertura. El convenio se refiere a la persona que haya salido del grupo de personas protegidas (arts. 10 y 11 Convenio 130). Por ejemplo, si en la legislación nacional se protegen a los asalariados y la persona ya dejó de serlo porque ha renunciado y, en esa legislación no se regulan como protegidos los trabajadores por cuenta propia, la cobertura cesará, pero se mantendrá la atención por mínimo 26 semanas si la enfermedad ha comenzado cuando la persona pertenecía a las categorías de personas protegidas (art.16.2).

Específicamente, el Convenio contempla dos situaciones que permiten mantener el acceso a la asistencia médica. La primera se ha señalado en el párrafo anterior y se concreta así: que la enfermedad comience cuando la persona era persona protegida, en cuyo caso puede seguir recibiendo la asistencia hasta mínimo 26 semanas. Esta duración depende de la regulación interna, en el sentido que se podrá prescribir un periodo mayor, pues el Convenio solo fija un mínimo. En todo caso, si la enfermedad requiere tratamiento prolongado, la asistencia médica deberá ser extendida durante el tiempo que sea necesario el tratamiento (art. 16.3). Esto, sin lugar a duda, es una garantía relevante que tiene su razón de ser en la propia naturaleza de la seguridad social, que es un derecho humano que garantiza condiciones de vida digna¹³.

La segunda situación prevista en el Convenio que permite mantener el acceso a la asistencia médica se configura cuando la persona beneficiaria continúa recibiendo una prestación monetaria de enfermedad (art. 16.2). Esta situación es una muestra de la articulación que debe existir dentro del sistema de seguridad social, pues cuando el riesgo, en este caso la enfermedad, causa una prestación económica, su duración debe, así mismo, armonizarse con la duración de la atención médica. En todo caso, sigue siendo regla general que la atención debe garantizarse mientras dura la enfermedad: si la prestación económica se agota, pero continúa la enfermedad, se entiende que la asistencia médica deberá continuar. La asistencia médica constituye una atención que garantiza la protección en sí misma de la persona. Por ello, se reitera, la atención a la enfermedad en su más humana expresión debe lograrse por medio de un sistema que trate la enfermedad y no abandone al individuo a su suerte.

¹³ ILO, *op. cit.*; K. HUJO, C. BEHRENDT, R. MCKINNON, *Introduction: Reflecting on the human right to social security*, en *International Social Security Review*, 2017, vol. 70, n. 4, pp. 5 y 7.

3. Incapacidad para trabajar

La otra contingencia prevista en el Convenio 130 es la incapacidad para trabajar derivada de la enfermedad (art. 7.b). Se debe aclarar que la enfermedad a la que se refiere el Convenio es la originada por causas comunes, distintas a las causadas con ocasión o por ocasión del trabajo asalariado. El convenio sobre la norma mínima de seguridad social (102 OIT) contempla las diversas ramas de la seguridad social, que como sabemos, está separada la enfermedad de origen común de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. De allí que podamos deducir el origen de la enfermedad prevista en el convenio analizado. Además, es importante destacar que el Convenio 121 de la OIT (1964) regula las prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedades profesionales en el marco de relaciones de trabajo asalariado.

La enfermedad, en efecto, genera un impacto en los ingresos de los trabajadores, sin importar que su origen sea común o profesional. Por ello, se regula la contingencia de la incapacidad para trabajar como resultado de una enfermedad, que traiga como consecuencia la suspensión de ganancias (art. 7.b). El objetivo es brindar una seguridad de ingresos en el periodo de afectación de la salud. En ese sentido, es pertinente analizar los aspectos relevantes de la regulación de la prestación monetaria por enfermedad y la duración de la prestación.

3.1. La prestación monetaria por enfermedad

La cobertura del riesgo de enfermedad lleva consigo el reconocimiento de una prestación económica cuando dicha enfermedad impida la obtención de ingresos. Sin embargo, esta declaración merece unas matizaciones, pues se podría pensar que toda persona cuyo estado de salud le impide obtener ingresos debe recibir una prestación en metálico. El Convenio 130 no lo regula de esa manera, dado que reconoce como sujetos protegidos a los mismos que se prevén para la atención de la asistencia médica, tal como se indicó en el apartado anterior, excluyendo a los miembros del grupo familiar.

La prestación económica constituye un pago periódico cuya fórmula para su cálculo depende del tipo de beneficiario (art. 21). Para los asalariados o categorías de la población económicamente activa se determina atendiendo a las ganancias anteriores o al salario anterior, en un porcentaje mínimo del 60% (arts. 22 y 23). En el caso que las personas protegidas sean unas las residentes del territorio del Estado Miembro, es necesario

que la legislación nacional determine unos topes en el patrimonio del sujeto enfermo, con el fin de determinar quienes pueden acceder a la prestación monetaria (art. 21.b). Asimismo, cada Estado Miembro que ratifique el convenio debe regular el monto de la prestación por días de incapacidad para trabajar.

Necesariamente, la fijación del monto de la prestación para la categoría de residentes debe atender «a las variaciones del costo de vida y a la devaluación monetaria»¹⁴. Lo anterior, debido a que la prestación económica debe ser suficiente para garantizar «un nivel de vida normal»¹⁵. En ese sentido, la seguridad del ingreso que garantiza esta prestación contribuye a evitar el riesgo de pobreza al que se pueden ver abocadas las personas que dejan de percibir ingresos derivados del trabajo.

3.2. Periodo de cotización, periodo de espera y duración de la prestación

La prestación económica está sujeta a un periodo de cotización y a un periodo de espera, de carencia (arts. 25 y 26. 3 del Convenio 130). Respecto al primero, se busca garantizar la financiación e incluso desestimular el uso arbitrario y abusivo del sistema. En la actualidad se presenta una grave problemática sobre fraudes a la Seguridad Social que implica gastos para el sistema y pone en peligro su funcionamiento. El periodo de cotización debe ser regulado por el Estado miembro, atendiendo al principio de universalidad, por cuanto no debe privar del derecho al beneficiario previsto en el convenio.

Por otra parte, respecto al segundo, esto es, el periodo de espera – de carencia – consiste en un tiempo en el cual no se paga la prestación. Se apela a la responsabilidad individual, para que, en un periodo corto que el convenio fija en los 3 primeros días de suspensión de ganancias (art. 26.3), el sistema de seguridad social no asuma el costo. Esto es, si la enfermedad no supera los 3 días, el sistema de seguridad social no asume los costos de la prestación monetaria; en cambio si lo supera, es posible el reconocimiento, siempre que la persona beneficiaria haya cumplido con el periodo de cotización.

Una vez el sujeto comienza a disfrutar del pago, debe existir claridad frente a su duración. Es posible que la prestación económica dure lo que dura la contingencia (art. 26.1), así lo prevé el Convenio. Sin embargo, una

¹⁴ P. DURAND, *op. cit.*, p. 331.

¹⁵ *Ibidem*, p. 332.

regulación en ese sentido, a nivel nacional, debe precisar que esta contingencia no viene determinada en exclusiva por la duración de la enfermedad, sino por sus efectos en la capacidad de la persona para obtener ganancias con su trabajo. Así, puede suceder que una persona esté enferma y necesite asistencia médica, pero que no se impacte su capacidad para generar ingresos. También puede pasar que la enfermedad incapacite a la persona para trabajar, se le pague la prestación económica y comience su proceso de recuperación que le permita volver a trabajar, pero siga requiriendo asistencia médica de tipo preventivo.

En todo caso, el Convenio 130 reconoce un límite que fija en un periodo no inferior a 52 semanas por cada incapacidad (art. 26.1). Asimismo, se permite que los Estados adopten excepciones al respecto y regulen la duración de la incapacidad en un periodo no inferior a 26 semanas. El pago periódico de una suma de dinero que supla la falta de ingresos por la enfermedad es una garantía jurídica necesaria para que las personas puedan hacer efectivo su derecho a la seguridad social. En efecto, su reconocimiento permite una seguridad que repercute en lograr buenas condiciones de vida.

4. Conclusiones

Primera: el Convenio 130 de la OIT regula la atención de la enfermedad, en su condición de riesgo social cubierto por la seguridad social. Esta protección comprende la protección de la salud y la protección en caso de que la afectación de la salud genere una incapacidad para trabajar. Sin embargo, las categorías de personas protegidas, sobre todo para reconocer la asistencia médica, se pueden limitar cuando el Estado Miembro adopte una excepción. Esto, sin lugar a duda, puede dejar por fuera de la atención necesaria a un grupo poblacional importante, excluyéndoles de la garantía del derecho humano a la seguridad social.

Segunda: los pagos por incapacidad para trabajar generados por la enfermedad son una garantía jurídica que contribuye a lograr el objetivo de la seguridad social de ser un sostén para la población, impidiendo que se encuentren en riesgo de pobreza. En todo caso, la limitación en el tiempo de la duración del pago, aunque la persona esté incapacitada para trabajar, es contradictoria con el fin de la seguridad social. Pues, lo relevante en esta prestación es que la persona está incapacitada para trabajar, y siempre que ello suceda, debería recibir una prestación económica.

5. Bibliografía

CARMONA BAYONA E., *Migración laboral y empleo informal en América Latina: análisis jurídico-laboral*, en *Derecho y Economía de la Integración*, 2018, n. 5

CARMONA BAYONA E., *Globalización y empleo informal en América Latina*, en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 2017, vol. I, n. 3

DURAND P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991

GBD 2015 HEALTHCARE ACCESS AND QUALITY COLLABORATORS, [Healthcare Access and Quality Index based on mortality from causes amenable to personal health care in 195 countries and territories, 1990-2015: a novel analysis from the Global Burden of Disease Study 2015](#), en [The Lancet](#), 2017, vol. 390, n. 10091

HUJO K., BEHRENDT C., MCKINNON R., [Introduction: Reflecting on the human right to social security](#), en *International Social Security Review*, 2017, vol. 70, n. 4

ILO, [World Social Protection Report. Universal social protection to achieve the Sustainable Development Goals. 2017-19](#), 2017

LISFSHTZ A., [La medicina curativa y la medicina preventiva: alcances y limitaciones](#), en *Medicina Interna de México*, 2014, vol. 30, n. 1

OIT, [Panorama Laboral 2018. América Latina y el Caribe](#), 2018

OIT, [Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Tendencias del empleo femenino 2018. Avance global](#), 2018

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, [El costo de la asistencia médica deja en la pobreza a millones de personas en todo el mundo](#), en [www.who.int](#), 5 diciembre 2005

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la fijación de salarios mínimos 1970 (núm. 131)

David ESTRADA BALLESTEROS*

RESUMEN: La Conferencia General de la OIT en 1970 acordó la formulación de un nuevo Convenio internacional, así como una Recomendación, sobre la fijación de los salarios mínimos. La creciente preocupación internacional y las escasas referencias de la OIT en relación con la protección del salario mínimo aconsejaban la reformulación de un texto que agrupara mecanismos de fijación, aplicación y actualización de los salarios mínimos. El presente trabajo se ocupa de estudiar los antecedentes al texto de 1970, así como un estudio pormenorizado de los distintos elementos recogidos en el texto internacional para fomentar y aplicar los salarios mínimos. También se contemplan algunas de las observaciones que la OIT, en aplicación de los distintos mecanismos, había expuesto.

Palabras clave: Salarios mínimos, negociación colectiva, mecanismos de ajuste y aplicación, actualización de salarios mínimos, participación, información y consulta, agentes sociales.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes al Convenio núm. 131. 2.1. El Convenio núm. 26, sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, de 1928 y 1951 (agricultura). 2.2. Convenio sobre la protección del salario, núm. 95, 1949. 2.3. Convenio sobre igualdad de remuneración, núm. 100, 1951. 3. El Convenio sobre la fijación de salarios mínimos de 1970. 3.1. Ámbito de aplicación de los sistemas de salarios mínimos, la parte social. 3.2. Ámbito objetivo de aplicación (salarios mínimos). 3.3. Elementos para determinar el nivel de los salarios mínimos. 3.4. Mecanismos de fijación. 3.5. Mecanismos de aplicación. 3.6. Mecanismos de participación, información y consulta. 3.7. Reajuste o actualización de Salarios mínimos. 4. Conclusiones y crítica. 5. Bibliografía.

* Abogado. Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos.

Minimum Wage Fixing Convention 1970 (No. 131)

ABSTRACT: The ILO General Conference in 1970 agreed the formulation of a new international Convention, as well as a Recommendation, regarding the setting of minimum wages. The growing international concern, and the few references of the ILO in relation to the protection of the minimum wage, advised the reformulation of a text that groups mechanisms for setting, applying and updating minimum wages. This paper deals with studying the background to the 1970 text, as well as a detailed study of the different elements included in the international text to encourage and apply minimum wages. It also contemplates some of the observations that the application of the different mechanisms has been presented in the ILO.

Key Words: Minimum wage, Collective negotiation, Adjustment and application mechanisms, Minimum wage update, Participation, information and consultation, Unions and businessmen.

1. Introducción

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo acordó en su quincuagésima cuarta reunión celebrada el 3 de junio de 1970 celebrada en Ginebra, la formulación en un Convenio internacional de diversas proposiciones relativas a los mecanismos para la fijación de salarios mínimos y problemas conexos.

De este modo, el 29 de abril de 1972 entró en vigor el Convenio número 131, sobre la fijación de salarios mínimos, con especial referencia a los países en vías de desarrollo, cuestión que había constituido un punto específico del orden del día de la referida reunión.

Es destacable que en la misma sesión se acordó igualmente una Recomendación sobre fijación de salarios mínimos.

Si bien las normas internacionales de trabajo se desarrollan a causa de una creciente preocupación por afrontar determinados problemas, los instrumentos jurídicos sobre la fijación de salarios mínimos vienen motivados por la determinación internacional de concretar factores adicionales para la fijación de una tasa mínima salarial por ser un instrumento eficaz de protección social como un elemento de la política de desarrollo económico y social.

Esta determinación va en consonancia con los distintos planteamientos de la OIT, que preconiza en el Preámbulo de su Constitución de 1919, una mejora urgente de las condiciones de trabajo, incluyendo “la garantía de un salario vital adecuado”, así como en la Declaración de Filadelfia de 1944, donde se refirió a la importancia de garantizar “un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesitan esta clase de protección”¹.

2. Antecedentes al Convenio núm. 131

Las Recomendaciones de la OIT son meras propuestas, desprovistas de todo carácter vinculante, dirigidas a los Estados miembros, y que sólo obligan a éstos a informar al Director de la OIT sobre el estado de la respectiva legislación interna y sobre el grado de observancia de lo recomendado².

Las Recomendaciones no se prestan a la ratificación como los Convenios, pero señalan pautas para orientar la política, la legislación y la práctica de

¹ [Principales convenios de la OIT](#).

² A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, p. 201.

los Estados Miembros³, siendo la Conferencia Internacional del Trabajo la que adopta ambos tipos de instrumentos según el artículo 19 de la Constitución.

Si bien en el momento de la fundación de la Organización Internacional del Trabajo no se habían fijado salarios mínimos más que en algunos países como Australia, Francia, Noruega o Reino Unido, y éstos no cubrían más que a determinadas categorías de trabajadores⁴, el primer pronunciamiento en materia de salario “que asegure un nivel de vida conveniente” lo contempló el Tratado de Versalles.

La primera reunión de la Conferencia en 1919 se propuso estudiar la posibilidad de establecer un salario mínimo en las diversas industrias, recordando los delegados de Paraguay respecto del artículo 427 del Tratado de Versalles que el mismo establecía el principio en virtud del cual “el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo para el comercio”⁵.

A la vista de los trabajos encargados por el Consejo de Administración de la OIT sobre los sistemas estatales sobre reglamentación de los salarios, se procedió a debatir en la reunión de 1927 de la Conferencia Internacional de Trabajo, dictando en 1928 la Recomendación sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos; en 1948, con el Convenio número 95 y una Recomendación sobre la protección del salario; en 1951 otra Recomendación para la fijación de los salarios mínimos en el sector agrícola; y en 1951, una Recomendación sobre igualdad de remuneración, la cual, según reconoce la propia OIT, contiene valiosas normas para los organismos encargados de la fijación de salarios mínimos.

Diferentes Convenios de la OIT han recogido principios y derechos fundamentales del trabajo relacionados con el salario mínimo, pero existen otros instrumentos jurídicos internacionales que también han contemplado dichos principios a través del derecho a una remuneración equitativa, digna y satisfactoria que asegure una existencia conforme a la dignidad humana para el trabajador y para su familia. Esto es recogido en instrumentos tan trascendentales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23), Pacto Internacional de Derechos

³ OIT, *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, 2012.

⁴ A. MARINAKIS, *The role of the ILO in the development of minimum wages*, Ginebra, OIT, 2008, p. 2.

⁵ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Estudio General de las memorias relativas al Convenio (núm. 131) y a la Recomendación (núm. 135) sobre la fijación de salarios mínimos*, Ginebra, 2014.

Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7), y a nivel regional, la Carta Social Europea y la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, entre otros continentes, todos con un fiel reflejo de este derecho a “trabajar en condiciones equitativas y satisfactorias, y recibiendo una remuneración igual por un trabajo de igual valor” (Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos).

Sobre la consideración y diferenciación entre una Recomendación y un Convenio, nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia de 23 de noviembre de 1981⁶ consideró que “Los Convenios de la OIT ratificados por España constituyen, sin duda, textos invocables al respecto, al igual que otros textos internacionales (así, el art. 8 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 1.5 CC). Los convenios se incorporan al ordenamiento interno, y de estas normas internas surgen los derechos individuales, que cuando se recogen en el capítulo de derechos o libertades para cuya protección se abre el recurso de amparo (como es el caso del derecho sobre el que este proceso se cuestiona), adquieren un valor capital las reglas del Convenio o Tratado. Las Recomendaciones de la OIT, si bien, como es obvio, distintas de los Convenios, y sin alusión directa en el art. 10.2 CE, son textos orientativos, que sin eficacia vinculante pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios, carácter con el que se invocan aquí las Recomendaciones a las que hemos hecho sucesiva referencia”.

2.1. El Convenio núm. 26, sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, de 1928 y 1951 (agricultura)

Este Convenio, precedente del objeto del presente estudio, es uno de los Convenios más ratificados de la OIT. Mediante el mismo se obligaba a establecer o mantener métodos que permitieran la fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores empleados en industrias (entendiendo como tales, las de transformación y el comercio) en los que no existiera un régimen eficaz para la fijación de salarios, por medio de “contratos colectivos” u otro sistema, y en las que los salarios sean “excepcionalmente bajos”. Se excluye del ámbito de aplicación del Convenio a la agricultura.

Dentro del contenido, se establecían fórmulas de negociación colectiva y consulta a empleadores y trabajadores para participar en la aplicación de los métodos, remitiendo a la legislación nacional la forma y medida para

⁶ Sentencia TC de 23 de noviembre de 1981.

dicha participación, pero siempre remarcando que en el mismo plano de igualdad.

Destaca que las tasas mínimas serán obligatorias para ambas partes de la relación laboral, no pudiendo rebajarlas a través de contrato de trabajo ni a través de contrato colectivo, obligándose los Estados firmantes a adoptar medidas necesarias para aplicar sistemas de control y sanciones que aseguraran tanto el conocimiento de los salarios como la aplicabilidad del mínimo establecido, y legitimando al trabajador que percibiera salarios inferiores a recuperar la suma por vía judicial o por cualquier otra vía legal establecida.

2.2. Convenio sobre la protección del salario, núm. 95, 1949

Este antecedente fija el concepto legal de salario como “remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.

Se permite el pago parcial con prestación en especie, siempre que sea apropiada al uso del trabajador (haciendo hincapié en la Recomendación de 1951, si bien expresa que no se deberá permitir el pago del salario con bebidas espirituosas o con drogas nocivas).

El salario se debe pagar directamente al trabajador afectado, debiéndose igualmente prohibir a los empleadores limitar en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario.

De capital importancia es el pago del salario a intervalos regulares fijados por la legislación nacional, o por “contrato colectivo”.

El Convenio establece que se han de tomar medidas para dar a conocer a los trabajadores las condiciones del salario antes de que ocupen un empleo, o cuando se produzca cualquier cambio en el mismo, y al efectuar cada pago del salario y los elementos que constituyan el salario en el periodo de pago considerado, siempre que puedan sufrir variaciones.

2.3. Convenio sobre igualdad de remuneración, núm. 100, 1951

Este Convenio y la Recomendación núm. 90 contemplan “valiosas normas” para los organismos encargados de la fijación de salarios

mínimos, y que son un claro antecedente y experiencia al Convenio núm. 131 de la OIT.

Se trata, en definitiva, de medidas para promover la evaluación objetiva del empleo y garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor.

3. El Convenio sobre la fijación de salarios mínimos de 1970

La Conferencia estima que los Convenios juegan un papel importante para proteger a los grupos de asalariados que se hallan en situación desventajosa, por lo que el fin es asegurar protección a los trabajadores contra remuneraciones indebidamente bajas, a lo que pone especial atención para su aplicación a las necesidades de los países en vías de desarrollo.

Este Convenio en ningún momento ha de menoscabar cualquier normativa (ley, sentencia, costumbre o acuerdo) que, según el artículo 19 de la Constitución, garantice a los trabajadores condiciones más favorables en las que figure en el Convenio.

Si bien este instrumento tiene su propia identidad y no revisa ningún otro convenio existente, su fortaleza radica en la declaración sobre los salarios mínimos y su fuerza de ley (artículo 1), sin perjuicio de la libertad de negociación colectiva, con sujeción a sanciones penales o de otra naturaleza en caso de reducción de los salarios mínimos.

Es interesante el desarrollo y articulación del derecho que regula, su sistematicidad y claridad, sobre todo si tenemos en cuenta la época en que fue aprobado. Su éxito radica en su gran número de ratificaciones, sin perjuicio de la crítica que más adelante se efectuará sobre el mismo.

3.1. Ámbito de aplicación de los sistemas de salarios mínimos, la parte social

Este Convenio tiene como fin que los Miembros de la OIT establezcan un sistema de salarios mínimos que se aplique a todos los grupos de asalariados cuyas condiciones hagan apropiada la aplicación del sistema.

Se elimina el concepto “categorías de personas” a fin buscar ampliar el ámbito de aplicación a través del concepto “grupos de asalariados”. Tal es así que la Recomendación número 135 establece que el número y grupos de asalariados que no estén protegidos por el sistema de salarios mínimos

debería mantenerse al mínimo.

Si bien tiene una protección más amplia que la ofrecida en el referido Convenio número 26, establece que los Miembros que lo ratifiquen deben enumerar, en la primera memoria anual sobre la aplicación del Convenio, los grupos de asalariados no incluidos y explicando los motivos de dicha exclusión, así como, posteriormente, debiendo explicar el estado de su legislación respecto de estos grupos.

Entre las exclusiones que actualmente se encuentran en vigor en los distintos países, nos encontramos a los trabajadores agrícolas, trabajadores del sector público (si bien en este caso hay específicos mecanismos administrativos que regulan sus remuneraciones), trabajadores jóvenes y aprendices, así como asalariados de pequeñas empresas y trabajadores domésticos, donde en países como China, a este grupo al que su empleador aloje gratuitamente se encuentran excluidos de la Ordenanza sobre el salario mínimo. De este modo la Comisión se ha pronunciado a través de observaciones generales respecto a la aplicación del convenio, como en 1985, sobre trabajadores de las industrias a domicilio y domésticos.

La Comisión ha constatado el “elevado número de trabajadores que siguen estando excluidos de los regímenes de salarios mínimos, también en los países industrializados”⁷.

3.2. Ámbito objetivo de aplicación (salarios mínimos)

La regulación versa sobre los salarios mínimos, y es la Recomendación sobre la fijación de salarios mínimos la que especifica que el sistema de salarios mínimos puede aplicarse, bien mediante un salario mínimo de aplicación general, bien mediante una serie de salarios mínimos aplicables a categorías particulares de trabajadores.

Igualmente, en la Recomendación podemos encontrar que un solo salario mínimo no es incompatible con la fijación de diferentes tarifas de salarios en distintas regionales o zonas que tomen en cuenta las diferencias en el costo de la vida, no debiendo menoscabar el efecto de las decisiones, pasadas o futuras, que fijen salarios mínimos superiores al nivel mínimo general para determinados grupos de trabajadores.

De este modo, hay países que han regulado un salario mínimo para todas

⁷ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Estudio General de las memorias relativas al Convenio (núm. 131) y a la Recomendación (núm. 135) sobre la fijación de salarios mínimos*, Ginebra, 2014, p. 146, segundo párrafo.

o para la mayoría de las categorías de trabajadores, y otros que fijan salarios mínimos por región geográfica, tomando en cuenta el grado de desarrollo económico y el costo de la vida (Japón), si bien se puede fijar mediante la negociación colectiva las zonas geográficas (Bélgica). Países como Nicaragua o Uruguay fijan las tasas de salario mínimo por sector de actividad, en Costa Rica a través de las distintas actividades y calificaciones de los trabajadores. En países, los menos, como Mauricio, se diferencian tasas de salarios mínimos para hombres y para mujeres en la industria del té, la sal y el azúcar, siendo un 20% inferiores los salarios mínimos de las mujeres a los de los hombres, si bien la Comisión ha insistido en la necesidad de no infravalorar capacidades consideradas como “femeninas”. Entre una gran variedad de observaciones, podemos señalar el Informe de la CEACR del Convenio número 100, en concreto, la observación al Gobierno argentino recoge una importante brecha salarial (del 25% en 2010) debido a una segregación profesional, así como la ineeficacia de las medidas adoptadas, sobre todo en los sectores domésticos y agrícola.

3.3. Elementos para determinar el nivel de los salarios mínimos

El Convenio establece elementos, entre otros, que han de ser tenidos en cuenta para determinar el nivel de los salarios mínimos, siempre de acuerdo a varios factores, como, por ejemplo, que sea posible y apropiado, y de acuerdo con la práctica y las condiciones nacionales.

Entre los elementos, se contemplan las necesidades de los trabajadores y de sus familias, teniendo en cuenta el nivel general de los salarios del país de que se trate, el coste de la vida, las prestaciones de seguridad social y el nivel de vida relativo de otros grupos sociales.

También se han de tener en cuenta factores económicos, incluyendo los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo.

Es la Recomendación número 135, de 22 de junio de 1970, la que fijó los criterios que deberían ser tenidos en cuenta para determinar el nivel de los salarios mínimos, entre otros y ya conocidos por otros instrumentos que marcan la experiencia y precedente de estos instrumentos, las necesidades de los trabajadores y de sus familias, el nivel general de salarios en el país, el coste de la vida y sus variaciones; las prestaciones de seguridad social; el nivel de vida relativo de otros grupos sociales y los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, la productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo.

La Recomendación faculta fijar un solo salario mínimo de aplicación

general, o establecer una serie de salarios mínimos aplicables a grupos particulares de trabajadores, si bien dentro del único salario mínimo se establece que no es incompatible fijar diferentes tarifas en distintas regiones donde se pueda tomar en cuenta las diferencias en el costo de la vida.

Es una buena declaración de principios y voluntades, mas el problema es la restringida efectividad práctica de la Recomendación, pues no vincula al igual que el Convenio.

3.4. Mecanismos de fijación

El artículo 4 del Convenio manda que todo Miembro que haya ratificado el mismo, ha de establecer y mantener mecanismos adaptados a sus condiciones y necesidades nacionales que hagan posible fijar y ajustar los salarios mínimos de los grupos de asalariados, sin hacer mención ni detallar los mismos.

En este sentido, la Recomendación sobre la fijación de salarios mínimos viene a detallar que dichos mecanismos para la fijación de salarios mínimos pueden revestir formas variadas, por ejemplo, mediante leyes, decisiones de la autoridad competente, decisiones de juntas de salarios, de tribunales de trabajo o a través de medidas con fuerza de ley o acordadas en la negociación colectiva.

El Informe de la Reunión de expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de 1967 ya contemplaron la dificultad, complejidad y retraso del procedimiento legislativo, así como que los mecanismos dependían de la tradición y estructura política de cada país.

En 2014, el Estudio General de las memorias relativas al Convenio núm. 131 advirtió que, si bien el Convenio autoriza la fijación de salarios mediante negociación colectiva, lo que sería deseable, la condición es que los Convenios colectivos concertados sean jurídicamente vinculantes, algo que no se daba a dicha fecha en muchos de los Miembros que ratificaron el texto.

3.5. Mecanismos de aplicación

El Convenio y la Recomendación contienen disposiciones que mandan a los Miembros a asegurar la aplicación de la normativa relativa a salarios mínimos, a fin de evitar su inaplicación. Entre otras, el carácter obligatorio de los salarios mínimos acordados y la prohibición de su reducción. Se

contempla la existencia de la inspección adecuada y medios para otorgar capacidad y legitimar a los trabajadores para ejercer sus derechos.

El Convenio contiene una novedad, que los salarios mínimos tengan fuerza de ley y no puedan reducirse (artículo 2.1) de ahí que, a diferencia de los Convenios anteriores, se prohíba expresamente las excepciones individuales y las que se puedan introducir a través de negociación colectiva.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en su Estudio General de las memorias relativas al Convenio núm. 131 recuerda que solo se puede garantizar la aplicación efectiva de las disposiciones relativas a los salarios mínimos mediante un abanico de medidas que no se limiten a hacer obligatoria la aplicación de estas disposiciones ni a imponer sanciones en caso de que sean incumplidas, debiendo contar empleadores y trabajadores con información adecuada en este sentido.

La Recomendación establece medidas que se pueden tomar para asegurar la aplicación efectiva de la normativa sobre salarios mínimos, tales como dar publicidad, sobre todo ante la necesidad de personal analfabetas, o a los idiomas o dialectos de los trabajadores que necesiten protección; utilizar un número suficiente de inspectores preparados y dotados de facultades y facilidades que les permitan cumplir con sus funciones; un régimen sancionador ante las posibles infracciones de las disposiciones sobre salarios mínimos; simplificar las disposiciones y procedimientos legales y otros medios para capacitar a los trabajadores para el ejercicio efectivo de sus derechos, incluyendo el derecho a devengar las sumas que se les deban cuando se les hayan pagado salarios inferiores a los correspondidos en virtud de la normativa de salarios mínimos; participación de las organizaciones laborales en las medidas que se tomen para proteger a los trabajadores contra los abusos, y por último, protección adecuada de los trabajadores contra las posibles represalias que se puedan cometer derivadas de la aplicación de la reclamación de un salario mínimo.

Se echa en falta que tales disposiciones de la Recomendación no tengan un carácter vinculante y preceptivo que garanticen los derechos y la efectividad propia del Convenio.

Si bien dispone el Convenio que “*la persona o personas que no apliquen los salarios mínimos estarán sujetas a sanciones apropiadas de carácter penal o de otra naturaleza adecuadas en caso de infracción de las disposiciones sobre salarios mínimos*”, las medidas disuasorias y de aplicación de la efectividad han de garantizar que se cumplen tales derechos cuyo cumplimiento comprometido por los países que han ratificado el Convenio. No establecer mecanismos que

garanticen su aplicación práctica abocaría al Convenio y a los derechos establecidos a su posible fracaso por inaplicación.

La Comisión de Expertos ha llamado la atención en su Estudio General de 2014⁸ que el Convenio no prevé ninguna excepción al principio de carácter obligatorio de los salarios mínimos. Si bien alude al caso de trabajadores con discapacidades y la exención de abonar salarios mínimos a este colectivo, aconseja que siempre que sea posible, las autoridades han de buscar alternativas, tal y como desgravaciones en las cotizaciones o concesión de facilidades similares para ayudar a las empresas a superar “tales dificultades” sin vulnerar lo dispuesto en el Convenio.

3.6. Mecanismos de participación, información y consulta

Para el establecimiento, aplicación y modificación de los mecanismos se dispone que se deba consultar exhaustivamente con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, o en caso de no existir, con los representantes de los empleadores y de los trabajadores. Igualmente se contempla que, de ser apropiado a la naturaleza de los mecanismos de fijación de salarios mínimos, se disponga que participen directamente en su aplicación los representantes de organizaciones de empleadores y trabajadores, y las personas de reconocida competencia para representar los intereses generales del país, y que hayan sido nombradas previa consulta exhaustiva con las organizaciones representativas. La Recomendación número 135 se refiere a las personas que representan los intereses generales del país, debiendo ser independientes, con calificaciones adecuadas, pudiendo ser eventualmente funcionarios públicos con responsabilidades en la esfera de las relaciones de trabajo o en la planificación o determinación de la política económica y social.

El texto igualmente obliga a que en los países donde haya organismos para asesorar a la autoridad competente sobre cuestiones de salarios mínimos o se haya delegado la responsabilidad gubernamental de adoptar decisiones sobre salarios mínimos, han de participar en la aplicación de fijación de salarios mínimos los miembros de dichos organismos.

El Convenio y la Recomendación disponen que las medidas destinadas a asegurar la aplicación de las disposiciones sobre salarios mínimos deberían

⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Estudio General de las memorias relativas al Convenio (núm. 131) y a la Recomendación (núm. 135) sobre la fijación de salarios mínimos*, Ginebra, 2014, p. 179.

dar publicidad a las disposiciones sobre salarios mínimos, estando adaptadas, de requerirse, a las necesidades de las personas analfabetas, o a idiomas de los trabajadores que necesiten protección. De esta forma los salarios mínimos se publican en los diarios oficiales (España, Chile, Israel) y algunos también en prensa (Nicaragua y Uruguay) tras la recomendación del Estudio general de 1992 para asegurar el conocimiento de las tasas en vigor a empleados y trabajadores. En otros países, como Suráfrica, el empleador ha de conservar un ejemplar de las tasas en vigor en el lugar de trabajo, estando a disposición de cualquier trabajador, y estando obligado a entregar una copia de ser solicitada.

La Recomendación se hace eco de la consulta, y obliga a que la misma verse sobre la selección y aplicación de los criterios para la determinación del nivel de salarios mínimos; la tarifa o tarifas de los salarios mínimos que deben fijarse; los ajustes de que de tiempo en tiempo se introduzcan en la tarifa de los salarios mínimos; los problemas que plantea la aplicación de la legislación sobre salarios mínimos y la compilación de datos y la realización de estudios destinados a la información de las autoridades encargadas de la fijación de salarios mínimos.

Estas medidas de participación, información y formación son interesantes en el Derecho social, pues su conocimiento por parte de empleadores y trabajadores, además de sus organizaciones, es el primer paso hacia la aplicación práctica y/o reclamación en caso de incumplimiento, pues se les hace partícipes de dialogar, pactar y avanzar ante estas medidas contempladas.

3.7. Reajuste o actualización de Salarios mínimos

En su artículo 4, el Convenio manda establecer y mantener mecanismos adaptados a sus condiciones y necesidades nacionales, que posibiliten fijar y actualizar los salarios mínimos de los grupos asalariados comprendidos en este sistema.

La Recomendación fija que los salarios se ajusten de tiempo en tiempo para tomar en cuenta los cambios en el costo de la vida y otras condiciones económicas, es decir, que se actualicen temporalmente.

El fin de esta actualización es examinar las tarifas en relación con el costo de la vida y otras condiciones económicas en intervalos regulares o cuando se considere apropiado a la vista de las variaciones de un índice del costo de la vida.

Ni el Convenio ni la Recomendación han establecido una periodicidad concreta para ajustar los salarios mínimos, mas debería hacerse con la

suficiente regularidad a fin de mantener el nivel de los salarios mínimos en consonancia con las realidades socioeconómicas de un país determinada.

La legislación de la gran mayoría de los países establece que los salarios mínimos sean revisados periódicamente, con una frecuencia que varía generalmente entre seis meses y cinco años⁹.

En nuestro país, Francia, Venezuela, entre otros, se contempla una revisión anual, pero en Montenegro y Países Bajos el reajuste es semestral. En Australia se revisa cada ejercicio financiero.

El texto aconseja que para facilitar esta aplicación y siempre que lo permitan los recursos nacionales, se efectúen encuestas periódicas sobre las condiciones económicas, incluyendo tendencias en los ingresos, en la productividad y en el empleo, desempleo y subempleo.

Era necesaria esta pauta de reajuste y actualización a fin de garantizar que los salarios mínimos no quedarán congelados perpetuamente.

4. Conclusiones y crítica

Se trata de un Convenio interesante por cuanto recoge una sistematización y declaración de derechos, que en 1970 no hallaban más reflejo normativo que en Convenios internacionales de nivel general, y en la OIT solo sectorialmente (agricultura).

En un área como el Derecho social, es importante que al derecho a un salario mínimo se acompañe de medidas de diálogo, participación y negociación colectiva entre empleadores y trabajadores, algo que el Convenio efectúa satisfactoriamente y fruto de ello indudablemente es la numerosa ratificación que ha tenido con el paso de los años.

La Comisión de expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado la importancia de las sanciones para su aplicación, y la necesidad de que sean efectivas y disuasorias, y subrayó ya en 1992 que sin sanciones y sin medidas la protección no tendría efectos para recuperar las sumas adeudadas (párrafo 382).

En este sentido, y dando un paso más de las conclusiones de la Comisión de Expertos, se echan en falta mecanismos de supervisión y control y más instrumentos de garantía.

En el Convenio se establecen muy tibiamente medidas de aplicación y fijación, pero la función tuitiva del Derecho del trabajo que ha de aplicar

⁹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Estudio General de las memorias relativas al Convenio (núm. 131) y a la Recomendación (núm. 135) sobre la fijación de salarios mínimos*, Ginebra, 2014, p. 146, segundo párrafo.

el Estado ha de ser más fuerte y valiente, y el intento de este Convenio es muy valioso a efectos de pronunciamiento y sistematicidad de derechos, pero tibio en cuanto a medidas que garanticen e impongan su efectividad. En el momento de su aprobación ya había instrumentos y tratados que contemplaban estos derechos retributivos hacia una política salarial justa, si bien, tras 50 años desde entonces podemos reiterar que hubiera sido notable que hubiera avanzado hacia técnicas de fijación y técnicas procesales para su aplicación más contundente.

Tras una lectura en el momento actual, el Convenio y sus mecanismos hacen pensar que no es más que un Convenio para sectores profesionales que no encontraban apoyo normativo por la propia OIT, pues en la agricultura ya se contemplaba.

No podemos obviar que el artículo 14 de la Recomendación establece medidas imponentes para asegurar la aplicación práctica de las disposiciones, al establecer que se ha de comprender, entre otros, la simplificación de disposiciones y procedimientos legales, así como otros medios para capacitar a los trabajadores para el ejercicio de sus derechos. Pero este pronunciamiento de la Recomendación no deja de ser una pauta para orientar la práctica de los Estados, y no goza de carácter vinculante.

Algunos países, ya han contemplado medidas para la protección de represalias, a través de la tipificación de delitos; han establecido cuerpos de inspección especializados, o centrados en garantizar la práctica salarial justa, así como informes periódicos de verificación.

Son pocos países los que han sido valientes y han articulado estas medidas sociales, pero para avanzar en los derechos de los trabajadores, se estima necesario un planteamiento y reflexión centrados en medidas procesales, de inspección y actuación de garantía y ejecución de los derechos laborales que Estados y organizaciones tienen impuestos y han venido ratificando con el paso del tiempo a través del diálogo y reivindicación a través de la negociación colectiva. Puede que el seno de este debate deba ser el planteamiento de un nuevo Convenio que marque este camino hacia la efectividad de los derechos laborales.

5. Bibliografía

MONTOYA MELGAR A., *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, pp. 201, 2018

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2012

MARINAKIS A., *The role of the ILO in the development of minimum wages*, Ginebra, OIT, 2008, p. 2

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Estudio General de las memorias relativas al Convenio (núm. 131) y a la Recomendación (núm. 135) sobre la fijación de salarios mínimos*, Ginebra, 2014

Web sites

Portal de la Organización Internacional del Trabajo
https://www.ilo.org/global/topics/wages/minimum-wages/definition/WCMS_541703/lang--es/index.htm

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional de España, de 23 de noviembre de 1981

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la prevención de accidentes (gente de mar) 1970 (núm. 134)

Rubén LÓPEZ FERNÁNDEZ*

RESUMEN: Desde sus orígenes, la OIT se ha preocupado especialmente por regular las condiciones laborales y de vida de los trabajadores del mar. Su encomiable labor -nada menos que 71 instrumentos normativos- viene a culminarse con la adopción en 2006 del Convenio de Trabajo Marítimo. El presente artículo tiene por objeto analizar, concretamente, el contenido del Convenio 134 sobre prevención de accidentes (gente de mar) de 1970, así como abordar cuáles son las herramientas de precaución que han arraigado en nuestra normativa preventiva actual gracias al papel desempeñado por la OIT.

Palabras clave: Prevención, accidentes, mar.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Aproximación histórica a la preocupación de la OIT por la gente de mar. 3. Contenido del Convenio 134. 3.1. Ámbito de aplicación y definiciones. 3.2. Derechos y obligaciones. 3.3. Medios y métodos de aplicación y control. 3.4. Disposiciones finales. 3.5. Recomendación 142. 4. Repercusión y presencia en nuestra normativa preventiva actual. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Profesor Asociado a la Universidad de Murcia. Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales.

Prevention of Accidents (Seafarers) Convention 1970 (No. 134)

ABSTRACT: Since its beginning, the ILO has been especially concerned with regulating the working and living conditions of sea workers. His commendable work -no less than 71 normative instruments- comes to completion with the adoption in 2006 of the Maritime Labor Agreement. The purpose of this article is to analyze, specifically, the content of the Convention 134 on the prevention of accidents (seafarers) of 1970, as well as to address the precautionary tools that have taken root in our current preventive regulations thanks to the role played by the ILO.

Key Words: Prevention, accidents, sea.

1. Introducción

Desde sus primeros años de andadura, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) ha mostrado un interés persistente en regular las condiciones laborales -y de vida- de la gente de mar. El trabajo en el mar ha presentado siempre unas particularidades muy marcadas respecto del resto de actividades humanas. Y es que el barco es el único lugar en donde trabajo, ocio y descanso se desarrollan en el mismo escenario¹; potenciándose lo anterior cuando el operario tiene que verse sometido durante los tres estadios de su rutina a factores de insalubridad y nocividad. Ello puede acabar generando cierta problemática psicosocial, dominada por la monotonía, la soledad, el deterioro psicológico y sus posteriores manifestaciones físicas, lo cual aumenta siempre las posibilidades de sufrir accidentes en todo colectivo². Pero, precisamente para este, se debe tener presente que si sucede un accidente o emerge una enfermedad profesional las posibilidades de asistencia son netamente inferiores que para cualquier ocupación en tierra.

No es por casualidad que la pesca se encuentre entre las actividades más peligrosas para los estudios de siniestralidad laboral, ni que la propia OIT le atribuya el 7% de las muertes por accidente de trabajo cuando sólo representa el 1% de la fuerza laboral mundial. Quizá por ello -entre algunos otros factores, como la importancia del transporte de mercancías por mar- la OIT se haya volcado en mejorar las condiciones de estos trabajadores con más de 70 instrumentos normativos a lo largo de su siglo de vida, pasando por el que aquí se comenta, y hasta desembocar en el Convenio de Trabajo Marítimo de 2006 (CTM 2006), que también se abordará someramente.

¹ Se trata de “un bien mueble que por definición navega por aguas pertenecientes a jurisdicciones de distintos Estados y, por lo tanto, sometidos a los lances de las condiciones medioambientales o de los agentes externos existentes”. D. NIELSEN, S. ROBERTS, *Fatalities among the world's merchant seafarers (1990-1994)*, en *Marine Policy*, 1999, n. 1, pp. 71-80. En el mismo sentido, y sobre la especificidad de los riesgos del trabajo en el mar, en M.A. BOUZA PREGO, X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Los daños derivados del trabajo a bordo de buques: el accidente de trabajo marítimo*, en *La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente de mar*, Gomylex, Bilbao, 2014.

² Los riesgos psicosociales tienen cada vez más presencia en el mundo laboral. Sus consecuencias pueden manifestarse en cuadros ansioso-depresivos, comportamientos psicóticos, alucinaciones, así como ir acompañados de un deterioro físico evidente. Entre sus patologías cabe destacar las migrañas, mareos, trastornos cardiovasculares o problemas digestivos. Todo ello puede derivar en falta de atención, fuerza, reacción deficiente frente a cualquier acontecimiento, merma en el equilibrio y, sobre todo, una acusada desmotivación, aumentándose considerablemente las posibilidades de que sucedan accidentes.

2. Aproximación histórica a la preocupación de la OIT por la gente de mar

En la Conferencia de Paz de 1919³, celebrada para debatir la Constitución de la OIT, se resolvió que las cuestiones atinentes a las condiciones de los trabajadores del mar serían tratadas en reuniones, específicamente constituidas a tal efecto, por parte de la Conferencia Internacional del Trabajo⁴. Para ello se constituyó la Comisión Paritaria Marítima en 1920, única comisión permanente que aún perdura en la OIT y que ha promovido un diálogo en materia muy meritorio a nivel internacional⁵. Esto a pesar de que las normas referentes al trabajo a bordo de buques requieren, para su aprobación, de condiciones más estrictas que las establecidas para el resto de convenios: además de la ratificación de cierto número de Estados, se necesita de un determinado nivel de tonelaje de sus marinas mercantes.

El criterio anterior ha evolucionado de manera expansiva en cuanto a sus exigencias⁶. Así, en un principio, para la entrada en vigor se requería lo mismo que para los demás instrumentos, esto es, la ratificación de dos Miembros, pero ya en 1936 se empezó a incrementar progresivamente el número de ratificaciones. Esto en atención a las propuestas de ciertos gobiernos, que venían demandando cambiar el régimen de ratificación en aras de garantizar la no afectación de la competencia marítima internacional. De manera que se reclamó la ratificación de cinco Miembros cuyas marinas mercantes representasen un tonelaje de al menos un millón de toneladas⁷. Y estos números se fueron elevando hasta derivar

³ Presidida por Samuel Gompers, presidente de la Federación Estadounidense del Trabajo, se reunió en París y luego en Versalles, entre enero y abril. Estuvo constituida por Bélgica, Cuba, Checoslovaquia, Francia, Italia, Japón, Polonia, Reino Unido y Estados Unidos.

⁴ N. VALTICOS, G. VON POTOBSKY, *International Labour Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1995, p. 228.

⁵ Hoy bajo el nombre de Grupo de Trabajo Tripartito de Alto Nivel sobre las Normas Relativas al Trabajo Marítimo. Como se sabe, la elaboración de normas en la OIT sigue un sistema de negociación tripartita compuesto por representantes de empresarios marítimos, trabajadores del mar y administraciones públicas. La adopción de instrumentos normativos exige el signo favorable de al menos dos tercios de los votos emitidos.

⁶ M.I. RIBES MORENO, *La labor de la Organización Internacional del Trabajo respecto a la marina mercante*, en *Revista de Relaciones Laborales*, 2018, n. 39, pp. 125-126.

⁷ Por ejemplo, para el Convenio 54 sobre vacaciones pagadas de la gente de mar, 1936.

en la exigencia establecida para el CTM 2006, que entró en vigor el 20 de agosto de 2013, con el trascurso de un año desde que fuera ratificado por 30 Estados cuyo tonelaje superara el 33% del arqueo bruto mundial.

Lo anteriormente expuesto no ha evitado que la OIT saque adelante 39 convenios y 32 recomendaciones sobre trabajo en el mar, buena parte de los cuales tratan sobre seguridad y salud laboral. Una enumeración analítica de todos ellos excedería de las limitaciones espaciales que han de imponerse en un trabajo de esta índole. El objeto, pues, de las siguientes páginas no es otro que el de comentar concretamente el Convenio 134 sobre prevención de accidentes, de 1970, así como abordar la influencia que han podido tener todos ellos en la construcción del conglomerado de obligaciones preventivas presentes hoy para velar por la integridad de este colectivo de trabajadores tan necesitado.

En efecto, se acometió un buen número de instrumentos normativos sobre seguridad e higiene en el trabajo. El primero fue la Recomendación 48 sobre las condiciones de estada de los puertos (1936), ya superada. También merecen mención el Convenio 73 sobre el examen médico de la gente de mar (1946) y las Recomendaciones 105, sobre botiquines a bordo, y 106, sobre consultas médicas en alta mar, ambas de 1958.

Ya en 1970, se aprobaron la Recomendación 141 sobre lucha contra ruidos y el convenio objeto de comentario, que actualmente se encuentra pendiente de revisión y fue seguido de la Recomendación 142, también sobre prevención de accidentes. Más recientemente, los Convenios 163 y 164, sobre bienestar de la gente de mar y sobre protección de la salud y asistencia médica respectivamente, fueron adoptados en 1987 y están vigentes.

En lo tocante a la inspección de las condiciones de trabajo en buques, en 1926 ya se reguló el tema con la Recomendación 28, que fue superada en 1996 por el Convenio 178 sobre inspección de trabajo de la gente de mar y su correspondiente Recomendación, la número 185.

En la línea de lo hasta aquí referido, y abordando además una amplitud de contenidos que pasa por horas de trabajo, vacaciones o indemnización por desempleo en casos de naufragio, el CTM 2006 entra en escena adoptando un papel refundidor, para adquirir la categoría de instrumento universal que establece las condiciones laborales mínimas a bordo de buques. Se está, pues, ante una herramienta especial que reemplaza a casi la totalidad de los instrumentos emitidos en materia por la OIT. Su ratificación conlleva para el Miembro ratificadorio la denuncia automática de cuantos convenios se hubiese incorporado, salvo previsión contraria.

3. Contenido del Convenio

El Convenio 134 sobre prevención de accidentes (gente de mar) fue adoptado el 30 de octubre de 1970. España lo ratificó el 30 de noviembre de 1971 y dejó de estar vigente el 4 de febrero de 2011 con la aparición del CTM 2006, mediante denuncia automática.

3.1. Ámbito de aplicación y definiciones

Inmediatamente después del preámbulo, el Convenio no especificaba cuál era su objeto pero sí definía dos conceptos fundamentales.

En efecto, el art. 1 indicaba en su primer punto que se considera “gente de mar” a todas las personas empleadas a bordo de un buque que no sea de guerra, tengan el cargo que tengan. El buque había de estar matriculado en un territorio en el que se hallara en vigor el Convenio, y dedicado habitualmente a la navegación marítima. Ante eventuales dudas, sobre la consideración o no de determinada categoría de personas como gente de mar, la cuestión sería resuelta por la autoridad competente de cada país⁸.

El tercer punto del mismo art. 1 definía el accidente de trabajo como “el sobrevenido a la gente de mar a causa o con ocasión de su empleo”. Lo cual recuerda inevitablemente a la fórmula empleada por el legislador español para dotar de flexibilidad al ámbito protector del mismo concepto en nuestro ordenamiento social.

3.2. Derechos y obligaciones

Se trataba de la sección fundamental del instrumento, que abarcaba los

⁸ En la misma línea, el CTM 2006 define como “gente de mar” o “marino” a toda persona empleada o contratada o que trabaje en cualquier puesto a bordo de un buque al que se aplique el presente Convenio”. Ello denota el propósito de la OIT por involucrar a todos los profesionales del mar posibles dentro del ámbito protector de sus instrumentos. Así, tan gente de mar sería un pescador modesto, como un oficial de la marina mercante o un cocinero de a bordo. Sobre la noción “gente de mar” puede leerse a O. FOTINOPOLOU BASURKO, *La noción híbrida de gente de mar en el CTM 2006 de la OIT y su plasmación en el ordenamiento español y francés*, en *Revista de Derecho del Transporte*, 2017, n. 17, pp. 125-141.

El CTM 2006 define además el concepto de “armador”, “buque” o “acuerdo de empleo de la gente de mar”. En cuanto a la controvertida figura del capitán, la cual se incluye también en la expresión comentada, puede leerse a M. ALBA FERNÁNDEZ, *Régimen jurídico-privado del capitán de buque*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

arts. 2 a 5 y establecía algunas obligaciones en materia para los Estados Miembros, los armadores y los trabajadores del mar.

El art. 2 establecía para las autoridades competentes de cada país el deber de “adoptar las medidas necesarias para que los accidentes de trabajo se notifiquen y estudien en forma apropiada”. Todos los siniestros debían notificarse, no limitándose ello a los mortales, así como registrarse en “número, naturaleza, causas y efectos”, indicándose claramente la parte del buque y el lugar en que acaecieron.

El art. 3 versaba sobre la obligación de emprender investigaciones sobre tendencias generales y riesgos eminentes revelados por las estadísticas, con miras a “disponer de una base sólida para la prevención de accidentes” causados por elementos propios del empleo marítimo.

La obligación de disponer de legislación y recomendaciones prácticas en materia de prevención de accidentes laborales en el mar venía en el art. 4, especificándose que las medidas de precaución habrían de comprender aspectos como “características estructurales del buque”, “máquinas”, “equipos de carga y descarga”, “prevención y extinción de incendios” o “equipos de protección personal”.

Por su parte, el art. 5 se limitaba a reforzar que los deberes anteriores eran de obligatorio cumplimiento, y que toda responsabilidad del armador respecto de proporcionar equipos de protección u otras medidas de precaución había de ir acompañada de las indicaciones pertinentes para su utilización por parte de la gente de mar.

3.3. Medios y métodos de aplicación y control

Esta parte del Convenio reunía las disposiciones de procedimiento relativas a su aplicación. Se trataba de disposiciones genéricas referidas a las medidas de implementación y control que debían tomar los Miembros ratificatorios.

A este propósito, el art. 6 hablaba de adoptar medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las disposiciones en materia, mediante la dotación de los medios necesarios a autoridades inspectoras “familiarizadas con el empleo marítimo y sus prácticas”.

El art. 7 establecía el deber de imponer el nombramiento de una persona o comité apropiado, escogido de “entre los miembros de la tripulación del buque”, siendo éstos “responsables de la prevención de accidentes bajo la autoridad del capitán del buque”.

Se programarían actividades destinadas a la prevención de siniestros laborales por parte de las autoridades competentes, en colaboración con

las organizaciones de armadores y la gente de mar (art. 8).

Se aplicarían además, conforme al art. 9 del convenio analizado, actuaciones formativas encaminadas a instruir en materia, vía formación profesional, a todas las categorías y clases de gente de mar, así como actuaciones informativas que garantizasen plenamente el conocimiento por estos colectivos de profesionales de todo lo referente a prevención de accidentes en el mar.

Por último, el art. 10 disponía que los Estados Miembros habrían de cooperar con el fin de “lograr la mayor uniformidad posible” entre sus sistemas de acción preventiva.

3.4. Disposiciones finales

En cuanto a las disposiciones finales, mayormente normalizadas, se trataban aspectos como:

- La comunicación de ratificaciones al Director General (art. 11).
- La vigencia de las mismas, que afectaría a los Miembros ratificatorios doce meses después (art. 12).
- La notificación, por parte del Director General, a todos los Miembros del registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia se produjeran.
- La comunicación de la misma información al Secretario General de las Naciones Unidas, por parte del Director General (art. 15).

O los efectos de las revisiones totales y parciales sobre los convenios ratificados.

3.5. Recomendación 142

La Recomendación de la OIT sobre la prevención de accidentes de la gente de mar, de 1970, vino a desarrollar el convenio analizado en estas páginas por medio de nueve puntos en los que primeramente se reproducía la definición de los conceptos “gente de mar” y “accidentes de trabajo”, para luego desplegar algunas orientaciones relativas al articulado del Convenio. El contenido de las Recomendaciones no tiene carácter vinculante pero sí genera la obligación de presentación de memorias, y bien puede emplearse como referencia por parte de los Miembros ratificatorios.

Su punto 3 versaba que las cuestiones que podrían investigarse, conforme al art. 3 del Convenio, serían “el medio en que se realiza el trabajo”, la

“frecuencia de accidentes según grupos de edad”, “problemas especiales de carácter fisiológico o psicológico creados por el ambiente a bordo”, o “problemas derivados de deficiencias humanas como negligencia”.

Su punto 5 aconsejaba, en lo tocante al aprovisionamiento de medidas de precaución y equipos de protección, tener en cuenta los arts. 7 a 11 del Convenio sobre la protección de maquinaria, de 1962, así como el contenido previsto en su Recomendación. Así, se disponía para el empleador marítimo la prohibición de utilizar máquinas desprovistas de los dispositivos de protección pertinentes, y la obligación del trabajador de no inutilizar dichos dispositivos.

El punto 7 de la Recomendación trataba de los programas de enseñanza establecidos en el art. 9 del Convenio, recomendando su revisión periódica para actualizarse conforme a la evolución de la técnica, las modificaciones de las instalaciones en el buque o los cambios en la organización de la tripulación.

En la misma faceta, iba un paso más allá el punto 8 al disponer la conveniencia de que la divulgación de las medidas preventivas se organizara de manera permanente. Hablaba de que esa divulgación podría revestir la forma de películas educativas, documentales de metraje corto, carteles de seguridad a bordo o artículos de revistas en materia destinados a instruir a la gente de mar.

Por último, el punto 9 recomendaba una cooperación internacional con miras a una acción continua para la prevención de los accidentes de trabajo, sugiriendo alguna de las formas en que se podría articular.

4. Repercusión y presencia en nuestra normativa preventiva actual

En el lapso de tiempo que va desde la aparición del convenio analizado y el CTM 2006, han sido numerosas las normas que han regulado en España la seguridad laboral del trabajo marítimo⁹. De entre toda esta actividad legisladora, cabe destacar el Programa de Sanidad Marítima, que

⁹ Sin ánimo de exhaustividad: RD 2596/1974, de 9 de agosto, sobre títulos profesionales de marina mercante y de pesca; OM de 4 de diciembre de 1980, sobre botiquines que han de ir provistos los buques; RD 1414/1981, de 3 de julio, por el que se reestructura el Instituto Social de la Marina, que regula la asistencia sanitaria de los trabajadores del mar a bordo y en el extranjero; Orden de 14 de abril de 1988, por la que se establece la Comisión para la investigación de los siniestros marítimos; o RD 768/1999, de 7 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento para el control del cumplimiento de la normativa internacional sobre seguridad marítima, prevención de la contaminación y condiciones de vida y trabajo en los buques extranjeros que utilicen puertos o instalaciones en aguas españolas.

primeramente se llamó Servicio de Medicina Marítima y fue articulado por el RD 2358/1982, sobre reestructuración de los órganos del Instituto Social de la Marina. Sus acciones preventivas ya incluían reconocimientos médicos previos al embarque, con el propósito de comprobar el estado físico del trabajador y detectar posibles procesos patológicos de manera precoz, así como programas de educación sanitaria para formar a los profesionales del mar que hubieran de encargarse de atender a los enfermados y accidentados a bordo. En ellos se hacía especial hincapié sobre la metodología para la consulta radiomédica, la recogida de síntomas y la comunicación con el Centro Radio-Médico instituido para estos menesteres¹⁰. Además, se impulsaban otras actividades como campañas para la prevención de enfermedades de transmisión sexual, de la sordera profesional o del alcoholismo.

Va más allá el CTM 2006 en su labor refundidora, al articularse en una estructura bastante novedosa que aborda: requisitos mínimos para trabajar a bordo de buques (título 1); condiciones de empleo (título 2); alojamiento, instalaciones de esparcimiento, alimentación y servicio de fonda (título 3); protección de la salud, atención médica, bienestar y protección social (título 4); y cumplimiento y control (título 5).

La mayoría de los convenios OIT sobre gente de mar, ratificados por España y anteriores a 1996, han sido sustituidos por el CTM 2006, que ha dado en llamarse “cuarto pilar” en el ámbito de la regulación marítima internacional¹¹. Ello, por sumarse a los tres convenios principales de la Organización Marítima Internacional: el Convenio para la vida humana en el mar (SOLAS, 1974), el Convenio sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente del mar (1978) y el Convenio para prevenir la contaminación por los buques (MARPOL, 1973).

Pese a que un estudio pormenorizado sería sumamente interesante, no procede ahondar en exceso en el contenido del CTM 2006. Baste dejar esbozado el esquema anterior y referir que su título 4 regula lo tocante a la seguridad y salud de los trabajadores del mar. Su contenido enfatiza en la formación e información que deben recibir en la materia, así como en que los Miembros ratificatorios deben señalar unas orientaciones que sirvan

¹⁰ Situado en Madrid, es un medio del Instituto Social de la Marina para “la asistencia sanitaria de los trabajadores del mar a bordo y en el extranjero”, atendido por personal médico gratuitamente, durante las 24 horas de todos los días del año. La atención se presta vía telefónica y por radio marítima, con independencia de la nacionalidad del buque y del lugar de navegación, para asesorar a la tripulación encargada a bordo sobre cuestiones médicas y de evacuación.

¹¹ Véase a P. CHAUMETTE, *El Convenio de trabajo marítimo: Cuarto pilar de derecho internacional marítimo*, en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, n. 82, pp. 65-76.

para la gestión de estos peligros¹². Establece que recae sobre los armadores la responsabilidad de acarrear con los gastos generados “por enfermedades o accidentes de la gente de mar empleada en sus buques ocurridos entre la fecha en que se considere que la gente de mar ha sido debidamente repatriada o que se deriven del empleo que desempeñaron entre esas fechas”¹³. Lo cual se ha de considerar un instrumento que refuerza el celo preventivo de los empresarios navieros. También detalla los aspectos que deben abordar las legislaciones internas para lograr los objetivos marcados, sobre todo en cuanto a sistemas de inspección, investigación y notificación de accidentes y enfermedades profesionales¹⁴. De otra parte, uno de los aspectos fundamentales -e innovador, por cierto- de su título 5 es el sistema de certificación o *labelling* sobre las condiciones de la marina mercante, cuyo control es universal, es decir, independientemente de si se ha ratificado o no el CTM 2006 por el país correspondiente, en atención al principio de trato no más favorable¹⁵. Este sistema atribuye la competencia al Estado de pabellón para certificar que los buques registrados en ese país cumplen con los aspectos sociales incluidos en el referido instrumento. Conforme a esto, el Estado en cuestión expedirá -o no- un “certificado de trabajo marítimo” y una “declaración de conformidad laboral” que vienen a confirmar el cumplimiento de las disposiciones del CTM 2006 en cuanto a condiciones laborales y de vida en el buque, y que las medidas aplicadas por el

¹² A este punto, el CTM 2006 actualiza lo dispuesto por el convenio objeto de comentario y su Recomendación 142, con el propósito de desplegar un abanico de factores humanos que inciden sobre la seguridad y salud laboral.

¹³ Véase la Norma A4.2 del CTM 2006. Esta responsabilidad se concreta en:

- A. “Sufragar los gastos de atención médica, incluido el tratamiento médico, los medicamentos necesarios y aparatos terapéuticos, así como el alojamiento y alimentación fuera del hogar hasta la recuperación de la gente de mar enferma o herida, o hasta que se compruebe el carácter permanente de la enfermedad o discapacidad”.
- B. “Constituir una garantía financiera para asegurar el pago de una indemnización en caso de muerte o discapacidad prolongada de la gente de mar como resultado de un accidente de trabajo, una enfermedad o un riesgo profesionales”.
- C. Afrontar “los gastos del sepelio en caso de muerte a bordo o en tierra durante el período de contratación”.
- D. Cubrir también la falta de ingresos provocada, abonando el salario correspondiente “cuando la enfermedad o la lesión causen una incapacidad”.

¹⁴ Sobre el tema, puede leerse a M.A. BURGOS GINER, *La política de prevención frente a los riesgos a bordo de los buques, Organismos nacionales e internacionales competentes*, en O. FOTINOPPOULOU BASURKO (coord.), *La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente de mar*, Gomylex, Bilbao, 2014.

¹⁵ Puede verse, como antecedente, el art. 4 del Convenio 147 sobre la marina mercante, de 1976.

empresario para garantizarlas son satisfactorias.

Además, se habilita a los Estados del puerto a inspeccionar buques registrados en otros pabellones por medio de dos vías. De un lado, podrían iniciar una inspección de oficio, porque se duda de la aplicación de la normativa social correspondiente o porque se haya recibido queja por parte de algún marino, organización profesional, asociación, sindicato o cualquier persona a quien concierne la seguridad del buque así como la de los trabajadores a bordo. Ello daría lugar a una inspección detallada que, en el peor de los casos, derivaría en la inmovilización del buque en el puerto¹⁶. De otro lado, podrían acometer procedimiento de inspección a instancia de parte, por haberse elevado una queja en tierra formulada por algún tripulante ante el funcionario establecido a este respecto. Así las cosas, el Estado del pabellón pasa de tener jurisdicción exclusiva sobre las cuestiones sociales atinentes al trabajo en buques a ostentar otra modalidad de jurisdicción compartida.

Ratificado el CTM 2006 por España, el legislador ha tratado de conformar una normativa interna que fuese completa, y de la cual se quiere comentar ligeramente la Ley 14/2014 de Navegación Marítima, la Ley 47/2015 reguladora de la protección social de los trabajadores del sector marítimo-pesquero, el RD 357/2015 sobre cumplimiento y control del CTM 2006, y el RD 1216/1997 por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca.

La Ley de Navegación Marítima pretende hacer de norma integral del Derecho marítimo español. Sus más de 500 arts. la convierten en una de las leyes más amplias de los últimos tiempos. En lo atinente a la prevención de siniestros habla, entre otras cosas, de dotación mínima para que se realicen los trabajos en términos de seguridad (art. 162). Aspecto este inesquivable para que los trabajadores desempeñen sus funciones sin que aparezca la fatiga, que también aumenta el riesgo de accidentes.

La Ley 47/2015 dedica su art. 36 a remitir al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social para todo lo referente a conculcaciones de la normativa marítima. En su art. 39 trata aspectos de sanidad marítima como reconocimientos médicos e inspecciones sanitarias, lo cual redunda en la prevención de accidentes, habida cuenta de la estrecha relación que puede existir entre el estado de salud del personal y la siniestralidad laboral¹⁷.

¹⁶ Para un conocimiento más profundo, puede acudirse a OIT, *Pautas para los funcionarios encargados del control por el Estado del puerto que realizan inspecciones en virtud del Convenio sobre el trabajo marítimo*, 2006, Ginebra, 2009.

¹⁷ Sobre el tema, X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *El derecho a la atención médica y a la protección de Seguridad Social y las responsabilidades exigibles al armador por enfermedad, lesiones y muerte por*

Por su parte, el RD 357/2015 tiene por objeto “determinar la estructura del procedimiento coordinado de inspección y control de los requisitos que han de cumplir los buques civiles españoles” a los que sea de aplicación el CTM 2006¹⁸. Su art. 3 dispone que la Inspección de Trabajo, el Instituto Social de la Marina y la Dirección General de la Marina Mercante “garantizarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, el establecimiento de los mecanismos adecuados de control, para asegurar que las condiciones de trabajo y de vida de la gente de mar, en los buques de pabellón español, cumplan con los requisitos pertinentes del CTM 2006. El art. 4 clarifica el reparto de competencias entre las tres instituciones mencionadas, otorgando a la Dirección General de la Marina Mercante -dependiente del Ministerio de Fomento- su centralización inspectora¹⁹. Su art. 5 establece los dos supuestos en los que se pueden realizar “actuaciones inspectoras conjuntas”: buques de bandera española que no necesiten certificado de trabajo marítimo por sus características, y buques de menos de 200 toneladas de arqueo bruto que no realicen travesías internacionales. Y el art. 8 detalla los procedimientos a seguir cuando un trabajador del mar, en nuestro país, considere vulnerado algún derecho de los contenidos en el CTM 2006. Dicho precepto se bifurca en dos apartados, según la queja se presente a bordo o en tierra.

Tampoco puede dejar de referirse el RD 1216/1997, que establece en su art. 2.6 que la deuda de seguridad, en este ámbito, recae sobre el “armador”²⁰, sin perjuicio de que, en el concreto ámbito de cada buque, se asignen al capitán una serie de atribuciones a bordo en tanto máximo representante de aquél durante la navegación²¹. De manera que, la protección eficaz de la gente de mar la debe garantizar siempre el empresario frente a los riesgos derivados del trabajo, y hacer cuanto esté

causas laborales de la gente de mar en el Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2009, n. 82, pp. 383-393.

¹⁸ En la exposición de motivos de la norma.

¹⁹ A la Inspección de Trabajo le corresponde controlar el cumplimiento de los aspectos relativos a: edad mínima; acuerdos de empleo de la gente del mar; utilización de todo servicio privado de contratación y de colocación autorizado, certificado o reglamentado; horas de trabajo y descanso; alojamiento y servicios de esparcimiento; salud y seguridad y prevención de accidentes; pago de salarios.

²⁰ “El propietario registrado en un buque, excepto cuando el buque sea fletado con cesión de la gestión náutica o sea gestionado, total o parcialmente, por una persona física o jurídica distinta del propietario registrado en virtud de un acuerdo de gestión; en este caso, se considerará que el armador es, según corresponda, el fletador a quien se ha cedido la gestión náutica del buque o la persona física o jurídica que efectúa la gestión del buque”.

²¹ También lo recoge la Recomendación técnica de la OIT sobre *Prevención de accidentes a bordo de buques en el mar y en los puertos*, de 1994.

en su mano para que el capitán se encuentre en disposición de observar adecuadamente todas las obligaciones que se le imponen en materia. Verificado un incumplimiento del armador, para dilucidar si también el capitán incurrió en algún ilícito que conlleve responsabilidad jurídica se habrá de precisar si su actuación, en cada caso concreto, y considerando la del empresario, fue acorde a sus atribuciones preventivas o infringió alguna de sus obligaciones para con el buque que lidera. A este respecto, pues, resulta aplicable lo establecido en el art. 29 Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) sobre las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales. A pesar de ser esta una norma circunscrita a la seguridad y salud laboral en buques de pesca, resultaría apropiado realizar una interpretación extensiva y analógica que abarque al resto de actividades profesionales desempeñadas en barcos, exceptuando las excluidas expresamente por el art. 3.2 LPRL.

Más allá de las normas españolas recién abordadas, no sobra referir la existencia de algunos reales decretos aparecidos con posterioridad al CTM 2006:

- Real Decreto 1519/2007, por el que se establecen los conocimientos y requisitos mínimos para ejercer la actividad profesional de marinero en buques de pesca. Modificado por Real Decreto 884/2011.
- Real Decreto 1696/2007, sobre reconocimientos médicos de embarque marítimo.
- Real Decreto 973/2009, por el que se regulan las titulaciones profesionales de la marina mercante.
- Real Decreto 1737/2010, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles.
- Real Decreto Legislativo 2/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.
- Real Decreto 800/2011, por el que se regula la investigación de los accidentes e incidentes marítimos.
- Y Real Decreto 504/2011, de estructura orgánica y funciones del Instituto Social de la Marina, que en los apartados e), f), g) y h) de su art. 3.1 atribuye a dicho organismo competencia en materia de seguridad y salud de los trabajadores del mar.

El trabajo en el mar sigue siendo una fuente amplia de riesgos, en la que precisamente el propio entorno es el factor diferencial: el clima, las condiciones de vida, el hecho de tratarse de un centro de trabajo móvil en el que hay que mantener constantemente el equilibrio, las ausencias prolongadas, etc. Siendo el escenario el que es, parece acertado que a nivel internacional se exija que todo trabajador del mar tenga formación y

adiestramiento práctico en prevención y lucha contra incendios; pues, si bien los incendios y las explosiones no tienen una incidencia considerable, sobra decir que la gravedad de sus consecuencias sería máxima. Pero al término del siglo XX, el principal riesgo para el colectivo eran las caídas: más de la cuarta parte de los accidentes con baja en el sector del transporte marítimo español se producían en forma de caídas al mismo y a distinto nivel²²; un tercio del total si se circunscribe la estadística a siniestros graves²³. De ahí que se centraran esfuerzos en concienciar y actuar sobre superficies resbaladizas -interiores y exteriores-, escaleras, accesos, andamios y guindolas, orden y limpieza, o factores como la iluminación y la señalización.

España ha venido ratificando cuantos instrumentos normativos han emanado de la OIT en materia de trabajo marítimo, así como incorporando a su ordenamiento interno las regulaciones acometidas en el plano europeo. Pero lo cierto es que no hay ninguna norma preventiva que entre al detalle en cómo, y con qué medidas, abordar los peligros concretos existentes en este escenario tan particular²⁴. Lo que se ha hecho es más bien una “traducción” de las previsiones válidas para la generalidad de las empresas al trabajo en el mar²⁵. Se trata de una extrapolación de las obligaciones establecidas en la LPRL a la especificidad de este sector²⁶, que puede considerarse mayormente acertada y que se podría sintetizar en lo expuesto a continuación.

Como se sabe, el empresario debe integrar en su actividad la prevención

²² El RD 2177/2004, por el que se modifica el RD 1215/1997, conceptúa la caída a distinto nivel como aquella superior a 2 metros. En este sector pueden producirse tanto desde altura (andamios, máquinas, cubiertas, escaleras, etc.) como a profundidades (espacios cerrados, bodegas, etc.). Se ven incrementados por los movimientos del buque, y normalmente acarrean lesiones graves.

²³ Más recientemente, acudiendo a los datos arrojados por el Centro Radio-Médico en un estudio realizado entre los años 2000-2012 sobre una muestra de 260 buques, la cifra se sitúa en un 24'2% de caídas sobre el total de accidentes. En otro orden, el 43'6% de los accidentes registrados acaecieron en cubierta. Un 57'6% de las llamadas atendidas requirieron evacuación.

²⁴ Véase INSHT, *Informe y propuestas para la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al sector marítimo*, 1998 (consultable en la web del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo).

Al hilo de ello, puede resultar de utilidad OIT, *Prevención de accidentes a bordo de los buques en el mar y en los puertos. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*, 1996, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

²⁵ M. CARDENAL CARRO, *Seguridad y causalidad de los accidentes en el sector pesquero*, en G. Rodríguez Iniesta (coord.), *Mar, trabajo y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2002, p. 60.

²⁶ En tanto no ha sido objeto de exclusión por su art. 3, con lo que resulta enteramente aplicable.

de riesgos laborales en una de las modalidades siguientes:

1. Asumiéndola personalmente.
2. Designando a uno o varios trabajadores para llevarla a cabo.
3. Constituyendo un servicio de prevención propio.
4. Recurriendo a un servicio de prevención ajeno.

E incomprensiblemente, el sector marítimo no está incluido en el Anexo I RD 39/1997²⁷ -que enumera las actividades consideradas peligrosas- pese a presentar unas cifras de siniestralidad muy superiores al promedio e incluso a algunas industrias sí recogidas como la construcción. Su incorporación en el referido anexo, eliminaría a los armadores la opción 1, limitaría la opción 2 a 250 trabajadores y convertiría en obligatoria la opción 3 a empresas de más de 250 trabajadores.

En cuanto a la implantación a bordo de determinadas figuras preventivas, cabe decir que la presencia de recursos preventivos es imprescindible, en la medida en que el trabajo en buques implica operaciones en altura, en espacios confinados o en caliente. Toda embarcación en la que se presten servicios habría de contar con al menos un recurso preventivo, siendo recomendables dos, habida cuenta del sistema rotativo y la posibilidad de bajas inesperadas. También debería existir un Comité de Seguridad y Salud, siendo recomendable contar con un Comité Central en tierra cuando fuera menester. Y en cuanto a la obligación *in vigilando* del empresario, viene a personificarse en la figura del capitán.

Naturalmente, la gente de mar tiene derecho a una protección eficaz de su seguridad y salud laboral, lo cual implica un correlativo deber del armador de acometer cuantas medidas de precaución sean necesarias para eliminar o -en caso de no ser posible- minimizar las probabilidades o consecuencias lesivas que pudiera entrañar un potencial daño. Los trabajadores marítimos tienen también derecho a efectuar propuestas en materia al empresario, o a los órganos de representación previstos en el título V de la LPRL, dirigidas a la mejora de las condiciones de seguridad. Igualmente tienen derecho a formación e información, a interrumpir su trabajo por considerar que existe un riesgo grave e inminente, a la vigilancia periódica de su estado de salud, o a reclamar ante la Dirección Provincial correspondiente del Instituto Social de la Marina lo que considere una calificación inadecuada de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

En cuanto a los equipos de protección individual, el armador debe proporcionarlos a sus trabajadores en los términos que establece la normativa preventiva, esto es, eligiendo los adecuados, informando sobre

²⁷ Por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

su uso correcto, distribuyéndolos sin que su coste repercuta en el trabajador y velando por su uso. Concretamente deberá proporcionar ropas de alta visibilidad para agua, en colores brillantes, que la gente de mar llevará puesta para todo trabajo que se desarrolle en cubierta; guantes para maniobras de pesca que sean flexibles, resistentes a riesgos mecánicos y de fácil conservación; botas de agua con puntera reforzada y suela antideslizante; casco de seguridad; y chaleco salvavidas inflable para trabajos en cubierta. De la misma manera, se deberán entregar cuando proceda otros equipos de protección como gafas de seguridad, protectores auditivos, manguitos, arneses anticaída o los elementos establecidos para trabajos de soldadura.

Antes de embarcar en un buque con motivos de trabajo es obligatorio realizar un reconocimiento médico y ser calificado como “apto para navegar”. Estos reconocimientos son gratuitos y los realiza el Servicio de Sanidad Marítima. Con carácter general tienen una vigencia de dos años, salvo que se trate de trabajadores menores de 21 años o mayores de 50, o así lo disponga el médico actuante.

Por último, queda referir la existencia -pues no se han podido abordar por motivos espaciales- de ciertas actuaciones especiales frente a urgencias, tales como protocolos para la llamada de emergencia, la maniobra “hombre al agua”, el abandono del barco mediante balsas de salvamento por hundimiento o colisión, o instrucciones para el uso de equipos salvavidas o bengalas.

5. Conclusiones

El novedoso sistema de control que establece el CTM 2006 -mediante la inspección y la concesión de certificaciones señaladas a grandes rasgos en el apartado 3 del presente comentario- supone una ampliación notable de los medios de verificación sobre el cumplimiento de las materias sociales contenidas en dicho instrumento internacional. Se está, pues, ante un avance normativo enorme, máxime si se considera que las obligaciones a controlar no se limitan a los aspectos centrales de la seguridad marítima sino que se extienden a cualquier condición de trabajo que pueda repercutir negativamente en la salud y el bienestar de este colectivo.

España fue el primer Estado Miembro en ratificar el CTM 2006, a principios del año 2010. Una premura que contrasta con las escasas intervenciones del legislador nacional²⁸, y deja una situación normativa que

²⁸ Más allá de las normas aquí referidas, el RD 572/2013, de 26 de julio, por el que se

la Ley de Navegación Marítima de 2014 tampoco ha corregido.

La LPRL puede extrapolarse al escenario tratado en estas páginas, aunque no es una norma pensada para el trabajo a bordo de buques y presenta un par de agujeros a este respecto. Primeramente, hay algunos aspectos en los que se debe recurrir al CTM 2006 porque no son tratados en aquella, como por ejemplo la constitución de un Comité de Seguridad y Salud a bordo²⁹. Igualmente, sería bueno que se regulase con decisión la cuestión de los riesgos psicosociales, que si ya desde hace más de una década son la principal fuente de dolencias en el plano laboral³⁰, su capacidad de hacer daño se acentúa en las condiciones de aislamiento y monotonía que presenta el trabajo en el mar. Es tónica general que los estudios en materia -así como la atención normativa- se hayan centrado en la seguridad laboral, abordándose cuestiones técnicas como el diseño de la maquinaria, construcción, innovaciones técnicas, mantenimiento o equipos del buque. Lo cual da la espalda a la realidad que arrojan las investigaciones sobre siniestralidad en el mar de los últimos 30 años: el factor humano es causa, concausa, o está presente en los accidentes de trabajo marítimos. Así las cosas, la planificación eficiente de las condiciones laborales y de vida de la gente de mar se perfila como una cuestión innegociable, si lo que se pretende es verdaderamente proteger a este colectivo de cuantos riesgos amenazan su integridad. Acometerla se traduciría en una disminución de este tipo de dolencias y, por extensión, de la siniestralidad laboral, dada la estrecha relación que suele haber entre el deterioro psicológico, el físico, y la producción de accidentes. El aumento del número de tripulantes, y su

modifica el RD 452/2010, de 5 de marzo, sobre la estructura orgánica del Ministerio de Fomento, y el RD 1004/2014, de 5 de diciembre, por el que se modifica el RD 1737/2010, de 23 de diciembre, que aprueba el Reglamento sobre inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles.

²⁹ M. MIÑARRO YANINI, *Acerca de las disposiciones sobre niveles de dotación y protección de la seguridad y salud a bordo de buques contenidas en el Convenio de la OIT sobre el trabajo marítimo, 2006*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2009, n. 82, p. 352.

³⁰ Ya en 2007, la VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo reflejaba que el 34'35% de los accidentes laborales se debía a los riesgos psicosociales.

Por su parte, la encuesta realizada cada cinco años por la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo coloca en segundo lugar los problemas relacionados con el estrés laboral, sólo superados por los trastornos músculo-esqueléticos, si bien estos están a su vez influidos por factores de corte psicosocial.

En cuanto a las actividades marítimas, en torno al 80% de los accidentes se deben en parte al error humano. Véase M. BARNETT, *Searching for the root causes of maritime casualties, individual competence or organizational culture*, en *WMU Journal of maritime Affairs*, 2005, n. 4, pp. 131-145; o F.X. MARTÍNEZ DE OSÉS, N. VENTIKOS, *A critical assessment of human element regarding maritime safety: issues of planning, policy and practice*, en *Revista del Instituto de la Navegación de España*, 2003, n. 17, pp. 68-80.

consiguiente disminución de carga de trabajo, podría suavizar esta problemática.

En cuanto a lo sí regulado, quizá debiera haberse confiado la coordinación general de las labores de inspección y control establecidas en el RD 357/2015 a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social -considerando su especialización y el hecho de que para la elaboración del título V del CTM 2006 se partiera del Convenio 178 sobre la inspección de trabajo (gente de mar), de 1996- pero no se puede decir que la opción tomada sea mala.

Desde aquí se quiere abogar por la inclusión del sector marítimo-pesquero en el Anexo I RD 39/1997. Ello eliminaría a los armadores la posibilidad de asumir personalmente la prevención de riesgos laborales en sus embarcaciones. Opción esta que, a todas luces, resulta inadecuada en tanto en cuanto requiere que el empleador esté presente de forma habitual en el centro de trabajo cuando, en su forma más simple, una empresa naviera va a constar como mínimo de dos centros: una oficina en tierra y un buque. Al margen de esto, parece ilógico no recoger el trabajo a bordo de buques como actividad peligrosa, toda vez que la propia OIT considera a la pesca una de las industrias más peligrosas del mundo laboral.

Parece que la ratificación del CTM 2006 fue bastante atropellada, y que se realizó sin disponer cuáles habían de ser los pasos a seguir *a posteriori* para implementar sus contenidos en nuestro sistema de fuentes y en nuestra realidad práctica³¹.

Con todo, desde aquí se prefiere cerrar con la lectura menos negativa de que el desbarajuste se queda en el plano formal, y los trabajadores del mar -en España y en términos globales- han experimentado una mejora paulatina de sus condiciones laborales, en general, y en materia de prevención de accidentes en particular. Ello por el indiscutible tesón que ha demostrado la OIT, que lejos de acomodarse en la concepción arcaica y fatalista de que al mar hay que pagarle un tributo se rebeló contra ella desde sus inicios, sacando adelante una cascada de instrumentos normativos que han venido a dignificar la vida de la gente de mar.

6. Bibliografía

ALBA FERNÁNDEZ M., *Régimen jurídico-privado del capitán de buque*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

³¹ De la misma opinión O. FOTINOPOLOU BASURKO, *El control y certificación del cumplimiento del Convenio de Trabajo Marítimo, 2006 de la OIT: aspectos críticos del RD 357/2015*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2016, n. 42, p. 231.

BARNETT M., *Searching for the root causes of maritime casualties, individual competence or organizational culture*, en WMU Journal of maritime Affairs, 2005, n. 4

BOUZA PREGO M.A., CARRIL VÁZQUEZ X.M., *Los daños derivados del trabajo a bordo de buques: el accidente de trabajo marítimo*, en *La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente de mar*, Gomylex, Bilbao, 2014

BURGOS GINER M.A., *La política de prevención frente a los riesgos a bordo de los buques, Organismos nacionales e internacionales competentes*, en O. FOTINOPPOULOU BASURKO (coord.), *La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente de mar*, Gomylex, Bilbao, 2014

CARDENAL CARRO M., *Seguridad y causalidad de los accidentes en el sector pesquero*, en G. RODRÍGUEZ INIESTA (coord.), *Mar, trabajo y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2002

CARRIL VÁZQUEZ X.M., *El derecho a la atención médica y a la protección de Seguridad Social y las responsabilidades exigibles al armador por enfermedad, lesiones y muerte por causas laborales de la gente de mar en el Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006*, en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, n. 82

CHAUMETTE P., *El Convenio de trabajo marítimo: Cuarto pilar de derecho internacional marítimo*, en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, n. 82

FOTINOPPOULOU BASURKO O., *La noción híbrida de gente de mar en el CTM 2006 de la OIT y su plasmación en el ordenamiento español y francés*, en Revista de Derecho del Transporte, 2017, n. 17

FOTINOPPOULOU BASURKO O., *El control y certificación del cumplimiento del Convenio de Trabajo Marítimo, 2006 de la OIT: aspectos críticos del RD 357/2015*, en Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2016, n. 42

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, *Informe y propuestas para la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al sector marítimo*, 1998

MARTÍNEZ DE OSÉS F.X., VENTIKOS N., *A critical assessment of human element regarding maritime safety: issues of planning, policy and practice*, en Revista del Instituto de la Navegación de España, 2003, n. 17

MIÑARRO YANINI M., *Acerca de las disposiciones sobre niveles de dotación y protección de la seguridad y salud a bordo de buques contenidas en el Convenio de la OIT sobre el trabajo marítimo, 2006*, en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, n. 82.

NIELSEN D., ROBERTS S., *Fatalities among the world's merchant seafarers (1990-1994)*, en *Marine Policy*, 1999, n. 1

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Prevención de accidentes a bordo de los buques en el mar y en los puertos. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*, 1996, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Pautas para los funcionarios encargados del control por el Estado del puerto que realizan inspecciones en virtud del Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006*, Ginebra, 2009

RIBES MORENO M.I., *La labor de la Organización Internacional del Trabajo respecto a la marina mercante*, en Revista de Relaciones Laborales, 2018, n. 39

VALTICOS N., VON POTOBSKY G., *International Labour Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1995

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre el trabajo portuario 1973 (núm. 137)*

Patrocinio RODRÍGUEZ RAMOS**

RESUMEN: La histórica preocupación de la OIT por el trabajo portuario se tradujo, en el año 1973, en la adopción de un Convenio, el n.º 137, específico en la materia. El texto en cuestión, precedido de un intenso debate acerca de la naturaleza que debía darse al instrumento internacional (ya convenio, ya recomendación), centró su contenido en la creación de un registro para todas las categorías de trabajadores portuarios como instrumento para alcanzar el objetivo de asegurarles una estabilidad en el empleo y/o ingresos mínimos garantizados. La escasa ratificación del Convenio, la existencia de una denuncia, así como los problemas que la puesta en práctica de algunas de sus prescripciones han suscitado – especialmente en relación con los principios y libertades fundamentales de la Unión Europea – hacen que surjan importantes dudas acerca de la pertinencia – y vigencia – actual de un instrumento nacido en un contexto económico y social donde el trabajo de manipulación de mercancías en los puertos presentaba una fisonomía muy distinta a la que muestra en la economía digitalizada y globalizada de hoy en día.

Palabras clave: Trabajador portuario, registro, prioridad de acceso al empleo, estabilidad en el empleo, ingresos mínimos.

SUMARIO: 1. La preocupación de la OIT por el trabajo portuario. 2. El estatuto jurídico del Convenio n.º 137 y su nivel de ratificación. 3. Qué exige y qué no exige el Convenio n.º 137: su contenido. 3.1. Objetivos y fines. 3.2. Ámbito de aplicación; concepto de trabajador y trabajo portuarios. 3.3. El registro de estibadores. 3.4. Otras previsiones. 3.5. Implementación del Convenio. 4. Relación del Convenio con otros instrumentos. 5. El Convenio n.º 137 y la política de la UE. 6. A modo de reflexión conclusiva. 7. Bibliografía.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación *Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía*, DER2017-83488-C4-1-R, del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla.

Dock Work Convention 1973 (No. 137)

ABSTRACT: The historical concern of the ILO for dock work was translated, in 1973, in the adoption of a Convention, the No. 137, specific in the matter. The text, preceded by an intense debate about the nature that should be given to the international instrument (convention or recommendation), focused its content on the creation of a register for all categories of dockworkers as an instrument to achieve the objective to assure them a regular job and/or guaranteed minimum income. The low ratification of the Convention, the existence of a complaint, as well as the problems that the implementation of some of its prescriptions have raised – especially in relation to the essential principles and freedoms of the European Union – raise important doubts about of the relevance – and validity – of an instrument born in an economic and social context where the methods of cargo handling in docks presented a very different physiognomy to that shown in today's digitalized and globalized.

Key Words: Dockworkers, register, priority of engagement, stability in employment, minimum income.

1. La preocupación de la OIT por el trabajo portuario

Los trabajadores portuarios han ocupado siempre un lugar importante en la actividad de la OIT¹. Ya en el año 1929 la Conferencia Internacional del Trabajo (en adelante, CIT) examinó los problemas del trabajo en los puertos, aprobando diversos instrumentos², entre ellos, el Convenio 27 sobre la indicación del peso en los fardos transportados por barco³, 1929 (núm. 27); y en 1932, se prestó especial atención a la protección y prevención de los accidentes de los trabajadores ocupados en la carga y descarga de los buques⁴. Con posterioridad, la Comisión de Transportes Internos discutió cuestiones relativas al trabajo portuario en diversas reuniones celebradas en los años 1949 (regularización del empleo), 1954 (bienestar de los trabajadores) y 1957 (métodos de organización del trabajo en los puertos y mejora del rendimiento), llegando a la conclusión de que todos los temas estaban estrechamente relacionados por lo que se hacía preciso examinarlos globalmente. En el año 1969, en una reunión tripartita sobre el trabajo portuario celebrada en Rotterdam se recomendó incluir en el orden del día de una reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) el problema de las repercusiones sociales de los nuevos métodos de manipulación de las cargas en los puertos, de la formación

¹ Cfr. OIT, *Actas*, Conferencia Internacional del Trabajo, 57^a Reunión, 1972, pp. 589 ss., y OIT, *Actas*, Conferencia Internacional del Trabajo, 58^a Reunión, 1973, pp. 289 ss.

² Convenio n. 28 de 1929, sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes, retirado por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 106^a reunión, 2017; Recomendación n. 33 de 1929, sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (reciprocidad), retirada por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 92^a Reunión, 2004; Recomendación n. 34 de 1929, sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (consulta a las organizaciones), retirada por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 92^a Reunión, 2004.

³ Convenio relativo a la indicación del peso en los grandes fardos transportados por barco, adoptado en la 12^a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 1929, y pendiente de revisión.

⁴ En la 16^a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 1932, se aprobó el Convenio n. 32 sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (revisado), que entró en vigor el 30 de octubre de 1934 y cuyo estatus en la actualidad es el de instrumento que ha sido superado. En la misma Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo se adoptó la Recomendación n. 40 sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (reciprocidad), también hoy con el estatus de instrumento que ha sido superado. Un análisis de los convenios específicos sobre el trabajo portuario y su efectividad en el ordenamiento español en J. GÁRATE CASTRO, *Elementos para una valoración del grado de efectividad de las disposiciones de los convenios específicos sobre el trabajo portuario adoptados por la OIT y ratificados y no denunciados por España*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, n.112, pp. 51 ss.

profesional y del bienestar y la seguridad de los trabajadores portuarios. El Consejo de Administración aceptó la recomendación e incluyó en el orden del día de la quincuagésima séptima reunión de la CIT de 1972 el examen de la referida cuestión. Los trabajos previos de la Oficina proponían la elaboración de un proyecto de recomendación sobre el particular, y fue justamente la forma a adoptar por el nuevo instrumento normativo uno de los aspectos objeto de mayor discusión en los debates. La raíz del problema radicaba en la mayor o menor flexibilidad que podía ofrecer la forma de la recomendación o la del convenio. Mientras que los trabajadores se mostraban favorables a la aprobación de un convenio, acompañado de una recomendación, los empleadores se oponían al convenio, y los gobiernos estaban divididos entre ambas opciones. Finalmente se acordó adoptar dos instrumentos relativos a las repercusiones sociales de los nuevos métodos de manipulación de cargas en los puertos, un convenio que enunciara los principios generales y una recomendación complementaria que contuviera los pormenores. En la siguiente sesión ordinaria de la CIT, la quincuagésima octava, de 1973, tuvo lugar la segunda discusión y adopción del Convenio 137 sobre las repercusiones sociales de los nuevos métodos de manipulación de cargas en los puertos (citado como Convenio sobre el trabajo portuario) y la Recomendación 145 sobre las repercusiones sociales de los nuevos métodos de manipulación de cargas en los puertos (citada como Recomendación sobre el trabajo portuario). Al análisis detenido del citado convenio 137, que entró en vigor el 24 de julio de 1975, dedicaremos las siguientes páginas.

2. El estatuto jurídico del Convenio n. 137 y su nivel de ratificación

Como es bien sabido, la aplicación interna de los convenios de la OIT viene determinada por el nivel de ratificación, general y particular, de su texto por parte de los Estados Miembros. Pero la transcendencia real y la vigencia práctica de su contenido dependen igualmente de factores adicionales como puede ser el concerniente a la adecuación de las previsiones convencionales a la realidad social sobre la que incide. Ambos extremos presentan particularidades significativas en relación al Convenio 137. Por lo que respecta a su número de ratificaciones, en la actualidad el Convenio, aprobado en 1973, sólo cuenta con 25 ratificaciones⁵, muy lejos

⁵ El Convenio n. 137, que entró en vigor el 24 de julio de 1975, sólo ha sido ratificado

de los guarismos habituales en relación a los convenios fundamentales y de gobernanza⁶, y evidenciando una tasa significativamente baja aun teniendo en cuenta el ámbito de referencia de la norma. Se trata de una realidad incuestionable que, en alguna ocasión⁷, se ha equiparado con el equivalente reducido número de ratificaciones del Convenio 152. Sin embargo, a nuestro juicio, la correspondencia es sólo numérica pues las razones o causas últimas de la situación son muy distintas. De entrada, las ratificaciones del Convenio 137 se produjeron casi todas a finales de los años 80 y principios de los 90, sin que posteriormente tuviera lugar ratificación alguna hasta que en 2003 y 2004 tuvieron lugar las tres últimas⁸ (probablemente como consecuencia de la aprobación del Estudio general sobre el trabajo portuario realizado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en el año 2002). Por el contrario, el Convenio 152, aprobado en 1979, ha sido objeto de 27 ratificaciones, producidas en su mayoría a lo largo de la década de los años ochenta pero con ratificaciones escalonadas posteriores en los años 1998, 2000, 2004, 2005, 2007 y 2017. Lo expuesto no es más que una manifestación cuantitativa-temporal de que la dificultad aplicativa de ambos instrumentos descansa en factores muy diversos, en un caso, el del Convenio 137, residenciados en una acusada obsolescencia y falta de adaptación de su contenido a la evolución del transporte marítimo y los sistemas de manipulación de mercancías en los puertos; y en el otro, el del Convenio 152, en la siempre difícil y compleja (en la mayoría de las ocasiones debido a razones económicas) puesta en práctica de las normas sobre seguridad y salud en el trabajo.

En este contexto, no deja de ser llamativo que en Europa los países donde se encuentran los principales puertos (Rotterdam, Amberes, Hamburgo,

por 25 Estados (Afganistán, Australia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Egipto, España, Finlandia, Francia, Guyana, Iraq, Italia, Kenya, Mauricio, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Rusia, Suecia, Tanzania y Uruguay) de los cuales uno de ellos (Países Bajos) ha procedido a su denuncia (el 17 de febrero de 2006).

⁶ De los 187 países que actualmente pertenecen a la OIT, el número de ratificaciones de los convenios fundamentales oscila entre un mínimo de 155 (Convenio 155) y un máximo de 186 (Convenio 182); entre los convenios de gobernanza (prioritarios) el nivel de ratificación también es elevado, pues fluctúa entre un máximo de 147 (Convenio 81) y un mínimo de 113 (Convenio 122), dejando al margen el Convenio 129 (inspección de trabajo en la agricultura) que tan sólo cuenta con 53 ratificaciones.

⁷ OIT, *Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) sobre el trabajo portuario, 1973. Informe III (Parte 1B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 90^a Reunión, 2002, p. 97.

⁸ Corresponde a Mauricio (18 de marzo de 2003), Nigeria (22 de marzo de 2004) y Rusia (14 de julio de 2004).

Bremen, Aarhus), o bien no hayan ratificado el Convenio 137 (Bélgica, Alemania, Dinamarca), o bien hayan procedido a su denuncia (Países Bajos⁹).

Y, de igual forma, tampoco resulta extraño que entre los diversos estatus en que, de conformidad con la guía normativa de la OIT, pueden encontrarse los instrumentos¹⁰, el Convenio 137 esté en “situación provisoria”¹¹, es decir, en proceso de análisis y de recogida de información para dictaminar acerca de la pertinencia de su actualización o no. Distinta es la situación en lo que a la seguridad y salud en el trabajo de los estibadores concierne pues el Convenio 152 figura entre los instrumentos actualizados¹² (así como la Recomendación 160 que lo acompaña) y el Convenio 27 está pendiente de revisión.

3. Qué exige y qué no exige el Convenio n. 137: su contenido

3.1. Objetivos y fines

El instrumento analizado, si bien en su denominación corta (Convenio sobre el trabajo portuario) podría inducir a pensar que su propósito es el de establecer principios y directrices sobre el conjunto de cuestiones relativas a la prestación de servicios del trabajador del puerto, su título completo ya clarifica que en modo alguno es así. En efecto, el Convenio 137 «sobre las repercusiones sociales de los nuevos métodos de manipulación de cargas en los puertos» lo que busca es minimizar los efectos negativos que los cambios en los métodos de manipulación de cargas en los puertos podrían conllevar sobre el nivel de empleo (y, de ingresos) de los trabajadores portuarios. El preámbulo de la norma lo

⁹ Los Países Bajos ratificaron el Convenio el 14 de septiembre de 1979 y lo denunciaron el 17 de febrero de 2006.

¹⁰ Durante su existencia un instrumento puede tener varios estatus, a saber: convenios sobre los artículos finales, no examinados; instrumentos pendientes de revisión; instrumentos en situación provisoria; sin conclusiones; instrumentos que han sido superados; solicitudes de información; convenios dejados de lado; convenios retirados.

¹¹ La Recomendación n. 145 se encuentra también en situación provisoria. De estos estatutos sólo se define específicamente el de convenio retirado, que corresponde al convenio que nunca entró en vigor al no haber recibido el número de ratificaciones suficiente por parte de los Estados Miembros; y el de convenio dejado de lado, que se atribuye al convenio que ha dejado de ser pertinente en el contexto actual.

¹² De conformidad con la guía Normlex de la OIT un convenio actualizado «es un convenio abierto a la ratificación por parte de los Estados Miembros y/o que ha sido examinado por el Consejo de Administración y fue declarado aún pertinente».

indica claramente cuando, tras constatar la realidad indiscutible e indiscutida de los beneficios que los cambios en los métodos de carga en los puertos representan para la economía de los países en general y para el transporte marítimo en particular (aceleración del movimiento de la carga, reducción del tiempo de estadía del buque en puerto y de los costos de transporte), señala que los trabajadores portuarios deberían beneficiarse de tales transformaciones. Pero más que de alcanzar un provecho extra, lo que verdaderamente preocupa, tal y como está recogido en la exposición de motivos del convenio, es que las alteraciones derivadas de las nuevas técnicas de operaciones en los puertos supongan un perjuicio para el empleo de los trabajadores, básicamente medido en términos de destrucción de puestos de trabajo («nivel de empleo en los puertos»), de ahí que las medidas planteadas para «prevenir o reducir los problemas que se presenten» y «mejorar en forma duradera» la situación de los trabajadores portuarios sean la «regularización del empleo y la estabilización de los ingresos», así como otras actuaciones relacionadas con las condiciones de vida y trabajo y la seguridad y salud¹³.

El análisis del contenido de la norma será la mejor prueba de la certeza de cuanto hemos indicado.

3.2. Ámbito de aplicación; concepto de trabajador y trabajo portuarios

Los fines y objetivos del convenio quedan nítidamente identificados cuando se analiza el contenido de la norma. De sus 15 artículos, son básicamente tres (arts. 2 a 4) los que se destinan a recoger las prescripciones de alcance más imperativo.

El artículo 1 define el ámbito de aplicación de la norma, representado por «las personas que se dedican al trabajo portuario de manera regular y que obtienen de ese trabajo la mayor parte de sus ingresos anuales». Esta identificación genérica se acompaña de una remisión a la legislación o

¹³ Para la OIT, el resumen de lo que este Convenio supone se sintetiza de la siguiente forma: «En este Convenio se abordan los nuevos métodos de trabajo portuario y su impacto en el empleo y en la organización de la profesión. En él se fijan dos objetivos principales: en primer lugar, proteger a los trabajadores portuarios durante su vida profesional, a través de medidas relacionadas con las condiciones de acceso y de realización del trabajo; y, en segundo lugar, prever y controlar, de la mejor manera posible, a través de medidas apropiadas, las fluctuaciones en el trabajo y en la mano de obra que se requieren para realizarlo» (OIT, *Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, 2019, p. 97).

prácticas nacionales en lo relativo a la delimitación de las expresiones trabajadores portuarios y trabajo portuario, para lo cual habrá de tenerse en cuenta la opinión de las organizaciones de empleadores y trabajadores, bien por la vía de la consulta, bien recabando su concurso en alguna otra forma. La inclusión o no de una definición de trabajador y trabajo portuarios fue objeto de discusión en la Comisión de Trabajo en los Puertos, donde las posturas gubernamentales estaban divididas, mientras que los empleadores abogaban por diferir tal definición a las prácticas nacionales, como proponía la Oficina, los trabajadores apostaban por una definición lo más amplia posible¹⁴. La solución final, como se ha indicado, fue la de remitir a la legislación o práctica nacionales la delimitación de tales expresiones. Eso sí, en interpretación de la Comisión, tal remisión no significa una obligación para los Estados de concretar en una ley tales conceptos sino que, por el contrario, se da libertad sobre el particular¹⁵.

Nada se especifica acerca de si el Convenio se aplica sólo a los puertos marítimos o si, por el contrario, también resulta aplicable a los puertos interiores. En el Estudio general de 2002, la Comisión señaló la dificultad de pronunciarse sobre esta cuestión, resaltando que si bien los instrumentos no abordaban el tema de forma explícita, correspondía a los Estados miembros decidir acerca de la aplicación de las disposiciones del Convenio o la Recomendación a los trabajadores de los puertos interiores, en consonancia con lo previsto en el artículo 1 del Convenio y los §§ 1 y 2 de la Recomendación¹⁶. De igual manera, tampoco se indica nada acerca de la titularidad del puerto como elemento condicionante de la aplicabilidad de la norma. Si bien por razones de interés general y de carácter económico, los puertos suelen ser de titularidad pública, ello no impide la existencia de puertos privados, sobre los que nada se precisa acerca de su afectación por el instrumento. Ciertos países¹⁷ han considerado que el convenio sólo se aplica a los puertos privados. La remisión a la legislación nacional en lo relativo a la definición de trabajador y trabajo portuario parece ser la vía para dar respuesta a este tipo de cuestiones, al tiempo que se consigue con ello dotar al

¹⁴ OIT, *Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) sobre el trabajo portuario, 1973. Informe III (Parte 1B)*, cit., p. 48.

¹⁵ *Ibidem*, p. 50.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 50-51, nota 7. La Comisión aportaba como argumento a fortiori el hecho de que el Convenio hubiera sido ratificado por Afganistán, país sin acceso directo al mar y que, no obstante, en sus memorias recogía su voluntad de aplicarlo en sus dos principales puertos fluviales.

¹⁷ Así lo ha entendido el Gobierno de Noruega, por ejemplo (*gr*. Solicitud directa (CEACR), adopción: 2003; publicación: 92^a Reunión CIT, 2004).

instrumento de la flexibilidad necesaria para ser aplicable al conjunto de países de la OIT, «cualquiera que sea su grado de desarrollo, su estructura económica y su infraestructura social»¹⁸.

Otra cuestión no resuelta explícitamente, y sólo de manera indirecta referenciada, en el convenio es la relativa a su eventual aplicación a los trabajadores portuarios ocasionales. La alusión a las personas que se dedican de manera regular al trabajo portuario y que obtienen de él la mayor parte de sus ingresos como colectivo al que se dirige el instrumento parece excluir de su campo de aplicación a aquellos trabajadores. Así viene a confirmarlo en cierta forma la Recomendación 145 cuando, en la delimitación de su campo de aplicación, antes de reiterar lo prescrito por el convenio, deja a salvo lo previsto en su § 36, a tenor del cual «Las disposiciones apropiadas de la presente Recomendación deberían aplicarse, en la medida de lo posible, a los trabajadores portuarios ocasionales o estacionales, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales». Es decir, si bien de entrada el Convenio no incorpora en su ámbito de aplicación a los trabajadores temporeros, la Recomendación que lo complementa insta a los Estados a extender sus previsiones a tales trabajadores, siempre en la medida de lo posible y de conformidad con la situación nacional.

Por otro lado, el convenio liga su aplicabilidad al desarrollo de manera regular del trabajo portuario, sin prejuzgar la naturaleza jurídica o la calificación que merezca la cobertura normativa bajo la que aquella prestación tenga lugar. Ello significa que si bien el campo natural de aplicación de la norma internacional serán relaciones laborales por cuenta ajena, nada obsta a la inclusión del trabajo autónomo en su ámbito. Así lo ha entendido la Comisión cuando ha señalado expresamente «que el Convenio no excluye a los trabajadores independientes»¹⁹.

¹⁸ Así lo indicó la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: «De todo lo que hemos dicho se deriva que el Convenio núm. 137 y la Recomendación núm. 145 han sido concebidos para establecer unas normas mínimas de protección social aplicable al conjunto del país, cualquiera que sea su grado de desarrollo, su estructura económica y su infraestructura social. Es importante tener en mente que estos instrumentos tienen en su base la preocupación de proporcionar a los Estados Miembros una gran flexibilidad» (OIT, *Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) sobre el trabajo portuario, 1973. Informe III (Parte 1B)*, cit., pp. 7-8).

¹⁹ OIT, *Aplicación de las normas internacionales del trabajo. Informe III (Parte A)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 108^a Reunión, 2019, p. 660. La afirmación se enmarca en el contexto de la revisión de la Comisión a las breves memorias remitidas por el Gobierno de Guyana respecto al Convenio n. 137, pues el citado gobierno alegaba que en su país «los trabajadores portuarios son fundamentalmente trabajadores independientes que

3.3. El registro de estibadores

La finalidad declarada del Convenio de estimular, en la medida de lo posible, que «se asegure el empleo permanente o regular²⁰ de los trabajadores portuarios» (artículo 2.1), concretada en la obligación de garantizarles períodos mínimos de empleo o ingresos mínimos (artículo 2.2)²¹, se articula instrumentalmente con la exigencia de establecer registros para todas las categorías de trabajadores portuarios (artículo 3.1). Realmente el contenido prescriptivo de la norma queda constreñido al establecimiento obligatorio de estos registros de estibadores portuarios que se configuran como el mecanismo idóneo para conseguir la estabilidad y regularización del trabajo portuario²². De ahí que los trabajadores registrados tengan prioridad para dicho trabajo (artículo 3.2) al tiempo que se les obliga a estar disponibles para el empleo (artículo 3.3). Y de ahí, también, so pena de afectar de manera negativa a la competitividad y operatividad de los puertos, que la dimensión del registro, el número de trabajadores inscritos, deba ser revisado periódicamente a fin de que mantenga un nivel equivalente a las necesidades del puerto (artículo 4.1). Y que, en el supuesto de que a tales fines se requiera reducir el contingente de los trabajadores registrados, deban adoptar las medidas necesarias para reducir o atenuar los efectos perjudiciales de tal reducción sobre los trabajadores (artículo 4.2).

realizan su actividad de manera informal en el sector privado y que, en consecuencia, es difícil determinar si se aplican las disposiciones del Convenio».

²⁰ En borradores previos se indicaba empleo regular y permanente pero acogiendo el argumento de que podía existir empleo regular pero no permanente, se cambió la conjunción copulativa por la disyuntiva y se alteró, para obtener la conformidad de los trabajadores, el orden de los adjetivos. *Cfr.* OIT, *Actas*, Conferencia Internacional del Trabajo, 58^a Reunión, cit., p. 291.

²¹ La Recomendación (§ 8) ilustra cuáles podrían ser tales garantías de empleo o ingresos, tales como: (a) empleo durante un número convenido de horas o turnos por año, por mes o por semana o, en su lugar, el pago correspondiente; (b) asignación monetaria cuando los trabajadores portuarios estén presentes en los llamamientos o se hallen disponibles en alguna otra forma para el trabajo, sin conseguirlo, mediante un sistema que no requiera la contribución financiera de los trabajadores; c) prestaciones de desempleo cuando no haya trabajo.

²² La Recomendación viene a indicar expresamente que el fin del registro es: «(a) evitar la utilización de mano de obra adicional cuando el trabajo existente no baste para proporcionar medios adecuados de vida a los trabajadores portuarios; (b) poner en práctica planes de regularización del empleo o estabilización de los ingresos y sistemas de distribución de la mano de obra en los puertos» (§ 11).

La instauración del registro es la principal contribución normativa del convenio, sobre el que, no obstante, nada más indica salvo que en él deben figurar todas las categorías de trabajadores portuarios. De nuevo, esa flexibilidad que en todos los debates y discusiones durante la fase de elaboración del convenio se configuraba como su elemento base se manifiesta de nuevo en esta materia, pues la creación y llevanza del registro se producirá en la forma que determinen la legislación o prácticas nacionales. De ahí que en la práctica, los Estados hayan optado por fórmulas muy diversas a la hora de articular y gestionar el registro²³. Alguna precisión adicional se contiene en la Recomendación (§ 14), al señalar la conveniencia de suprimir la distinción entre trabajo a bordo y trabajo en tierra, o establecer que el registro debería ser único o fijarse registros independientes para trabajadores con empleo regular y trabajadores del grupo de reserva, cuando no haya empleo permanente para todos los trabajadores portuarios.

La inscripción en el registro dota a los trabajadores de la garantía de la prioridad para el trabajo portuario, al tiempo que les impone la obligación de manifestar que están disponibles para el trabajo (artículo 3.2 y 3)²⁴. En la dicción de la Recomendación la prioridad de acceso al empleo en favor de los trabajadores registrados se formula en términos más incisivos pues se establece que no debería emplearse normalmente como trabajador portuario a quien no esté registrado como tal, por lo que sólo en casos excepcionales, cuando todos los trabajadores portuarios estén empleados, podría contratarse a otros trabajadores. Aunque no se exprese literalmente, la funcionalidad del registro parece ligarse a la necesidad de disponer de una mano de obra cualificada, permanente, a la que se proporciona formación continua²⁵, y que está disponible para la prestación

²³ Las opciones han oscilado entre las de su gestión por parte de un organismo oficial, por parte del convenio o de un organismo paritario, por los propios empleadores o las organizaciones de trabajadores; e incluso, por sistemas donde no existe registro (*cf. OIT, Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) sobre el trabajo portuario, 1973. Informe III (Parte 1B)*, cit., pp. 56 ss.).

²⁴ La Recomendación se encarga de fijar los criterios de distribución de la mano de obra en los supuestos en que el empleo regular o permanente no sea con un empleador determinado. En tales casos, se debe optar por la rotación, el reparto equitativo del trabajo disponible, la reducción del tiempo y presencia en los llamamientos y la terminación de los trabajos por los mismos trabajadores que los hayan comenzado. Incluso se prevé, en caso necesario y en las condiciones que la legislación nacional o los convenios colectivos determinen, el traslado de los trabajadores portuarios empleados regularmente por un empleador a un empleo temporal con otro, así como el traslado temporal y voluntario de los trabajadores portuarios de un puerto a otro (§§ 20-22).

²⁵ La Recomendación, al contemplar el proceso de ajuste del número de trabajadores inscritos (§§ 17-19), insiste en la necesidad de proporcionarles la readaptación necesaria

de un servicio tan esencial en casi todas las economías como el de la manipulación de mercancías en los puertos. Sin embargo, los profundos cambios producidos en la realidad económica, social y del trabajo en los puertos sobre la que se proyecta el Convenio, y a la que pretendía dar respuesta, han provocado que surjan fuertes dudas acerca de la pertinencia actual de su contenido y el estado de su vigencia. Ya hemos apuntado que actualmente el instrumento se encuentra en situación provisoria, que hace años que no recibe nuevas ratificaciones y que no parece que se vayan a producir grandes cambios al respecto en breve plazo. Sobre ello volveremos más adelante.

3.4. Otras previsiones

La centralidad de la regularización del empleo y estabilización de los ingresos de los trabajadores portuarios no agota, sin embargo, el contenido del Convenio 137. En su artículo 5 se apela al diálogo social y a la colaboración entre las organizaciones de empleadores y trabajadores como vía para conseguir que la introducción de los nuevos métodos de manipulación de cargas se traduzcan en los máximos beneficios sociales y se aumente el rendimiento del trabajo portuario. La Recomendación 145 ilustra las medidas que podrían ser objeto de tales acuerdos, como programas de formación profesional, esfuerzos mutuos para eliminar prácticas obsoletas o tiempo improductivo, el recurso al trabajo por turnos o en fin de semana, o una organización del trabajo que permita a los trabajadores desempeñar varias funciones, entre otras²⁶. Junto a esa llamada a la participación y el diálogo de los agentes sociales, el artículo 6 del Convenio encomienda a los Estados miembros garantizar a los trabajadores portuarios unas condiciones adecuadas de seguridad, higiene, bienestar y formación profesional. Como ya se ha señalado, la preocupación por la seguridad del trabajo en los muelles y la prevención de accidentes ha preocupado a la OIT desde sus inicios (recordemos el Convenio 27) y las parcas indicaciones del Convenio 137 encontrarían

para que en caso de disminución de la demanda de una determinada categoría puedan acceder a otra o, si la disminución fuera del volumen total, puedan conseguir otro empleo.

²⁶ Los Títulos IV (*Relaciones de Trabajo*) y V (*Condiciones de Trabajo y de Vida*) de la Recomendación, §§ 23-30, relacionan las diversas medidas que los representantes de los empleadores deberían negociar con vistas no sólo a resolver los problemas corrientes del trabajo portuario sino los derivados de las repercusiones de los nuevos métodos de manipulación de cargas.

más adelante el desarrollo y complemento del Convenio 152 sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), y la Recomendación sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), ambos de 1979, a los que más adelante nos referiremos. Con todo, llama la atención que nada más se indique en el Convenio acerca de estos temas, singularmente respecto a la formación profesional, pues, en cierta medida, el Registro se ha justificado como instrumento necesario para garantizar la formación requerida de los trabajadores portuarios. A estos efectos, es la Recomendación la que recoge mayores indicaciones²⁷ sobre el particular. La discusión inicial sobre la pertinencia del instrumento del convenio y la preferencia de empleadores por la exclusiva fórmula de la recomendación, parece que se tradujo en la configuración de un convenio de parco contenido complementado por una recomendación que abarca mayores facetas de la prestación de servicios en los puertos; otra manifestación de la flexibilidad pretendida, y muchas veces proclamada y atribuida al convenio, que se traduce en volcar las directrices y principios reguladores en un instrumento por naturaleza no vinculante desde el punto de vista jurídico, y, por ende, de más fácil aceptación por los Estados Miembros.

3.5. Implementación del Convenio

La buscada flexibilidad del instrumento internacional examinado se plasma también a la hora de establecer los mecanismos a través de los cuales los Estados deben aplicar sus prescripciones. El artículo 7 del Convenio encomienda, en principio, tal labor a la legislación nacional, pero posibilita igualmente que los contratos colectivos, laudos arbitrales o cualquier otro medio que esté conforme con la práctica nacional lleve a cabo aquel cometido²⁸. De hecho, en algunos países, fundamentalmente nórdicos²⁹, han sido los convenios colectivos los encargados de implementar a nivel nacional las disposiciones del Convenio.

²⁷ Título VI (*Condiciones de Trabajo y de Vida*) de la Recomendación, §§ 31-35.

²⁸ El art. 7 dispone literalmente: «Las disposiciones de este Convenio deberán ser aplicadas por la legislación nacional salvo en la medida en que se apliquen por contratos colectivos, laudos arbitrales o por cualquier otro medio que esté conforme con la práctica nacional».

²⁹ En Noruega y Países Bajos, por ejemplo, la aplicación del convenio se ha producido por la negociación colectiva.

4. Relación del Convenio con otros instrumentos

La existencia de instrumentos específicos para determinados colectivos de trabajadores, hace surgir la cuestión de la eventual relación entre tales normas y otras adicionales que, por su carácter genérico, podrían incidir también sobre los servicios prestados por aquellos trabajadores. Los estibadores no han sido la única categoría de trabajadores objeto de atención expresa por la OIT, sino que junto a ellos, la gente de mar (muy prolíjamente), pescadores, personal de enfermería, trabajadores domésticos o trabajadores de plantaciones también cuentan con instrumentos particulares. La existencia de estas normas singulares no impide el juego de aquellos instrumentos que por su temática y alcance general incluyen en su ámbito aplicativo a tales colectivos. Así, por lo que a los trabajadores portuarios respecta, el Convenio 137 no es el único que contiene prescripciones sobre su régimen jurídico, pues en lo relativo a la seguridad y salud en el trabajo, por ejemplo, el punto de referencia es el Convenio 152 sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), de 1979 (instrumento actualizado)³⁰. De igual forma, también habría de tenerse en cuenta el Convenio 27, al que ya nos hemos referido, sobre la indicación del peso en los fardos transportados por barco, de 1929 (pendiente de revisión).

Pero es que, además, también habrían de considerarse las normas sobre materias concretas que, o bien por su naturaleza genérica permiten sin obstáculo incluir a los estibadores portuarios en su ámbito de aplicación, o bien que incluso en la definición de éste se menciona explícitamente a los trabajadores de los muelles. Entre los primeros podría citarse el Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981, en la medida en que sus artículos 1 y 2 establecen que se aplica a todos los trabajadores de todas las ramas de actividad económica³¹. Entre los segundos habría que recordar que el Convenio 1, sobre las horas de trabajo (industria), de 1919 (instrumento en situación provisoria), cuyo artículo 1 considera a sus efectos empresas industriales, entre otras «el transporte de personas o mercancías por carretera, ferrocarril o vía de agua, marítima o interior,

³⁰ Y la Recomendación n. 160 de 1979 sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), que lo complementa (instrumento actualizado).

³¹ Y, en similar sentido, también el más reciente Convenio n. 187 de 2006 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, en cuanto obliga a los Estados miembros a promover la mejora continua de la seguridad y salud en el trabajo con el fin de prevenir las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo, así como a adoptar medidas activas con miras a conseguir de forma progresiva un medio ambiente de trabajo seguro y saludable afectaría al trabajo portuario.

comprendida la manipulación de mercancías en los muelles, embarcaderos y almacenes, con excepción del transporte a mano». Repárese en que el § 32 de la Recomendación 145 señala de forma general que «Las normas relativas a duración del trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas y condiciones análogas no deberían ser menos favorables para los trabajadores portuarios que para la mayoría de los trabajadores de las empresas industriales».

5. El Convenio n. 137 y la política de la UE

La aplicación del Convenio 137 en los países de la Unión Europea no ha dejado de ser significativa y conflictiva a un tiempo. Ya con carácter general, durante la nonagésima reunión de la CI en 2002, se pusieron de manifiesto eventuales disfunciones de la regulación del instrumento. Los miembros empleadores insistían en que la naturaleza temporaria del empleo portuario, a su juicio, la principal razón del convenio, estaba desapareciendo, por lo que el instrumento se mostraba obsoleto, rígido e inadecuado. La globalización, los cambios en los mecanismos de manipulación de mercancías, las transformaciones del transporte marítimo y la competencia comercial a escala mundial son factores que han incidido de forma notable en el trabajo portuario, acercándolo cada vez más a otras prestaciones de servicios necesitadas de cualificación y formación permanente. Es cierto, como indicó la Comisión de Expertos en su Estudio, que el registro puede ser una herramienta indispensable para garantizar la protección prevista en la norma, el problema es que los presupuestos de partida de tal necesidad protectora, así como la tutela misma, no son fácilmente detectables ni asumibles en la realidad socioeconómica actual. No falta algo de razón a quienes indicaron que un «empleo permanente y un ingreso garantizado no son viables en una economía global». Pero es que, a nuestro juicio, ello cobra singular relieve si se atiende a las consecuencias que el sistema protector ha conducido en ciertos ordenamientos en los que se ha aplicado, especialmente considerando los problemas actuales del mercado de trabajo.

El sistema de registro se convirtió en la práctica en un instrumento de restricción en el acceso al empleo portuario, donde los requisitos necesarios para la inscripción no siempre gozaron de la transparencia exigible y donde la dimensión del contingente, parámetro de especial importancia para distribución del trabajo, también estaba sujeto a intereses

no siempre legítimos³². La confrontación de tales estructuras con las exigencias propias del orden comunitario, especialmente en lo relativo a normas de competencia y libertades esenciales, no siempre ha sido fácil. Aunque las medidas y directrices del instrumento internacional *per se* no tienen por qué ser incompatibles con las prescripciones de las normas de la Unión Europea, lo cierto es que, en la práctica, los conflictos más llamativos e importantes se han suscitado en relación a países que habían ratificado el Convenio 137 (Italia³³, España³⁴, Países Bajos). El proceso de liberalización de la prestación del servicio de manipulación de mercancías llevado a cabo por las instituciones comunitarias, fuertemente rechazado por los trabajadores del sector, ha encontrado en ocasiones en la letra del convenio 137 un bastión justificativo que no responde a su finalidad. Ya en tiempos de los fracasados intentos de directivas sobre acceso al mercado de los servicios portuarios³⁵, los trabajadores manifestaron que principios como el de la autoprestación³⁶ a autoasistencia eran contrarios a los principios del convenio³⁷, convirtiendo la norma internacional en

³² Como acertadamente se ha señalado, «el posible punto débil del Convenio núm. 137 es haber impuesto como instrumento necesario un sistema de registro de los trabajadores portuarios. Ese registro en algunos casos ha podido instrumentarse como una lista cerrada que asegura un monopolio profesional con ventajas desproporcionadas para un grupo determinado de trabajadores, cuyo monopolio o exclusiva imposibilita o dificulta el acceso de trabajadores terceros, y la posibilidad de elección de trabajadores por las empresas» (M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Trabajo portuario y libertad de contratación de trabajadores*, en *Relaciones Laborales*, 2002, n. 1, pp. 14-15, versión electrónica).

³³ STJCE de 10 de diciembre de 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, asunto C-179/90.

³⁴ STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Comisión c. Reino de España*, asunto C-576/13. Bélgica, que no ha ratificado el Convenio n. 137, también ha visto cómo su normativa reguladora del trabajo portuario ha sido objeto de cuestionamiento ante el Tribunal de Justicia Europeo (STJCE de 16 de septiembre de 1999, *Becu*, asunto C-22/98), si bien en esta ocasión no se apreció incompatibilidad con las prescripciones de la UE en materia de competencia. Más adelante, en 2014, el sistema belga de trabajo portuario fue objeto de reforma como consecuencia de los requerimientos de la Unión Europea que lo consideraba contrario a la libertad de establecimiento.

³⁵ Propuesta de Directiva sobre acceso al mercado de los servicios portuarios de 2001 (COM(2001)35 final) y propuesta de Directiva sobre acceso al mercado de los servicios portuarios de 2004 (COM(2004)654 final). Conviene recordar que Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2017 por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos (DOUE, 3 marzo 2017), en su art. 10 exime a los servicios de manipulación de mercancías de la aplicación de lo relativo a la organización de servicios portuarios.

³⁶ Véase sobre el particular J. CABEZA PEREIRA, *Sobre la autoasistencia en la estiba portuaria*, en *Aranzadi Social*, 2003, n. 14.

³⁷ Cf. OIT, *Actas Provisionales*, Conferencia Internacional del Trabajo, 90^a Reunión, 2002,

garante de una situación que no es ni la que buscaba ni la que se pretendía con su adopción. La realidad de la puesta en práctica de los mecanismos previstos en el Convenio 137 ha conducido, en muchas ocasiones a sistemas monopolísticos de acceso al empleo y prestación del servicio de manipulación de mercancías contrarios a las libertades esenciales europeas. Razones de espacio nos impiden tratar con más detenimiento el tema pero las situaciones creadas en países como España (con sentencia condenatoria del Tribunal de Justicia por incompatibilidad de su ordenación del trabajo portuario con la libertad de establecimiento), Bélgica (con advertencias de la Comisión por similar contravención), Italia (con un proceso de cambio normativo intenso a impulso de las instancias comunitarias), Países Bajos (con denuncia formal del Convenio 137), Noruega (donde su propio Tribunal Supremo ha indicado que el mecanismo del registro es una restricción ilegal a la libertad de establecimiento³⁸) aconsejan un examen serio y en profundidad de las prescripciones del convenio y su incidencia en los países de la Unión Europea³⁹. Es evidente que el alcance territorial de la Convención se proyecta mucho más allá de los estados europeos pero la obsolescencia y disfuncionalidades que su contenido ha provocado pueden ser extensibles a otros ordenamientos.

6. A modo de reflexión conclusiva

La preocupación tradicional de los trabajadores portuarios por la ocasionalidad y temporalidad de su trabajo, a cuya superación las prescripciones del Convenio trataban de contribuir, se tornó, con el paso

§ 129.

³⁸ Sentencia del TS, de 16 de diciembre de 2016, en el caso HR-2016-2554-P, *Holship Norge AS c. Sindicato de Trabajadores del Transporte (NTF)*.

³⁹ La lectura de las observaciones de la CEACR en relación a las memorias remitidas por países como Noruega, Países Bajos, Francia, Italia, Portugal o España, especialmente cuando se han producido modificaciones y reformas en su normativa reguladora del trabajo portuario, son un buen ejemplo de cuanto venimos comentado (*vid.* Observación (CEACR) 2002 y 2004, 91^a y 93^a Reunión (2003 y 2005), Países Bajos; Observación (CEACR) 2017, 107^a Reunión (2018), Noruega; Observación (CEACR) 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2009 y 2010, 85^a, 86^a, 87^a, 88^a, 89^a y 99^a Reunión (1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2010 y 2011), Francia; Observación (CEACR) 2007 y 2017, 97^a y 107^a Reunión (2008 y 2018), Italia; Observación (CEACR) 2007, 2015, 2016 y 2018, 97^a 105^a, 106^a y 108^a Reunión (2008, 2016, 2017 y 2019), Portugal; Observación (CEACR) 1990, 1992, 1993, 1994, 1997 y 2018, 77^a, 79^a, 80^a, 81^a, 86^a y 108^a Reunión (1990, 1992, 1993, 1994, 1998 y 2019), España).

de los años en inquietud por las consecuencias que sobre el empleo podrían conllevar los nuevos y modernos métodos y técnicas de manipulación de mercancías. Y a ello pretendió dar respuesta el Convenio 137 instaurando un sistema de registro de trabajadores como instrumento de regularización y estabilidad en el empleo y/o los ingresos⁴⁰. Observado el problema desde la realidad actual general, donde la digitalización y la inteligencia artificial provocan intensos debates acerca de la existencia de puestos de trabajo en un futuro muy próximo, la tribulación de los estibadores parece un mero antícpo de cuanto hoy es ya una cuestión casi global. De ahí que eventuales especialidades en la prestación de servicios portuarios deban descansar en elementos o factores que vayan más allá de la necesidad de dar respuesta a la incidencia del progreso técnico y la modernización de los métodos de gestión de los puertos sobre el empleo portuario.

En su estudio general los miembros de la Comisión de expertos afirmaban que la baja ratificación del convenio no era motivo para su revisión y que el convenio, norma, en cierta medida, «de transacción y de transición»⁴¹, y la recomendación seguían siendo pertinentes. Tales afirmaciones ya en el momento de su publicación, 2002, podían considerarse cuando menos discutibles (sorprendentes para el grupo de empleadores), pero hoy día, 2019, la realidad económica y social, en general, y del trabajo de manipulación de mercancías, en particular, demanda unos planteamientos diferentes. La necesidad de personal cualificado disponible para las tareas de estiba obliga a poner el acento en la formación del trabajador, tanto la de acceso a la prestación de los servicios como la permanente de adaptación a las exigencias evolutivas del trabajo. Pero ese condicionante, así como la, cada vez menor, inestabilidad e incertidumbre en los flujos del transporte marítimo, no puede convertirse en un mercado cerrado, ajeno a la evolución global de la economía y del trabajo. Tal vez, la mejor contribución hoy día del convenio y la recomendación es la que, en palabras de la Comisión de Expertos, viene representada por la siguiente afirmación «la Comisión desea señalar que uno de los aspectos esenciales

⁴⁰ Como gráficamente señaló la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones al examinar los diferentes puntos de vista respecto al campo de aplicación del Convenio n.º 137 y su propósito de regulación del empleo, «la Comisión hace notar el hecho que una de las bases del Convenio núm. 137 y de la Recomendación núm. 145 es la intención de asegurar a los trabajadores portuarios un trabajo si no permanente al menos regular o unos ingresos estables y extender el sistema de protección a los trabajadores ocasionales» (OIT, *Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) sobre el trabajo portuario, 1973. Informe III (Parte 1B)*, cit., p. 67).

⁴¹ M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *op. cit.*, p. 14.

de los dos instrumentos sobre el trabajo portuario, que acaba de examinar, es reforzar la contribución de las normas internacionales del trabajo al reconocimiento universal de la necesidad de desarrollar estrategias de conjunto que comprendan la orientación, el pleno empleo, la formación profesional y la estrecha colaboración de los interlocutores sociales para hacer frente a los problemas relacionados con el ajuste estructural y las mutaciones de una economía mundial que se ha convertido en interdependiente»⁴².

7. Bibliografía

CABEZA PEREIRA J., *Sobre la autoasistencia en la estiba portuaria*, en *Aranzadi Social*, 2003, n. 14

GÁRATE CASTRO J., *Elementos para una valoración del grado de efectividad de las disposiciones de los convenios específicos sobre el trabajo portuario adoptados por la OIT y ratificados y no denunciados por España*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, n.112

OIT, *Aplicación de las normas internacionales del trabajo. Informe III (Parte A)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 108^a Reunión, 2019

OIT, *Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, 2019

OIT, *Actas Provisionales*, Conferencia Internacional del Trabajo, 90^a Reunión, 2002

OIT, *Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) sobre el trabajo portuario, 1973. Informe III (Parte 1B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 90^a Reunión, 2002

OIT, *Actas*, Conferencia Internacional del Trabajo, 58^a Reunión, 1973

OIT, *Actas*, Conferencia Internacional del Trabajo, 57^a Reunión, 1972

OIT, [Normas del trabajo](http://www.ilo.org), en www.ilo.org

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., *Trabajo portuario y libertad de contratación de trabajadores*, en *Relaciones Laborales*, 2002, n. 1 (versión electrónica)

⁴² OIT, *Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) sobre el trabajo portuario, 1973. Informe III (Parte 1B)*, cit., p. 107.

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre el cáncer profesional 1974 (núm. 139)

Silvia FERNÁNDEZ MARTÍNEZ*

RESUMEN: El presente trabajo es un comentario del Convenio sobre el cáncer profesional n. 139 adoptado por la OIT en el año 1974. Se trata de una de las normas internacionales de la OIT en materia de Seguridad y salud en el trabajo destinadas a proteger a los trabajadores frente a riesgos laborales específicos, en este caso, los derivados de la exposición a sustancias o agentes cancerígenos. El Convenio recoge una serie de obligaciones para los Estados que lo ratifiquen, entre las que destacan la identificación de las sustancias o agentes cancerígenos prohibidos; la sustitución de los agentes cancerígenos por otros menos peligrosos; la protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de la utilización de estos productos cuando no sea posible eliminarlos, y el un registro de las exposiciones; el deber de información y formación de los trabajadores expuestos; por último, la evaluación de riesgos y vigilancia de la salud.

Palabras clave: OIT, seguridad y salud en el trabajo, cáncer profesional.

SUMARIO: 1. Introducción y aspectos técnicos del Convenio. 2. Normas internacionales de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo y antecedentes del Convenio. 3. Contenido del Convenio. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Investigadora Postdoctoral Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de Alcalá. Contrato financiado en el marco de la convocatoria de ayudas destinadas a la atracción de talento investigador para su incorporación a grupos de investigación de la Comunidad de Madrid.

Occupational Cancer Convention 1974 (No. 139)

ABSTRACT: This paper is a commentary on the Occupational Cancer Convention No. 139 adopted by the ILO in 1974. It is one of the ILO's international standards on Occupational Safety and Health aimed at protecting workers from specific occupational hazards, in this case, those derived from the exposure to carcinogenic substances or agents. The Convention includes a series of obligations for the States that ratify it, i.e., the identification of prohibited carcinogenic substances or agents; the replacement of carcinogens with less dangerous ones; the protection of workers against the risks arising from the use of these products when it is not possible to eliminate them, and the establishment of an appropriate system of records; the duty of information and training of exposed workers; and, finally, risk assessment and health surveillance.

Key Words: ILO, health and safety at work, occupational cancer.

1. Introducción y aspectos técnicos del Convenio

El Convenio sobre el cáncer profesional n. 139 de 1974 (Convenio sobre la prevención y el control de los riesgos profesionales causados por las sustancias o agentes cancerígenos¹) es uno de los Convenio técnicos de la OIT y fue adoptado en Ginebra, en la 59^a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 24 de junio de 1974. Se trata de un instrumento que tiene como objetivo establecer un mecanismo para la instauración de una política destinada a prevenir el cáncer profesional derivado de la exposición a diversos tipos de agentes químicos y físicos en el lugar de trabajo.

Este convenio está compuesto por 14 artículos: los 6 primeros se dedican a aspectos de contenido, mientras que los restantes se refieren a cuestiones procedimentales y técnicas, comunes a otros Convenios de la OIT.

Tratándose de un Convenio técnico, el art. 8.1 dispone que este obligará únicamente a aquellos Miembros de la OIT cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

El Convenio sobre el cáncer profesional entró en vigor el 10 de junio de 1976. El art. 8.2 dispone que «entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General». Ecuador fue el primer Estado en ratificar el Convenio el 27 de marzo de 1975, seguido de Hungría, que lo hizo el 10 de junio de 1975, fecha a partir de la cual empiezan a contarse los doce meses a los que se refiere el art. 8.2 del Convenio. A partir del 10 de junio de 1976, el Convenio entrará en vigor, para cada miembro que lo ratifique, doce meses después de la fecha en que la misma haya sido registrada. Además de Ecuador y Hungría, otros 39 Estados han ratificado el Convenio sobre el cáncer profesional, lo que suma un total de 41 ratificaciones². Sin embargo, son más los países que no lo han ratificado

¹ *Infra*, § 5, *Normativa*.

² Países que han ratificado el Convenio y en los que está en vigor: Afganistán (16 mayo 1979), Alemania (23 agosto 1976), Argentina (15 junio 1978), Bélgica (11 octubre 1996), Bosnia y Herzegovina (02 junio 1993), Brasil (27 junio 1990), República Checa (01 enero 1993), República de Corea (07 noviembre 2011), Croacia (08 octubre 1991), Dinamarca (06 junio 1978), Ecuador (27 marzo 1975), Egipto (25 marzo 1982), Eslovaquia (01 enero 1993), Eslovenia (29 mayo 1992), Finlandia (04 mayo 1977), Francia (24 agosto 1994), Guinea (20 abril 1976), Guyana (10 enero 1983), Hungría (10 junio 1975), Iraq (31 marzo 1978), Irlanda (04 abril 1995), Islandia (21 junio 1991), Italia (23 junio 1981), Japón (26 julio 1977), Líbano (23 febrero 2000), Luxemburgo (08 abril 2008), Macedonia del Norte (17 noviembre 1991), Montenegro (03 junio 2006), Nicaragua (01 octubre 1981), Noruega (14 junio 1977), Países Bajos (08 junio 2017), Perú (16 noviembre 1976),

que los que lo han hecho. De un total de 187 Estados miembros de la OIT, 146 no han ratificado el Convenio sobre el cáncer profesional, lo que representa un 78%, es decir, la mayoría de los Estados miembros de la OIT no están obligados por este Convenio. Entre estos países se encuentran algunos países de la Unión Europea, como, por ejemplo, Austria, Bulgaria, Estonia, Grecia, Letonia, Lituania, Rumanía, Reino Unido y también España, donde, a pesar de las peticiones de los agentes sociales y del importante número de cánceres ocupacionales, el Convenio núm. 139 no ha sido ratificado³. Por otro lado, cabe apreciar que un gran número de las ratificaciones del Convenio se produjeron poco después de su adopción en el año 1974. De hecho, la mayoría tuvieron lugar en las dos décadas posteriores, mientras que son muy pocos los Estados que han ratificado el Convenio de manera reciente. Desde el año 2010, solo ha habido 4 nuevas ratificaciones (Países Bajos y Federación de Rusia en el año 2017, República de Corea en el año 2011 y Ucrania en el 2010).

Los aspectos relacionados con la denuncia del Convenio se recogen en el art. 9. Sin embargo, por el momento, ninguno de los Estados que lo han ratificado lo han denunciado. Según el art. 9.1, transcurrido un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante acta comunicada, para su registro al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, todo Estado Miembro que haya ratificado el Convenio sobre el cáncer profesional, podrá denunciarlo. Sin embargo, la denuncia no tendrá efecto hasta un año después de la fecha de su registro. El § 2 del art. 9 continúa señalando que, si una vez transcurrido el período de diez años al que se refiere el apartado primero, el Estado no ha hecho uso de la posibilidad que se le concede de denunciar el Convenio que había previamente ratificado, quedará obligado a cumplirlo durante un nuevo período de diez años, al término del cuál estará facultado nuevamente para denunciarlo, y así sucesivamente a lo largo de los años de vigencia del Convenio.

El Convenio se completa con la Recomendación sobre el cáncer profesional n. 147 de 1974 (Recomendación sobre la prevención y el control de los riesgos profesionales causados por las sustancias o agentes cancerígenos⁴), adoptada, al igual que el Convenio, en Ginebra, en la 59^a

Portugal (03 mayo 1999), Federación de Rusia (30 mayo 2017), Serbia (24 noviembre 2000), Repùblica Árabe Siria (01 febrero 1979), Suecia (23 septiembre 1975), Suiza (28 octubre 1976), Ucrania (17 junio 2010), Uruguay (31 julio 1980), Repùblica Bolivariana de Venezuela (05 julio 1983).

³ Vid. CCOO, [Sólo 23 casos de cáncer de origen laboral se comunicaron en España durante 2015](http://www.cancereneltrabajo.ccoo.es), en www.cancereneltrabajo.ccoo.es, 4 febrero 2016.

⁴ Infra, § 5, Normativa.

Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.

2. Normas internacionales de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo y antecedentes del Convenio

El Convenio sobre el cáncer profesional es una de las más de 40 normas internacionales de la OIT que, desde su constitución en 1919, han abordado específicamente el tema de la seguridad y salud en el trabajo. Estas normas pueden clasificarse en 4 grupos: 1) las relacionadas con los riesgos específicos; 2) las relacionadas con los sectores específicos o ramas de actividad; 3) las que incluyen principios y resultados generales; y 4) las que abordan los principios fundamentales de la seguridad y salud en el trabajo⁵. Por su parte, algunos autores defienden que, en función de su alcance o finalidad, los instrumentos de seguridad y salud en el trabajo se engloban en seis grupos. El autor destaca que la política de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo está recogida esencialmente en tres Convenios internacionales del trabajo y sus correspondientes Recomendaciones: el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), y su Protocolo de 2002; el Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 161); el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187)⁶.

Siguiendo la clasificación utilizada por la OIT en su informe, el Convenio sobre el cáncer profesional pertenecería al primer grupo, es decir, se trata de una norma que otorga protección contra riesgos particulares, al igual que, por ejemplo, el Convenio sobre la protección contra las radiaciones, 1960 (núm. 115), el Convenio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977 (núm. 148), Convenio sobre el asbesto, 1986 (núm. 162), Convenio sobre los productos químicos, 1990 (núm. 170), y el Convenio sobre la prevención de accidentes industriales mayores, 1993 (núm. 174). De hecho, en su Preámbulo, el Convenio sobre el cáncer profesional apunta que, para su elaboración, se ha tomado nota de las disposiciones del Convenio y de la Recomendación sobre la protección contra las radiaciones de 1960, y del Convenio y de la Recomendación sobre el benceno de 1971.

Sin embargo, cabe señalar que se producen algunas superposiciones entre

⁵ OIT, *Seguridad y Salud en el centro del Futuro del Trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*, 2019, p. 16.

⁶ O.B. ALLI, *Principios fundamentales de salud y seguridad en el trabajo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2002, pp. 35 ss.

las distintas normas de la OIT que regulan las sustancias peligrosas, ya que algunas cuestiones se contemplan en diferentes Convenios. Por ejemplo, si bien las sustancias y los agentes cancerígenos son directamente objeto del Convenio n.º 139, las radiaciones ionizantes, abordadas en el Convenio sobre la protección contra las radiaciones, 1960 (núm. 115), también son cancerígenas. En consecuencia, este tipo de sustancias están cubiertas por el ámbito de aplicación de dos Convenios distintos. Por un lado, mientras que la incidencia de las sustancias cancerígenas en la contaminación del aire se afronta en el Convenio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977 (núm. 148), y los productos químicos cancerígenos se tratan en el Convenio sobre los productos químicos, 1990 (núm. 170), estos dos temas no aparecen en el Convenio sobre el cáncer profesional. Por otro lado, el benceno, pese a contar con un Convenio propio, también es considerado un producto químico según el Convenio núm. 170 y un agente cancerígeno a efectos del Convenio núm. 139. Además, en la medida en que su utilización afecta al aire, también entra en el ámbito de aplicación del Convenio núm. 148. Por su parte, el asbesto, al que se dedica un convenio específico que se adoptó en 1986, y en el que se recogen disposiciones más detalladas, también está comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio sobre el cáncer profesional, pues es uno de los efectos negativos que puede producir⁷. Una vez realizadas estas aclaraciones, para encontrar los antecedentes del Convenio sobre el cáncer profesional tenemos que remontarnos a la 51^a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en 1967, y en la que se adoptó una Resolución que abordaba el tema el cáncer profesional. El período de posguerra hasta el decenio de 1970 estuvo marcado por un énfasis en la necesidad específica de protección contra el cáncer profesional, y por una mayor concienciación acerca de la necesidad de presentar un planteamiento más global del entorno humano en general, pero también del entorno de trabajo. Ahora bien, la *Enciclopedia de seguridad y salud en el trabajo* de la OIT, publicada por primera vez en 1930, ya hacía referencia en uno de sus suplementos de 1938 al cáncer, y también al asbesto. En su versión más reciente, la de 1998, el Tomo I de la citada Enciclopedia contiene un capítulo dedicado al cáncer, dentro del cuál se analizan en profundidad los cancerígenos profesionales⁸.

⁷ OIT, *Actividades normativas de la OIT en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo. Estudio detallado para la discusión con miras a la elaboración de un plan de acción sobre dichas actividades. Informe VI*, Conferencia Internacional del Trabajo, 91^a Reunión, 2003.

⁸ P. BOFFETTA (dir.), voz Cáncer, en J. MAGER STELLMAN (dir.), *Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo*, OIT, 1998, vol. I, parte I, cap. 2.

Volviendo al proceso de adopción del Convenio sobre el cáncer profesional en el año 1974, cabe señalar que, en 1972, la OIT dio a conocer un Informe en el que se analizaban con detalle los aspectos esenciales de los cánceres profesionales, y en el que se definían como tumores malignos que se vinculan con una exposición prolongada a agentes físicos o químicos que se presentan en el trabajo⁹.

A raíz de dicho informe, puede decirse que la OIT consideró oportuno establecer normas internacionales sobre la protección con las sustancias o agentes cancerígenos. Para llegar a esta conclusión la OIT tuvo tenido en cuenta la labor llevada a cabo por otras organizaciones internacionales, y en especial de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y del Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer, con los cuales colabora. En consecuencia, la adopción de diversas proposiciones relativas a la prevención y control de los riesgos profesionales causados por las sustancias y agentes cancerígenos fue incluida como quinto punto del orden del día de la 59^a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en el marco de la cual se adoptó el Convenio sobre el cáncer profesional.

3. Contenido del convenio

El contenido específico del Convenio sobre el cáncer profesional se desarrolla a lo largo de 6 artículos. Los dos primeros tienen como objetivo eliminar la exposición a sustancias o agentes cancerígenos en el trabajo, mientras que los restantes contienen medidas dirigidas a proteger a los trabajadores y a minimizar los riesgos derivados de la exposición a este tipo de productos, cuando no sea posible eliminarla.

Las principales obligaciones recogidas en el Convenio se corresponden con algunos de principios de la acción preventiva y, sin perjuicio del análisis por extenso que se realizará a continuación, pueden resumirse de la siguiente manera: 1) identificar de las sustancias o agentes cancerígenos prohibidos, aunque se prevé la introducción de excepciones; 2) sustituir de los agentes cancerígenos por otros menos peligrosos; 3) proteger a los trabajadores frente a los riesgos derivados de la utilización de estos productos cuando no sea posible eliminarlos, y llevar un registro de las exposiciones; 4) deber de información y formación de los trabajadores expuestos; 5) evaluación de riesgos y vigilancia de la salud.

⁹ C.A. RODRÍGUEZ, *Los convenios de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo: una oportunidad para mejorar las condiciones y el medioambiente de trabajo*, CIF-OIT, 2009, pp. 190 ss.

Según su artículo 1, la principal obligación para los Estados Miembros que ratifiquen el Convenio consiste en determinar periódicamente las sustancias y agentes cancerígenos a los que la exposición en el trabajo estará prohibida, o sujeta a autorización o control, y aquellos a los que se aplican otras disposiciones del presente Convenio. El Convenio no contiene una lista de los elementos que entran en esa categoría, sino que serán los Estados los encargados de llevar a cabo esta tarea. De esta manera, se correría el riesgo de que algunas de las sustancias o agentes considerados cancerígenos sean diferentes en los distintos Estados que han ratificado el Convenio. Sin embargo, para hacer frente a esta situación, el artículo 1.3 del Convenio establece que deberán tomar en consideración los datos más recientes contenidos en los repertorios de recomendaciones prácticas o guías que pueda elaborar la Oficina Internacional del Trabajo, así como la información proveniente de otros organismos competentes. En la actualidad, los Estados que han ratificado el Convenio pueden acudir a la parte dedicada a los cancerígenos profesionales de la *Encyclopedia de seguridad y salud en el trabajo* de la OIT, que contiene una serie de tablas en las que se enumeran 22 sustancias químicas, grupos de sustancias químicas o mezclas, a las que la exposición es fundamentalmente profesional, que son cancerígenos para los seres humanos, entre los que se incluye el amianto, el benceno y los materiales pesados. Otros 20 productos se clasifican como probablemente cancerígenos para el ser humano, entre ellos, por ejemplo, la sílice cristalina, mientras que un gran número de sustancias se estiman probablemente cancerígenas, como, por ejemplo, los compuestos de plomo inorgánico. En consecuencia, los Estados no podrán decidir de manera arbitraria cuáles son las sustancias o agentes cancerígenos prohibidos en el trabajo.

Con todo, la prohibición de exposición no es absoluta, sino que el apartado segundo del art. 1 establece que pueden introducirse excepciones a la misma, para las que será necesaria una autorización que especifique en cada caso las condiciones que deban cumplirse. Por lo tanto, en estos casos, la exposición en el trabajo a sustancias o agentes considerados cancerígenos está permitida. La Recomendación sobre el cáncer profesional, 1974 (núm. 147), precisa que las autorizaciones que consienten estas situaciones deberían contener la siguiente información: a) las medidas técnicas, de higiene y de protección personal que hayan de observarse; b) la vigilancia médica o los exámenes o investigaciones que deban realizarse; c) los registros que deban llevarse; y d) las calificaciones profesionales exigidas a los encargados de la vigilancia de la exposición a estas sustancias o agentes. Tal y como puede apreciarse, el Convenio

prevé la posibilidad de que se contemplen excepciones a la prohibición de exposición, y la Recomendación indica cuál ha de ser el contenido de la autorización que las permita, pero ninguno de los dos instrumentos dice en qué casos podrán concederse, ni para qué sustancias o agentes específicos, sino que esta tarea corresponderá a los Estados.

El artículo 2 recoge la segunda de las obligaciones previstas en el Convenio, según la cual, los Estados que firmen el Convenio tendrán que esforzarse para que se sustituyan las sustancias y agentes cancerígenos a que puedan estar expuestos los trabajadores durante su trabajo, por substancias o agentes no cancerígenos, o por sustancias o agentes menos nocivos. En la elección de las sustancias o agentes de sustitución se deberán tener en cuenta, entre otras, sus propiedades cancerígenas y tóxicas. Este artículo se corresponde con algunos de los principios de la acción preventiva: «evitar el riesgo» y «sustituir lo peligroso por lo que entraña poco o ningún peligro». Del tenor literal del presente artículo se desprende que los Estados no están obligados a eliminar la utilización de sustancias y agentes cancerígenos, sino que simplemente tienen que intentar sustituirlas por otros que no tengan este tipo de efectos nocivos para la salud o, al menos, no tan graves. De hecho, el artículo no prevé ninguna sanción o consecuencia para los Estados que no logren reemplazar los productos cancerígenos, por lo que, tal y como establece el art. 1, la exposición a las mismas puede estar permitida en determinadas ocasiones. La Recomendación añade que los empleadores deberían procurar, por todos los medios, utilizar procedimientos de trabajo que no ocasionen la formación y, en particular, el desprendimiento en el lugar de trabajo de sustancias o agentes cancerígenos en forma de productos principales o intermedios, de subproductos, de residuos o en cualquier otra forma. Sin embargo, se contempla de manera expresa la posibilidad de que no sea posible eliminar completamente este tipo de elementos. En estos casos, los empleadores, en consulta con los trabajadores y sus organizaciones, y a la luz de las opiniones procedentes de círculos autorizados, y en particular de los servicios de medicina del trabajo, deberían utilizar todos los medios apropiados para eliminar la exposición o reducir al mínimo el número de personas expuestas, la duración de la exposición y el grado de ésta. En esta línea, el art. 2.2 del Convenio señala que el número de trabajadores expuestos a elementos susceptibles de provocar cáncer, y la duración y los niveles de dicha exposición, deberán reducirse al mínimo compatible con la seguridad.

Partiendo del presupuesto de que el Convenio autoriza la exposición a sustancias o agentes cancerígenos en el lugar de trabajo en determinadas ocasiones, el art. 3 se refiere a dos tipos de acciones que los Estados

tendrán que llevar a cabo en estos casos. Por un lado, deberán prescribir las medidas que deban tomarse para proteger a los trabajadores contra los riesgos de exposición a dichos productos, y, por otro lado, deberán asegurar el establecimiento de un sistema apropiado de registros. Respecto a la protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de la exposición a agentes o sustancias cancerígenas, la autoridad competente debería obtener el asesoramiento necesario, especialmente en cuanto a la existencia de productos o medidas técnicas, de higiene y de protección personal, y en cuanto a la vigilancia médica y a los exámenes e investigaciones que se realicen antes, al tiempo o después de que el trabajador haya sido destinado a tareas que entrañen el uso de tales sustancias o agentes; así como exigir que se tomen las medidas adecuadas. Por otro lado, la autoridad competente también debería fijar los criterios para determinar el grado de exposición a sustancias o agentes cancerígenos, y establecer, en los casos apropiados, niveles que deberían servir de indicadores para la vigilancia del medio de trabajo en relación con las medidas técnicas de prevención necesarias.

Por su parte, la Recomendación apunta que el establecimiento, mantenimiento, conservación y transferencia de registros, y el intercambio de informaciones, son los elementos clave de un sistema para la prevención y control del cáncer de origen profesional. Dicho sistema debería establecerse y mantenerse por parte de la autoridad competente, en cooperación con los empleadores individualmente y con los representantes de los trabajadores, cuando sea factible y con la mayor rapidez posible. Para poner en marcha este tipo de sistema, deberían tenerse en cuenta la asistencia que pueden prestar las organizaciones internacionales y nacionales, incluidas las organizaciones de empleadores y de trabajadores, y los empleadores individualmente. Además, los registros y las informaciones serán obligatorios incluso en caso de cierre de la empresa. Por último, pese a que, según el Convenio, la garantía de la existencia de un sistema apropiado de registros corresponde a la autoridad competente de cada Estado Miembro, la Recomendación prevé que, si no cumple con esta obligación, los empleadores, en consulta con los representantes de los trabajadores, deberían procurar por todos los medios realizar los objetivos del Convenio.

A continuación, los artículos 4 y 5 del Convenio versan sobre las medidas específicas que habrán de adoptarse para los trabajadores expuestos a sustancias o agentes cancerígenos.

En primer lugar, el art. 4 se refiere a la información y la instrucción que habrá de proporcionarse a los trabajadores. Este artículo establece que los Estados que ratifiquen el Convenio sobre el cáncer profesional tendrán

que adoptar medidas para asegurar que los trabajadores que han estado, están o corren el riesgo de estar expuestos a sustancias o agentes cancerígenos reciban toda la información disponible sobre los peligros que presentan tales sustancias, y sobre las medidas que hayan de aplicarse. En primer lugar, en relación con el deber de información, la Recomendación apunta que los empleadores deberían cerciorarse de que toda sustancia o agente cancerígeno que se utilice en el lugar de trabajo contenga una indicación apropiada sobre el riesgo que supone, destinada al trabajador que pudiera estar expuesto a la misma. Además, cuando se introduzca, o vaya a introducirse, en la empresa una sustancia o agente que se sospeche que posee poder cancerígeno, los empresarios deberían solicitar información a las autoridades competentes sobre los riesgos de cáncer que presenta, para decidir, de manera conjunta, qué otros estudios deben realizarse. La Recomendación también contiene una serie de instrucciones destinadas a promover el aumento de la información disponible acerca de los peligros que conllevan los productos cancerígenos. En este sentido, la autoridad competente debería promover estudios epidemiológicos, y de otra índole, y reunir y divulgar informaciones sobre los riesgos de cáncer profesional. Para ello, podría contar con la ayuda, en su caso, de las organizaciones nacionales e internacionales, incluidas las organizaciones de empleadores y de trabajadores. También debería esforzarse por establecer los criterios para determinar el poder cancerígeno de las sustancias o agentes. Por otro lado, y para garantizar la difusión de la información disponible de la mejor manera posible, la autoridad competente debería elaborar manuales adecuados de instrucción para uso de los trabajadores y de los empleadores sobre las sustancias y agentes susceptibles de provocar el cáncer profesional.

En segundo lugar, sobre la instrucción y formación de los trabajadores expuestos a este tipo de riesgos, la Recomendación señala que, antes de asignar su ocupación al trabajador y posteriormente con regularidad, y en los casos en que se introduzca una nueva sustancia o agente cancerígeno, los empleadores deberían instruir a los trabajadores acerca de los riesgos a los que están expuestos en la producción o utilización de tales sustancias o agentes, y acerca de las medidas aplicables. En este sentido, la Recomendación atribuye un papel muy importante a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, pues afirma que deberían tomar medidas concretas para realizar programas de información e instrucción sobre los riesgos de cáncer profesional, y estimular a sus miembros a participar plenamente en los programas de prevención y de control. Tal y como puede apreciarse, además de para los Estados y para las organizaciones de

empleadores y trabajadores, la Recomendación también recoge una serie de obligaciones para los propios trabajadores y para las demás personas que participen en actividades profesionales que impliquen un riesgo de exposición a sustancias o agentes cancerígenos, quienes deberían seguir las instrucciones de seguridad prescritas y utilizar correctamente todos los medios suministrados para su propia protección, o la de otras personas.

El art. 5 se refiere a las cuestiones relacionadas con la evaluación de riesgos y con la vigilancia de la salud de los trabajadores expuestos a sustancias o agentes cancerígenos. En este sentido, establece que los Estados que ratifiquen el Convenio tendrán que adoptar medidas para asegurar que se proporcionen a los trabajadores los exámenes o investigaciones médicos, biológicos o de otro tipo, que sean necesarios para evaluar la exposición o el estado de su salud en relación con los riesgos profesionales. Este tipo de medidas tienen que garantizarse tanto mientras el trabajador está efectivamente expuesto a estos riesgos profesionales como después de la misma y, para ello, la Recomendación encomienda a la autoridad competente el deber de velar por que se tomen disposiciones para que los trabajadores que han sido empleados en tareas que entrañen la exposición a ciertas sustancias o agentes cancerígenos específicos continúen siendo objeto de exámenes médicos, biológicos o de otros exámenes o investigaciones apropiados, después de que hayan cesado en los empleos. Según la Recomendación, las medidas a las que se refiere el art. 5 del Convenio tendrán que preverse por vía legislativa o por cualquier otro método conforme a la práctica y a las condiciones nacionales. Los exámenes médicos podrán ser, según los casos, previos al empleo, pero también periódicos a intervalos apropiados. Todos los exámenes o investigaciones deberían realizarse, en la medida de lo posible, durante las horas de trabajo, y no deberían ocasionar gasto alguno para los trabajadores. Si los resultados de estas medidas apuntan que no es oportuno continuar exponiendo a un trabajador a las sustancias o agentes cancerígenos en el curso de su empleo normal, se deberían aplicar todos los medios razonables para trasladar a ese trabajador a otro empleo conveniente. Esto sería una manifestación del principio de la acción preventiva relativo a la adaptación del trabajo a la persona.

Por último, el art. 6 recoge las medidas de aplicación que el Estado que ratifique el Convenio está obligado a cumplir para garantizar su cumplimiento. En primer lugar, deberá adoptarlas por vía legislativa o por cualquier otro método conforme a la práctica y a las condiciones nacionales, y en consulta con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores más representativas. En segundo lugar, tendrá que indicar a qué organismos o personas incumbe, con arreglo a la

práctica nacional, la obligación de asegurar el cumplimiento de las disposiciones del Convenio sobre el cáncer profesional y, por último, se comprometerá a proporcionar los servicios de inspección apropiados para velar por la aplicación de las disposiciones del Convenio, o cerciorarse de que se ejerce una inspección adecuada.

4. Conclusiones

La incidencia del cáncer en la salud de los trabajadores que están, o han estado expuestos, a sustancias peligrosas en el trabajo es un tema de máxima relevancia y actualidad, por lo que tiene que valorarse de manera positiva que, ya en el año 1974, lograse alcanzarse en el seno de la OIT el consenso necesario para adoptar un Convenio y una Recomendación destinados a prevenir el cáncer profesional. En la actualidad, la propia OIT estima que los cánceres de origen profesional representan un 26 por ciento de las muertes relacionadas con el trabajo. Según los estudios en la materia, la mortalidad provocada por los cánceres de origen profesional es mayor en los países desarrollados¹⁰.

Si bien puede encontrarse protección contra el cáncer profesional en varios Convenios de la OIT sobre riesgos laborales específicos, se consideró oportuno adoptar una norma internacional específica relativa al cáncer profesional. Esta decisión se entiende plenamente justificada debido a la extraordinaria importancia del tema. Tres décadas después, en el plano regional, la Unión Europea siguió el ejemplo de la OIT y promulgó la Directiva 2004/37/CE relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo, modificada en el año 2019, por la Directiva 2019/130. La Directiva recoge medidas similares a las del Convenio y de la Recomendación de la OIT, en particular, en lo que se refiere al registro, a la información y formación de los trabajadores y a la sustitución de los agentes cancerígenos.

La protección frente al cáncer profesional está adquiriendo cada vez más importancia en la Unión Europea, y ello se pone de manifiesto, por ejemplo, en el hecho de que la EU-OSHA haya dedicado su Campaña 2018-2019 al tema de los *Trabajos saludables: alerta frente a sustancias peligrosas*, que incluye entre sus objetivos «redoblar la sensibilización sobre los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos en el

¹⁰ OIT, *Seguridad y Salud en el centro del Futuro del Trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*, cit., p. 3.

trabajo, mediante el apoyo al intercambio de buenas prácticas».

Sin embargo, no todos los países de la Unión Europea han ratificado el Convenio OIT sobre el cáncer profesional. Además, incluso los que lo han hecho no han implementado totalmente las obligaciones que contiene, en particular, las relativas al registro de los trabajadores expuestos a agentes o sustancias cancerígenas en el trabajo. En muchas ocasiones, los representantes de los trabajadores denuncian que las autoridades competentes no solicitan estos datos a los empresarios y que, por lo tanto, estos no los conservan. En este sentido, cabe destacar que la Recomendación sobre el cáncer profesional establece que las organizaciones de trabajadores y empresarios deberían asumir importantes funciones de cara a la prevención del cáncer profesional. En concreto, tendrían que intentar garantizar el registro de la exposición a agentes o sustancias cancerígenas si no lo hace la autoridad competente, y también deberían promover y tomar medidas concretas para poner en práctica cursos de formación dirigidos a los trabajadores expuestos a productos cancerígenos. Sin embargo, este tipo de medidas no forman parte del contenido específico del Convenio, sino que se encuentran en la Recomendación. El Convenio atribuye obligaciones solamente a los Estados que lo ratifiquen, mientras la función que reserva a las organizaciones de empresarios y trabajadores es meramente consultiva. Esto supone una diferencia importante respecto a otros Convenios de la OIT sobre riesgos laborales específicos, pues el Convenio sobre el cáncer profesional no contiene disposiciones sobre la responsabilidad de los empresarios y las obligaciones de los trabajadores o de sus representantes. Sin embargo, la participación de los agentes sociales juega un papel muy importante en la prevención del cáncer profesional, por lo que debería promoverse el diálogo social y su participación en esta materia como forma de garantizar la efectividad de los objetivos del Convenio n.º 139. Con todo, el Convenio contiene una serie de medidas generales y mínimas que constituyen la base angular para la efectiva prevención del cáncer profesional y, por lo tanto, sería deseable que los Estados que todavía no lo han hecho lo ratificasen, por ejemplo, España, con independencia de que muchas de las medidas que recoge hayan sido introducidas también en la Directiva de la Unión Europea relativa a la exposición a agentes carcinógeno durante el trabajo.

5. Bibliografía

AA.VV., *New avenues for prevention of occupational cancer: a global policy perspective*, en *Occupational and Environmental Medicine Journal*, 2019, vol. 76, n. 6, pp. 360-362

ALLI O.B., *Principios fundamentales de salud y seguridad en el trabajo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2002

BOFFETTA P. (dir.), voz Cáncer, en J. MAGER STELLMAN (dir.), *Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo*, OIT, 1998, vol. I, parte I, cap. 2

CCOO, *Sólo 23 casos de cáncer de origen laboral se comunicaron en España durante 2015*, en www.cancerceroeneltrabajo.coo.es, 4 febrero 2016

EU-OSHA, *Campaña 2018-2019. Trabajos saludables: alerta frente a sustancias peligrosas*, en osha.europa.eu/es

LIBNER L., KUHL K., KAUPPINEN T., UUKSULAINEN S., *Exposure to carcinogens and work-related cancer: A review of assessment methods. European Risk Observatory Report*, European Agency for Safety and Health at Work, 2014

NIETO SAINZ J., *La salud y seguridad en el trabajo desde la perspectiva de la OIT*, en M.I. RAMOS QUINTANA, M.C. GRAU PINEDA (coords.), *Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes*, Bomarzo, 2013

OIT, *Seguridad y Salud en el centro del Futuro del Trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*, 2019

OIT, *Actividades normativas de la OIT en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo. Estudio detallado para la discusión con miras a la elaboración de un plan de acción sobre dichas actividades. Informe VI*, Conferencia Internacional del Trabajo, 91^a Reunión, 2003

OIT, *Seguridad y salud en el trabajo*, en www.ilo.org

RODRÍGUEZ C.A., *Los convenios de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo: una oportunidad para mejorar las condiciones y el medioambiente de trabajo*, CIF-OIT, 2009

Normativa

[C139 – Convenio sobre el cáncer profesional, 1974 \(núm. 139\)](#)

[R147 – Recomendación sobre el cáncer profesional, 1974 \(núm. 147\)](#)

Convenio sobre la licencia pagada de estudios 1974 (núm. 140)

Francisco PÉREZ AMORÓS*

RESUMEN: En este ensayo se comenta que el Convenio OIT n. 140 de 1974 y la subsiguiente Recomendación OIT n. 148 de 1974 tratan de la licencia para estudios como un referente básico del derecho a la formación de los trabajadores, relacionándola con los derechos humanos y con el fomento del empleo. Se observa en este estudio que, habiendo la OIT revitalizado el aprendizaje permanente y continuo para reactualizar la formación profesional (Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo de 2019), resulta conveniente asignar un nuevo protagonismo al permiso o licencia para formación previsto tiempo ha en el citado Convenio OIT n. 140; exigencia que también patrocina la Unión Europea por medio de su Pilar Europeo de los Derechos Sociales. A tales fines, se comentarán en estas páginas algunos de los aspectos de la licencia para estudios *ex Convenio OIT n. 140*, tales como: sujetos, objeto, contenido y financiación, entre otros.

Palabras clave: Formación profesional, aprendizaje permanente, fomento del empleo, trabajo decente, suspensión del contrato, licencia (pagada).

SUMARIO: 1. Introducción: formación y licencia para estudios. 2. El planteamiento general de la educación y formación de los trabajadores a lo largo de toda la vida laboral según la OIT: un marco para el Convenio OIT n. 140 de 1974. 3. Los permisos como un “seguro de empleo”. 4. Licencia de estudios prevista en el Convenio OIT n. 140. 5. Previa: fuentes complementarias del Convenio OIT 140 y aportaciones del *Preámbulo*. 6. Conceptuación de la licencia “para estudios” y naturaleza: suspensión contractual y derecho subjetivo. 7. Sujetos beneficiarios: universalidad subjetiva. 8. Objeto: formación para el empleo, promoción y participación. 9. Contenido a modo de régimen jurídico: regulación, duración, remuneración y financiación. 10. Aplicación del Convenio OIT n. 140. 11. Al cierre. 12. Bibliografía.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Investigador del Instituto de Estudios del Trabajo de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Paid Educational Leave Convention 1974 (No. 140)

ABSTRACT: In this paper ILO Convention No. 140 of 1974 and subsequent ILO Recommendation No. 148 of 1974 are discussed. They deal with study leave as a basic reference for the right to training of workers, relating it to human rights and the promotion of employment. It is observed that, having the ILO revitalized the permanent and continuous learning to update professional training (Declaration of the Centenary of the ILO for the Future of Work of 2019), it is convenient to assign a new role to the leave for formation long ago included in the cited ILO Convention No. 140; this need is also sponsored by the European Union through its European Pillar of the Social Rights. To this end, these pages will comment on some of the aspects of the license for studies *ex* ILO Convention No. 140, such as: beneficiaries, goal, content and financing, among others.

Key Words: Vocational training, lifelong learning, promotion of employment, decent work, contract suspension, (paid) leave.

*Toda persona tiene derecho a la educación [...].
La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada¹*

1. Introducción: formación y licencia para estudios

La formación de los trabajadores es hoy día un signo consolidado del futuro del trabajo justo, decente y con pleno empleo.

La aprobación del Convenio OIT sobre la licencia pagada de estudios, número 140, aprobado en la 59^a reunión CIT en Ginebra el 24 de junio de 1974, – Convenio OIT 140 (1974), en adelante –, es uno de los momentos emblemáticos del empoderamiento de la formación de los trabajadores en el seno de la OIT, hecho que la Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del Trabajo (2019) ha revitalizado muy recientemente.

En estas páginas se glosará el Convenio OIT 140 (1974), contextualizándolo en el marco internacional de la formación permanente de los trabajadores, después, se glosará la licencia para estudios, y al cierre, se aportan unas reflexiones más sobre el binomio formación-licencia. Se trata de un comentario constreñido a algunos aspectos de actualidad de la cuestión, limitado en su extensión, de tono más reflexivo que propositivo, realizado con apoyo de fuentes actuales (sólo de 2017 a 2019, salvo excepciones), obviando así las referidas en otros ensayos anteriores a favor de la remisión.

2. El planteamiento general de la educación y formación de los trabajadores a lo largo de toda la vida laboral según la OIT: un marco para el Convenio OIT n. 140 de 1974

Tras unos primeros avatares, la formación de los trabajadores adquirió relevancia con la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) y con la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008), y posteriormente, culminó con los acuerdos, declaraciones e informes internacionales que dieron cuerpo a la denominada Iniciativa del Centenario de la OIT relativa al futuro del trabajo, y final y recientemente, el auge de la formación, se institucionaliza de forma solemne con la

¹ Art. 26 DUDH.

referida Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo (2019).

Aunque sea entre paréntesis, conviene anotar desde buen principio, que – según la propia OIT² – buena parte de la relevancia de la formación también se explica por la estrecha relación que tiene con los derechos humanos, y con el fomento del empleo y las mejoras de las condiciones de trabajo.

Entre los antecedentes de la Declaración del Centenario de la OIT del Futuro del Trabajo (2019) que mejor enmarcan el Convenio OIT 140 (1974), se comentan los dos siguientes:

- 1) la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible aprobada por la Asamblea General de la ONU en 2015 – que como tal *obliga* a la OIT – cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, y, a su vez, éstos con un total de 169 metas: pues bien, en todos los objetivos y en muchas metas se pueden detectar aportaciones sobre la educación y formación de los trabajadores; y de forma especial, en el Objetivo 4, sobre *Educación de calidad* y en el 8 sobre *Trabajo decente y desarrollo económico*³; que debidamente entrecruzados multiplican las referencias sobre dicha cuestión: así resulta que «el aprendizaje durante toda la vida para todos» (Objetivo 4) bien podría ser el frontispicio de un derecho a la formación que ya transmite *imágenes* del permiso como una de sus garantías;
- 2) el Informe *Trabajar para un futuro más prometedor*, elaborado por la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo (creada en 2017 por la OIT), elaborado en 2017-2018 y presentado en la sede de la OIT el 22 de enero de 2019, bajo una rúbrica sobre *El aprendizaje permanente para todos* exhorta a que «se reconozca formalmente un derecho universal al aprendizaje permanente», e insiste que para lograr «el desarrollo humano» es necesario que «los trabajadores tengan derecho al aprendizaje permanente» de amplio contenido, proponiendo a tales efectos el reconocimiento a los trabajadores de permisos para la formación en los términos que se expondrán⁴. Este Informe es buen reflejo del estado global de la cuestión de la formación de los trabajadores en la OIT a fecha de hoy; aunque para conocer más detalles sobre la cuestión, resulta útil tener presente sus actividades más

² *Vid. ILOSTAT, Ocupación por educación.*

³ *Vid. NACIONES UNIDAS, [La Asamblea General adopta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible](#), en www.un.org, 25 septiembre 2015.*

⁴ COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *[Trabajar para un futuro más prometedor](#)*, OIT, 2019, p. 30 y 31.

recientes sobre tal materia en ámbitos regionales⁵: actividades estas, inspiradas todas ellas en la *Declaración de Panamá para el centenario de la OIT: por el futuro del trabajo en las Américas* (2018) que para mejorar el futuro del trabajo preconiza «la formación a lo largo de la vida» y las «sinergias entre la educación, la formación profesional y el mundo del trabajo para conciliar la oferta y la demanda laboral» (II.11.VI)⁶; y actividades, que permiten concluir que «la formación profesional [...] ocupa un lugar destacado como nunca antes en la consideración nacional, regional y global», y que resulta necesaria «la combinación de la formación en el puesto del trabajo y el aprendizaje basado en el aula»⁷.

Cierra este resumido inventario de las fuentes de la OIT que potencian – y contextualizan – la formación de los trabajadores la reciente *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*, adoptada por su Conferencia en su 108^a Reunión de 21 junio de 2019 (Ginebra), en la que convergen estudios, disposiciones y declaraciones varias de la OIT anteriormente adoptadas sobre la materia, y se proclama la necesidad de asegurar la formación de «todos los trabajadores a lo largo de la vida laboral como responsabilidad compartida entre los gobiernos y los interlocutores sociales» (III.A)⁸, facilitando así «la transición de la educación y la formación al trabajo» (Punto A.iv).

Resulta pues fácil concluir que la referida Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible (ONU, 2015) y el citado Informe *Trabajar para un futuro más prometedor*, elaborado por la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo (presentado el 2019), configuran un cuadro general e internacional de la formación de los trabajadores en el que se puede ubicar el Convenio OIT

⁵ Ver OIT, CINTERFOR, *Informe del Director de OIT/Cinterfor, Montevideo, Uruguay, agosto de 2019*, Comisión Técnica OIT/Cinterfor, 44^a Reunión, 2019, especialmente, pp. 30-33.

⁶ OIT, *Declaración de Panamá para el centenario de la OIT: por el futuro del trabajo en las Américas*, 19^a Reunión Regional Americana, 2018, AMRM.19/D.4; NACIONES UNIDAS, *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe*, 2018, LC/G.2681-P/Rev.3.

⁷ OIT, CINTERFOR, *op. cit.*, pp. 7 y 32.

⁸ A los efectos de una debida contextualización, se transcribe el literal íntegro del párrafo de la Declaración de referencia que contiene dicha aseveración: se trata de «asegurar una transición justa a un futuro del trabajo que contribuya al desarrollo sostenible en sus dimensiones económica, social y ambiental» (III.A), a cuyo fin la OIT patrocina «promover la adquisición de competencias, habilidades y calificaciones para todos los trabajadores a lo largo de la vida laboral como responsabilidad compartida entre los gobiernos y los interlocutores sociales a fin de: subsanar los déficits de competencias existentes y previstos; prestar especial atención a asegurar que los sistemas educativos y de formación respondan a las necesidades del mercado de trabajo, teniendo en cuenta la evolución del trabajo» (*idem*).

149 (1974); y que la *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo* (2019), lo completa, solemniza e institucionaliza.

Además, en este punto del discurso exposición, se puede y se debe dejar apuntado – simplemente, apuntado – que el contexto global de la formación de los trabajadores elaborado por la OIT que encuadrará la glosa del Convenio OIT 149 (1974), se ha de complementar – en su caso – con las aportaciones de la Unión Europea sobre la cuestión a través de sus instituciones, sus organismos y centros competentes al efecto, vías comunitarias todas que parten del valor que – según los propios Tratados comunitarios – tiene la formación en general y el aprendizaje permanente y continuado en concreto⁹. Y así mismo, se observa aquí, que la colaboración entre la OIT y la UE se extrema cuando se trata de ordenar dichas materias formativas – permisos, incluidos –, tal y como ha ocurrido con la participación de la OIT en la construcción del *pilar europeo de los derechos sociales* (UE, 2017)¹⁰, según prueba – por ejemplo – el siguiente hecho: el pilar europeo se estructura en tres categorías y veinte principios, siendo que el primer principio (*Educación, formación y aprendizaje permanente*) de la primera categoría (*Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo*) previene que «Toda persona tiene derecho a una educación, formación y aprendizaje permanente inclusivos y de calidad, a fin de mantener y adquirir capacidades que les permitan participar plenamente en la sociedad y gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral»¹¹, planteamiento de la UE que no requiere un largo discurso para calificarlo de parejo al de la OIT al respecto, similitudes, que por lo demás, se seguirán detectando en estas páginas¹².

⁹ A modo de ejemplo, entre los Tratados de la UE, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconoce el derecho a la educación y al acceso a la “formación profesional y permanente” (art. 14). El ideal del aprendizaje permanente y continuado – enraizado en sede comunitaria (Consejo 2009) – tomó impulso con la Estrategia Europa 2020 – Comisión, 2010 –, y creció con el Marco Estratégico Educación y Formación 2020 (ET 2020; *vid. COMISIÓN EUROPEA, Política europea de cooperación (marco ET 2020)*, en ec.europa.eu), en el que la formación profesional – uno de los objetivos del Marco – se plantea como una formación – aprendizaje – continuada y permanente para acceder y mantener empleo, y cuya implementación en Europa ha dado sus primeros resultados, siempre susceptibles de mejora según los Informes publicados. Sobre organismos y centros de la UE, competentes en formación profesional, ver MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL, *La Formación Profesional en Europa*, en www.todofp.es.

¹⁰ M.I. RAMOS QUINTANA, *El pilar europeo de los derechos sociales: la nueva dimensión social europea*, en *Revista de Derecho Social*, 2017, n. 77, pp. 19-42.

¹¹ Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017 sobre el pilar europeo de derechos sociales.

¹² F. PÉREZ AMORÓS, *Contribution de l'OIT à la structuration du pilier européen des droits sociaux*

3. Los permisos como un “seguro de empleo”

La mayoría de los textos generales citados – y otros sobre la cuestión –, que tratan del marco general de la formación de los trabajadores, incluyen referencias directas sobre los permisos para formación, y lo hacen poniendo de relieve la importancia de los mismos.

El referido Informe *Trabajar para un futuro más prometedor*, elaborado por la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo (presentado el 2019), como se ha anticipado trata del *derecho de los trabajadores al aprendizaje permanente*, para cuyo ejercicio previene que los gobiernos tendrán que reconfigurar sus políticas y servicios de empleo y sistemas de formación a fin de ofrecer «a los trabajadores el tiempo y el apoyo financiero que necesitan para aprender», todo con la colaboración – también financiera – de los empleadores que deberán incrementar sus inversiones en formación; precisiones todas estas directamente referidas a ciertos aspectos puntuales de los permisos para formación de los trabajadores que se concluyen así: «Proponemos que se establezca un sistema de derechos de formación mediante un sistema rediseñado de “seguro de empleo” o de “fondos sociales” que permita a los trabajadores tomarse tiempo libre remunerado de sus trabajos para participar en la formación. Se podría reconocer a los trabajadores el derecho a un determinado número de horas de formación, independientemente del tipo de trabajo que hagan», planteamiento que explica bien que el propio Informe se refiera – expresamente – a «la formación y los permisos» como «un “seguro de empleo”») para todos los trabajadores sea cual sea el trabajo que presten. El sujeto, objeto y contenido del permiso comienzan a dibujarse.

Ciertas opiniones sindicales sobre la formación y los permisos resultan sugerentes y persuasivas, y así mismo, ponen de relieve la dimensión supranacional e internacional (concertación y diálogo social) de la cuestión. Al respecto, valga la Resolución de la CES adoptada por su Comité Ejecutivo de 7 y 8 de marzo de 2018, bajo un título expresivo, Prioridades de la UE en materia de educación y formación después de 2020 – Hacia un derecho europeo a la formación para todos, reivindica «Un derecho europeo a la formación que garantice una formación de alta calidad para todos los trabajadores, en particular los trabajadores poco cualificados, incluyendo

de l'Union européenne, ponencia para el congreso *L'impact des normes de l'OIT sur la scène internationale*, organizado por Institut des Sciences Sociales du Travail y Réseau International CIELO Laboral, a celebrar en Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, París, 24 de septiembre de 2019.

un permiso de formación remunerado», concretando que «En la estrategia de la UE [...] debería hacerse especial hincapié en la aplicación del Convenio de la OIT sobre el permiso de educación remunerado, 1974 (núm. 140) para garantizar el derecho a la formación (tiempo permitido, posibilidad limitada para los empleadores de oponerse a la solicitud de formación de los trabajadores, etc.). El derecho europeo a la formación debería ir acompañado del establecimiento de un “derecho al permiso de estudios remunerado”: para la formación y la educación a lo largo de toda la vida y garantizar que los trabajadores puedan adaptarse, iniciar una nueva etapa en la carrera y obtener competencias no relacionadas con su trabajo actual. La plena aplicación del Convenio debería garantizar el derecho a la formación para la movilidad profesional y el desarrollo de las carreras profesionales».

Resulta revelador que ambas aportaciones – institucional (UE) y sindical (CES): tan actuales, y de tan desigual origen y a cual más relevante – se refieren expresa y directamente a los permisos para la formación y formulaen consideraciones generales – no muy dispares, por cierto – sobre algunos de sus aspectos (naturaleza (derechos y derechos fundamentales), titulares (trabajadores: universalidad subjetiva), contenido (amplio y omnicomprensivo), financiación (público privada), duración (necesaria a su objetivo), efectos (jurídico laborales, suspensivos, y salariales, retribuidos) y otras implicaciones (derechos mínimos, autonomía y diálogo social estatal e internacional) desde una óptica supranacional; pero además, resulta oportuno subrayar con trazo grueso, a efectos también dialécticos, que ambos recordatorios revalorizan el Convenio OIT 140 muchos años después de 1974: o tal Convenio OIT fue una *adelantado* en el tiempo, o, contrariamente, la situación actual de la cuestión es reflejo de un *retraso* manifiesto.

4. Licencia de estudios prevista en el Convenio OIT n. 140

Ubicada la licencia en el marco general de la formación y del aprendizaje continuado y permanente elaborado por la OIT y la UE, en este apartado, se confeccionará su mapa conceptual *ex Convenio OIT 140 (1974)*¹³, con un exiguo soporte documental¹⁴, en evitación de reiteraciones¹⁵ y por

¹³ En vigor desde el 23 de septiembre de 1976. Listado de países que lo ha ratificado y países que no, en [Ratificación del C140 – Convenio sobre la licencia pagada de estudios, 1974 \(núm. 140\)](#).

¹⁴ Por todos, A.R. ARGÜELLES BLANCO, *El derecho a la licencia de estudios en el ordenamiento español*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1998, n. 91; D. LANTARÓN BARQUÍN, *El*

razones de extensión.

Junto al Convenio de referencia, se comentará la subsiguiente Recomendación OIT 148 (1974), sobre licencia pagada de estudios aprobada en la 59^a reunión CIT de 24 junio 1974.

5. Previa: fuentes complementarias del Convenio OIT 140 y aportaciones del *Preámbulo*

A partir de los textos generales de la OIT que tratan de la cuestión – algunos precitados –, el Convenio 140 OIT y Recomendación OIT 149 que se comentan se pueden complementar a todos los efectos con: el Convenio OIT 142 (1975), sobre el desarrollo de los recursos humanos, que incluye aspectos de la “orientación y formación profesional permanente” y reclama la participación de los agentes sociales en la programación de la misma; posteriormente, con ánimos renovados, la Recomendación 195 (2004), sobre el desarrollo de los recursos humanos, de especial mención, «Reconociendo que la educación, la formación y el aprendizaje permanente son factores que propician el desarrollo personal, el acceso a la cultura y la ciudadanía activa» (*Preámbulo*), destaca el valor del “aprendizaje permanente” entendido como «todas las actividades de aprendizaje realizadas a lo largo de la vida con el fin de desarrollar las competencias y cualificaciones» (I.2.a), haciendo de la formación un derecho que también se ejerza en la empresas (I.4.a y I.4.b), y reclama a los estados «promover el desarrollo del aprendizaje y la formación en el lugar de trabajo mediante [...] la organización de actividades de formación en el trabajo y fuera de él» (IV.9.f.ii).

Ambos textos OIT, sin citarla, arropan la licencia para la formación introducida por el Convenio 140 OIT, y así ha sido reconocido en la propia Organización y por la doctrina¹⁶.

En este contexto, el Convenio de referencia, eleva a su Preámbulo varias

Convenio núm. 140 OIT y la retribución del permisos para concurrir a la realización de exámenes: ¿Un derecho virtual?, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, n. 47, pp. 211-231; T. SALA FRANCO, Dictamen acerca de la vigencia del Convenio 140 de las OIT sobre «licencia pagada de estudios», en Relaciones Laborales, 1985, tomo I.

¹⁵ F. PÉREZ AMORÓS, *El permiso para concurrir a exámenes y el permiso de formación profesional continua*, 1996 (inédito), F. PÉREZ AMORÓS, *Educación y formación profesional en el nuevo milenio (Homo faber, homo economicus versus homo homo ludens)*, en Revista Jurídica, 2006, n. XII, pp. 87-154, y F. PÉREZ AMORÓS, *La política de ocupación y la formación de los trabajadores*, en F. CAMAS RODA (coord.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Bosch, 2009, pp. 119-138.

¹⁶ Vid. OIT, [Orientación y formación profesional](#), en www.ilo.org.

consideraciones sobre la licencia de referencia que se pueden agrupar en dos bloques: consideraciones contextuales, pero no por ello menos relevantes (la relaciona con el artículo 26 de la DUDH de 1948; y la ubica en el ámbito de la formación profesional – permanente – de los trabajadores); y consideraciones más de contenido de la propia licencia, al referirse a «licencias temporales para los trabajadores o la concesión a éstos de tiempo libre para que participen en programas de educación o de formación», «licencia con fines de educación y de formación», y a una «licencia pagada de estudios debería considerarse como un medio que permite responder a las necesidades reales de cada trabajador».

Tanto las consideraciones contextuales como las más de fondo, coadyuvan a delimitar el concepto como el contenido de la licencia en cuestión.

6. Conceptuación de la licencia “para estudios” y naturaleza: suspensión contractual y derecho subjetivo

Es la concedida – por el empresario (sujeto obligado) – a los trabajadores (sujetos beneficiarios), con fines educativos (objetivo), por un período determinado (duración), durante las horas de trabajo (suspensión), y con pago de prestaciones económicas adecuadas (retribuida) (art. 1 Convenio; y, art. 1 Recomendación).

Sin duda los referentes conceptuales básicos de la licencia, según el Convenio, parecen ser tres: sus fines; su duración y determinación del tiempo; y, su carácter de retribuida.

Uno de los referentes que mejor define a la licencia – precisamente, denominada: «para estudios» – son los fines formativos que persigue, y que según el Convenio, pueden ser de «formación profesional a todos los niveles», de «educación general, social o cívica», y de «educación sindical» (art. 2 Convenio). Unos fines formativos, materialmente amplios, que incluyen también la formación sindical, precisión que se debe subrayar porque relaciona la licencia formativa con la participación de los trabajadores, es decir con el derecho de libertad sindical, cuya condición de “derecho de derechos” se comprueba una vez más en toda su amplitud. Es así que la denominada “*licencia de estudios*”, es realmente un permiso formativo por sus fines dicho sea *lato sensu* porque da cabida a variadas actividades formativas, como por ejemplo, concurrir a exámenes de estudios.

Resulta controvertido, afirmar sin más (sin apoyo de *normas* estatales, por ejemplo), que el disfrute de la licencia según Convenio, es un derecho

subjetivo: al respecto existe un debate, que como se expondrá no es objeto de estas páginas.

Pero reconocido el derecho, «La licencia pagada de estudios no deberá negarse a los trabajadores por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social» (art.8 Convenio), una previsión esta acertada pero *sobreentendida*; y, establecido el derecho del trabajador, la aquiescencia del empresario para su disfrute no parece ser una autorización a modo de reconocimiento a pesar de la laxitud con la se configura (arts. 4 y 17.1 Recomendación). Y, reconocido el derecho, el pago de la licencia parece debido, cuestión distinta es su montante, al igual que resulta incuestionable que el tiempo de licencia se tendrá como trabajo efectivo.

Según el texto comentado, la licencia o permiso es una vicisitud laboral que por sus efectos – «tiempo libre» de trabajo (*Preámbulo*) «durante las horas de trabajo» (art. 1 Convenio) – se califica de suspensión del contrato de, y como tal es de duración temporal, como lo son todos los permisos en general, dicho sea sin más precisiones en los términos que se expondrán al tratar de contenido o régimen jurídico de la licencia. El Convenio abunda en la línea suspensiva al precisar que «El período de la licencia pagada de estudios deberá asimilarse a un período de trabajo efectivo a efectos de determinar los derechos a prestaciones sociales y otros derechos que se deriven de la relación de empleo con arreglo a lo previsto por la legislación» (art. 11 Convenio).

7. Sujetos beneficiarios: universalidad subjetiva

Valga aquí, apuntar que lo son «dos trabajadores» (art. 1 Convenio y otros), y lo son “todos” pues no consta restricción alguna en el Convenio; una amplitud de miras que también se explica porque el derecho de formación de los trabajadores del que es garantía la licencia es de tal condición.

Por razones de extensión, sólo se puede dejar constancia que el régimen de licencias no es totalmente igual para todos los trabajadores, pues admite *especialidades* (art. 9 Convenio, *infra*).

8. Objeto: formación para el empleo, promoción y participación

Según el Convenio OIT 140, la licencia, de manera general, pretende favorecer la educación y formación permanentes de los trabajadores, y más concretamente, pretende asegurar el desarrollo y adaptación de las

calificaciones profesionales y funcionales para fomentar el empleo y la seguridad en el empleo (art. 3 a y d Convenio). Que según el Convenio OIT 140, la licencia forme un binomio con el fomento del empleo y la mejora de las condiciones laborales, es una prueba convincente de su relevancia; un planteamiento que el Convenio resalta también en otros de sus pasajes (art. 4 Convenio).

Así mismo, dicho texto, establece que la licencia contribuye a «la participación activa y competente de los trabajadores y de sus representantes en la vida de la empresa» y a «a la promoción humana, social y cultural de los trabajadores» (arts. 3.b y 3.c Convenio), previsiones que son relevantes porque – por ejemplo la primera – suscribe que la licencia formativa es una garantía de primer orden para el ejercicio real y efectivo – «activa y competente» (III.b Convenio) – de un derecho de tanta jerarquía en el ámbito laboral como lo es el derecho de participación de los trabajadores – y sus representantes – en la empresa en toda su extensión, entre otras razones por su correlación con la libertad sindical, ya citada *supra* por otros motivos¹⁷.

9. Contenido a modo de régimen jurídico: regulación, duración, remuneración y financiación

El Convenio establece la siguiente pauta general: «La concesión de la licencia pagada de estudios podrá ponerse en práctica mediante la legislación nacional, los contratos colectivos, los laudos arbitrales, o de cualquier otro modo compatible con la práctica nacional» (art. 5 Convenio); una previsión *previsible* que da pie a recordar – un dato importante – que el diálogo social es también una vía operativa al respecto, como lo es el convenio colectivo, predisposición por la autonomía colectiva por parte del Convenio que parece plausible, siempre y cuando no sirva de excusa a la heteronomía estatal para dejar de establecer unos mínimos siempre necesarios.

Se insiste en tal línea cuando se previene que «Las autoridades públicas, las organizaciones de empleadores y de trabajadores y las instituciones u organismos [...] deberán aunar sus esfuerzos [...] para la elaboración y puesta en práctica de la política destinada a fomentar la licencia pagada de estudios» (art. 6). Así mismo, el Convenio apunta que establece pautas generales sobre la licencia que permiten «disposiciones especiales» (art. 9

¹⁷ F. PÉREZ AMORÓS, *El permiso de formación sindical de los representantes de los trabajadores*, en *Rivista de Fomento Social*, 1983, n. 150, pp. 193-203.

Convenio).

Desde el punto de vista de los derechos y efectos más concretos, la licencia en cuestión se caracteriza así:

- a) es de duración temporal – «período determinado», art. 1 Convenio) – y como tal es causa de suspensión del contrato de trabajo. A recordar aquí que el Preámbulo del Convenio OIT 140 se refiere a las «licencias temporales para los trabajadores o la concesión a éstos de tiempo libre para que participen en programas de educación o de formación»; y a tener presente que la precisión del primer pasaje del Convenio – «período determinado» – trasluce que el tiempo de duración está predeterminado según sean los estudios que explican la licencia;
- b) el propio título del Convenio, y su primer artículo, ya establecen que se trata de una licencia “pagada” (*idem* reiterativamente, arts. 5, 6 7 y 8 Convenio, por ejemplo) o «con pago de prestaciones económicas adecuadas», sin mayores precisiones salariales que no sea reconocer los sentidos que se pueden asignar al referido adjetivo “adecuadas”, ambiguo sin duda, pero para nada neutro, y recordando alguna precisión más del propio Convenio por medio de su citado pasaje 11. Sin duda, que sea pagada, es un referente conceptual de primer orden, razón a la que sin duda responde que la Referida Recomendación OIT 148 (1974), detalle que «Las prestaciones económicas pagaderas a los trabajadores durante la licencia pagada de estudios deberían: [...] mantener su nivel de ingresos, mediante la continuación del pago de su remuneración y otras prestaciones o mediante una compensación adecuada por dichos conceptos, con arreglo a lo previsto» por la normativa estatal aplicable al caso (V.20 Recomendación cit.), previsión que sin duda es digna de reflexión, aunque esté prevista en una *simple* Recomendación OIT, no – siquiera – en el Convenio de referencia. En todo caso, tratándose de cantidades salariales, el empresario, parece ser el sujeto obligado. Cuestión distinta, que aquí no se contempla, es que el Convenio prevé ayudas económicas públicas en favor de los trabajadores que disfruten de una licencia formativa;
- c) «La financiación de los sistemas de licencia pagada de estudios deberá efectuarse en forma regular, adecuada y de acuerdo con la práctica nacional» (art. 7 Convenio): es una cláusula de estilo – clásica de la OIT cuando se trata de financiación – que permite una financiación mixta tal y como se apunta en otras normas de la OIT (ver IV. Recomendación).

10. Aplicación del Convenio OIT n. 140

No es objeto de estas páginas – no lo puede ser – introducirse en el debate sobre la aplicación de los Convenios OIT en los Estados miembros o sobre si es un texto *programático* o si genera derechos subjetivos por sí mismo, y no es factible, entre otras razones, porque también depende de cada ordenamiento estatal; no obstante parecen obligados unos escuetos apuntes al respecto de esta cuestión, y reiterar una cuestión.

El Convenio de referencia – como muchos otros de la OIT –, desde buen principio (art. 2 Convenio) auto compromete su *aplicabilidad* por una doble vía: cierta sumisión a las «prácticas nacionales», y aplicación progresiva «de ser necesario por etapas» (art. 2 cit. con *idem* 4 y 5 Convenio); ambas condiciones tienen su *lógica*, pero sin duda flexibilizan aplicación del Convenio. En la misma línea, la redacción del Convenio, como otros, utiliza expresiones susceptibles de concreción.

Como se ha planteado, resulta controvertido, afirmar sin más (sin un mínimo apoyo de *normas* estatales, por ejemplo), que el disfrute de la licencia según Convenio, es un derecho subjetivo.

11. Al cierre

Aunque aquí se ha reflexionado, en concreto y en exclusiva, sobre la “licencia” de “estudios”, conviene acentuar que es un debate sobre el “tiempo” – de trabajo o personal – y la “educación” considerados en conjunto, un emparejamiento que, si cabe, otorga hoy día mayor lustre a la licencia en cuestión por dos sencillas razones:

1 porque, según la tendencia que marcan las normas internacionales, el derecho a la educación y el derecho a la formación profesional, desde la precisa óptica laboral, cada día son más “constitucionales” y más “fundamentales” y menos “inespecíficos”, debido, por ejemplo en Europa, al *resurgimiento* de la Carta Social Europea (art. 15 y concordantes) del Consejo de Europa), y a la redefinición al alza – *constitucionalización* – de los derechos fundamentales sociales en la Unión Europea según la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales¹⁸;

¹⁸ F. PÉREZ AMORÓS, *Sistema Europeo de protección de los Derechos Humanos laborales: cuestiones de presente y futuro*, 2019 (en prensa), y M.J. ROMERO RÓDENAS, J.L. GARCÍA RÍOS, *Derecho al trabajo y derecho a la educación: un enfoque constitucional sobre la formación profesional*, en *Revista de Derecho Social*, 2019, n. 85, pp. 135-156.

- 2) porque los permisos o licencias formativas no sólo afectan al tiempo de trabajo (siempre sometido a observación como ocurre actualmente estableciendo controles para evitar jornadas indebidas), sino que lo condicionan para facilitar, precisa y concretamente, el disfrute del derecho a la educación *en y para* el trabajo hoy día más protegido por normas internacionales.

La licencia es una categoría jurídica con solera, la de estudios es mucho más.

12. Bibliografía

ARGÜELLES BLANCO A.R., *El derecho a la licencia de estudios en el ordenamiento español*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1998, n. 91

CES, Prioridades de la UE en materia de educación y formación después de 2020 – Hacia un derecho europeo a la formación para todos, Comité Ejecutivo del 7-8 de marzo de 2018

COMISIÓN EUROPEA, Política europea de cooperación (marco ET 2020), en ec.europa.eu

COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, Trabajar para un futuro más prometedor, OIT, 2019

ILOSTAT, *Ocupación por educación*

LANTARÓN BARQUÍN D., *El Convenio núm. 140 OIT y la retribución del permisos para concurrir a la realización de exámenes: ¿Un derecho virtual?*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2003, n. 47

NACIONES UNIDAS, *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe*, 2018, LC/G.2681-P/Rev.3

NACIONES UNIDAS, La Asamblea General adopta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en www.un.org, 25 septiembre 2015

OIT, CINTERFOR, Informe del Director de OIT/Cinterfor, Montevideo, Uruguay, agosto de 2019, Comisión Técnica OIT/Cinterfor, 44^a Reunión, 2019

OIT, Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 108^a Reunión, 2019

OIT, Declaración de Panamá para el centenario de la OIT: por el futuro del trabajo en las Américas, 19^a Reunión Regional Americana, 2018, AMRM.19/D.4

OIT, Orientación y formación profesional, en www.ilo.org

PÉREZ AMORÓS F., *Sistema Europeo de protección de los Derechos Humanos laborales: cuestiones de presente y futuro*, 2019 (en prensa)

PEREZ AMOROS F., *Contribution de l'OIT à la structuration du pilier européen des droits sociaux de l'Union européenne*, ponencia para el congreso *L'impact des normes de l'OIT sur la scène internationale*, Institut des Sciences Sociales du Travail y Réseau International CIELO Laboral, Paris, 24 septiembre 2019

PÉREZ AMORÓS F., *La política de ocupación y la formación de los trabajadores*, en F. CAMAS RODA (coord.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Bosch, 2009

PÉREZ AMORÓS F., *Educación y formación profesional en el nuevo milenio (Homo faber, homo economicus versus homo homo ludens)*, en *Revista Jurídica*, 2006, n. XII

PÉREZ AMORÓS F., *El permiso para concurrir a exámenes y el permiso de formación profesional continua*, 1996 (inédito)

PÉREZ AMORÓS F., *El permiso de formación sindical de los representantes de los trabajadores*, en *Revista de Fomento Social*, 1983, n. 150

RAMOS QUINTANA M.I., *El pilar europeo de los derechos sociales: la nueva dimensión social europea*, en *Revista de Derecho Social*, 2017, n. 77

ROMERO RÓDENAS M.J., GARCÍA RÍOS J.L., *Derecho al trabajo y derecho a la educación: un enfoque constitucional sobre la formación profesional*, en *Revista de Derecho Social*, 2019, n. 85

SALA FRANCO T., *Dictamen acerca de la vigencia del Convenio 140 de las OIT sobre «licencia pagada de estudios»*, en *Relaciones Laborales*, 1985, tomo I

Normativa

[C140 – Convenio sobre la licencia pagada de estudios, 1974 \(núm. 140\)](#)

[R148 – Recomendación sobre la licencia pagada de estudios, 1974 \(núm. 148\)](#)

[Ratificación del C140 – Convenio sobre la licencia pagada de estudios, 1974 \(núm. 140\)](#)

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales 1975 (núm. 141)

Jessica Jannet MONTALVO TEJEDA*

RESUMEN: Como consecuencia de los procesos de reforma agraria llevados a cabo en países en vía de desarrollo, surgió la necesidad de asociar a los trabajadores rurales con actividades que garantizaran su desarrollo económico y social. Por dicho motivo se optó por fomentar la creación de organizaciones de trabajadores rurales con el objetivo de abarcar la heterogeneidad de relaciones laborales que suceden efectivamente en ámbito rural. Siguiendo la pauta establecida tanto por el Convenio 141 y la Recomendación 149 se aprecia que el trabajo rural va más allá de la agricultura y que incluso los trabajadores itinerantes, ambulantes e independientes encuentran tutela bajo dicha norma internacional de trabajo. Es más, se exhorta a la ejecución de políticas nacionales en la cual los trabajadores rurales formen parte activa del diálogo social, se incentive su formación profesional y puedan acceder a asistencia financiera. Al encontrarnos ahora en un contexto de globalización es necesario confrontar el presente convenio ante fenómenos como la deslocalización de las empresas, la feminización de la pobreza, el escaso avance institucional de los mercados de empleo, entre otros, con el objetivo de encontrar el camino que nos acerque al trabajo decente.

Palabras clave: C141, R149, Trabajadores rurales, Organización, OIT.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El ámbito rural. 3. Identificando a los trabajadores rurales. 4. Organizaciones de trabajadores rurales y sus derechos. 5. Políticas para la promoción de las organizaciones de trabajadores rurales. 6. ¿Estamos cumpliendo con los objetivos propuestos? 7. Bibliografía.

* Master en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla.

Rural Workers' Organisations Convention 1975 (No. 141)

ABSTRACT: As a consequence of the agrarian reform processes carried out in developing countries, arose the need to associate rural workers with activities that ensure their economic and social development. For this reason, it was decided to encourage the creation of rural workers' organisations with the aim of covering the heterogeneity of labour relations that actually occur in rural areas. Following the guidelines established by both Convention N.^o 141 and Recommendation N.^o 149, it can be seen that rural work goes beyond agriculture and that even itinerant, hawker and independent workers find protection under those international labour standards. Moreover, national policies in which rural workers are an active part of social dialogue are encouraged, as well as their professional training and their access to financial assistance. Since we are now in a context of globalization, this ILO legal instrument must face up to phenomena such as the relocation of companies, the feminization of poverty, the scarce institutional advance of employment markets, among others, in order to find the path that bring us closer to decent work.

Key Words: C141, R149, Rural workers, Rural Workers' Organisation, OIT.

1. Introducción

El Convenio bajo comentario fue adoptado con el objetivo de comprender a un gran número de trabajadores rurales – sobre todo de los países en vía de desarrollo – en tanto que estos no contaban con mayor protección en sus legislaciones nacionales además de enfatizar la importancia de organizarlos a fin de potenciar el desarrollo rural. Así, vemos que las dos grandes áreas del Convenio núm. 141 (en adelante C141) versan sobre: a) la libertad sindical y eliminación de restricciones que obstaculicen el derecho de organización de los trabajadores y b) la creación de organizaciones de trabajadores rurales por parte de los estados miembros que ratifiquen el C141 a fin de cumplir con su objetivo de contribuir al desarrollo económico y social¹.

En el contexto de la adopción del C141 se entendía que el estado era el llamado a desempeñar un papel protagónico en el desarrollo rural y por ello se otorgó importancia a las actividades estatales destinadas al fomento de la constitución y expansión de las organizaciones de trabajadores rurales (en adelante OTR). Similar análisis puede hacerse al revisar aquel convenio en concordancia con la Recomendación núm. 149 toda vez que propone mecanismos específicos para fomentar el crecimiento de las OTR. De todas las actividades que se desarrollan en el sector rural, la actividad agrícola presenta el nivel más bajo de organización en sindicatos y organizaciones de agricultores y de empleadores en tanto se estima que menos del 10 por ciento de los trabajadores agrícolas asalariados del mundo están organizados y/o representados², quedando un gran porcentaje de los trabajadores en indefensión y fuera de las estadísticas como es el caso de las mujeres, los niños trabajadores y los trabajadores migrantes³.

A continuación haremos un reconocimiento de las categorías de trabajadores y organizaciones de trabajadores rurales que comprende el C141 y su respectiva Recomendación. Buscaremos también indagar si es

¹ OIT, *La función de las organizaciones de trabajadores en el desarrollo económico y social: estudio de caso del convenio número 141 de la OIT en México y Filipinas*, OIT, Ginebra, 1995, p. ii.

² OIT, *Trabajo decente y productivo en la agricultura*, OIT, Ginebra, 2017, p. 3.

³ *Ibid.*, pp. 4-5. Las mujeres encuentran limitaciones al derecho de propiedad o el acceso a la tierra, los recursos, la financiación o los insumos financieros, la tecnología y los mercados. Los menores suelen incorporarse al trabajo desde los 5 o 7 años de edad, exponiéndose a condiciones de trabajo peligrosas. Finalmente, los trabajadores migrantes son víctimas de discriminación y vulnerables al trabajo forzoso sobre todo en el sector agrícola.

que las condiciones adversas del mundo rural hacia el año 1975, año de la adopción de los referidos instrumentos, han sido mitigados o ya superados.

2. El ámbito rural

En la búsqueda de una comprensión efectiva del ámbito rural debemos desterrar visiones tradicionales que nos llevan a asociar únicamente la actividad rural con la agricultura y, a su vez, dejar de otorgarle un carácter estático a dicha actividad⁴. En la actualidad la población rural se implica en diversas actividades económicas como la artesanía, ganadería, pesca, minería, pequeñas y medianas industrias, comercio, turismo, servicios, la agricultura propiamente dicha, entre otros.

Dicha variedad de actividades económicas constituyen el reflejo de los cambios acontecidos desde hace más de cuarenta años en las zonas rurales, los mismos que causaron impacto demográfico, económico e institucional en diversos países. Por ejemplo, tanto en Europa como en América se vivió un éxodo masivo de población de zonas rurales hacia grandes urbes así como procesos de contra urbanización; de la mano de ello, se advirtió el declive de la agricultura, motivo por el cual se optó por la necesaria diversificación del mundo rural. Ante dicho escenario es que desde lo institucional se optó por dar impulso a procesos de descentralización política con el objetivo de potenciar a las regiones y/o estados y reducir las desigualdades – en América Latina – e incluso se optó por la aplicación de una política agraria de carácter supranacional, como en el caso de la Unión Europea⁵.

3. Identificando a los trabajadores rurales

El artículo 2 del C141 hace referencia a dos grupos de trabajadores. El primero de ellos comprende a los trabajadores que reciben algún tipo de

⁴ OIT, *Trabajar en el campo en el siglo XXI. Realidad y perspectivas del empleo rural en América Latina y el Caribe*, OIT, Lima, 2016, p. 18. En dicho estudio de la OIT se muestra que entre los años 1950 al 2010 ha venido dándose una reducción del empleo agrícola en comparación con otros empleos rurales en ocho países de América Latina (Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú y Venezuela).

⁵ E. PÉREZ, *Hacia una nueva visión de lo rural*, en N. GIARRACA (comp.), *¿Una nueva ruralidad en América Latina?*, CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2005, pp. 14-15.

salario en una relación de empleo; aquí se incluyen categorías como la de trabajadores permanentes (a tiempo completo), trabajadores temporales u ocasionales, trabajadores estacionales, trabajadores migrantes o indígenas, trabajadores a destajo e incluso trabajadores que reciben algún tipo de pago “en especie”. El segundo grupo está integrado por los trabajadores rurales por cuenta propia como los arrendatarios, aparceros y pequeños propietarios cuya principal fuente de ingresos sea la agricultura. Es más, respecto del trabajo de la tierra, se requiere que ésta sea trabajado por si mismos o de ser el caso con ayuda de familiares, o recurriendo a trabajadores supletorios que no deberán ser mano de obra permanente, numerosa, de carácter estacional además de no hacer cultivar sus tierras por aparceros o arrendatarios⁶.

Aunado a lo anterior, no debe dejarse de lado la inclusión de los trabajadores independientes como sujetos de protección a la luz del C141 y R149. De un informe elaborado por la Comisión de expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT⁷ se pudo identificar la presencia de este tipo de trabajadores en países como El Salvador y Filipinas. En el primero de los países mencionados, las OTR eran integradas por trabajadores indígenas y la Comisión determinó que dichas organizaciones estaban comprendidas dentro del C141. Para el caso de Filipinas se señaló que la Federación Filipina de Campesinos Libres también podría acogerse al C141 en tanto contaba con trabajadores itinerantes, ambulantes e independientes.

Puede verse entonces que el objetivo del C141 es ampliar la base de protección de los trabajadores rurales comprendiendo tanto asalariados como trabajadores por cuenta propia, entendiendo así la heterogeneidad de relaciones laborales en el mundo rural. Por dicho motivo es necesario que las legislaciones nacionales de los estados ratificantes del C141 sean un reflejo de los mecanismos de empleo rural que suceden efectivamente⁸.

4. Organizaciones de trabajadores rurales y derechos reconocidos

Bajo los parámetros del C141 las organizaciones de trabajadores rurales comprenden a sindicatos con composición general y composición específica, las cooperativas, las asociaciones u organizaciones de

⁶ K. TSOTRUDI, L. BRETON, *Empoderamiento de trabajadores, empleadores y comunidades rurales a través de las Normas Internacionales del Trabajo*, OIT, Ginebra, 2012, p. 2.

⁷ OIT, *Dar una voz a los trabajadores rurales. Conferencia Internacional del Trabajo, 104.^a reunión*, OIT, Ginebra, 2015, p. 31-32.

⁸ *Ibid.*, pp. 23-26.

campesinos, productores y trabajadores independientes. No deja lugar a dudas al señalar que incluye a las organizaciones que representen los intereses de los trabajadores rurales junto con los de otros trabajadores; así, se anima a que aquellos se organicen conjuntamente con otro tipo de trabajadores a fin de garantizar OTR fuertes, independientes y eficaces de garantizar su desarrollo económico y social⁹.

A fin de lograr que las organizaciones de trabajadores rurales jueguen un papel importante en el desarrollo económico y social de los estados será necesario reconocer el derecho de todas las categorías de trabajadores rurales a constituir organizaciones y afiliarse a ellas, el derecho de constituir y afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes, el derecho de constituir organizaciones sin autorización previa así como el derecho de redactar sus propios estatutos y reglamentos (art.3 párrafo1).

Desde la Organización Internacional del Trabajo se viene cuestionando las restricciones para la constitución de OTR a nivel nacional y subnacional debido a que los estados excluyen de sus legislaciones sobre relaciones laborales a trabajadores de granjas, ranchos o deciden incluir a los trabajadores de la agricultura y horticultura en legislaciones específicas que no otorgan el mismo nivel de protección que la legislación general que regula las relaciones laborales¹⁰. Es más, también se identificó como un obstáculo la exigencia de un largo periodo de empleo como prerequisito para obtener la condición de miembro de un sindicato agrícola¹¹. Si incidimos en el caso de trabajadores migrantes vemos que las restricciones son: i) exigirles un mínimo de dos años de residencia legal en el país de acogida para ser autorizados a formar parte de un sindicato y ii) que el país de origen del trabajador migrante otorgue el mismo derecho a los nacionales del país que lo acoge. La situación se agrava aún más cuando se establece como requisito para constituir un sindicato el tener la nacionalidad del país donde se trabaja u obtenerla con una antigüedad mínima de diez años¹².

⁹ K. TSOTRUDI, L BRETON, *Empoderamiento de...*, op. cit., p. 3.

¹⁰ OIT, *Dar una voz...*, op. cit., p. 43. Caso de Canadá, específicamente en las provincias de Alberta y Ontario.

¹¹ Ibid., pp. 44-45. En países como Chile, Qatar y la República Árabe Siria se evidencia legislación que excluye a los trabajadores temporales, estacionales y causales del sector rural de la legislación laboral.

¹² OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5^a Ed. (revisada), OIT, Ginebra, 2006, p. 47. Legislaciones como las establecidas en la República Centroafricana y Argelia, respectivamente, son contrarias a lo establecido en el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948.

Como respuesta a todas las situaciones aquí presentadas, la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones exhortó a los estados miembros al cumplimiento del C141 y el Convenio relativo a los derechos de asociación y de coalición de los trabajadores agrícolas (C11), los mismos que no hacen distinciones respecto de la situación migratoria de los trabajadores o si es que se encuentran en la informalidad¹³. El objetivo es que los trabajadores pueden realizar la transición a la formalidad para así dar paso a la concreción de otros derechos.

El sindicato no es la única forma de organización que encuentran los trabajadores rurales ya que la práctica nos demuestra que las asociaciones de agricultores, campesinos y cooperativas son modalidades a las cuales también recurren. El C141 estipula que los trabajadores tienen la libertad de decidir la estructura y la forma de afiliación de sus organizaciones, no debiendo ser este impuesto mediante legislación. Además, deben tener permitido ejercer un pluralismo sindical, es decir, tener la posibilidad de cambiar o constituir nuevos sindicatos sean por motivos de independencia, eficacia y/o afinidad ideológica¹⁴.

Una vez más será necesario adecuar las legislaciones nacionales al ámbito de aplicación de los trabajadores rurales; por ejemplo, las exigencias por contar con un número mínimo de miembros, exigir un nivel de formación o una determinada cantidad de recursos financieros a fin de constituir una OTR deberá ser adaptada a las condiciones especiales de las zonas rurales¹⁵. El objetivo que se persigue es evitar que las formalidades exigidas se conviertan en obstáculos y que, en dicho contexto, las autoridades ejerzan un poder discrecional para oponerse al establecimiento de una organización; máxime sí en el C141 se aboga por el derecho a constituir organizaciones sin autorización previa y por la simplificación de los trámites para tal fin.

Además de exigirse a las OTR el cumplimiento de la legalidad (art.3 párrafo 4) es necesario que estos cuenten con procedimientos democráticos a la par de reconocer a sus miembros el derecho a la interposición de recursos. Las autoridades nacionales únicamente deberán

¹³ OIT, *Trabajar en el campo..., op. cit.*, p. 44. Para la OIT un trabajador asalariado será incluso considerado informal cuando no cuente con protección social y/o contrato de trabajo.

¹⁴ OIT, *La libertad sindical..., op. cit.*, p. 69.

¹⁵ OIT, *Trabajar en el campo..., op. cit.*, p. 62. La adecuación que se propone realizar será un buen mecanismo destinado a reducir el sesgo urbano perenne en legislación y políticas públicas nacionales. Dicho sesgo se presenta cuando no reconocemos las condiciones particulares del empleo en las zonas rurales o cuando se ejecutan proyectos de inversión que perjudican áreas rurales que cuentan con población tradicionalmente excluida.

centrarse en verificar si es que los estatutos y reglamentos redactados por los propios trabajadores cumplen o no con los requisitos de forma precisados por la legislación y dejar de lado prácticas tendientes a, por ejemplo, constituir asociaciones rurales de adhesión obligatoria a través de ministerios¹⁶ toda vez que en el C141 se aboga por contar con organizaciones libres de toda injerencia, coerción o represión (art.3 párrafo 2).

Para una efectivo desempeño de las OTR se incentiva a que sus integrantes lleven las riendas de la organización encargándose de su administración, el desarrollo de actividades y de formular programas de acción que estimen convenientes a la par que el C141 exige a los estados miembros implementar una política de promoción de este tipo de organizaciones (art.5). A modo de contrarrestar posibles injerencias en la regular actividad de las OTR y/o vulneración del principio de libertad sindical es necesario que los trabajadores, específicamente los dirigentes sindicales, no encuentren restricciones para acceder a su centro de trabajo y puedan mantener contacto con los otros miembros de dirección de la organización a fin de organizar acciones reivindicativas, protestas y ejercer el derecho de negociación colectiva con el objetivo de defender sus intereses. Por ejemplo, desde la OIT se emplaza a los estados a asegurar que los representantes de los trabajadores y dirigentes puedan acceder a centros de trabajo como las granjas o plantaciones a fin de reunirse con el resto de miembros de su organización, siendo que muchas veces estos viven y trabajan en el mismo lugar. Es más, se procura que aquellas reuniones no perjudiquen la ejecución del trabajo en el horario laboral establecido ni afecten la propiedad privada. Acciones como la ya mencionada podrán servir incluso como mecanismo de defensa frente a prácticas ilegales que, en casos extremos, son parte de circuitos internos y externos de trata de personas con fines de explotación laboral y ante lo cual es necesario lograr la judicialización de dichos casos¹⁷.

¹⁶ OIT, *Dar una voz...*, op. cit., p. 49.

¹⁷ Tal como señala G.E. ABOSO, *Trata de Personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*. 2^a Ed., B de F, Buenos Aires, 2018, p. 115. En diversas provincias de la República Argentina se han identificado casos de captación y transporte de personas con fines de explotación laboral en las áreas rurales, específicamente para el trabajo textil. Es así como la mano de obra nacional o extranjera de bajos recursos está sujeta a jornadas de trabajo de más de 12 horas, pagos insuficientes, retención de pasaportes, entre otros. La Procuraduría de Trata y Explotación de Personas, adscrita al Ministerio Público Fiscal, dio cuenta en su informe anual del 2016 de la apertura de 293 expediente judiciales por la presunta comisión del delito de trata de personas y de la clausura de talleres clandestinos.

Las OTR cuentan con el derecho a la negociación colectiva en tanto proviene del derecho que tienen dichas organizaciones a ejercer el principio de libertad sindical contenido en el C141 así como en el C11¹⁸, situación que les faculta a representar, promover y defender los intereses de los trabajadores rurales, procediendo a negociaciones y consultas a todos los niveles en nombre de dichos trabajadores tomados colectivamente. Visto así, la negociación colectiva es de gran ayuda para los trabajadores por cuenta propia estacionales o temporales¹⁹ en el desarrollo de sus relaciones económicas más aun cuando en algunas legislaciones nacionales se persiste en la negativa de reconocerles dicho derecho al ser un sector no sindicalizado en gran medida o donde se realizan diferenciaciones entre sindicatos y cooperativas, negando a estos últimos el derecho a negociar colectivamente cuestiones como las condiciones de empleo, mejoras en las remuneraciones, entre otros. Finalmente, la negociación colectiva con los representantes de trabajadores no sindicalizados deberá ser posible únicamente cuando no existan sindicatos en el nivel que se les trate²⁰.

Del texto del C141 se desprende que las organizaciones de trabajadores rurales y sus miembros requieren contar con protección frente a actos de discriminación antisindical, de género o por injerencia los empleadores (art. 4). La R149 refiere la necesidad de contar con legislación nacional que proteja eficazmente a los trabajadores rurales contra el despido por el hecho de ser dirigentes o miembros de organizaciones de trabajadores rurales; es más se alienta a la aplicación de sanciones suficientemente efectivas y disuasorias de posibles nuevos actos discriminatorios; más aún cuando contamos con mayor presencia de mujeres en las categorías de trabajadores agrícolas casuales y por cuenta propia, trabajadores

¹⁸ K. TSOTRUDI, L BRETON, *Empoderamiento de..., op. cit.*, p. 4. Aunado a lo señalado en dichos convenios, el Comité de Libertad Sindical es un instancia encargada de examinar las quejas relativas a las violaciones de las normas y principios sobre la libertad sindical en todos los estados miembros de la OIT, independientemente de que hayan ratificado los convenios núm. 87 y 98.

¹⁹ OIT, *Dar una voz..., op. cit.*, p. 55. En los comentarios remitidos por Malasia respecto de la aplicación del C11 se cuestionaba que los trabajadores agrícolas por cuenta propia pudieran constituir sindicatos toda vez que ellos no tenían con quien negociar. Para la comisión de expertos de la OIT dicha premisa fallaba al no reconocer que dicha categoría de trabajadores entablaba relaciones comerciales prioritarias con los gobiernos. Igualmente, para el caso de Chile y Camerún, los trabajadores estacionales o temporales carecen del derecho a la negociación colectiva; es más, en el caso del último país mencionado la situación se agrava en tanto se incluye en este grupo a los trabajadores migrantes.

²⁰ *Ibid.*, p. 56.

domésticas de la economía informal y trabajadores miembros de pueblos indígenas y tribales que sufren discriminación étnica²¹. Una respuesta a dicha situación, siguiendo la política de promoción de las OTR (art. 5), implica fomentar el acceso igualitario de mujeres y hombres a los recursos, a la tierra, a la capacitación profesional, a iniciativas empresariales a fin de asegurar su independencia y ser capaces de hacer frente a posibles actos de injerencia por parte de empleadores en las actividades propias de sus organizaciones²².

Por último, las OTR pueden ejercer su derecho a constituir federaciones, confederaciones y afiliarse a las organizaciones internacionales que estimen oportunas. Con esto se pone de manifiesto la necesidad de apelar a la solidaridad entre trabajadores a fin que sus confederaciones nacionales puedan promover y proponer, en el ámbito internacional, mejoras a la actual condición de los trabajadores rurales y sus organizaciones para así lograr el desarrollo económico y social del mundo rural (art. 6).

5. Políticas para la promoción de las organizaciones de trabajadores rurales

Para cumplir los objetivos del C141 y lograr que las organizaciones de trabajadores rurales jueguen un rol importante en el desarrollo económico y social, se propone mediante la R149 (párrafo 5) la ejecución de una política nacional que comprenda cuestiones como: el dialogo social, el intercambio de información, la enseñanza y la formación profesional en el ámbito rural – al ser parte intrínseca del desarrollo productivo²³ – además de brindar asistencia financiera y material a las diversas categorías de OTR.

Cuando se aboga por el dialogo social²⁴ éste deberá ser efectivo en la

²¹ K. TSOTRUDI, L. BRETON, *Empoderamiento de..., op. cit.*, p. 2. En el contexto actual podría ser considerados como el colectivo más vulnerable puesto que sus medios tradicionales de producción carecen de reconocimiento y protección en la mayoría de los casos e incluso sus conocimientos y habilidades suelen ser infravalorados.

²² OIT, *Dar una voz..., op. cit.*, p. 59. Un ejemplo de ello sería el constituir OTR dominadas por un empleador u organización de empleadores, ser sostenidos económicamente por aquellos.

²³ OIT, *Trabajar en el campo..., op. cit.*, p. 53.

²⁴ Término utilizado para definir las relaciones entre el poder ejecutivo y actores sociales, representados en las organizaciones sindicales y empresariales. Para la OIT, el dialogo social puede ser tanto de carácter tripartito (participación de trabajadores, empleadores y el gobierno) así como de carácter bipartito (trabajadores y empleadores). Respecto de esto último, J. CRUZ VILLALÓN, *Diálogo social*, en A. BAYLOS GRAU, C. FLORENCIO

medida que se permita participar a las organizaciones en el proceso de redacción de leyes o políticas que afecten sus intereses o la vida en las áreas rurales, específicamente las referidas a procesos de reforma agraria donde será esencial contar con su participación desde la etapa de formulación de dichos procesos. Además, se requiere que dicho dialogo se desarrolle en las distintas instancias de decisión contando para ello con la presencia de las organizaciones de trabajadores rurales, empleadores y sus organizaciones y las autoridades competentes²⁵.

Consecuencias positivas de estas acciones se pueden apreciar en México al adoptarse, en el año 2014, una nueva política nacional alimentaria agraria que contó con la participación de organizaciones de campesinos y productores para su diseño. De igual manera en Tailandia las federaciones de cooperativas participaron en la determinación y evaluación de planes nacionales de desarrollo rural. En países como Argentina se comprobó el impacto positivo de las organizaciones de trabajadores cuando se implicaron en la promoción de derechos laborales como en el caso de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario que, al ser un órgano tripartito, medió en conflictos colectivos y tuvo autoridad para establecer condiciones de trabajo, remuneraciones mínimas de trabajadores rurales, entre otras medidas²⁶.

Un segundo grupo de actividades se encuentra destinada al intercambio de información (R149, párrafo 14 -15), enseñanza y formación profesional de los integrantes de las organizaciones de trabajadores y de las comunidades rurales(R149, párrafo 16-17). Bajo estos lineamientos se hace necesario que exista un reconocimiento mutuo del mundo rural y del mundo urbano. En el caso de los primeros es importante hacer transitar a los trabajadores hacia una economía formal y bajo sus propios modelos de desarrollo; de otro lado, el mundo urbano debe poner en valor las actividades y productos provenientes del campo. A fin de reducir las brechas existentes entre un sector y otro es requisito indispensable dotar de herramientas necesarias a las OTR y sus integrantes a fin que puedan desenvolverse ante situaciones de vulneración de derechos y tengan

THOMÉ, R. GARCÍA SCHWARZ (coords.), *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 671-678. Considera que el carácter bipartito hace referencia a un fenómeno propio de la relación entre trabajadores y empleadores en el ejercicio de, por ejemplo, una negociación colectiva o de la participación de los trabajadores en la empresa.

²⁵ OIT, *Trabajo decente...*, op. cit., p. 6. A nivel de OIT se respalda el fortalecimiento de las capacidades de los sindicatos de trabajadores agrícolas y de las OTR, quedando constancia de ello en la Conferencia Internacional de Trabajo celebrada en 2015.

²⁶ OIT, *Dar una voz...*, op. cit., pp. 68-70.

conocimiento de la legislación que los ampara tanto a nivel nacional como de las normas internacionales de trabajo aplicable para sus organizaciones²⁷. No debemos olvidar que las tecnologías de la información serán de gran apoyo a fin de reducir distancias ante la falta de infraestructura o incluso de la ausencia de instituciones públicas que, por lo general, no suelen tener mayor presencia en las áreas rurales.

Las OTR pueden acogerse a programas de asistencia financiera y material brindadas a fin de conseguir que sus diversas categorías sean viables. La ayuda ofrecida proviene generalmente de entidades públicas pero tienen un carácter complementario a las iniciativas y esfuerzos que realicen los propios trabajadores rurales para finanziarse (R149, párrafo 18). Cabe precisar que desde la OIT se ha exhortado a brindar un especial atención al fomento de los programas dirigidos a las mujeres y jóvenes de las zonas rurales²⁸. Casos de asistencia financiera pueden encontrarse en Mozambique, país en donde a través de las OTR se logró reducir la pobreza y desempleo en las áreas rurales de su incidencia puesto que productores integrantes de dichas organizaciones recibieron créditos a fin de mejorar su producción y productividad además de ser asesorados en el desarrollo de recursos humanos y acceso a los mercados.

Con el cumplimiento de este tipo de políticas se pretende lograr el paradigma del trabajo decente, el mismo que al desarrollarse en condiciones de libertad, equidad, seguridad y respeto de la dignidad de las personas permitirá, según la OIT, que los derechos laborales sean efectivamente protegidos y los trabajadores obtengan una adecuada remuneración y protección social²⁹. Sin embargo, dicho objetivo parece aún lejano de cumplirse puesto que en el actual escenario donde las empresas expanden sus negocios a nivel internacional estableciendo para ello cadenas globales de valor o suministro, son éstas últimas las que promueven, salvo contadas excepciones, un sistema contrario a la mejora

²⁷ OIT, *La función de..., op. cit.*, p. 44. La recomendación, en este punto, promueve el acercamiento de las autoridades centrales y locales, empleadores rurales y propietarios con el objetivo de que reconozcan en las organizaciones de trabajadores rurales un aliado a fin de incrementar las oportunidades de empleo productivo y de las condiciones de vida y trabajo en las zonas rurales.

²⁸ OIT, *Trabajar en el campo..., op. cit.*, pp. 38-42. Entre los años 2005 y 2014 vemos que en países como Bolivia, Brasil, Ecuador y Perú el empleo agrícola sigue siendo mayoritario en las mujeres rurales, situación contraria a los hombres rurales quienes están ocupados en actividades rurales no agrícolas. A decir del informe, es probable que esto sea reflejo de un abandono temprano del sistema educativo o la falta de escuelas en las áreas rurales.

²⁹ J. MONEREO PÉREZ, S. PERÁN QUESADA, *Configuración y sentido político-jurídico y técnico-jurídico*, en J. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, A. DE VAL TENA (dirs.) y B. LÓPEZ INSUA (coord.), *El trabajo decente*, Comares, Granada, 2018, p. 3.

de la calidad de vida³⁰. Es ante esta situación que las OTR deberán reforzar su capacidad organizativa y de incidencia a fin de poner el foco de atención en aquellos entornos donde se aprecia una inobservancia generalizada de los derechos laborales fundamentales³¹.

Finalmente, así como se procura concretizar el trabajo decente no debemos pasar por alto la necesidad de reducir las brechas de género. Queda constancia que estas últimas afectan la participación de las mujeres en el mercado laboral como consecuencia de una división sexual del trabajo segmentada por género en puestos de trabajo particularmente vulnerables y precarios³².

6. ¿Estamos cumpliendo los objetivos propuestos?

Lograr que las organizaciones de trabajadores rurales se constituyan no es tarea fácil debido a que persisten los problemas de aislamiento geográfico de los trabajadores, la precariedad e informalidad de los trabajos e incluso existen dudas o reticencias por parte por los trabajadores rurales a fin de constituir organizaciones.

Desde la OIT se reconoce que el Convenio no ha logrado revertir la situación en el mundo rural y ahora se enfrentan a mayores desigualdades como consecuencia de una globalización en la cual los problemas de las organizaciones de trabajadores rurales se ven solapados por la necesidad de cubrir otras demandas.

Si bien del texto del Convenio núm. 141 y de la Recomendación núm. 149 no queda dudas de la predisposición por comprender a la mayor cantidad de trabajadores rurales en cualquiera de sus categorías, se requiere que desde los estados se cumpla con promover el trabajo formal en la economía rural, se ejecuten inversiones descentralizadas y se reviertan los

³⁰ D. LANTARÓN BARQUÍN, *La tutela internacional del trabajador: categorías y estrategias. El "trabajo decente" como telón de fondo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 130-131.

³¹ Respecto de esto punto, J. MONEREO PÉREZ, S. PERÁN QUESADA, *Configuración y sentido...*, op. cit., pp. 4-6. Concuerdan en señalar que el concepto de trabajo decente carece de una réplica, sea a nivel de estados, que la haga efectiva puesto que muchos de éstos últimos se escudan en el carácter programático de las normas internacionales de trabajo. Es por dicho motivo que se torna necesario ejercer un control sobre empresas que operan a escala global a fin de disciplinar las cadenas mundiales de suministro en el cumplimiento de sus obligaciones.

³² T. HURTADO SAA, *La nueva división internacional del trabajo femenino en el contexto de la crisis socioeconómica contemporánea*, en F. BERMÚDEZ URBINA, C. VILLANUEVA AGUILAR (coord.), *Mujeres ante la crisis económica global. Empoderamiento y precariedad*, Editorial Miguel Ángel Porrúa, Ciudad de México, 2017, p. 30.

bajo índices de formación educativa.

En tanto el trabajo decente es un horizonte al cual llegar, aquello no podrá ser del todo efectivo en tanto deje de lado a los jóvenes, indígenas, inmigrantes, mujeres e identidades. Todos ellos en su condición de trabajadores requieren que las políticas laborales sepan adaptarse a las específicas necesidades de los colectivos que forman parte del mercado laboral.

7. Bibliografía

ABOSO G.E., *Trata de Personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*, 2^a Ed., B de F, Buenos Aires, 2018

CRUZ VILLALÓN J., *Diálogo social*, en A. BAYLOS GRAU, C. FLORENCIO THOMÉ, R. GARCÍA SCHWARZ (coords.), *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 671-677

HURTADO SAA T., *La nueva división internacional del trabajo femenino en el contexto de la crisis socioeconómica contemporánea*, en F. BERMÚDEZ URBINA, C. VILLANUEVA AGUILAR (coords.), *Mujeres ante la crisis económica global. Empoderamiento y precariedad*, Editorial Miguel Ángel Porrúa, Ciudad de México, 2017, pp. 29-51

LANTARÓN BARQUÍN D., *La tutela internacional del trabajador: categorías y estrategias. El “trabajo decente” como telón de fondo*, Tirant Lo Blanch, Valencia

MONEREO PÉREZ J., S. PERÁN QUESADA, *Configuración y sentido político-jurídico y técnico-jurídico*, en J. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, A. DE VAL TENA (dirs.) y B. LÓPEZ INSUA (coord.), *El trabajo decente*, Comares, Granada, 2018, pp. 3-18

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La función de las organizaciones de trabajadores en el desarrollo económico y social: estudio de caso del convenio número 141 de la OIT en México y Filipinas*. OIT, Ginebra, 1995

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5^a Ed. (revisada), OIT, Ginebra, 2006

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Dar una voz a los trabajadores rurales. Conferencia Internacional del Trabajo, 104.^a reunión*, OIT, Ginebra, 2015

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Trabajar en el campo en el siglo XXI. Realidad y perspectivas del empleo rural en América Latina y el Caribe*, OIT, Lima, 2016

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Trabajo decente y productivo en la agricultura*. OIT, Ginebra, 2017

PÉREZ E., *Hacia una nueva visión de lo rural*, en N. GIARRACA (comp.), *¿Una nueva ruralidad en América Latina?*, CLACSO. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2005, pp. 12-33

TSOTRUDI K., BRETON L., *Empoderamiento de trabajadores, empleadores y comunidades rurales a través de las Normas Internacionales del Trabajo*, OIT, Ginebra, 2012

Disposiciones normativas

Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, núm. 141, OIT (1975).

Recomendación sobre las organizaciones de trabajadores rurales, núm. 149, OIT (1975).

Convenio sobre el desarrollo de los recursos humanos 1975 (núm. 142)

Elina Eunice MONTECHIARI PIETRANI*

RESUMEN: El objetivo de este artículo es reflexionar acerca del proceso de desarrollo de los trabajadores, a partir del *C142 – Convenio sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975 (núm. 142)*, de la OIT. Este Convenio aborda una visión holística del hombre y de un aprendizaje con carácter multifacético y tripartita. Sin embargo, en el trabajo diario, tal concepción viene concretándose dentro de una lógica de trabajo basada por la productividad ilimitada y por la precariedad del trabajo. En esto, el trabajador sufre con la presión constante de la productividad y la inminencia del desempleo. Incluso con esta lógica, el proceso de desarrollo difunde una visión meritocrática de educación profesional, para que el individuo conserve su empleabilidad. Por lo tanto, en lugar de promover el crecimiento de las personas y su autonomía en relación con el trabajo, el proceso de desarrollo propone acentuar las diferencias de clase, excluyendo del competitivo mundo del trabajo a aquellos que no tienen condiciones estructurales facilitadoras.

Palabras clave: Desarrollo profesional, productividad, empleabilidad, aprendizaje permanente, exclusión, objetivación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Desarrollo de recursos humanos: conceptos y consideraciones a la luz del Convenio n. 142. 2.1. El desarrollo como estrategia de productividad organizacional. 2.2. Aprendizaje permanente, competencias y cualificaciones 3. Educación y empleabilidad. 3.1. Empleabilidad y meritocracia. 3.2. Empleabilidad y estratificación social. 4. Consideraciones finales. 5. Bibliografía.

* Graduada en psicología, maestra en psicología social, especialista en gestión empresarial; desarrolla estudios centrados en la psicología del trabajo en correlación con el enfoque fenomenológico. Profesora de la Universidad Veiga de Almeida, Río de Janeiro, en disciplinas relacionadas con la psicología del trabajo y la psicología fenomenológico-existencial.

Human Resources Development Convention 1975 (No. 142)

ABSTRACT: The purpose of this paper is to reflect on the process of development of workers from ILO C142 – *Human Resources Development Convention, 1975* (No. 142). This convention addresses a holistic perspective of human being, and a multifaceted and tripartite learning. However, in daily work this conception has been materialized within a logic work based on unlimited productivity and the precariousness of work. In this, the worker suffers with constant pressure of productivity and the imminence of unemployment. Even with this logic, the personnel development process spreads a meritocratic view of professional education so that workers maintain their employability. Thus, instead of promoting people's growth and their autonomy in relation to work, the development process proposes to accentuate classes differences, excluding those who do not have facilitating structural conditions from the competitive world of work.

Key Words: Professional development, productivity, employability, lifelong learning, exclusion, objectification.

1. Introducción

El denominado *desarrollo de recursos humanos* ha sido considerado un proceso importante dentro de las organizaciones. Esto se debe a que la tarea de mejorar las personas en el trabajo tiene como propósito corresponder a los requisitos de eficiencia de las organizaciones, con el propósito, en última instancia, de tornar a las empresas sustentables en el árido campo de los negocios, cada vez más competitivo (Pilati, 2006; Roma *et al.*, 2008). Por lo tanto, las discusiones sobre temas como la competencia, la educación corporativa, la capacitación y actualización profesional, la gestión de personas prosperan en el ambiente organizacional.

El C142 – *Convenio sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975* (núm. 142), de la OIT, ha elegido algunos puntos considerados primordiales en relación con la educación para el trabajo, con el fin de contemplar una visión holística del hombre y un proceso de aprendizaje multifacético, cuya responsabilidad se dividiría entre los gobiernos, los empleadores y los empleados.

Ocurre que el mundo del trabajo viene tornándose cada vez más complejo, generando constantemente nuevas formas de producción, basadas en la automatización de los procesos y en la tecnología de la información, y de relaciones formadas por la discontinuidad del contrato laboral (Borges-Andrade *et al.*, 2006). En este sentido, existe una precariedad del trabajo, que ocurre en varios escenarios, sin considerar la inminencia constante del desempleo. ¿Cómo desarrollar personas en este contexto precario? ¿Cómo promover la capacitación del trabajador en un contexto que, algunas veces, dé un énfasis masivo a la tecnología en detrimento de las personas?

Por lo tanto, este estudio tiene como objetivo, reflexionar sobre la Convenio n. 142, que describe las políticas y programas de desarrollo de las personas en el trabajo y sus responsabilidades. En este particular, daremos énfasis al artículo 1, entendiendo que el mencionado artículo engloba todo lo que se refiere al concepto de formación y orientación para el trabajo, propuestos por el C142 en su totalidad. Tomaremos también como base la Recomendación OIT n. 195 de 2004, que argumenta y propone orientaciones acerca de los procesos de desarrollo de las personas en el trabajo. Con relación a la Recomendación 195, daremos énfasis al ítem 2, parte I. *Objetivos, ámbito de aplicación y definiciones*, siguiendo los mismos principios en cuanto a la elección del Artículo en el Convenio 142.

2. Desarrollo de los recursos humanos: conceptos y consideraciones a la luz del Convenio n. 142

Conceptuar el término *desarrollo de recursos humanos* no es exactamente una tarea fácil, teniendo en consideración la pluralidad de conceptos que parten del propio término *desarrollo* y de sus correlatos como *entrenamiento, educación y formación*. Esa relativa indeterminación, de cierto modo, perjudica para que se pueda planificar, elaborar y crear acciones organizadas em pro de la formación y del incremento profesional de las personas (Lawrie, 1990; Ramos & Silva, 2006; Masadeh, 2012).

La creación del término *desarrollo de recursos humanos*, según Ramos & Silva (2006), es atribuida a Leonard Adler, profesor de educación para adultos en la *George Washington University*, al final de la década de 1970, durante una reunión de la entonces *American Society of Training Directors* (actualmente *American Society of Training & Development*), institución dirigida al perfeccionamiento del profesional de entrenamiento y desarrollo. Nadler defendía la idea del desarrollo como un proceso amplio, que abarcaría tres importantes conceptos: entrenamiento, desarrollo y educación. El primero puede ser definido como un proceso de aprendizaje, «buscando la mejoría del desempeño en el trabajo actual» (apud Ramos & Silva, 2006: 140); el desarrollo, por su vez, se refiere al aumento del aprendizaje, buscando propiciar que la organización alcance sus objetivos, incluyendo el entrenamiento (desempeño actual), y la educación, que, para ese estudiioso, se define como un proceso de aprendizaje más amplio, con el objetivo de preparar al trabajador para el futuro, inclusive en la ocupación de nuevos puestos de trabajo.

Noe (2015), alineado con la perspectiva de Nadler, considera el *desarrollo* a partir de una perspectiva amplia, que va más allá del desempeño actual del sujeto en el cargo. El término *desarrollo*, para ese autor, «es semejante al entrenamiento [que incluye los conocimientos y habilidades en las tareas del día a día], pero más enfocado en el futuro» (p. 6). Masadeh (2012), por su vez, con el objetivo de aclarar varios de los términos relacionados al desarrollo de las personas em relación al trabajo, propone considerar que el aprendizaje en el campo de trabajo engloba el entrenamiento, el desarrollo y la educación. Esta última se definiría como un enfoque más general, buscando ampliar el conocimiento.

En nuestro estudio nos referiremos al desarrollo de los recursos humanos basado en el Convenio OIT n. 142, que define este proceso, en su totalidad, como una lista de acciones conjuntas entre gobierno, organizaciones y trabajadores, con la finalidad de promover una adecuada

cualificación de las personas, en una escala más amplia, basándose en varios aspectos del ser humano y no apenas para el ejercicio de una tarea específica. Tal concepto se demuestra en el Artículo 1, del referido Convenio, en su párrafo 2, al orientar que los programas y las políticas de desarrollo del personal tomen en cuenta «las necesidades, oportunidades y problemas relacionados al empleo tanto en el ámbito regional como nacional; la fase y el nivel de desarrollo económico, social y cultural; y la relación recíproca entre el desarrollo de los recursos humanos y otros objetivos económicos, sociales y culturales» (OIT, 1975, s/p).

Así también en el Artículo 1, los párrafos 4 y 5, proponen que los programas de desarrollo incluyan a la persona integralmente, haciendo referencia también que tales programas sean orientados «para sus mejores beneficios» [del trabajador]: «4. Las políticas y los programas deberán estar destinados a mejorar la capacidad del individuo de comprender e influenciar, individual o colectivamente, el trabajo y el medio ambiente social. 5. Las políticas y los programas deberán alentar y habilitar a todas las personas, sin distinción y sin cualquier tipo de discriminación, a desarrollar y a utilizar sus capacidades en el trabajo para sus mejores intereses y de acuerdo con sus propias aspiraciones, teniendo en cuenta las necesidades de la sociedad» (OIT, 1975, s/p).

Conforme mencionamos, al llevar en consideración ese concepto de aprendizaje, el Convenio 142, en su referido Artículo, parte de una visión holística del hombre, como un ser dotado de variadas dimensiones: intelectual, emocional, social etc. En este sentido, la propuesta es basada en una relación hombre/trabajo que contempla ese sujeto en su condición humana esencial y no apenas por su adaptación a una tarea.

Además de esto, el Artículo destaca el carácter amplio en que el desarrollo para el trabajo debe constituirse, incluyendo a las personas «sin distinción y sin cualquier tipo de discriminación». Tal modelo de aprendizaje se coloca en la ruta de un mundo prometedor no apenas económicamente, sino que apunta a la erradicación de la pobreza, a minimizar las desigualdades sociales y a la apertura de oportunidades para todos.

2.1. El desarrollo como estrategia de productividad organizacional

El concepto de desarrollo, como se presentó anteriormente, parece, en lo cotidiano del trabajo, estar lejos de ponerse en práctica. El proceso de desarrollo del personal ha sido orientado prioritariamente al carácter estratégico que él representa para las organizaciones y su potencialización en dividendos, sin dar la debida atención a los intereses del trabajador. Por

estrategia nos referimos a acciones de carácter racional/instrumental de que las organizaciones se valen para potencializar sus resultados (Fonseca & Machado-da-Silva, 2002). El proceso de desarrollo de las personas se encontraría, así, alineado a las acciones estratégicas de la organización, desdoblando en un conjunto de secuencias planificadas y calculadas, con la finalidad de alcanzar el objetivo de potencializar la condición de la empresa frente al escenario en el cual se encuentra.

Tal concepto de desarrollo es corroborado por Albériz *et al* (2015: 48), que dicen que «entender el desarrollo de las personas como estratégico comprende alinear la forma de ampliar las capacidades individuales a los objetivos y caminos trazados por la organización». Para estos autores, la noción de desarrollo como estrategia organizacional es justificada frente a la necesidad del trabajador de ajustarse a las condiciones del panorama sociohistórico del trabajo, a fin de potencializar la productividad organizacional. Pilati (2006), a su vez, describe que las acciones de entrenamiento, desarrollo y educación abarca un conjunto de estrategias de gestión de personas, que buscan promover el cambio de comportamiento por medio de la adquisición de habilidades conectadas con los objetivos de las organizaciones.

Constatamos, así, que el proceso de desarrollo de personas en el trabajo parece presentar una única dirección, que es la de trabajar sobre un modo técnico-calculador, que toma al hombre como un ente al servicio de un objetivo: la productividad organizacional. En este sentido, el hombre deja de ser visto por él mismo, «con sus intereses propios», para atender a los intereses de productividad de otros. Así, el hombre pasa a ser visto no por su relación con el trabajo, sino como un ente cualquier en el proceso productivo, moldeado para atender objetivos previos.

La expresión *recursos humanos*, establecida para referirse a las personas en el trabajo, citada en el Convenio n. 142, viene a corroborar ese modelo de relación que concibe al individuo como un recurso, un medio para alcanzar un fin y nunca él mismo como finalidad. En este modelo de aprendizaje, la relación más común que el individuo entrelaza con su trabajo es desestimada, para dar lugar a un criterio patrón, en que apenas acciones que elevan la productividad organizacional son aceptadas.

Ocurre que, al considerar la productividad como la única y absoluta verdad acerca de la relación laboral, el hombre es considerado como un objeto, una materia, su esencia humana es banalizada, para luego ser aplicada de un modo funcional. Tal modelo acarrea variados trastornos psíquicos, conforme apuntado por Gastal (2014), Freitas (2011) e Ansóleaga *et al* (2014), quienes describen la psicosomatización y hasta el suicidio relacionado al trabajo en escala creciente en todo el mundo,

limitado por una relación hombre/trabajo descaracterizada de su plenitud. No se trata de una oposición al aprendizaje y su aplicación al proceso productivo, ni tampoco de ignorar la responsabilidad del individuo para con su proyecto profesional. Se trata de reconocer que la educación, conforme percibida en el contexto actual del trabajo, ignora al trabajador en su singularidad, para tomarlo apenas como un factor productivo.

2.2. Aprendizaje permanente, competencias y cualificaciones

La R195, que trata de las orientaciones sobre el desarrollo de los recursos humanos, hace mención, en el ítem 2 de la primera parte I, *Objetivos, ámbito de aplicación y definiciones*, en los términos *aprendizaje permanente, competencias, cualificaciones y empleabilidad*. El *aprendizaje permanente*, mencionado en el Convenio 142 en su Artículo 4 en la afirmativa «atender las necesidades de formación profesional durante toda la vida», reafirma en la R195 su propósito de educación que debe ser extendida a lo largo de la trayectoria del individuo, de forma continua, con miras al desarrollo de las habilidades y cualificaciones; las *competencias*, por su vez, engloban el conjunto de conocimientos, destrezas e actitudes, tornando al trabajador apto para actuar en campos específicos de trabajo; las *cualificaciones* dicen respecto a las necesidades formales de instrucción, las cuales el individuo precisa obtener a fin de mejorar el desarrollo de su actividad; y la *empleabilidad*, se puede decir que sería el objetivo final de todo el proceso, que permitiría la inserción y la ascensión del trabajador en un “trabajo decente”¹, bien como su autonomía e actuación frente a las necesidades del proceso de producción. Sobre el tema de la empleabilidad, discutiremos más adelante en otra subsección.

Tales constructos están alineados con los mismos constructos que provienen del mercado formal de trabajo, que tiene en ellos su base para las políticas de gestión de personas en la actualidad. El concepto de *aprendizaje permanente*, según Albériz *et al* (2015), por ejemplo, muestra que la sociedad del siglo XXI, en todas sus dimensiones, es basada en el conocimiento, ya que sufre el impacto continuo e intenso de la «velocidad

¹ Formalizado por la OIT en 1999, el concepto de trabajo decente sintetiza la misión histórica de promover las oportunidades para que hombres y mujeres tengan un trabajo productivo y de calidad, en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, siendo considerada condición fundamental para la superación de la pobreza, la disminución de las desigualdades sociales, la garantía de la gobernabilidad democrática y el desarrollo sustentable. Fuente: OIT, [Trabajo Decente](http://www.ilo.org), en www.ilo.org (acceso en 22 julio 2019).

y [de la] variedad de las informaciones y [de los] conocimientos producidos por la razón humana y potencializados por el progreso tecnológico» (p. 15). En este sentido, según los autores, «La productividad depende cada vez más de la capacidad de aplicar las informaciones en el cotidiano empresarial, transformando datos e informaciones en conocimiento, cuya construcción ya no es más un producto unilateral de seres humanos aislados, sino de una vasta red de colaboración cognitiva dispersa de la cual participan estudiantes humanos y sistemas cognitivos artificiales» (Albériz *et al.*, 2015: 15).

De esta forma, el aprendizaje necesita ser intensivo, pues necesita estar alineado a las necesidades, siempre en transformación, del proceso productivo.

Las *competencias*, término bastante divulgado en el ambiente de trabajo hoy día, fue creado en la década de 1970 por el profesor de Harvard, David McClelland, al referirse a los resultados de su investigación sobre la medición de los requisitos para el “éxito profesional” en la revista *American Psychologist* (*apud* Gramigna, 2007). McClelland comprobó que las competencias técnicas no eran suficientes para que un individuo alcanzase los objetivos que deseaba. Lo que marcaba la diferencia entre los grupos de personas que se destacaban en sus vidas era un conjunto de comportamientos. Los resultados de su trabajo abrieron camino para que sus concepciones fueran aplicadas en los procesos de gestión de personas en las organizaciones, principalmente en lo que respecta a la cualificación de los trabajadores. Gramigna (2007) considera que la base del modelo de competencias es su alineación con la planificación estratégica de la empresa, es decir, la gestión de las competencias debe estar vinculada a la definición del negocio, de la misión, de la visión de futuro y de los valores organizacionales. La competencia, o el éxito profesional, en la actualidad, pasa por tres aspectos con respecto a la relación del hombre con el trabajo: dominar el conocimiento, el saber de su tarea; demostrar la aplicación del conocimiento al proceso de producción, ya que es evaluado periódicamente en su desempeño; y finalmente, refiriéndose a las actitudes, el término denota una participación plena del trabajador con su trabajo.

La *cualificación* del personal está relacionada con la concepción del *aprendizaje permanente*, porque establece la idea de que el individuo necesita reciclarse continuamente, «para no perder el tren de la historia», como dirían los brasileños en sus máximas populares. A partir de la Revolución Industrial, la cualificación para el trabajo se convirtió en una cuestión de método y planificación, que pasa por la formación profesional, de manera que el desempeño del individuo en el puesto pueda alcanzar los objetivos

establecidos previamente por la organización. «La formación profesional, como se entiende hoy en día, está directamente relacionada al contexto del trabajo productivo del sistema capitalista. La noción de trabajador como profesional responsable de un determinado tipo de producto (como zapatos, camisas o artículos para el hogar) ha sido reemplazada por la noción del trabajador como parte del sistema de producción. [...] Actualmente, la formación profesional es considerada parte de la formación educativa y es debatida por las universidades, escuelas técnicas, órganos gubernamentales, sindicatos y empresas que conforman el sistema productivo» (Mourão y Puente-Palacios, 2006: 42).

Conforme mencionamos anteriormente, estos constructos forman parte del contexto actual del trabajo, cuyo objetivo es tomar el proceso de aprendizaje como una palanca y soporte de los objetivos de la organización. En este sentido, el desarrollo de las personas para el trabajo es tomado por su carácter permanente, ya que requiere que el individuo esté en constante vigilia con los cambios ininterrumpidos del proceso de producción.

Si bien esta es una realidad que no puede desconsiderarse y que el desarrollo continuo también beneficia al trabajador a la hora de adaptarse a este contexto, nos llama la atención esta aglomeración de conocimientos a los que el individuo es conducido desde una temprana edad, con el único propósito de cumplir los imperativos de un sistema económico. Este problema se complica a medida que, mismo que el individuo se cualifique, continuamente, este hecho no representa una garantía de permanencia en un empleo (Mourão y Puente-Palacios, 2006), puesto que pueden ocurrir cambios en su campo organizacional, como veremos más adelante.

Alves (2011) también señala que, desde la década de 1980, en este nuevo tiempo histórico capitalista, es la subjetividad del trabajador la que pasó a ser exigida y manipulada por las fuerzas de producción. Es necesario que el sujeto se coloque completamente en el proceso de producción, mejorando la producción a través de la cognición, el lenguaje, la iniciativa, así como sus valores y creencias dentro de una nueva política de trabajo. El hombre, en su conjunto, emerge ahora como el elemento que es tomado por el capital para que pueda servir a su propia potencialización y expansión.

Por lo tanto, junto a la exigencia por la constante e ininterrumpida cualificación técnica, el proceso de producción comenzó a “capturar” también la subjetividad del individuo (Alves, 2011: 111). Esto es lo que se coloca en juego por la lógica del nuevo capitalismo, y que es, ahora analizada para ponerla al servicio de una productividad interminable. Se

trata de consumir los aspectos intuitivos, emocionales y comportamentales del individuo, con el objetivo de aumentar su desempeño en la tarea y, en consecuencia, una mejor posición de la empresa en el *ranking* del mercado.

La cualificación centrada en el trabajo incluye, según Mourão y Puente-Palacios (2006), pensar también en el papel del Estado en este proceso. El Estado, prácticamente en todo el mundo, ha abandonado cada vez más el escenario, dejando el proceso educativo a cargo de las organizaciones privadas. «El Estado ha dejado de ser visto como el único proveedor de bienestar social, y las empresas pasaron a asumir ese papel» (Mourão y Puente-Palacios, 2006: 43). Al colocar la cualificación en manos de organizaciones privadas, la educación centra su atención en las demandas de trabajo, como viene sucediendo con las llamadas *universidades corporativas* o mismo en las escuelas regulares. Sin embargo, consideramos que dicho modelo educativo, que se restringe a los límites de lo económico y desconsidera el pensamiento reflexivo, presente en una educación más amplia, priva al individuo de pensar sobre el mundo, sobre sí mismo y sobre el papel social del trabajo, corroborando así el enfoque del mercado productivista que se ha estado desarrollando dentro de una política neoliberal, presente en la mayoría de los países occidentales. En este sentido, podemos decir que una educación respaldada por este modelo camina en contra al artículo 1, párrafo 4, de la antes mencionado C142, que tiene como objetivo la formación integral del individuo, y propone, en realidad, una formación con fines puramente funcionales.

¿Y con relación a la empleabilidad? ¿Cómo podemos, considerando este escenario del contexto laboral actual, pensar el proceso de desarrollo de personas y su empleabilidad? Veamos el siguiente tema.

3. Educación y empleabilidad

La empleabilidad se define como la síntesis de cualificaciones y competencias, las cuales, en teoría, le permitirán a la persona estar capacitada para mantenerse en un trabajo decente y escalar los estratos profesionales, como se presenta en las propuestas C142 (OIT, 1975) y R195 (OIT, 2004). Señalado como el objetivo final de la inversión educativa, este término se ha tomado como un antídoto contra el desempleo, sello distintivo del capitalismo neoliberal de finales del siglo XX.

3.1. Empleabilidad y meritocracia

Soares (2001: 281) señala para la empleabilidad como «la responsabilidad del trabajador para obtener y mantener su trabajo a través de un proceso continuo de capacitación y mejora». Por lo tanto, podemos ver que la educación para el trabajo, aunque abarca organizaciones, gobiernos y trabajadores, coloca a estos últimos en la mira de su propio perfeccionamiento profesional. Se trata de una responsabilidad imputada al trabajador y rodeada de un discurso humanista y meritocrático: humanista porque utiliza una concepción del hombre como un ser racional, libre y capaz, lo que presupone que cada individuo tiene las mismas condiciones para subir los peldaños en la escala profesional; meritocrático porque se basa en la concepción del esfuerzo y recompensa, donde sería suficiente que el individuo fuese diligente consigo mismo y con su carrera para ser recompensado con lo que se llama *éxito profesional*. La difusión de la idea de una carrera profesional guiada por el propio sujeto trae consigo la idea de liberar el hombre de las ataduras del mercado y devolverle una supuesta libertad inherente a él.

Mourão & Puente-Palacios (2006), sin embargo, ven el tema de la empleabilidad como una retórica neoliberal, basada en el desempleo que ha estado afectando el mundo del trabajo. Ellos consideran que «el concepto de empleabilidad, claramente respaldado en el aumento del desempleo, hace con que la responsabilidad por tratar de satisfacer las demandas de capacitación exigidas por el sector productivo recaiga sobre los ciudadanos» (p. 42). Los autores enfatizan que «la cualificación profesional [...] no es un proceso ajeno a las condiciones de vida de las personas» (Mourão & Puente-Palacios, 2006: 44). El discurso de la meritocracia parece ignorar el creciente movimiento dentro de las organizaciones en forma de privatizaciones, fusiones, transferencias comerciales, reducciones de costos, que a menudo han resultado en despidos masivos. Por lo tanto, dicha retórica divide la relación entre el hombre y el trabajo, ya que ignora el contexto que atraviesa esta relación. La reestructuración productiva, marcada por la flexibilización del trabajo, contempla la figura del trabajador sin: 1) las garantías legales y contractuales que marcaron las relaciones laborales hasta entonces; 2) los puestos de trabajo, ahora reducidos, con especificaciones cada vez menos precisas; 3) la reordenación espacio-temporal de la vida laboral y social, ya que el trabajador ya no está fijo en ningún lugar ni con un tiempo cronometrado de trabajo, en vista de la extensión del trabajo a la vida social, y esto, a su vez, reducida a la lógica del capital; 4) el fin del salario fijo, el cual está vinculado a objetivos y resultados, siempre inalcanzables

(Afonso, 2009; Alves, 2011). Es dentro de esta nueva política laboral precaria que el trabajador es orientado a desarrollar su empleabilidad, haciéndose siempre apto para el trabajo, el cuál es inconstante e impredecible. De esta manera, se requiere que el individuo forje sus habilidades en un ambiente que no le garantiza, ni la inserción ni la permanencia en el trabajo. En este sentido, Lukács (2014) afirma que la precariedad de la existencia humana en el trabajo implica no solo el salario precario inherente al modo de organización del trabajo en el mundo capitalista, sino también por la precariedad existencial, una vez que la vida, en todas sus dimensiones, se reduce al modo *just-in-time*. Para el filósofo, se trata de un capitalismo manipulador que impulsa tanto al trabajo como a la vida social del individuo al mismo plano, el económico.

3.2. Empleabilidad y estratificación social

Otro aspecto por enfatizar es que la política de responsabilidad del individuo por su saber-hacer se acentúa, según Aranha (2001, *apud* Mourão y Puente-Palacios, 2006), aún más, por la estratificación social, ya que favorece a los miembros de clase socialmente privilegiada, con mayores y mejores recursos, y excluye a los desfavorecidos. Dicha política se vigoriza al mismo tiempo que el papel del Estado, como se mencionó anteriormente, se redefine para el modelo neoliberal, junto con la educación y otros servicios sociales, que se vuelven accesibles principalmente para aquellos con condiciones favorables, y, como resultado, empuja cada vez más para el margen de la coyuntura profesional y social a individuos cuyas condiciones no permiten dicho acceso. Es decir, la concepción de la educación, como motor de oportunidades profesionales y la minimización de las desigualdades sociales, deja de existir, para preservar el empleo en manos de quienes ya tienen mejores condiciones económicas y sociales.

Finalmente, enfatizamos que, una vez que la educación orientada actualmente está restringida, limitada y específica al proceso productivo, tenemos una educación que va en la dirección opuesta a una educación libertadora, porque evita que el individuo cultive un pensamiento amplio, capaz de pensar en su existencia como un todo y no solamente en su producto. En este sentido, es inevitable referirse al educador Paulo Freire (2002), quien en su libro *Pedagogia da Autonomia*, recuerda que «enseñar requiere una reflexión crítica sobre la práctica» (p. 17) y advierte que, en lugar de que la educación se convierta en un procedimiento sistemático de depósito de contenidos, ella pueda promover la “curiosidad” del alumno

(p. 17) hasta el punto de hacerlo crítico.

Sin embargo, no es una curiosidad ingenua, sino una curiosidad cubierta por la conciencia de la condición del sujeto insertada en un contexto, y que, a partir de esa conciencia, pueda buscar caminos para sí mismo y para el mundo. Como lo describe el educador: «Cuanto más me asumo como soy, y me doy cuenta de la razón por la que soy así, más puedo cambiar, para provocarme, en este caso, del estado de curiosidad ingenua para el de la curiosidad epistemológica» (Freire, 2002, p. 18).

4. Consideraciones finales

Este estudio buscó llevar a cabo un análisis del Convenio n. 142, acerca del desarrollo de la persona en el trabajo, tejiendo una comprensión de los constructos que respaldan dicho proceso. En este sentido, consideramos que la concepción del desarrollo profesional que se ha propagado a lo largo del nuevo capitalismo parte de una retórica meritocrática, en la que se insta al individuo a buscar su propio desarrollo profesional, aunque no sea dictado por «sus mejores intereses» sino por los del mercado.

La supuesta autonomía del trabajador, proporcionada por la educación, se presenta como una falacia, pues su proceso no tiene como objetivo satisfacer lo que es relevante para sí mismo, sino que apunta solamente para un proceso útil a las necesidades del mercado, haciéndose de esta forma, para sí mismo y para su propio aprendizaje, una mercancía al servicio de la potenciación de los grandes beneficios organizacionales.

Además de esto, mismo que el individuo se comprometa con su aprendizaje, este se enfrenta a un mundo de discontinuidades, en el que el vínculo laboral se convierte cada vez más en una realidad de difícil acceso. Este modo de educación productivista revela una nueva lógica basada en la precariedad del trabajo y en la materialización del hombre, y por lo tanto en la precariedad de su propia existencia.

Trabajar significa saber hacer, lo que transforma la realidad y a la propia persona que trabaja. Por lo tanto, el aprendizaje para el trabajo necesita transformarse en un proceso que dirija la mirada hacia las necesidades de producción, pero también que promueva el desarrollo y la valorización del hombre. Creemos que un proceso de desarrollo que no le permita al individuo apropiarse de su saber-hacer, se revela como un modo de educación alienante, limitado y excluyente.

5. Bibliografia

AFONSO RIBEIRO M., *Psicologia e gestão de pessoas: reflexões críticas e temas afins (ética, competência e carreira)*, Votor, 2009

ALBÉRIS ALVES DE MELO P. ET AL., *Aprendizagem e desenvolvimento de pessoas*, FGV, 2015

ALVES G., *Trabalho e subjetividade: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório*, Boitempo, 2011

ANSOLEAGA E. ET AL., *Síntomas depresivos y distrés laboral en trabajadores chilenos: condiciones diferenciales para hombres y mujeres*, en *Cadernos de Saúde Pública*, 2014, vol. 30, n. 1, pp. 107-118 (acceso en 18 mayo 2019)

BORGES-ANDRADE J.E. ET AL. (coords.), *Treinamento, desenvolvimento e educação em organizações e trabalho: fundamentos para a gestão de pessoas*, Artmed, 2006

FONSECA V., MACHADO-DA-SILVA C., *Conversão entre abordagens da estratégia em organizações: escolha estratégica, cognição e instituição*, en *Revista RAC*, 2010, especial, pp. 51-75

FREIRE P., *Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa*, Paz e Terra, 2002

FREITAS M.E., *Suicídio, um problema organizacional*, en *GVexecutivo*, 2011, vol. 10, n. 1

GASTAL DE CASTRO F., *Suicídio e trabalho nos dias atuais: considerações sobre os paradoxos do mundo do trabalho*, en A. EWALD ET AL. (coords), *Subjetividades e temporalidades: diálogos impertinentes e transdisciplinares*, Garamond, 2014

GRAMIGNA M.R., *Modelo de competências e gestão dos talentos*, Prentice Hall, 2007

LAWRIE J., *Differentiate between training, education and development*, en *Personnel Journal*, 1990, vol. 69, n. 10

LUKÁCS G., *Para uma ontologia do ser social II*, Boitempo, 2014

MASADEV M., *Training, education, development and learning: what is the difference?*, en *European Scientific Journal*, 2012, vol. 8, n. 10

MOURÃO L., PUENTE-PALACIOS K., *Formação profissional*, en J.E. BORGES-ANDRADE ET AL. (coords.), *Treinamento, desenvolvimento e educação em organizações e trabalho: fundamentos para a gestão de pessoas*, Artmed, 2006

NOE R., *Treinamento e desenvolvimento de pessoas*, McGraw-Hill, 2015

PILATI R., *História e importância de TD&E*, en J.E. BORGES-ANDRADE ET AL. (coords.), *Treinamento, desenvolvimento e educação em organizações e trabalho: fundamentos para a gestão de pessoas*, Artmed, 2006

RAMOS MAIA VARGAS M., SILVA ABBAD G., *Bases conceituais em treinamento, desenvolvimento e educação – TD&E*, en J.E. BORGES-ANDRADE ET AL. (coords.), *Treinamento, desenvolvimento e educação em organizações e trabalho: fundamentos para a gestão de pessoas*, Artmed, 2006

ROMA DE CASTRO P.M. ET AL., *Treinamento, desenvolvimento e mudança: uma articulação possível e necessária*, en *Anales de XXXII Encontro da ANPAD*, Rio de Janeiro, 6 a 10 de setembro de 2008

SILVA M.M., *Redes de relações sociais e acesso ao emprego entre jovens: o discurso da meritocracia em questão*, en *Educ. Soc.*, 2010, vol. 31, n. 110, p. 243-260

SOARES ARANHA A.V., *Formação profissional nas empresas: locus privilegiado da educação do trabalhador?*, en S.M. PIMENTA, M.L. CORREA (coords.), *Gestão, trabalho e cidadania: novas articulações*, Autêntica/CEPEAD/UFMG, 2001

Normativa

[C142 – Convenio sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975 \(núm. 142\)](#) (acceso en 17 maio 2019)

[R195 – Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos, 2004 \(núm. 195\)](#) (acceso en 17 maio 2019)

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones)

1977 (núm. 148)

José SÁNCHEZ PÉREZ*

RESUMEN: La aprobación de un Convenio de la OIT viene asociada a la mejora de las condiciones en que se prestan las relaciones laborales. La proyección que ofrecen estas iniciativas normativas aporta una dimensión expansiva a través de un marco regulador que suele ser referente no sólo para los países más avanzados sino también para las organizaciones supranacionales más destacadas. El Convenio n. 148, aprobado en Ginebra el 1º de junio de 1977, supone un punto de inflexión en un mundo en el que el cuidado del medio ambiente ha pasado a ocupar un papel central. Aunque las medidas de prevención frente a la contaminación del aire, la eliminación o el control de los ruidos y las vibraciones se plantean inicialmente relacionadas con el desarrollo del trabajo, lo cierto es que su adecuada regulación se encuentra directamente relacionada no sólo con la prestación laboral sino con fines prioritarios para la humanidad como la consecución de una economía sostenible y respetuosa con el medio natural.

Palabras clave: Medio ambiente de trabajo, contaminación del aire, ruido, vibraciones, OIT.

SUMARIO: 1. La OIT: medio ambiente y salud. 1.1. La protección del medio ambiente de trabajo y del medio ambiente natural. 1.2. La iniciativa del Convenio OIT n. 148 en la protección del medio ambiente de trabajo. 1.3. El efecto normativo expansivo desde la aprobación del Convenio OIT n. 148. 2. La protección frente a la contaminación en el medio ambiente de trabajo. 3. La protección frente al ruido y las vibraciones en el ambiente de trabajo. 3.1. Iniciativas normativas que han complementado la eficacia del Convenio OIT n. 148. 3.2. La aportación de la doctrina del Tribunal Supremo y del TSJUE. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Profesor Ayudante Doctor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada (España).

Working Environment (Air Pollution, Noise and Vibration) Convention 1977 (No. 148)

ABSTRACT: The adoption of ILO Convention implies the improvement of the conditions of labour relations. The projection that offers these regulatory initiatives provides an expansive dimension through a regulatory framework. They are a reference not only for the most highly developed countries but also for the most prominent supranational organisations. ILO Convention No. 148 was the turning point in a world in which the care for the environment has come to play a central role. Although prevention measures against air pollution, noise, control regulation and vibration were initially related with work, the truth is that their appropriate regulation is directly related not only with the labour but also with primary purposes for humanity such as to achieve a sustainable world economy and respectful with the natural environment.

Key Words: Working environment, air pollution, noise, vibration, ILO.

1. La OIT: medio ambiente y salud

La OIT se muestra al mundo como una organización particularmente reconocida y sin cuya existencia no sería fácil concebir ni el mundo actual ni el juego de las relaciones económicas y laborales contemporáneas. A consecuencia del relevante y fructífero papel que ha desarrollado en el ámbito de los derechos sociales en el año 1969 alcanzó la distinción del premio Nobel de la paz a la vista de sus patentes logros y en razón a que «trabajando con honestidad y sin descanso, la OIT ha conseguido introducir reformas que han eliminado las más flagrantes injusticias en un número ingente de países»¹.

Esta organización ha mantenido una reconocida actividad que ha favorecido la extensión de los derechos sociales y laborales básicos a nivel internacional. Si bien en el tiempo en que surge el Derecho del Trabajo las iniciativas normativas se dirigieron a la regulación de las condiciones de trabajo con posterioridad las nociones preventivas del riesgo que se produce por la realización de la actividad laboral van ocupando un lugar de progresiva relevancia. En este contexto numerosos convenios dejan de manifiesto una especial dedicación e interés de la OIT hacia una materia laboral tan destacada como la Seguridad e Higiene en el Trabajo.

1.1. La protección del medio ambiente de trabajo y del medio ambiente natural

En nuestro país se ha considerado relevante tener presente la protección del medio ambiente como factor que incide y condiciona las relaciones laborales. Así la doctrina procuró delimitar el concepto de “medio ambiente de trabajo” frente al denominado “medio ambiente natural”. La primera denominación ha hecho referencia a la necesidad de ofrecer protección a la salud del trabajador en el centro de trabajo, no sólo en lo que afecta a la maquinaria o a las actividades peligrosas desarrolladas sino a cualquier tipo de riesgo independientemente de su origen².

Por su parte la expresión medio ambiente natural incorpora la referencia al entorno vital, esto es, al conjunto de factores de carácter físico, natural, cultural, social, económico y de orden estético que interaccionan con el

¹ L.E. DE LA VILLA, Editorial, en *Revista del Ministerio de Empleo y de la Seguridad Social*, 2015, n. 117, p. 13.

² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, *Medio ambiente y relaciones de trabajo*, en *Temas Laborales*, 1999, n. 50, p. 7.

individuo y con la comunidad en que habita³.

Esta definición de medio ambiente ha sido perfilada por el Tribunal Constitucional en la STC 102/1995, de 26 de junio, describiéndolo como «aquel que está compuesto por los recursos naturales, entre los que tradicionalmente se incluyen la flora, la fauna y los tres clásicos reinos de la naturaleza, el suelo, el aire y el agua, a los que se han ido incorporando otros elementos que son naturaleza, como el patrimonio artístico y el paisaje».

El precepto constitucional en que se apoya la sentencia es el artículo 45 donde se contempla que «todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo», dirigiendo a los poderes públicos la obligación de velar por el uso racional de todos los recursos naturales, a fin de proteger y mejorar la calidad de vida a través de una solidaridad colectiva calificada como indispensable⁴.

En la forma que describe el precepto constitucional se refleja la constitucionalización del medio ambiente como bien jurídico protegido al más alto nivel, alcanzando su disfrute y titularidad a todos los ciudadanos, en tanto que la conservación del mismo incorpora una obligación que comparten tanto los poderes públicos como la sociedad en su conjunto⁵.

1.2. La iniciativa del Convenio OIT n. 148 en la protección del medio ambiente de trabajo

La inclusión del medio ambiente de trabajo como criterio para elaborar estrategias de carácter preventivo ya se había perfilado de forma nítida en torno a los años 70 en el ámbito de la OIT, a través de su convenio núm. 148, aprobado en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo congregada en Ginebra el día 1 de junio de 1977, sobre medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones).

Este convenio tomó la iniciativa en la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en relación con el medio ambiente de trabajo, con el objeto de adoptar medidas preventivas dirigidas a la prevención y

³ M.D. MELLADO ROMERA, *La gestión integrada de la calidad, el medio ambiente y la prevención de riesgos laborales en las organizaciones*, Ramón Areces, 2006, p. 49.

⁴ R. MARTÍN MATEO, *La calidad de vida como valor jurídico*, en *Revista de Administración Pública*, 1988, n. 117, pp. 51 ss.

⁵ J.L. MONEREO PÉREZ, *Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental*, en *Relaciones Laborales*, 2009, n. 12, pp. 481 ss.

limitación de los riesgos profesionales generados por la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones y con la finalidad de proteger a los trabajadores frente a los riesgos indicados. El convenio fue ratificado por España el 24 de noviembre de 1980, siendo publicado en el BOE de 30 de diciembre de 1981.

Las medidas que se integran en el convenio no figuran estructuradas en las diversas modalidades de riesgo sino que aparecen descritas en su conjunto. Entre las medidas de prevención establecidas se incorporan las fórmulas para la eliminación de los riesgos de contaminación del aire, el ruido y las vibraciones. Para el supuesto de que no resulte posible la eliminación del riesgo el Estado debe contemplar la obligatoriedad del uso de equipos de protección personal. Se contempla asimismo (artículo 11) la obligación de establecer límites de exposición que han de ser considerados en los exámenes de vigilancia de la salud. La obligatoriedad de la inclusión de los factores de riesgo protegidos debe ser contemplada en los exámenes de vigilancia de la salud. Entre las medidas preventivas incorporadas se incluye expresamente la posibilidad de traslado por motivos de salud si los exámenes médicos muestran la conveniencia del cambio en el puesto de trabajo⁶.

Frente a los anteriores Convenios de la OIT en que primaba el carácter técnico y reglamentista el núm. 148, según apreció la Comisión de Expertos de 1987, se caracterizó por ser más abierto y dotado de flexibilidad. Con el formato descrito se pretendía que los diferentes países en función de su grado de desarrollo pudieran afrontar el problema ofreciendo un enfoque global de los factores que inciden en el medio ambiente laboral, avanzando así en la mejora de la seguridad en el trabajo⁷. El relevante precedente que constituyó el Convenio 148 OIT tuvo continuidad en el Convenio núm. 155 de la OIT, de 22 de junio de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo. Este Convenio define su objeto en su artículo 4.2 indicando de forma expresa que «tendrá por objeto prevenir los accidentes, (seguridad) y daños para la salud (enfermedad) que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo». En la forma expuesta se configura tanto la prevención de riesgos laborales (seguridad en el trabajo) como la enfermedad que tiene su origen en la actividad laboral (higiene o salud laboral).

⁶ S. MORENO CÁLIZ, *Los convenios de la OIT sobre las enfermedades profesionales*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, n. 112, p. 133.

⁷ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, *op. cit.*, p. 8.

1.3. El efecto normativo expansivo desde la aprobación del Convenio OIT n. 148

El efecto expansivo que con frecuencia ofrece la aprobación de un Convenio de la OIT viene refrendando por la regulación de las materias tratadas de forma dinamizadora y progresiva.

La Unión Europea, con un ámbito mucho más limitado que la OIT, integra a países que se encuentran entre los más industrializados y avanzados desde el punto de vista social, circunstancia que facilita una actividad legisladora eficaz al alcanzar la posibilidad de intervenir en Estados que, pese a sus diferencias, muestran un alto grado de homogeneidad sociocultural. En cualquier caso resulta innegable el papel pionero e inspirador que ha ejercido la OIT sobre la actividad normativa comunitaria, particularmente en el ámbito concreto de la Seguridad e Higiene en el Trabajo⁸.

La categoría de medio ambiente de trabajo ha mostrado un efectivo reflejo en el ámbito de la UE tal y como constata el artículo 118 A del Tratado de la Unión Europea al incorporar una perspectiva ambientalista que previamente había sido preconizada por la OIT.

En el contexto de la UE, no obstante, ocupa un papel preeminente la Carta comunitaria de los derechos sociales de los trabajadores (Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989), toda vez que contempla con toda rotundidad en su artículo 19 el derecho de los trabajadores a beneficiarse de un ambiente de trabajo en condiciones satisfactorias de salud y seguridad, lo que viene a traducir implícitamente el derecho a un ambiente de trabajo sano y seguro⁹.

Por su parte el artículo 1.3 del Tratado de la Unión Europea señala que «La Unión Europea obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa, basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva tendente al pleno empleo y al progreso social y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente».

En modo añadido, el Título XX del Tratado, dedicado específicamente al medio ambiente, señala (artículo 191.1) que «La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos: la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio

⁸ L. FERNÁNDEZ MARCOS, *Reflexiones sobre la anunciada Ley de Seguridad e Higiene desde las normas de la OIT y CEE*, en *Actualidad Laboral*, 1991, tomo I, p. 9.

⁹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, *op. cit.*, p. 10.

ambiente, la protección de la salud de las personas, la utilización prudente y racional de los recursos naturales, el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente y en particular a luchar contra el cambio climático».

Finalmente ha de reseñarse, a nivel internacional, la Declaración de Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo emitida en Río de Janeiro el 7 de mayo de 1992, donde se proclama (principio 1) que «los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza», considerando que la protección del medio ambiente debe integrarse en el proceso de desarrollo, sin que pueda considerarse de modo aislado.

Junto a la implementación de la categoría de medio ambiente de trabajo en el contexto internacional, se aprueba en nuestro país una norma de referencia, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que en su artículo 5.3 incorpora los objetivos de prevención destacando la adaptación de programas específicamente dirigidos a la mejora del ambiente de trabajo.

En relación a las premisas descritas se analiza el bien jurídico protegido que se identifica con el medio ambiente, de titularidad general, y cuya conservación se traduce en una obligación que comparte toda la sociedad. En la medida en que aquél está íntimamente ligado al desarrollo económico se mantiene estrechamente vinculado al ámbito empresarial. Matiza así nuestro Tribunal Constitucional la necesidad de armonizar medio ambiente y desarrollo económico, pues (STC 64/1982, de 4 de noviembre, FJ 2º) una política de desarrollo económico que se mantenga al margen del bien constitucional descrito (medio ambiente) podría resultar beneficiosa a corto plazo pero perjudicial a medio y largo plazo, concretando que el desarrollo económico no puede sustentarse en el aumento de la producción a toda costa, debiendo armonizar la “utilización racional” de los recursos descritos con la protección de la naturaleza, en pos de un mejor desarrollo de la persona así como una mejor calidad de la vida.

2. La protección frente a la contaminación en el medio ambiente de trabajo

Existe una clara conexión entre el medio ambiente de trabajo (interno) y el medio ambiente natural (externo), en una relación que desde la Revolución Industrial ha incidido en un progresivo deterioro de la calidad

ambiental.

La actividad empresarial se erige en la principal causa de emisión de sustancias contaminantes que afectan al medio ambiente natural o externo¹⁰. Es así que desde la industria se vierten materiales de carácter tóxico y contaminante tanto a la atmósfera como a las cuencas fluviales, provocando una progresiva degradación del medio ambiente al acumularse residuos derivados de la fabricación de productos.

El proceso industrial no sólo genera daños en el medio ambiente natural a lo largo del proceso de fabricación¹¹. Resulta muy significativas y alarmantes las fuentes de contaminación que generan los propios productos elaborados acumulando residuos que, como el plástico en los océanos, están alterando tanto el equilibrio natural como la propia cadena alimenticia al introducir productos tóxicos.

Puede constatarse, no obstante, que el conflicto creado entre ambos escenarios provoca situaciones aparentemente contradictorias, de modo que una apropiada protección del medio ambiente de trabajo puede derivar en una situación perjudicial para el medio ambiente natural y viceversa. Piénsese, *ad ex.*, en el uso de aparatos de aire acondicionado o calefacción que inciden de forma negativa en el ambiente externo. En sentido contrario la renuncia a estos sistemas de acondicionamiento repercutirá negativamente en el medio ambiente de trabajo haciendo más penosas o fatigosas las tareas de índole laboral¹².

Pese a las paradojas que se puedan plantear resulta innegable que una actitud sensible hacia el medio ambiente puede mejorar ostensiblemente tanto las condiciones de trabajo como el medio ambiente natural. A ello contribuye, sin ir más lejos, la limitación en el uso de sustancias químicas o, en otro contexto, la mejora en los niveles de contaminación acústica. Así si se respetan adecuadamente los niveles de ruido emitidos por la empresa observando los derechos de los trabajadores ello permitirá contribuir a la eliminación de la contaminación acústica proyectada hacia el ambiente natural.

¹⁰ M.L. MARTÍN HERNÁNDEZ, R. SASTRE IBARRECHE, *Un nuevo espacio para la acción sindical: la defensa del medio ambiente*, en *Revista de Derecho Social*, 2001, n. 16, p. 60.

¹¹ M.P. RIVAS VALLEJO, *La protección del medio ambiente en el marco de las relaciones laborales*, en *Tribuna Social*, n. 103, p. 9.

¹² M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, *Salud laboral versus medio ambiente: Por una política de prevención de riesgos laborales también en el medio externo*, en *Aranzadi Social*, 2002, n. 5, p. 1198.

3. La protección frente al ruido y las vibraciones en el ambiente de trabajo

La sociedad y las ciudades modernas se muestran asociadas indisolublemente al ruido de la industria y del tráfico, si bien no han renunciado a la opción de adecuar sus normas para alcanzar una más elevada calidad ambiental.

3.1. Iniciativas normativas que han complementado la eficacia del Convenio OIT n. 148

La creciente sensibilización social que se asocia al ruido se ha ido consolidando en nuestro país, tradicionalmente ruidoso y extrovertido, dando así lugar a la vigente Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, que se aprueba cumpliendo con la transposición de la Directiva sobre evaluación y gestión del ruido ambiental 2002/49/CE.

Más adelante se aprueba la Directiva 2003/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de febrero de 2003, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido) cuyo desarrollo en nuestro país se articula a través del Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo.

La nueva normativa muestra como objetivo proteger la salud auditiva de los trabajadores en el entorno espacial de la Unión Europea, incorporando destacadas innovaciones en la metodología preventiva. Entre ellas destaca esencialmente la reducción del límite de emisión máxima permitida de forma sustancial quedando acotado a 87 dB para exposiciones diarias de 8 horas¹³. En la regulación específica nacional se puede apreciar que el valor de 87 dB(A) se configura como valor límite que no debe superarse en ninguna jornada laboral, con la salvedad del valor configurado como pico (equivalente a 140 dB(A)). Asimismo se observa que la superación del valor de 80 dB(A) obliga a la empresa a utilizar recursos – tales como la realización de programas de medidas técnicas y organizativas, señalización, delimitación y limitación de acceso – para reducir la exposición de los trabajadores al riesgo reseñado.

Los efectos que puede provocar el ruido que se eleva sobre los niveles

¹³ M.A. PURCALLA BONILLA, C.H. PRECIADO DOMÉNECH, *Salud laboral y prevención de riesgos laborales (normas generales y sectoriales): implementación de los convenios de la OIT*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, n. 117, p. 204.

fijados normativamente puede generar afecciones de tipo psicológico tales como la alteración del sueño si se provoca en periodo nocturno, puede provocar cansancio, ansiedad o irritabilidad. Tales síntomas, que alteran la salud, pueden afectar a cualquier ciudadano pero, especialmente, a los trabajadores que se encuentran en contacto directo con el foco o fuente de ruido en el ambiente laboral¹⁴.

En lo que se refiere al tratamiento de las vibraciones en nuestro país se aprobó el RD 1311/2005, de 4 de noviembre, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores frente a los riesgos derivados o que puedan derivarse de la exposición a vibraciones mecánicas, norma que fue modificada por el Real Decreto 330/2009, de 13 de marzo.

3.2. La aportación de la doctrina del Tribunal Supremo y del TSJUE

A la hora de buscar la traslación a nuestra jurisprudencia del Convenio 148 OIT podemos encontrar precedentes reveladores, destacando la doctrina jurisprudencial que integra el derecho a la percepción del plus de penosidad¹⁵ aún en los supuestos en que las empresas utilicen medidas protectoras¹⁶.

Más adelante la doctrina jurisprudencial que establece el Tribunal Supremo, a través de la sentencia de 25 de noviembre de 2009, matiza que los requisitos para generar el plus de peligrosidad por ruido vienen determinados por una doble condición: a) En primer lugar que «no fuese técnicamente posible eliminar las condiciones acústicas para conseguir alcanzar menos de 80 dbA» y b) Que concurriendo la circunstancia descrita los trabajadores que presten servicios en puestos de trabajo expuestos a 80 dbA o más, hagan uso de «la protección auditiva de manera efectiva y permanente durante su tiempo de trabajo, para evitar los efectos del ruido que no han podido ser eliminados».

Como criterio complementario interpretativo se debe recurrir a la STJUE de 19 de mayo de 2011 (TJCE 2011, 143, asunto *Barcenilla*) donde se realizan dos valoraciones trascendentales: a) Que en interpretación de la Directiva 2003/10 un empresario no cumple con las exigencias de la

¹⁴ M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, *op. cit.*, p. 1204.

¹⁵ M.A. FALGUERA I BARÓ, *La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral*, en *Lex Social*, 2016, n. 1, p. 46.

¹⁶ SSTS UD 6 octubre 1995, RJ 1995\7198; 6 noviembre 1995, RJ 1995\8249; 19 enero 1996, RJ 1996\4125; 12 diciembre 1996, RJ 1996\1012.

misma si en su empresa se produce un nivel de exposición diaria de los trabajadores al ruido cuando ésta sea superior a 85 dB(A), medición que se ha de llevar a cabo sin tener en consideración el uso de protectores auditivos de carácter individual. La consecuencia habría de ser que se incumple la obligación establecida con la mera entrega de protectores auditivos aunque permitan reducir la exposición al riesgo por debajo de un nivel inferior a los 80 dB(A), de modo que, el empresario tiene la obligación de aplicar un programa que permita reducir la exposición al ruido por debajo de los niveles indicados.

b) Que de la indicada Directiva no se deduce la obligación en el caso de incumplimiento empresarial de que se devengue un plus de penosidad automático a favor de los trabajadores afectados. De lo expuesto habría que deducir que tal consecuencia ha de ser específicamente prevista en el Convenio Colectivo que resulte de aplicación dejando la opción descrita en manos de la negociación colectiva.

Finalmente es destacable la sentencia del Pleno de la Sala del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 2018 (Rec. núm. 1518/2016), según la cual la correcta interpretación que se ha de llevar a cabo en relación a la regulación del plus de penosidad por ruido en el Convenio de Industrias Cárnica examinado – en interpretación que puede realizarse de forma extensiva en otras actividades asimilables – concluye que «el nivel de ruido a tener en cuenta para devengar el cuestionado complemento salarial es el que ofrece el puesto de trabajo, no el que percibe el trabajador individual cuando utiliza los preceptivos medios de protección».

4. Conclusiones

El efecto expansivo que juega la aprobación de un Convenio de la OIT resulta de efectos innegables. El que concretamente comentamos en el presente estudio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977 (núm. 148) no es una excepción. Afecta a materias particularmente sensibles a día de hoy, enlazando con el concepto de sostenibilidad a través del cual se intentan satisfacer las necesidades actuales garantizando el equilibrio entre el crecimiento económico, el cuidado del medio ambiente y el mantenimiento del bienestar social.

En este contexto juegan un papel esencial las diversas materias tratadas en el Convenio 148 OIT indicado. En lo que respecta a la protección frente al ruido el hilo normativo expansivo ha propiciado la Directiva sobre evaluación y gestión del ruido ambiental 2002/49/CE así como la

Directiva 2003/10/CE. Éstas, a su vez han dado lugar en España a la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido y al Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo que han permitido desplegar una serie de medidas preventivas en el ambiente de trabajo. Entre ellas las empresas se obligan a reducir el ruido al nivel más bajo posible quedando obligadas a actuar sobre la fuente que lo origina, de modo que, si supera 80 dB en tiempo de exposición de 8 horas o bien 140 dB en momentos pico existe la obligación de implantar medidas preventivas. En tales supuestos se hace obligado ofrecer información a los trabajadores sobre el modo de prevenir el riesgo a través de los diferentes métodos de trabajo teniendo en consideración las protecciones auditivas aplicables a los trabajadores que las soliciten. Asimismo, en los supuestos de riesgo se hace obligado implantar medidas técnicas para reducir la propagación del ruido restringiendo el acceso a los puestos de trabajo que deben ser adecuadamente señalizados. De forma genérica se hace preciso evitar los ruidos que se puedan considerar innecesarios y actuar disminuyendo el ruido en su origen modificando el tipo de tarea si es posible, limitando la zona afectada por vibraciones, aplicando la amortiguación de sonidos en la caída de materiales, etc. También se debe actuar sobre la maquinaria ruidosa bien introduciéndola en recintos insonorizados, aplicando cierres herméticos, o bien recubriendo con materiales acústicos.

De no resultar posible la reducción del sonido por debajo de los límites recomendados deben adoptarse medidas para reducir el tiempo en que los trabajadores se encuentran expuestos al ruido recurriendo a la rotación de puestos de trabajo. La medida que cabría adoptar con carácter subsidiario a todas las precedentes se traduciría en la facilitación a los trabajadores de equipos de protección individual como orejeras o tapones.

Como resulta patente a través de movimientos que cada vez alcanzan un nivel más globalizado la preocupación por el medio ambiente resulta hoy en día una prioridad. Seguramente se percibe que quedan pocas oportunidades para revertir las consecuencias del calentamiento global, de la contaminación del medio ambiente natural o de la saturación de plásticos en los océanos poniendo en peligro la subsistencia de miles de especies. No sólo está en juego, como hasta hace apenas unas décadas, el derecho del trabajador a prestar servicios en un ambiente de trabajo saludable. Seguramente hay en juego algo más: la propia vida en el planeta. En torno a la idea referente que incorporó el Convenio OIT n. 148 sobre protección del medio ambiente hay que valorar el esfuerzo por la adopción de medidas que permitan revertir la situación. En este ámbito no es poco lo que pueden hacer las empresas, no sólo por mejorar las condiciones de trabajo de quienes prestan servicios laborales sino por

sentar las bases para facilitar un modo de vida sostenible donde se priorice el uso de productos reciclables y respetuosos con el medio ambiente, limitando los medios y los productos que puedan implicar cualquier tipo de degradación del medio.

El Convenio OIT n. 148 sentó unas bases sobre las que se puede edificar un futuro sostenible. Falta la tarea titánica, pero imprescindible, de concienciar a la sociedad de que el único futuro posible es aquel en el que el desarrollo humano sea respetuoso con la protección del medio ambiente natural.

5. Bibliografía

DE LA VILLA L.E., *Editorial*, en *Revista del Ministerio de Empleo y de la Seguridad Social*, 2015, n. 117, pp. 9-14

FALGUERA I BARÓ M.A., *La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral*, en *Lex Social*, 2016, n. 1, pp. 33-71

FERNÁNDEZ MARCOS L., *Reflexiones sobre la anunciada Ley de Seguridad e Higiene desde las normas de la OIT y CEE*, en *Actualidad Laboral*, 1991, tomo I

GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA M.J., *Recolocación por razones de enfermedad como deber empresarial en materia de prevención* (comentario a la STS 10 noviembre 2010 [RJ 2010, 8827]), en *Aranzadi Social – Revista Doctrinal*, 2011, vol. 4, n. 7, pp. 205-221

GUTIÉRREZ PÉREZ M., *La protección del medio ambiente como factor condicionante de las relaciones laborales*, en *Aranzadi Social – Revista Doctrinal*, 2010, vol. 3, n. 3, pp. 95-124

MARTÍN HERNÁNDEZ M.L., SASTRE IBARRECHE R., *Un nuevo espacio para la acción sindical: la defensa del medio ambiente*, en *Revista de Derecho Social*, 2001, n. 16, p. 59-92

MARTÍN MATEO R., *La calidad de vida como valor jurídico*, en *Revista de Administración Pública*, 1988, n. 117, pp. 51-70

MELLADO ROMERA M.D., *La gestión integrada de la calidad, el medio ambiente y la prevención de riesgos laborales en las organizaciones*, Ramón Areces, 2006

MONEREO PÉREZ J.L., *Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental*, en *Relaciones Laborales*, 2009, n. 12, pp. 481-537

MORENO CÁLIZ S., *Los convenios de la OIT sobre las enfermedades profesionales*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, n. 112

PURCALLA BONILLA M.A., PRECIADO DOMÉNECH C.H., *Salud laboral y prevención de riesgos laborales (normas generales y sectoriales): implementación de los convenios de la OIT*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, n. 117, pp. 185-211

RIVAS VALLEJO M.P., *La protección del medio ambiente en el marco de las relaciones laborales*, en *Tribuna Social*, n. 103, pp. 9-27

RODRÍGUEZ RAMOS M.J., *Salud laboral versus medio ambiente: Por una política de prevención de riesgos laborales también en el medio externo*, en *Aranzadi Social*, 2002, n. 5, pp. 1191-1214

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER M., *Medio ambiente y relaciones de trabajo*, en *Temas Laborales*, 1999, n. 50

Convenio sobre el personal de enfermería 1977 (núm. 149)

María Cristina POLO SÁNCHEZ*

RESUMEN: El Convenio OIT n. 149, pese a ser una norma de mínimos, plantea como objetivo principal la mejora de las condiciones laborales del personal de enfermería, integrado mayoritariamente por mujeres. La progresiva pérdida de calidad de vida laboral, ya detectada en los años 70, llevó a la OIT a elaborar una norma específica que apostara por la toma en consideración de los auténticos problemas que identifican de modo específico el ejercicio de esta profesión. Sin embargo, son muchos los estados que han decidido no ratificar el Convenio, movidos, más que por su propio contenido, por las reglas de interpretación y aplicación contenidas en la Recomendación n. 157, que no vincula a los estados pero que actúa a modo de orientación sobre cómo deberían éstos comportarse respecto a la regulación de las condiciones profesionales de este colectivo de trabajadores. Las consecuencias de la pérdida progresiva de protección en la forma de realizar su actividad están derivando hacia extremos preocupantes, sobre todo en países de África o América Latina: no es tanto la vulneración de derechos económicos o sociales o la falta de una cobertura para el futuro, sino cuestiones actuales que pasan por una insuficiente protección frente a riesgos a los que de manera cotidiana quedan expuestos en el ejercicio de sus funciones. Tal realidad está generando un problema a todas luces no deseado, como es el abandono de la profesión y la búsqueda de otras expectativas laborales de carácter alternativo pero que, al menos, aseguren unas mínimas reglas de seguridad en su trabajo.

Palabras clave: Personal de enfermería, condiciones de trabajo, ratificación de convenios, empleo, escasez de personal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La responsabilidad estatal en la definición y mejora del desarrollo profesional del colectivo de enfermería. 3. Sujetos protegidos. 4. Estrategias y planificación profesionales. 5. Condiciones laborales. 6. Compromisos estatales tras la ratificación. 7. Razones para una ausencia de ratificación del Convenio. 8. Bibliografía.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca.

Nursing Personnel Convention 1977 (No. 149)

ABSTRACT: ILO Convention No. 149, despite being a minimum standard, seeks as its main objective the improvement of working conditions for nursing personnel, made up mostly of women. The progressive loss of quality of working life, already detected in the 1970s, led the ILO to develop a specific standard that would bet on taking into account the real problems that specifically identify the exercise of this job. However, many states have decided not to ratify the Convention, due, rather than its own content, to the rules of interpretation and application contained in the Recommendation No. 157, which does not bind states but implies guidance on how they should act in regulating the professional conditions of this group of workers. The consequences of this progressive loss of protection in the way it operates is leading to dangerous extremes, especially in African or Latin American countries: it's not so much the loss of economic or social rights or the lack of coverage for the future, but issues that are identified with insufficient protection against risks to which, on a daily basis, they are exposed in the exercise of their duties. This is creating a really unwanted problem, such as quitting work, finding other alternative job expectations, but which at least ensure minimum levels of safety in their work.

Key Words: Nursing professional, working conditions, agreements, employment, staff shortage.

1. Introducción

Elaborado como convenio sectorial en el ámbito sanitario, el Convenio OIT n. 149, aprobado en 1977 y en vigor desde el 11 de julio de 1979¹, sitúa como foco central de su interés al personal de enfermería que, en colaboración con el resto del staff sanitario, cumple el trascendental cometido de garantizar y procurar el derecho a la asistencia sanitaria de los ciudadanos.

El Convenio mantiene, en esencia, dos preocupaciones a lo largo de su contenido textual: en primer término, la necesaria colaboración que, en diferentes niveles de categorización profesional, debe articularse entre todos los responsables de ejecutar acciones y adoptar decisiones en el terreno de la salud, pero también, y en un segundo plano, pretende poner de relieve la auténtica situación laboral de los y las profesionales de la enfermería (predominantemente mujeres), cuyas condiciones de empleo y de trabajo pueden en ocasiones incluso rozar los límites del trabajo decente, en un doble plano consecuencial, pues no es solo que en algunos países se vulneren sus más elementales derechos, sino que tal circunstancia vendría indisolublemente unida al abandono y pérdida de calidad asistencial del sistema sanitario del país de que se trate.

Nos vamos a detener, en modo preferente, en el estado español, cuyo modelo sanitario lleva años de evolución y desarrollo, con altos niveles de calidad, es cierto, en cuanto a prestaciones asistenciales, utilización habitual de técnicas punteras que sitúan a España como uno de los países más avanzados en aspectos como transplantes, tratamientos innovadores aplicados en un número reducido de países de forma selectiva, introducción de tecnologías colaborativas en materia de robótica, amplio catálogo de prestaciones sanitarias, gratuidad asistencial prácticamente universal, etc. Sin embargo, tales avances se ven acompañados de otras falencias que denotan una ausencia de las imprescindibles reformas en cuanto a la mejora del desempeño habitual de sus funciones por parte del personal de enfermería.

España no ha ratificado este Convenio, no por razones políticas, es obvio, pues ese mismo año 1977, testigo directo del proceso de transición democrática en nuestro país, se produjo la ratificación de dos Convenios sustanciales en materia de libertad sindical y de negociación colectiva

¹ Su entrada en vigor se produjo dos meses después de la fecha en la que el segundo estado que lo ratificara registrara tal actuación ante el Director General de la OIT (art. 10.2). Para el resto de estados, la entrada en vigor se habrá ido produciendo de modo sucesivo a los doce meses del registro de su ratificación.

como fueron el 87 (1948) y el 98 (1949)², en una fase de evolución hacia un estado social y democrático de derecho. Otras habrían de ser, por tanto, las causas de esta inactividad por parte de las autoridades estatales en incorporar el contenido del Convenio al ordenamiento interno, y no sería suficiente excusa alegar que buena parte de su articulado ha quedado ya incorporado por vía indirecta a través de la actuación legislativa ordinaria, puesto que la mejor forma de demostrar que efectivamente tal empeño ha sido cumplido sería la ratificación directa de dicho instrumento internacional. A ello hay que añadir la continuada tendencia mantenida por España, que actualmente se sitúa en el primer lugar del ranking en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones de ratificación (a fecha actual, 190 Convenios ratificados) y que, no obstante, ha optado por dejar al margen este Convenio.

No es un hecho aislado, sin embargo, que España se haya abstenido en este punto, pues dentro de la Unión Europea catorce estados miembros han efectuado la misma opción³, cada uno con su divergente modelo sanitario y, por ello, con sus motivaciones particularizadas, lo que hace aún más necesario ahondar en el contenido del Convenio, sus objetivos y sus pretensiones, para tratar de desentrañar las razones por las que, en apariencia, un Convenio que sin duda está llamado a mejorar la posición laboral de estos trabajadores, permanezca en un segundo plano sin expectativas de alcanzar el lugar que merece. Se ha destacado así la relativa facilidad para los estados en ratificar este Convenio, por cuanto su papel primordial es el de complementar las normas laborales nacionales reguladoras de las disposiciones generales de empleo y trabajo dirigidas a todos los trabajadores⁴, y esta labor no tendría que ser excesivamente onerosa, en términos de política legislativa y financiera, en buena parte de los estados con un nivel de desarrollo sanitario medio-alto.

2. La responsabilidad estatal en la definición y mejora del desarrollo profesional del colectivo de enfermería

Podríamos identificar a este instrumento internacional como un Convenio de mínimos, puesto que sus escasos dieciséis artículos permiten a los

² Ratificados por España el 13 de abril de 1977.

³ A fecha de hoy, no lo han ratificado países como Alemania, Austria, Países Bajos o Reino Unido, por diferentes razones, desde luego no vinculadas a la existencia de sistemas sanitarios primarios o en desarrollo.

⁴ Cfr. el Informe que en 2007 publicó la OIT sobre el estado de aplicación del Convenio: [Convenio núm. 149 sobre el personal de enfermería. Reconocer su aporte. Considerar sus necesidades.](#)

estados configurar un conjunto de medidas laborales más o menos amplias en función del grado de desarrollo de cada modelo sanitario⁵. Desde luego, y sin entrar en diferencias entre la medicina pública y la asistencia sanitaria de carácter privado, el Convenio atribuye al sector público el papel de empleador y, por ello, el de responsable en la mejora en las condiciones de vida y trabajo de estos trabajadores. Problemas ya antiguos como falta de personal suficiente o atribución inadecuada de competencias, no resueltos aún hoy en día prácticamente en ningún país, estarían detrás de la frecuente inefficiencia de los sistemas sanitarios que, con un volumen de gasto elevado, no son capaces de garantizar un nivel de calidad sanitaria adecuado para la población. Y la OIT es consciente de que los trabajadores de este sector disponen de mecanismos a su alcance que, en teoría, serían apropiados para defender sus derechos en materia de libertad sindical y negociación colectiva, pero también en el ámbito de las condiciones de trabajo, como la duración de la jornada, derecho a vacaciones, poder disponer de licencias para cursar estudios de formación y perfeccionamiento, atención a la maternidad, servicios sociales y, sobre todo, dos de los derechos donde con mayor evidencia es posible hallar una discordancia entre la realidad y la regulación jurídica, como serían la Seguridad Social y la protección frente a eventuales riesgos en su trabajo. Se hace imprescindible, por consiguiente, que los estados conozcan en profundidad las normas internacionales genéricas sobre protección de las condiciones laborales de los trabajadores, para combinarlas a su vez con lo dispuesto en este Convenio, de modo que se asegure una auténtica cobertura de este colectivo con especiales características laborales, evitando así discriminaciones y una protección disminuida.

Es relevante, en este punto, la colaboración directa a la hora de elaborar este Convenio entre OIT y Organización Mundial de la Salud (OMS). Ambas instituciones han unido sus esfuerzos para determinar los aspectos concretos a incluir, las materias sobre las que se hace necesario influir con una mayor dedicación y las metas concretas a alcanzar⁶.

⁵ Será la Recomendación núm. 157, adoptada el 21 de junio de 1977, la que de manera más amplia proceda a concretar las líneas básicas del Convenio.

⁶ Fruto de esta colaboración, han cristalizado iniciativas como la aprobación de *Diretrizes Marco para afrontar la violencia laboral en el sector de la salud* (2002); *Diretrizes sobre el diálogo social en los servicios públicos de urgencia en un medio en constante evolución* (2003); *Diretrizes de políticas conjuntas de la OMS/OIT/ONUSIDA para mejorar el acceso de los trabajadores de la salud a los servicios de prevención, tratamiento, atención y apoyo en relación con el VIH y la tuberculosis* (2010) o, más recientemente, *Diretrizes sobre el trabajo decente en los servicios públicos de urgencia* (2018).

3. Sujetos protegidos

Ciertamente, estamos acostumbrados a que, en su afán de conseguir una regulación amplia y sin exclusiones, las normas internacionales sean demasiado escuetas en sus definiciones y en el modo de establecer su ámbito subjetivo de aplicación. Así sucede con este Convenio en cuanto a la determinación de quiénes han de ser sus destinatarios y, por tanto, beneficiarios. De este modo, dentro de la expresión “personal de enfermería” que recoge el art. 1, se incluyen todas las categorías de personal que prestan asistencia y servicios de enfermería, que es prácticamente no decir nada nuevo, y ello por dos motivos: ante todo, porque no contiene una separación suficiente entre lo que serían las tareas principales de enfermería y las labores auxiliares, lo que en algunos países, como sucede en España, aparece claramente deslindado, con un reparto inequívoco de competencias y, por supuesto, con unos conocimientos adquiridos en distintos niveles educativos (universitario en la titulación de Enfermería y Formación Profesional en el caso del trabajo auxiliar). Pero, y en segundo lugar, el ámbito subjetivo de aplicación del Convenio incurre en una reiteración que, desde luego, no aporta nada en cuanto a la intención clarificadora que cualquier norma, internacional o interna, ha de proporcionar, cual es la evitación de introducir en una definición los mismos términos que el objeto a definir. Y esto es lo que ocurre en este supuesto: personal de enfermería es el que presta servicios de enfermería, sin añadir ninguna otra matización y presentando, con ello, un contenido del Convenio excesivamente empobrecedor.

En esta misma línea, y habida cuenta de que la ubicación funcional y geográfica en la que este tipo de actividades se desarrollan puede ser muy diversificada (hospitales públicos estatales o de ámbito competencial más reducido, clínicas privadas, localización en zonas urbanas o rurales, con más o menos disponibilidad de medios etc.), este Convenio, en su parquedad de términos lingüísticos, se declara aplicable a todo el personal de enfermería, sea cual sea el lugar en el que ejerzan sus funciones. Al menos, y como aspecto positivo, no se plantea ningún tipo de exclusión atendiendo a eventuales criterios diferenciales, sino que pretende incluir a todos los profesionales de este sector, siendo consciente, obviamente, de que las condiciones sociolaborales no serán idénticas para todos ellos.

Es más, a sabiendas de que en este tipo de tareas, y a lo largo de las diferentes etapas históricas así ha podido comprobarse, es habitual la participación de personas que, de forma habitual, se muestran dispuestas a colaborar con su ayuda, estén o no provistas de alguna titulación oficial

que les avale, el Convenio hace alusión expresa a quienes prestan asistencia y servicios de enfermería a título benévolos, esto es, sin recibir una remuneración a cambio, en cuyo caso, la existencia de relación laboral debería, en principio, quedar descartada. El Convenio otorga más importancia al hecho de la colaboración que al de la posesión o no de certificados académicos solventes, puesto que incluye también dentro del colectivo a quienes desinteresadamente ofrecen su ayuda con unos básicos conocimientos en la materia. Otra interpretación no sería posible, puesto que exigir de manera estricta previa titulación para realizar su actividad en condiciones de gratuidad equivaldría a una práctica irregular en la que se estaría negando la relación de trabajo con un empleador.

Para no dejar desprotegidas a estas personas y garantizar el mismo trato en cuanto a condiciones laborales que el personal de enfermería strictu sensu, los responsables estatales podrán efectuar consultas con las organizaciones de empleadores y de trabajadores implicados a fin de adoptar ciertas disposiciones específicas que permitan a los voluntarios desempeñar adecuadamente sus tareas, consistentes en la recepción de una formación adecuada (quizá no en el mismo nivel que el auténtico personal de enfermería, porque el Convenio solo alude a «formación apropiada al ejercicio de sus funciones» que, entendemos, no alcanzarán el mismo grado de responsabilidad que el personal titulado) y, por supuesto, disfrutar de medidas adecuadas en materia de higiene y seguridad del trabajo (en terminología más actual dentro de la legislación española, seguridad y salud laboral).

Ni que decir tiene que cada estado dispone de total libertad para realizar esas consultas y para adoptar finalmente disposiciones dirigidas de forma expresa a quienes colaboren con carácter voluntario. Incluso ante una inacción legislativa estatal, podría acordarse la aplicación automática de los mismos beneficios (salvo salario y consolidación en términos de puesto de trabajo) dirigidos a estas personas.

4. Estrategias y planificación profesionales

Como obligación directa que el Convenio impone a los estados que hayan procedido a su ratificación, estos necesariamente deberán adoptar una política de servicios y de personal de enfermería en tanto que requisito mínimo inexcusable para su aplicación. Si además ese estado dispone de un modelo sanitario avanzado, tal política deberá inscribirse en una esfera más amplia dentro de una programación general de servicios de salud, en función asimismo de cuáles sean los recursos disponibles en el ámbito

sanitario. Ambas actuaciones quedarían orientadas no solo a un reforzamiento de la situación profesional de este colectivo sino que, simultáneamente, tratarían de redundar en el aumento de la calidad sanitaria y en el catálogo de prestaciones de las que terminaría beneficiándose toda la población.

Esa política de personal a que los estados quedan obligados actuaría en dos frentes complementarios: a la obtención de la pertinente formación y educación adaptadas al ejercicio de sus funciones, a cuya garantía quedaría comprometido el propio estado ratificador, se uniría la exigencia de unas condiciones de empleo y de trabajo dignas, con expectativas de promoción profesional, remuneración adecuada a sus tareas y que fueran lo suficientemente atractivas como para que parte de la población orientara su trayectoria laboral hacia este tipo de actividades, consiguiendo algo que actualmente se valora en las empresas con carácter prioritario, como es la retención del talento.

A fin de que las políticas adoptadas logren los fines propuestos, es indispensable (aparece expresado en términos imperativos: «deberá formularse») que el estado proceda a consultar su parecer a las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesados que, como es sabido en estos casos, podrían ser finalmente tenidas en cuenta o no pero cuyo trámite no es posible eludir. De igual forma, tales organizaciones deberán expresar su parecer en lo referente a otras cuestiones conexas, relacionadas con la salud, y sobre la coordinación que ha de llevarse a cabo con otras categorías de personal dentro de los servicios de salud, no solo con el personal médico, del que dependen, sino con los niveles inferiores de auxiliares, con quienes las competencias respectivas deben quedar perfectamente delimitadas.

Precisamente, y en este ámbito específico, el Convenio permite a los estados legislar internamente para fijar los requisitos básicos de la formación e instrucción que habrán de adquirir los futuros profesionales de la enfermería en establecimientos de enseñanza que formen parte del sistema de educación general, como apunta la Recomendación 157, así como sobre el control y la supervisión de dicha formación, que en todo momento deberá tomar como punto de referencia también la obtenida por otros trabajadores en el marco sanitario (art. 3 del Convenio).

La formación y capacitación del personal pasan a convertirse así en la “piedra angular” de una mejor calidad de trabajo y de la prestación de servicios en este sector⁷. La instrucción e información en materia de

⁷ *Directrices sobre el diálogo social en los servicios públicos de urgencia en un medio en constante evolución*, cit.

enfermería deberá incluir una formación integral de ambos planos teórico y práctico, quedando ésta última adscrita a los servicios preventivos, curativos y de readaptación, y siempre con la supervisión de personal de enfermería cualificado. Frente a la falta de mención expresa por parte del Convenio, la Recomendación se explaya en lo que sería la estructura formativa que debiera configurarse en cada estado: una formación básica, con un nivel avanzado que diera cabida a la ejecución de actividades complejas, siendo exigible el requisito de encontrarse en condiciones de ingresar en la Universidad, y un nivel básico menos avanzado, dirigido a la preparación del personal auxiliar, con tareas menos complejas en cuanto a dificultad técnica pero con igualdad aptitud para el desempeño de relaciones humanas, para lo que simplemente se exigirían estudios secundarios.

A partir de tales premisas, el personal profesional estaría en condiciones de asumir funciones de gran complejidad y responsabilidad; el personal auxiliar realizaría funciones menos complejas, requiriendo en ciertas actuaciones la supervisión del enfermero profesional y, por último, los ayudantes, con menor nivel de formación, desempeñarían funciones sencillas bajo la vigilancia de cualquiera de los dos profesionales anteriores.

Con la idea de evitar la pérdida progresiva de competencias por el transcurso del tiempo, la Recomendación prevé igualmente la obtención de una formación de trato continuado, que podría prestarse en el propio lugar de trabajo pero también externamente, y que iría dirigida a la actualización de conocimientos y al perfeccionamiento profesional, sin olvidar, es claro, las posibilidades de mejora y promoción hacia puestos de mayor envergadura.

Igualmente, la legislación interna de cada estado establecerá cuáles son los requisitos necesarios para el ejercicio de la profesión y para imponer los criterios que habilitan solo a aquellas personas que demuestran su cumplimiento.

A este respecto, la legislación de cada estado debería precisar las condiciones que, respectivamente, han de acreditar tanto el personal profesional como el auxiliar para poder ejercer su profesión. Si, dado el caso, la posesión de un título no habilitara automáticamente para ello, una de las soluciones que aporta la Recomendación sería la de crear un organismo con competencias específicas que se encargara de conceder las autorizaciones pertinentes para ejercer este trabajo. Es imprescindible para la OIT que el personal de enfermería esté cualificado para el desempeño de sus funciones, por lo que, a falta de tal requisito, debería recibir formación especializada lo antes posible.

Buena parte de las exigencias a cumplir se han traducido en la mayoría de países en la pertenencia a un colegio profesional o, al menos, a un registro en el que consten la titulación y aptitudes de quien solicita ejercer tal actividad.

Los integrantes de este colectivo no se limitan sin más a ser destinatarios de las decisiones normativas que adopte el estado en cuestión, sino que sus opiniones y reivindicaciones habrán de ser tenidas en cuenta para mejorar tanto la calidad prestacional como sus propias condiciones laborales. Por ello, el Convenio prevé la adopción de medidas (no indica cuáles, quedando entonces en manos de cada estado de manera discrecional) para favorecer la participación del personal de enfermería en todo lo que atañe a la planificación de servicios y a la adopción de decisiones que les puedan afectar.

La Recomendación sí procede, en cambio, a exponer cuáles habrían de ser los campos de participación de los interesados, cómo serían la planificación y toma de decisiones relativas a la política estatal de salud, con carácter genérico, y a la vinculada a la profesión de enfermería en concreto.

Cada estado arbitrará entonces este mecanismo de modo diverso, pues el Convenio tampoco indica la forma de proceder en este sentido, pero no se debe menospreciar su relevancia porque si se fomenta el diálogo y el contacto directo con este colectivo, cualquier controversia podrá quedar resuelta de manera mucho más satisfactoria que si la solución procede, con carácter unilateral, de los responsables políticos. Esta debería ser la línea a seguir en cualquier planificación y decisión a emprender, pues el propio Convenio resalta la importancia de contar con la opinión de este colectivo tanto en la determinación de condiciones de trabajo como en la resolución de conflictos.

Las condiciones laborales podrían, en teoría, articularse por los poderes públicos del estado, sin tomar en consideración otros criterios provenientes de los interesados, pero el Convenio insiste en que, de preferencia, tales condiciones deberían pactarse a través de la negociación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores del sector, y lo mismo sucede con los conflictos surgidos a raíz de la determinación de las condiciones de empleo, que también habrán de dirimirse mediante procesos de negociación o recurriendo a terceros imparciales en las figuras de la mediación, la conciliación o el arbitraje.

La Recomendación se ocupa de esta cuestión mencionando la negociación entre las partes en conflicto o acudiendo a estos procedimientos independientes e imparciales, que evitarían el recurso a otras medidas de mayor calado (ej. la huelga), a las que otros trabajadores pueden acogerse

sin la aparición de efectos colaterales negativos para la población. Habría que poner de relieve, por consiguiente, la reticencia con la que desde instancias internacionales se percibe la presencia de conflictos laborales entre el personal de enfermería (en realidad, en todo el sector sanitario). Es cierto que derechos fundamentales como la huelga, contemplada en tanto que “acción laboral”, por desdramatizar las consecuencias que una paralización de los servicios sanitarios generaría en el nivel de salud de la ciudadanía, no son incompatibles con la defensa de los intereses de un determinado colectivo de trabajadores, por muy imprescindible que sea el grado de mantenimiento del servicio y que, siempre que se garantice un nivel de servicios mínimos adecuado, la calidad asistencial no tendría por qué resentirse, siempre que se arbitren mecanismos para garantizar su cumplimiento. Pero también es verdad que la huelga ha de ejercitarse con cautela, acudiendo a ella solo como último recurso cuando otras medidas alternativas de solución de conflictos no hayan dado resultado⁸. Incluso, ciertas manifestaciones de la huelga se pueden utilizar como catalizador para que la parte empresarial reaccione y ponga más énfasis en negociar e intentar hallar una solución que en prolongar el conflicto. Se ha citado así la huelga selectiva⁹ en ciertos departamentos o servicios, que no provoca efectos perjudiciales en todos los sectores de la sanidad y cuyas consecuencias en la atención a los pacientes no son tan drásticas, o las huelgas de aviso, de duración muy corta (no exactamente equiparables a las huelgas intermitentes, por su menor extensión temporal, pero que anticipan cuáles serían las consecuencias si un cambio de estrategia prolongara sus efectos). Ambas modalidades serían susceptibles de generar una transformación en la evolución del conflicto y de favorecer su finalización.

5. Condiciones laborales

Para evitar discriminaciones y un peor trato en el ejercicio de sus tareas profesionales, estos trabajadores deben disfrutar, al menos, de unas condiciones de trabajo equivalentes (con la dificultad que supone en este tipo de situaciones modular criterios de equivalencia) a las del resto de

⁸ Este es el criterio defendido por el Consejo Internacional de Enfermeras (CIE) que, en sus *Diretrizes sobre servicios esenciales en caso de conflicto laboral* (2010), se decanta preferentemente por el diálogo social y solo en caso de que la negociación entre el empleador y los interesados sea insatisfactorio o ineficaz, habría que ejercitar una acción laboral

⁹ *Idem*.

trabajadores del país (art. 6). El carácter de mínimos que recoge este Convenio se observa en un doble plano, por cuanto las condiciones de empleo y trabajo deberán alcanzar como mínimo el umbral genérico reconocido a todo trabajador, que más tarde podrá perfeccionarse para, en ciertos aspectos, superarlo y, en segundo lugar, ese contenido mínimo se predica de algunas condiciones laborales que el Convenio parece considerar básicas e irrenunciables y que, en una enumeración aparentemente cerrada, se dedica a desgranar: jornada de trabajo, donde se incluyen las horas a realizar; regulación de horas extraordinarias y su forma de compensación (en metálico o mediante descansos); horas incómodas o penosas, atendiendo a las peculiaridades de la actividad, y régimen de trabajo a turnos; el descanso semanal, las vacaciones anuales remuneradas, los beneficios de la Seguridad Social y tres tipos de "licencias", cuya naturaleza no siempre se compadecería con tal configuración, y que se asociarían con la maternidad, la enfermedad y la educación. Trasladado a lo que sería la legislación interna de los estados, el hecho de contraer una enfermedad, así como la protección de la maternidad durante todo el proceso de gestación, el parto y el posterior período de descanso, se encuadran dentro de lo que sería la protección de la Seguridad Social. Por tanto, no son circunstancias externas al sistema, sino que son contingencias que los estados avanzados han integrado dentro de su catálogo de prestaciones. En consecuencia, la denominada "licencia" quedaría reducida a la obtención de permisos para formación, para acceder a exámenes oficiales y otro tipo de pruebas que quedarían fuera de la formación ofrecida por la propia empresa, y no para aquellos otros supuestos en los que resulte afectada la ejecución del contrato surgiendo una causa de suspensión temporal.

La recomendación 157 es algo más explícita en este aspecto, ofreciendo aproximaciones conceptuales a lo que habría de entenderse por duración normal del trabajo, horas extraordinarias, servicio de guardia a disposición del empleador, que deberían ser entendidas siempre y en todo caso como tiempo de trabajo, y horas incómodas o penosas.

Se atribuye especial relevancia a la jornada de trabajo, de modo que no exceda de cuarenta horas semanales ni de ocho horas diarias (tampoco doce horas computando las horas extraordinarias), salvo que se fije alguna modalidad de horario flexible o un horario intensivo contenido en la legislación estatal, convenio colectivo, reglamento de empresa o en laudo arbitral. Los descansos deberían ser al menos de día y medio, es decir, de treinta y seis horas, procurando que, si no es así, se pueda gradualmente llegar a ese reposo mínimo.

La distribución horaria es especial motivo de preocupación por parte de la

Recomendación, pues se muestra en contra de una prestación excesiva de horas extraordinarias (en realidad, deberían ser voluntarias, salvo cuando sean necesarias para la asistencia al paciente y no se disponga de un número suficiente de efectivos, que la Recomendación extiende asimismo a los voluntarios), horas incómodas y penosas y servicios de guardia, que deberían quedar reducidos al mínimo, algo que, como es sabido, no ha podido conseguirse ni siquiera hoy, por cuanto ese exceso de jornada o de prestación de actividad en horarios no habituales continúa siendo factor de identidad para el personal de enfermería. Por eso, su determinación debería efectuarse de acuerdo o en consulta (opciones válidas ambas, no bastando simplemente con un período de consultas carente de fuerza de obligar), para calibrar qué horas han de ser calificadas como incómodas o penosas, hasta qué punto el servicio de guardia contará como tiempo de trabajo, cómo se organizará dicho tiempo, etc.

El trabajo a turnos, también característico de esta actividad, sí es aceptado por la Recomendación, pero bajo ciertos condicionamientos de contenido remuneratorio (un aumento de salario no inferior al de otros sectores de actividad) y de descanso suficiente (entre un turno y el siguiente, al menos doce horas de intervalo).

En cuanto a las vacaciones, que el Convenio solo reconoce con carácter anual y remunerado, son objeto de una mayor especificación por parte de la Recomendación. En primer lugar, por lo que se refiere a su duración, pues no todos los países reconocen un período de vacaciones superior a cuatro semanas, razón por la que la Recomendación aspira a su incremento progresivo hasta esa referencia temporal.

En el ámbito de la Seguridad Social, y a pesar de que la Recomendación insiste en referirse a la licencia de maternidad, al menos mantiene un planteamiento avanzado, rechazando la idea de que tal período en la vida de una mujer pueda asemejarse a una enfermedad, algo que en la mayoría de países tardó en ser reconocido.

La protección conferida por el sistema de Seguridad Social en cada estado deberá reconocer un nivel de cobertura equivalente al del resto de trabajadores de otros sectores, ya sea en el sector público, en el sector privado o para los trabajadores autónomos, sin que existan diferencias protectoras por el hecho de encontrarse aún en período de prueba o durante la etapa de formación.

Sí es importante que los sistemas de Seguridad Social estatales atribuyan un papel de primer orden a la protección frente a las enfermedades profesionales, elaborando una lista de enfermedades que tengan origen profesional y procediendo a definir este tipo de patologías para que ningún profesional de la enfermería quede desprotegido ante lo que

pudiera parecer un trastorno de etiología común.

Nótese cómo en el elenco de condiciones de trabajo no se hace mención explícita a cuestiones salariales, a modalidades de contrato ni a posibles cambios de funciones que en este tipo de actividades son habituales y que pueden marcar un cierto trato de desfavor respecto a otros colectivos de trabajadores. La remuneración, según la Recomendación 157, debería ajustarse atendiendo a las necesidades socioeconómicas del personal, su cualificación, responsabilidad y experiencia, de tal manera que actúe como incentivo para atraer nuevos profesionales y, sobre todo, para retenerlos y conseguir su estabilización profesional. La remuneración debería ser periódicamente actualizada para mantener su poder adquisitivo y ser negociada por convenio, como modo de beneficiar a todo el colectivo y no solo a trabajadores seleccionados discrecionalmente. Se evitaría así el desempeño de un segundo empleo dedicado a complementar sus ingresos, que supondría un riesgo adicional para el trabajador debido al cansancio acumulado y, a la vez, un riesgo para la seguridad y salud de los pacientes¹⁰.

Se prevé, asimismo, la compensación económica, que cada estado implantará a su criterio, ante condiciones particularmente penosas o desagradables, para que actúen ante el trabajador como manera de aliviar la dificultad de sus tareas.

Este es, justamente, uno de los fallos detectados a lo largo de los últimos años en el sector de enfermería: la escasez de personal ante unas condiciones de trabajo que no resultan especialmente atrayentes y que terminan abocando al profesional al abandono de su trabajo y a buscar nuevas expectativas laborales. Es una tendencia general, observada tanto en países desarrollados como emergentes, en que la falta de profesionales cualificados pone en riesgo la prestación de cuidados para la población a nivel mundial. En 2002, veinticinco años después de su aprobación, la OIT reafirmó la plena actualidad del Convenio 149¹¹ y el reflejo de lo que la realidad social y económica continuaba siendo un cuarto de siglo después: falta de avances y mejoras en muchos países, no por carencia de recursos sin más, sino por la desidia de los gobiernos en destinar partidas presupuestarias para lograr tal propósito y, en este apartado, hay estados que, a pesar de haber ratificado el Convenio, apenas se han preocupado de revisar la situación profesional del personal de enfermería. La OIT es consciente de los compromisos que adquiere un estado cuando procede a

¹⁰ *Directrices sobre el diálogo social en los servicios públicos de urgencia en un medio en constante evolución*, cit.

¹¹ Cf. OIT, *Convenio núm. 149 sobre el personal de enfermería. Reconocer su aporte. Considerar sus necesidades*, cit.

ratificar un Convenio, debiendo poner en marcha su contenido, a través de un proceso que podrá ser relativamente lento si se precisa un período de adaptación. Pero también es evidente la falta de actuación de algunos estados, que apenas han adoptado medidas de mejora para este personal a pesar de que la sociedad ha seguido evolucionando y reclama, por tanto, nuevas exigencias¹².

La ausencia de motivación se erige, pues, como el motivo principal de descontento de estos profesionales. A problemas que se vienen arrastrando históricamente (invisibilidad, desvalorización)¹³ vienen a añadirse sentimientos de frustración, pérdida de status y falta de reconocimiento social¹⁴. Sorprendentemente, lo que más preocupa a los trabajadores no son cuestiones asociadas a factores físicos o biológicos (ej. contagios o accidentes biológicos), sino que los riesgos psicosociales, en cuanto a falta de libertad de actuación o incapacidad de poder decidir, serían elementos de mayor peso en el estado psicológico del trabajador¹⁵, sobre todo si percibe un peligro directo para su vida¹⁶.

Por eso, algunas previsiones contenidas en la Recomendación podrían ser tomadas en consideración para disminuir el goteo incesante de abandonos, por ejemplo, no realizar funciones de categoría superior, en calidad de sustituto, salvo en casos excepcionales de urgencia, con carácter temporal, siempre que posea la formación y experiencia suficiente para ello y reciba una compensación adecuada. Las perspectivas podrían, además, mejorar si se ve factible el acceso a puestos de dirección en los servicios de enfermería, a la administración y gestión de tales servicios, a una actividad paralela como la enseñanza y la impartición de información

¹² En una reunión celebrada en la OMS en 2006 se propuso la elaboración de un Plan Nuevas condiciones laborales para el profesional de enfermería sobre el SIDA y el personal sanitario, llamado a denominarse Tratar, Capacitar y Retener: tratar a través de la prevención, tratamiento y apoyo frente al VIH para los profesionales sanitarios; capacitar a través de medidas dirigidas al empoderamiento de tales profesionales para que pudieran ofrecer un acceso universal a la lucha contra la enfermedad, y retener, aplicando estrategias para conseguir que continúen en sus puestos, recibiendo a tal fin incentivos económicos y mejoras en su remuneración. *Vid. Directrices de políticas conjuntas de la OMS/OIT/ONUSIDA para mejorar el acceso de los trabajadores de la salud a los servicios de prevención, tratamiento, atención y apoyo en relación con el VIH y la tuberculosis*, cit.

¹³ M.E. PICO MERCCHÁN, A. ESCOBAR JURADO, *Nuevas condiciones laborales para el profesional de enfermería*, p. 13, enumeran todas aquellas actitudes y circunstancias que influyen negativamente en el ánimo de este colectivo.

¹⁴ N. CUXART AINAUD, *La gestión de los cuidados: el poder de los enfermeros*, en *Nursing*, 2010, vol. 28, n. 4.

¹⁵ N.C. VEGA MONSALVE, *Influencia de la jornada de trabajo en la salud del personal de enfermería*, en *Cultura de los Cuidados*, 2018, n. 50, p. 149.

¹⁶ *Directrices Marco para afrontar la violencia laboral en el sector de la salud*, cit.

o, finalmente, la investigación en temas conexos con la enfermería, aspectos todos ellos que ampliarían las posibilidades de actuación y el fomento del interés de los trabajadores.

Como ha señalado la OIT¹⁷, en los próximos años la adopción de políticas sobre recursos humanos en la esfera de la salud, destinadas a luchar contra esta situación crítica observada a nivel mundial, será una tarea de primordial importancia, debiendo valorarse la aportación del personal de enfermería en la consecución del objetivo “salud para todos”.

Asimismo, las posibilidades de promoción en el trabajo pueden actuar de incentivo para asegurar la permanencia del profesional: a través de la formación continua, será más sencillo facilitar esa promoción profesional del personal auxiliar y ayudante, que pudieran tener interés legítimo en la progresión de su trabajo. Si, además, las perspectivas de carrera resultan limitadas y el trabajador percibe un estancamiento en su profesión, los estados podrían adoptar medidas para facilitar que el personal de enfermería pueda acceder a otros estudios, vinculados también al ámbito sanitario, que capaciten para otras profesiones del sector de la salud.

La dejación de funciones no tendría por qué ser definitiva, pues en un momento dado podría decidir volver a su antiguo puesto, para lo cual sería conveniente que los estados implementaran programas que facilitaran el reingreso después de un tiempo de interrupción, valorando su experiencia anterior y el período de ausencia, pudiendo incluso ser asistido temporalmente por otra persona que desempeñe esa misma tarea. Mención aparte merece la referencia a la seguridad y salud laboral (higiene y seguridad del trabajo, en terminología del Convenio). Se deja a criterio de cada estado la decisión de mejorar la normativa en esta materia, si así lo estima pertinente, para adaptarla a las características peculiares de este trabajo y del medio en que se desarrolla. Se parte, con ello, de un cierto nivel de garantías en el ámbito de la prevención que no necesariamente todos los países han alcanzado, por lo que, en realidad, esta previsión carece de fuerza vinculante y de motivación bastante para una actuación estatal en este terreno.

Sería éste uno de los aspectos más controvertidos en el ejercicio de la profesión: el hecho de que no todos los estados pongan a disposición de su personal de enfermería los medios necesarios para evitar o, al menos, para disminuir el riesgo de contraer enfermedades relacionadas con el trabajo o de sufrir algún tipo de accidente en el desempeño de sus tareas habituales. La seguridad en el trabajo se muestra como uno de los

¹⁷ [Convenio núm. 149 sobre el personal de enfermería. Reconocer su aporte. Considerar sus necesidades](#), cit.

problemas de más difícil resolución, por lo que sería deseable que, en caso de que un trabajador resulte afectado en particular por la actualización de un riesgo, fuera posible poner en marcha el protocolo previsto para su pronto restablecimiento que garantizara la continuidad en su trabajo.

El Convenio núm. 161 sobre los servicios de salud en el trabajo (1985) proporciona una definición de dichos servicios como «aquellos a los que se asignan funciones esencialmente preventivas y que son responsables de aconsejar el empleador, a los trabajadores y a sus representantes en la empresa acerca de los requisitos necesarios para establecer y conservar un medio ambiente de trabajo seguro y sano que favorezca una salud física y mental óptima en relación con el trabajo, y la adaptación del trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud física y mental».

La OIT recuerda la responsabilidad que compete al sector sanitario para ofrecer servicios de prevención, diagnóstico, tratamiento y atención a los trabajadores que se conviertan, a su vez, en enfermos por causa de sus tareas, así como para combatir la estigmatización y la discriminación que supone haber sido víctima de un contagio¹⁸. Cada estado deberá poner en marcha las medidas apropiadas para proteger la salud de los trabajadores sanitarios en general mejorando las condiciones bajo las que desempeñan su actividad. Esta sería una de las alternativas adecuadas para que el personal sanitario mantuviera intacto su estado de salud y para que, a su vez, la población recibiera atención por parte de profesionales exentos de cualquier tipo de trastorno.

Tal hipótesis, que debería ser ya una realidad en todo el mundo, dista aún mucho de alcanzar sus objetivos: por desgracia, en países en desarrollo se carece de medios no solo para curar a los enfermos, sino para evitar que los profesionales contraigan esas mismas enfermedades. Y la Recomendación pone de manifiesto que el personal de enfermería debería disponer de servicios médicos laborales a los que poder dirigirse para un control continuado de su estado de salud que les permitiera seguir cumpliendo sus funciones con normalidad, sometiéndose a exámenes médicos al principio y al final de su empleo, así como de forma periódica mientras ejerzan su actividad, con mayor motivo si se sospecha que pueden quedar expuestos a un riesgo concreto. Para preservar su intimidad, sería deseable que los controles médicos no fueran efectuados por los médicos con los que el personal de enfermería trabaja a diario, lo

¹⁸ *Directrices de políticas conjuntas de la OMS/OIT/ONUSIDA para mejorar el acceso de los trabajadores de la salud a los servicios de prevención, tratamiento, atención y apoyo en relación con el VIH y la tuberculosis*, cit.

que parece excesivo, pues tales profesionales conocen a la perfección su deber de secreto y confidencialidad en el tratamiento de los datos obtenidos y los resultados de las pruebas realizadas.

Como es sabido, la eliminación absoluta de riesgos en esta actividad es de todo punto imposible, porque se podrán tomar medidas de prevención, más o menos eficaces, pero su erradicación total es algo irreal, habida cuenta de la aparición de circunstancias inesperadas que impiden situarse por encima de ciertos factores de peligro. Este convencimiento es recogido por la Recomendación, que alude a la evitación de riesgos y a la posterior reducción al mínimo a través de las medidas pertinentes cuando aquellos no puedan ser vencidos. Correspondrá así al empleador proporcionar al personal de enfermería la ropa de protección adecuada, la inmunización necesaria, como menciona expresamente la Recomendación, la reducción de la duración del trabajo para evitar exposiciones prolongadas al posible riesgo, pausas más frecuentes para favorecer el descanso, alejamiento temporal del riesgo (ej. si la trabajadora está embarazada o en periodo de lactancia, o si se han constatado ciertos atisbos de una posible enfermedad en cíernes) o vacaciones anuales más prolongadas, ventaja esta última que las empresas no concretarán sin analizar otro tipo de elementos concurrentes, pues en definitiva se trataría de compensar económicamente al trabajador por una ausencia al trabajo que excede la duración ordinaria del descanso anual.

Finalmente, el carácter supletorio de este Convenio queda patente en la afirmación del art. 8, pues se otorga preeminencia a lo que previamente haya dispuesto la legislación nacional, entendida en sentido amplio. Y en todo lo que no se haya previsto por la vía de los contratos colectivos, reglamentos de empresa, laudos arbitrales, decisiones judiciales o cualquier otro instrumento que se venga utilizando en la práctica nacional, tendrá que ser la propia legislación interna la que se encargue de darle cauce en cumplimiento de este precepto.

6. Compromisos estatales tras la ratificación

La conformidad de un estado con el contenido del Convenio no tiene por qué mantenerse invariable a lo largo del tiempo. Pudiera suceder que, por un cambio de circunstancias políticas, económicas o sociales en ese estado, se viera obligado a denunciar el Convenio a pesar de que en su día fue objeto de ratificación. El Convenio contempla esta posibilidad, si bien no facilita demasiado tal resultado, pues fija un plazo de diez años desde que entró en vigor, no específicamente para ese estado, sino de manera

general, con lo que habrá estados cuya ratificación fue más remota en el tiempo, en cuyo caso las razones para la denuncia serán más fácilmente justificadas por causa de cambios en el país o, más actual, siendo en este supuesto algo más forzado entender el porqué de esa rectificación o marcha atrás tan cercana en el tiempo. Sea como fuere, tal decisión deberá ser comunicada al Director General de la Oficina y tardará un año en surtir efecto desde la fecha de su registro (art. 11).

Transcurridos diez años desde la entrada en vigor, si en el plazo del año siguiente un estado que haya ratificado el Convenio no hace uso del derecho a denuncia, no podrá instarlo en el plazo de otros diez años, y solo cuando se cumpla ese período podrá actuar en tal modo.

Para conocimiento de todos los estados miembros de la OIT, hayan ratificado o no este Convenio, el Director General de la Oficina les notificará todas las ratificaciones, declaraciones y denuncias que se hayan producido. Esta información será también recibida por el Secretario General de las Naciones Unidas, a efectos de registro y dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 102 de la Carta de Naciones Unidas. Con el fin de supervisar el grado de aplicación del Convenio, el Consejo de Administración de la OIT, con la periodicidad que estime conveniente, puesto que no se han previsto reglas precisas al respecto, presentará a la Conferencia una memoria sobre el nivel de seguimiento del Convenio, pudiendo apuntar una posible revisión total o parcial del Convenio si así lo estimara conveniente. De ser así, si la Conferencia acuerda adoptar un nuevo Convenio que implique la revisión plena o parcial del anterior, la ratificación por un estado del nuevo Convenio implicará ipso iure la denuncia del Convenio previo (es decir, del actual, porque hablamos en hipótesis), siempre que el nuevo haya entrado en vigor. Desde esta fecha entonces, el antiguo Convenio dejará de estar abierto a la ratificación por parte de los estados. Sin embargo, no se producirá automáticamente la sustitución de un Convenio por otro, puesto que para aquellos estados que hayan ratificado el Convenio original y no ratifiquen el nuevo, seguirá aquel en vigor en toda su forma y contenido, es decir, que a pesar de que en todos estos años no se ha dado nunca tal eventualidad, podría perfectamente suceder que en unos estados se siguiera aplicando el Convenio en su redacción en origen, en tanto que otros estados que hubieran decidido ratificar la nueva versión, pasarían a regirse por ésta. Es de suponer que un Convenio revisado mejoraría las condiciones de trabajo de este colectivo y que sería mucho más favorable para sus intereses, por lo que seguir manteniendo la redacción inicial del Convenio carecería de lógica y habría de ser la OIT la que estimulara a los estados a la ratificación del Convenio revisado.

7. Razones para una ausencia de ratificación del Convenio

Hemos dejado para el final el análisis de ciertos aspectos controvertidos, ciertamente no incorporados al Convenio que, como ya señalábamos, constituye una norma de mínimos, sino a la Recomendación, y que pudieran estar en el origen de esa indecisión de algunos estados, entre ellos España, en prestar su consentimiento para ratificarlo.

Nadie duda de la intencionalidad del Convenio en mejorar el nivel de condiciones de trabajo del personal de enfermería y de procurar un avance en su consideración socioprofesional. Sin embargo, hay ciertas cuestiones que el Convenio deja entrever y que la recomendación concreta con mayor amplitud, ciertamente difíciles de compaginar con lo que viene siendo la práctica habitual de los estados. Nos referimos en concreto al apartado de la Recomendación dedicado a la cooperación internacional centrada en la posibilidad de desplazamiento del personal a fin de obtener formación en esta disciplina o de ejercerla tras haberla adquirido. Así, y dentro de la capacidad de los estados firmantes para fijar las condiciones para el reconocimiento mutuo de las cualificaciones adquiridas en el extranjero, y para armonizar las reglas que habilitan al ejercicio de la profesión, la Recomendación impone ciertas restricciones que podrían no ser admisibles para los estados: primero, la frontera del idioma, pues se requiere un adecuado conocimiento de la lengua para el extranjero que ocupe un puesto de trabajo en otro país. Pero es que además este Convenio (en realidad, la Recomendación) parece frenar el libre desplazamiento de trabajadores no solo entre distintos continentes, sino incluso en el propio ámbito de la Unión Europea («solo se debería autorizar la contratación para el empleo de personal de enfermería extranjero si no existe en el país de empleo personal suficientemente calificado para los puestos que han de cubrirse o si no existe en el país escasez de personal de enfermería con las calificaciones requeridas»). Esta Recomendación, por supuesto, no es vinculante para los estados, que ven cómo, en sus territorios, la presencia de enfermeros de otra nacionalidad es una realidad cotidiana.

8. Bibliografía

CONSEJO INTERNACIONAL DE ENFERMERAS, *Directrices sobre servicios esenciales en caso de conflicto laboral*, 2010

CUXART AINAUD N., La gestión de los cuidados: el poder de los enfermeros, en *Nursing*, 2010, vol. 28, n. 4

OIT, Directrices sobre el trabajo decente en los servicios públicos de urgencia, 2018

OIT, Directrices de políticas conjuntas de la OMS/OIT/ONUSIDA para mejorar el acceso de los trabajadores de la salud a los servicios de prevención, tratamiento, atención y apoyo en relación con el VIH y la tuberculosis, 2010

OIT, Convenio núm. 149 sobre el personal de enfermería. Reconocer su aporte. Considerar sus necesidades, 2007

OIT, Directrices sobre el diálogo social en los servicios públicos de urgencia en un medio en constante evolución, 2003

OIT, Directrices Marco para afrontar la violencia laboral en el sector de la salud, 2002

PICO MERCÁN M.E., ESCOBAR JURADO A., Nuevas condiciones laborales para el profesional de enfermería

VEGA MONSALVE N.C., Influencia de la jornada de trabajo en la salud del personal de enfermería, en *Cultura de los Cuidados*, 2018, n. 50

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la administración del trabajo 1978 (núm. 150)

Francisco José BARBA RAMOS*

RESUMEN: El análisis del Convenio OIT n. 150 cuarenta años después, nos puede resultar extemporáneo o coetáneo, según la óptica que utilicemos. Se trata de un texto de apariencia simple con contenidos en principio asumidos por todos los actores de nuestras relaciones laborales: el Estado interviene en nuestras relaciones laborales y en ellas, los agentes sociales juegan un papel preponderante. Sin embargo, con una distancia temporal suficiente, veremos como esos axiomas ya no son tan indiscutibles. Se analiza el texto, poniendo el acento en la lógica neocorporativista que de la actuación de la OIT se desprende. Y ello, teniendo en cuenta cómo se trata de un debate que decae en el devenir de las últimas décadas, pero sin embargo emerge reconvertido en “gobernanza” y con la crisis de representatividad de los propios sujetos de nuestras relaciones laborales.

Palabras clave: Administración de trabajo, participación institucional, neocorporativismo, diálogo social.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Convenio OIT n. 150 de 1978 sobre la administración del trabajo. 3. La apariencia de simplicidad del Convenio OIT n. 150: un puro eufemismo. 4. Consideraciones finales. 5. Bibliografía.

* Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Huelva (España).

Labour Administration Convention 1978 (No. 150)

ABSTRACT: The analysis of ILO Convention No. 150 forty years later, may be out of time or contemporary, depending of the point of view we use. Look like a simple convention text with content in principle assumed by all the actors in our industrial relations: the State interference in our industrial relations and in them, social partners play an important role. However, with sufficient time distance, we will see how these axioms are no longer so indisputable. The text is analysed, emphasizing the neo-corporatist logic that emerges from the ILO's action. And this, given how it is a debate that declines along of the last decades, but nevertheless emerges converted in "governance" and with the crisis of representativeness of the actors of our labour relations.

Key Words: Labour administration, institutional participation, neo-corporatism, social dialogue.

1. Introducción

El análisis de cualquier elemento de nuestras relaciones sociales se verá irremediablemente condicionado por el contexto histórico en el que nos situemos; de forma que algo que nos pueda parecer extemporáneo o no ajustado a un momento determinado, años después pueda volver a tener actualidad o cuanto menos un significado coetáneo.

Y es lo que nos podría ocurrir con la lectura e interpretación del Convenio 150 de la Organización Internacional del Trabajo, al menos desde una visión del sistema español de relaciones laborales. Con los ojos de la transición, el texto es un documento clave en la configuración de nuestro sistema de relaciones laborales. Si nos ponemos las gafas de los años 90 nos puede llegar a resultar de una obviedad insultante y a todas luces intrascendente. Pero con el disfraz contemporáneo e inmersos en la máquina del tiempo del futuro más inmediato, podemos llegar a verle un gran sentido a la lógica del debate entre la supervivencia o superación de nuestro sistema de relaciones laborales tal y como hasta ahora lo entendemos.

La importancia del convenio 150 no está en el tenor literal del articulado, sino en el modelo de relaciones laborales que de él se desprende, y que está fundamentado en dos elementos esenciales: por una parte, el Estado interviene regulando las relaciones laborales en la lógica de las democracias liberales y del Estado Social. Por otra, los agentes sociales van a participar en el proceso de toma de decisiones de política económica y laboral.

Es decir, lo que parecía tan insustancial en una lectura de los años 90, no lo es tanto en el inicio de la transición política, y tampoco lo parece hoy, aunque no queramos reconocer las dinámicas de cambio en la actualidad.

Al margen de ello y desde nuestra óptica, la denominación del convenio es absolutamente eufemística, pues la realidad del texto se refiere más a la participación institucional, o a la capacidad de intervenir en las relaciones laborales y en su gestión por parte de los interlocutores sociales, más que a un determinado modelo en sí de Administración del Trabajo que, por otra parte, dependerá de los hábitos nacionales correspondientes.

2. El Convenio OIT n. 150 de 1978 sobre la administración del trabajo

La primera consideración debemos realizarla en relación a la propia denominación, pues para ser más precisos, hay que indicar que se trata de

un Convenio sobre «*cometido, funciones y organización* de la Administración del Trabajo». Posteriormente tendremos ocasión de incidir en tal matiz, pero baste señalar en principio que si nos ceñimos a ello, parecería que estamos en un nivel puramente técnico o de mera organización administrativa, más allá de una trascendencia en el plano político.

Este convenio «hecho en Ginebra el 26 de junio de 1978» fue ratificado por España en 1982, no entrando en vigor hasta marzo de 1983 como marcan los criterios de la OIT de los doce meses tras el registro de la ratificación (Art. 12.3 C.150 OIT). Hay que destacar en este momento, que España encabeza la lista mundial en cuanto al número de convenios de la OIT ratificados, con un total de 133.

Si no entráramos en más consideraciones, un texto elaborado sobre la existencia de un entramado burocrático-laboral con su «*cometido, funciones y organización*» parecería tan evidente como innecesario. Pues, ¡claro que en un Estado moderno y mínimamente eficiente dispone de una Administración del Trabajo! Sin embargo, resultaría sorprendente comprobar cómo hay más de un centenar de estados que no han ratificado este convenio, frente a los 77 que sí lo han hecho. Incluso, si nos fijamos en aquellos países de nuestro entorno más inmediato nos encontramos con que un total de 13 Estados de la UE o el Espacio Económico Europeo no han ratificado dicho convenio: Austria, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Francia, Hungría, Irlanda, Islandia, Lituania, Malta y Polonia.

Curiosa circunstancia ésta, si advertimos la aparente trivialidad del texto. A no ser que los Estados en cuestión no pretendan asumir la “lógica neocorporativa” o de intercambio político con los agentes sociales (y que con posterioridad abordaremos) que se emana de una mayor profundización del articulado. Motivo que podría llegar a ser coherente, a no ser que todos estos países – con la salvedad de Croacia – a su vez sí que han ratificado uno de los convenios de gobernanza de la OIT, como es el número 144 sobre la consulta tripartita¹.

El convenio 150 OIT, es uno de esos denominados como “promocionales” por la propia organización internacional; es decir, «aquellos que más que normas precisas que el Estado correspondiente se obliga a adoptar con motivo de su ratificación, establecen objetivos que deberán lograrse por medio de un programa continuo de acción»².

¹ Hay que advertir que el Convenio OIT n. 144 fue ratificado por Malta en fecha reciente, el 14 de febrero de 2019, de forma que no entrará en vigor hasta el 14 de febrero de 2020.

² OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones*, Conferencia Internacional del Trabajo, 67^a Reunión, 1981.

Ese tipo de convenios “promocionales” son propios de aquellos que establecen medidas relativas sobre políticas de empleo y que ciertamente tendrán su repercusión en cuanto a las mayores dificultades de eficacia en su aplicación. Tal es el caso claramente del convenio 122 de 1964 sobre la política de empleo, o el convenio 168 de 1988 sobre fomento del empleo y la protección contra el desempleo.

La Comisión de Expertos de la OIT en su función de control de la aplicación de los convenios y recomendaciones, tendrá en estos casos una tarea más compleja en el análisis de las memorias que tendrán que presentar los diferentes Estados sobre su grado de aplicación. Pero aunque se traten de convenios promocionales, los Estados – aunque con mayor grado de flexibilidad – están sujetos a las mismas reglas de cumplimiento y en su caso a los procesos en caso de conductas contrarias al texto ratificado³.

Quiere todo ello decir, que nuestro caso es de esos en los que se busca un resultado, una determinada acción política sostenida en el tiempo más que una aplicación concreta y con un resultado directo y claro. No en vano, el texto introduce casi de manera inmediata (art. 2) el matiz nada desdeñable de «con arreglo a la legislación o a las prácticas nacionales». Y no podría ser de otra forma, pues en definitiva y por más que se cedan ámbitos de soberanía a instancias supranacionales, no habrá una expresión más clara de dicha soberanía que la organización del propio aparato administrativo. Se trata de adoptar instrumentos en que se establezcan directrices que orienten el sistema general de la administración del trabajo.

El texto viene en primer lugar a definir qué entenderemos por la “Administración del Trabajo”, designando a aquellas «actividades de la administración pública en materia de política nacional del trabajo». De esta manera, lo que hay que descartar de partida es que debamos circunscribirlo a la acción de una administración central, y mucho menos exclusivamente a los denominados Ministerios de Trabajo.

Porque el propio convenio señala que «la expresión *sistema de administración del trabajo* comprende todos los órganos de la administración pública – ya sean departamentos de los Ministerios u organismos públicos con inclusión de los Organismos paraestatales y regionales o locales, o cualquier otra forma de administración descentralizada – responsables o encargados de la administración del trabajo así como toda la estructura institucional para la coordinación de las actividades de dichos órganos y

³ G.V. POTOBSKY, *Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional*, en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir, mélanges en l'honneur de Nicolas Valtico*, Bureau international do Travail, 2004.

para la consulta y participación de los empleadores y de los trabajadores y de sus organizaciones» (art. 1b).

En consecuencia, todo miembro que ratifique este Convenio deberá garantizar, siempre en forma apropiada a las condiciones nacionales, «la organización y el funcionamiento eficaces en su territorio de un sistema de administración del trabajo, cuyas funciones y responsabilidades estén adecuadamente coordinadas» (art. 4).

Más allá de que ello pueda significar que «el trabajo es un asunto de orden público» (aspecto que nos parece de enorme trascendencia en el plano político y al que posteriormente nos referiremos), en un debate del Estado Social desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días, no genera mayor polémica. Así, el artículo 6 nos va a señalar en qué consistiría mínimamente un sistema de administración del trabajo.

En cualquier caso, parece evidente que en España se supera con creces los requisitos mínimos marcados por la institución tripartita. La existencia de un aparato administrativo se remonta a la Comisión de Reformas Sociales de 1883 y el posterior Instituto de Reformas Sociales de 1903, no siendo hasta 1920 bajo el gobierno de Eduardo Dato, cuando aparece por primera vez el Ministerio de Trabajo España tal y como hoy lo conocemos.

Desde entonces, la administración del trabajo forma parte de nuestro ecosistema político-social, ya sea en la Restauración borbónica, la Segunda República, en la Dictadura franquista y como no, tras la transición democrática hasta nuestros días. Adviértase la diferencia en su denominación, su especialización y las materias colaterales que han venido colgando de la “administración del trabajo”, al igual que reseñar otros asuntos que incluiríamos en tal concepto, pero que se ubican en otros espacios de la organización burocrática del Estado.

Si atendemos a su apelativo, casi siempre ha utilizado la palabra “trabajo”, salvo en el inicio del golpe (1936-1939) cuando perversamente se autocalificaba como Ministerio de Acción y Organización Sindical. Al margen de esa salvedad, el Ministerio ha venido denominándose como de “Trabajo” ya sea en solitario o con algunos otros asuntos como “previsión”, “sanidad”, “justicia”, “agricultura”, “asistencia o asuntos sociales”, o ya en etapas más recientes y atendiendo a las nuevas realidades y problemáticas de nuestro mundo globalizado, incluyendo de manera expresa el asunto de la “inmigración” o las “migraciones”. Ya en alguna etapa más reciente, llegó a cambiarse el nombre de trabajo, por la denominación de Ministerio de empleo (diciembre 2011 a junio 2018), para configurarse en la actualidad como Ministerio de Trabajo,

Migraciones y Seguridad Social⁴, materia esta última que ha venido formando parte tradicionalmente del Ministerio de Trabajo salvo en la etapa 1977-1981 que formaba parte del Ministerio de Sanidad.

En el análisis material del contenido de la “administración del trabajo” Vida Soria nos señala igualmente algunos aspectos que tradicionalmente formarían parte de una unidad administrativa de estas características, pero que se han ido desgajando de la misma por motivos varios⁵. Tal sería el caso de asuntos como la formación profesional, la igualdad o determinados aspectos inmersos en aquello que se denominaba “Asistencia Social” o incluso lo que ya en época reciente conocemos como «la dependencia».

Ni que decir tiene, que la expresión “Administración del Trabajo” de la OIT no se circumscribe a la lógica de un Estado de corte centralista. Decíamos que en el Convenio 150 (art. 1.b) también se incorpora al acerbo los otros ámbitos territoriales, que obviamente es algo acorde a nuestros procesos políticos centrífugos y centrípetos y el «inconcluso y asimétrico» estado de las autonomías español⁶. La Constitución Española (art. 149.1) lo deja meridianamente claro señalando como competencia del Estado «la legislación laboral» pero con el trascendental matiz de «sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas». Ello, unido al proceso de descentralización de las políticas activas de empleo y la participación en la política económica, propicia el desarrollo de un vastísimo aparato administrativo laboral descentralizado. Y de regreso al contenido material del Convenio 150 OIT, tampoco es que sea demasiado explícito en cuanto a la tarea concreta de una administración laboral por parte de los estados miembros. Básicamente señala que la política laboral – en el plano de la elaboración de las normas

⁴ En el momento de la redacción del presente trabajo, se está en proceso de configuración de un nuevo gobierno, estando aún en vigor el Real Decreto 903/2018, de 20 de julio, desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, que incluye en su configuración básica la Secretaría de Estado de Migraciones, la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, la Secretaría de Estado de Empleo y la Subsecretaría de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

⁵ J. VIDA SORIA, *Administración laboral en las previsiones de la OIT, y en España. Una visión de síntesis*, en AA.VV., *A treinta años de la adopción del Convenio nº 150 de la OIT sobre la Administración del Trabajo. Un diálogo entre Europa y América Latina*, Comares, 2010.

⁶ Sobre todo este asunto puede verse un amplio análisis en F.J. BARBA RAMOS, *Las corporaciones locales y su intervención en las relaciones laborales*, en AA.VV., *Intervención pública en las relaciones laborales*, Tecnos, 2000; F.J. BARBA RAMOS, *Descentralización y relaciones laborales: reformas y tendencias en el ámbito local*, en AA.VV., *Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2008.

– y de empleo debe contar con todo un aparato que la prepare, administre, coordine, controle y revise (art. 6). Junto a ello, se debe establecer un sistema de análisis de la situación del empleo y el desempleo, así como brindar asesoramiento técnico a empleadores y trabajadores. Hay que tener en consideración sobre estas materias, lo contenido igualmente en la Recomendación 158 de la OIT sobre administración del trabajo que acompaña a nuestro convenio.

Por último (art. 7), se produce una especie de ampliación del ámbito de aplicación a lo que tradicionalmente conocemos como trabajadores por cuenta ajena, de forma que entiende que habría que incluir en las funciones del sistema de administración del trabajo a determinadas categorías tales como pequeños agricultores, trabajadores por cuenta propia o miembros del sector cooperativo. Junto a ello (arts. 9 y 10), destacar que se hace mención a la necesidad de un Estado que coordine adecuadamente la “administración del trabajo” en caso de una práctica descentralizada y que el personal de dicho sistema debe estar debidamente cualificado y con los medios necesarios para el desempeño eficaz de sus funciones y actividades.

3. La apariencia de simplicidad del Convenio OIT n. 150: un puro eufemismo

Como vemos, en principio el tenor literal del Convenio 150 no es de una complejidad tan grande como para pensar que un país de los considerados de nuestro entorno fuera a tener mayores problemas o debates internos para llegar a asumirlo en su totalidad. Aunque es cierto, que hay dos elementos de reflexión fundamentales a consecuencia de ello. Por una parte, nos podemos plantear que se asume un determinado concepto de Estado Social, en la medida que significa el posicionamiento “socialdemócrata” de intervención pública en la economía y las relaciones laborales; y por lo tanto nos sirve también como reflexión sobre una dinámica de adelgazamiento de la administración en la medida que se viene plasmando una paulatina retirada del Estado en su función tuitiva. Por otra parte, el segundo de los juicios de valor con ocasión de su estudio, estaría relacionado con el papel de los agentes sociales o la dinámica neocorporativa propia de nuestro contexto geopolítico y económico.

Hemos querido omitir en el análisis previo sobre el contenido del convenio 150 OIT el aspecto dedicado al hecho tripartito, a la participación o el intercambio político propiamente dicho con los agentes

sociales. Para dedicarle un tratamiento específico, pues como indicábamos, nos encontramos con un texto con una denominación claramente eufemística. Es decir, si hacemos la lectura de una manera mínimamente crítica, veremos que el convenio 150 debería llamarse algo así como sobre «la intervención de los interlocutores sociales en la Administración del Trabajo»; algo que sin duda sí que podría generar – en diversos momentos históricos y contextos territoriales – algo más de recelo o polémica.

Ya el artículo primero pretende aclarar qué significa la “administración del trabajo”. Pero lo relevante estaría en comprobar cómo frente a lo obvio, la parte dispositiva principal va a estar dedicada a esa lógica neocorporativa. El sistema de administración del trabajo no es sólo la estructura institucional de coordinación de los órganos públicos o paraestatales, sino también para la «consulta y participación de los empleadores y de los trabajadores y de sus organizaciones».

Y tras los conceptos, se podría intuir que la primera misiva a los estados que quiera ratificar el convenio, podría ir en la línea de cómo debería entenderse una estructura burocrática mínimamente moderna; sin embargo, el artículo 2 señala que todo miembro que ratifique el Convenio *podrá delegar o confiar*, con arreglo a la legislación o a la práctica nacionales, *determinadas actividades de administración del trabajo* a organizaciones no gubernamentales, particularmente a *organizaciones de empleadores y de trabajadores* o – cuando fuere apropiado – a representantes de los empleadores y de los trabajadores. Y junto a ello, en el artículo 3 se indica que todo miembro podrá considerar *determinadas actividades pertenecientes a su política laboral nacional como cuestiones que... se regulan mediante negociaciones directas entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores*.

De acuerdo que se trate de un Convenio “promocional” pero la apuesta no es en absoluto de simpleza política. Adviértase que en ambos artículos – siendo el orden muy significativo – no sólo se hace referencia a aquello que conocemos como la posibilidad de “legislación negociada”, sino que incluso se viabiliza la capacidad de “externalizar” funciones propias de la gestión de la administración laboral a los propios interlocutores sociales.

Se abre aquí un debate que estaría más relacionado con la teoría del Estado, con la superación del liberalismo político y el gran pacto social surgido tras la Segunda Guerra Mundial. Y parece muy pretencioso ante un texto de apariencia pueril, pero lo cierto es que forma parte del análisis del clásico sentido del “scambio político”⁷, del intercambio de intereses

⁷ Concepto usado en la doctrina italiana y atribuido a A. PIZZORNO, *Scambio politico e identità collettiva nel conflitto di classe*, Etas Kompas, 1977. Véase para un análisis de su

entre el Estado, los sindicatos y las asociaciones empresariales en un enfoque amplio donde «el par representación-participación expresa en general un proceso de conexión entre Sociedad y Estado»⁸.

Una clara definición del concepto de neocorporativismo la ofrece Solans Latre al referirse a «una práctica propia de la política de algunos países democrático-capitalistas mediante la cual organizaciones empresariales y sindicatos reconocidos por el Estado, que ostentan el monopolio de la representación de los intereses económicos y sociales, intervienen en el proceso de toma de decisiones políticas en el ámbito que les es propio, bien a través de un proceso de diálogo, de consulta o de concertación con los poderes públicos»⁹. Algo que el Convenio 150 OIT pone de manifiesto con claridad (art. 5) pues hace un llamamiento a los Estados a «establecer procedimientos [...] para garantizar dentro del sistema de administración del trabajo, la consulta, la cooperación y la negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores [...] y que estos procedimientos deberán aplicarse a nivel nacional, regional y local, así como a los diferentes sectores de la actividad económica».

Y no hay que confundirse... esa es la verdadera intencionalidad del Convenio 150 OIT, la sanción de las prácticas neocorporativas, que como decía, no sólo se van a quedar en el umbral de la “consulta” «el diálogo social más o menos sincero» o incluso «la legislación pactada», sino que como se percibía con la lectura de los artículos 2 y 3, la capacidad de participar en el proceso de toma de decisiones por parte de agentes sociales, va a cruzar la frontera propia del legítimo sujeto político en una democracia liberal, con la capacidad incluso de participar en ciertas parcelas de “gestión” de la cosa pública.

4. Consideraciones finales

Debemos destacar en este punto, que un texto de estas características, coincide en el mismo momento histórico con la redacción y aprobación del texto constitucional español. No sabemos hasta qué punto se pueden producir influencias en este sentido, pero lo cierto es que la lectura de la

aportación a M. REGINI, *Dallo scambio politico ai nuovi patti sociali*, en AA.VV., *Identità, riconoscimento, scambio. Saggi in onore di Alessandro Pizzorno*, Laterza, 2000.

⁸ A. PORRAS NADALES, *Entre representación y participación: dinámicas y límites*, en *Revista General de Derecho Constitucional*, 2018, n. 26.

⁹ M.A. SOLANS LATRE, *Concertación social y otras formas de neocorporativismo en España y en la Comunidad Europea*, Tecnos, 1995.

Constitución Española es contundente en la configuración de un modelo de relaciones laborales con clara influencia neocorporativista. La ubicación del artículo 7 CE con el reconocimiento a sindicatos y organizaciones empresariales no es casual, pues constitucionaliza el modelo de “scambio político” más allá de la voluntad de cada momento de llegar a acuerdos más o menos amplios.

Por lo tanto, entendemos que más allá del asunto contenido en el titular del Convenio 150 OIT sobre Administración del Trabajo, lo trascendente del mismo está en la configuración del rol institucional atribuido a las organizaciones de trabajadores y empleadores. Sobre estos aspectos, García Blasco destaca al menos la coincidencia en el tiempo de la aplicación del Convenio 150 OIT en España, con la configuración de un conjunto de instrumentos jurídicos con el fin de crear y configurar órganos administrativos con competencia en materia laborales. Y no sólo eso, sino que ahonda en ello, al indicarse que el Convenio 150 «ha tenido una influencia en la conformación, desarrollo y perfeccionamiento, sobre todo en los primeros años, del sistema de relaciones laborales español»¹⁰.

Por otra parte, no pretendemos reavivar un debate de otros tiempos en los que se producían grandes pactos de concertación social, pero sí poner de manifiesto que los resquicios del neocorporativismo se mantienen activos, pues las consecuencias jurídicas de dicho fenómeno sociopolítico han permanecido en gran parte de forma institucionalizada. Y aparecen acepciones o términos distintos que tratan de dar explicaciones oportunas a un mismo fenómeno que el de hace 50 años, como era el “gobierno del conflicto”, en un momento histórico de una sociedad industrial con una mayor simplicidad de actores y escenarios. Hoy, el término de “gobernanza”¹¹ refleja una mayor complejidad y a la vez más difusa en sus actores y protagonistas, pero lo cierto es que su traslación jurídica sigue realizándose sobre la base de la anterior lógica de representación de intereses profesionales y su capacidad de participación institucional.

El debate es más amplio de lo que pudiera parecer, porque esa lógica de intercambio político, se inserta como señala Monereo Pérez en «la historia de la transición del Estado liberal al Estado social intervencionista»¹².

¹⁰ J. GARCÍA BLASCO, *El Convenio nº 150 de la OIT sobre la Administración del Trabajo y la experiencia española*, en AA.Vv., *A treinta años de la adopción del Convenio nº 150 de la OIT sobre la Administración del Trabajo. Un diálogo entre Europa y América Latina*, cit.

¹¹ Destacable desde el punto de vista de la definición doctrinal de “gobernanza” en F. GRAÑA, *¿Democratizar la democracia? Las nuevas formas del diálogo social*, en Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional, 2005, n. 156.

¹² J.L. MONEREO PÉREZ, *Administración del trabajo y sistemas nacionales de inspección*, en AA.Vv., *A treinta años de la adopción del Convenio nº 150 de la OIT sobre la Administración del*

Señala que «la intervención progresiva del Estado en la cuestión social determina una progresiva adaptación de las estructuras administrativas para materializar dicha intervención». Y nosotros añadimos a la reflexión si dichas estructuras tendrán que adaptarse en unos momentos históricos de pérdida de peso protector por parte del Estado, ante una clara victoria de las posiciones económicas liberales en un mundo globalizado.

5. Bibliografía

BARBA RAMOS F.J., *Descentralización y relaciones laborales: reformas y tendencias en el ámbito local*, en AA.VV., *Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2008

BARBA RAMOS F.J., *Las corporaciones locales y su intervención en las relaciones laborales*, en AA.VV., *Intervención pública en las relaciones laborales*, Tecnos, 2000

GARCÍA BLASCO J., *El Convenio nº 150 de la OIT sobre la Administración del Trabajo y la experiencia española*, en AA.VV., *A treinta años de la adopción del Convenio nº 150 de la OIT sobre la Administración del Trabajo. Un diálogo entre Europa y América Latina*, Comares, 2010

GRAÑA F., *¿Democratizar la democracia?. Las nuevas formas del diálogo social*, en Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional, 2005, n. 156

MONEREO PÉREZ J.L., *Administración del trabajo y sistemas nacionales de inspección*, en AA.VV., *A treinta años de la adopción del Convenio nº 150 de la OIT sobre la Administración del Trabajo. Un diálogo entre Europa y América Latina*, Comares, 2010

OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones*, Conferencia Internacional del Trabajo, 67^a Reunión, 1981

PIZZORNO A., *Scambio politico e identità collettiva nel conflitto di classe*, Etas Kompas, 1977

PORRAS NADALES A., *Entre representación y participación: dinámicas y límites*, en Revista General de Derecho Constitucional, 2018, n. 26

POTOBSKY G.V., *Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional*, en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir, mélanges en l'honneur de Nicolas Valtico*, Bureau international do Travail, 2004

REGINI M., *Dallo scambio politico ai nuovi patti sociali*, en AA.VV., *Identità, riconoscimento, scambio. Saggi in onore di Alessandro Pizzorno*, Laterza, 2000

SOLANS LATRE M.A., *Concertación social y otras formas de neocorporativismo en España y en la Comunidad Europea*, Tecnos, 1995

Trabajo. Un diálogo entre Europa y América Latina, cit.

VIDA SORIA J., *Administración laboral en las previsiones de la OIT, y en España. Una visión de síntesis*, en AA.VV., *A treinta años de la adopción del Convenio nº 150 de la OIT sobre la Administración del Trabajo. Un diálogo entre Europa y América Latina*, Comares, 2010

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores 1981 (núm. 155)

Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo 1985 (núm. 161)

María Soledad DE FRANCO*

RESUMEN: En el presente artículo analizaré el compromiso internacional asumido por Uruguay tras la ratificación de los Convenios OIT n. 155 y n. 161. Asimismo reflexionaré acerca de la voluntad de Uruguay en ser uno de los primeros países en ratificar el Convenio OIT n. 190 recientemente aprobado en Ginebra el 21 de junio de 2019. En ese marco normativo internacional comentaré las fortalezas y carencias del ordenamiento jurídico interno del país, aludiendo al Proyecto de Ley sobre Acoso en el Trabajo de propia autoría, a estudio del parlamento uruguayo y cuya aprobación se impone.

Palabras clave: Convenio OIT n. 155, Convenio OIT n. 161, Convenio OIT n. 190, salud laboral, acoso moral laboral, acoso laboral, violencia.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco constitucional en el que se encuadran los Convenios OIT n. 155 y n. 161. 3. El Convenio OIT n. 155. 4. Riesgos, deber de protección y exclusión de enfermedades mentales y del comportamiento. 5. Accidentes de trabajo y responsabilidad penal del empleador. 6. El Convenio OIT n. 161. 7. El Convenio OIT n. 190. 8. En conclusión. 9. Bibliografía.

* Doctora en Derecho; autora el Proyecto de Ley sobre Acoso Moral en el Trabajo (Uruguay).

Occupational Safety and Health Convention 1981 (No. 155)

Occupational Health Services Convention 1985 (No. 161)

ABSTRACT: In this article, I will analyse the international commitment assumed by Uruguay after the ratification of ILO Conventions No. 155 and No. 161. I will also reflect on Uruguay's willingness to be one of the first countries to ratify the recently approved ILO Convention No. 190 in Geneva, on 21 June 2019. In that international regulatory framework, I will comment on the strengths and weaknesses of the country's domestic legal system, referring to the Draft Law on Workplace Harassment, under study by the Uruguayan parliament and whose approval is imposed.

Key Words: ILO Convention No. 155, LO Convention No. 161, LO Convention No. 190, occupational health, workplace moral harassment, mobbing, violence.

1. Introducción

En este trabajo analizaré la composición básica del ordenamiento jurídico uruguayo partiendo de la base de dos Convenios ratificados por el país, vigentes el n. 155 desde el 11 de agosto de 1983 y el n. 161 desde el 17 de febrero de 1988.

A modo de presentación puede decirse que la República Oriental del Uruguay¹ se encuentra situada entre los dos países geográficamente más grandes de América Latina: Brasil y Argentina, ambas repúblicas con estructura federal. Entre esas dos potentes economías que integran el G20, Uruguay, unitario y con escasos 3.000.000 de habitantes desarrolla su economía en base a la producción agrícola ganadera y de servicios. En la actualidad ya no quedan prácticamente industrias de gran porte y el comercio oscila entre empresas medianas y pequeñas. Esta estructura de su economía incide directamente en su normativa laboral la que, para comprenderse a grandes rasgos distingue entre funcionarios públicos sometidos a un estatuto de Derecho Administrativo y los trabajadores privados regidos por el Derecho Laboral. En medio de ambos, el Derecho Constitucional y el Internacional Público los conecta, generando un espacio compartido al que nos avocaremos en el presente estudio.

2. Marco constitucional en el que se encuadran los Convenios OIT n. 155 y n. 161

La Constitución de la República contempla en varios de sus artículos la protección y tutela del derecho al trabajo, a desempeñarse en condiciones dignas y seguras, a la preservación de la integridad física y la higiene moral de quienes laboran en relación de dependencia. Reconoce que todas las personas son iguales ante la ley a excepción de las diferencias que emanan de sus talentos y virtudes. Dentro del articulado constitucional se señalan como pilares básicos en materia laboral los que se reseñan a continuación. En primer lugar debemos aludir a la protección en el goce del derecho al trabajo, reconocida a texto expreso por el artículo 7 de la Constitución. Fiel a su concepción iusnaturalista, el constituyente se limita a reconocer la preexistencia de derechos inherentes al hombre como tal, limitándose a garantizar el disfrute jurídico del derecho a trabajar.

A su vez, el artículo 36 de la Constitución reconoce que cualquier persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o

¹ Ese es el nombre oficial del país más conocido como Uruguay.

cualquier otra actividad lícita, excepto aquellas a las que por razones de “interés general” la ley imponga una restricción. De este modo la libertad es la regla para el actuar humano y sólo se admiten restricciones provenientes de la ley formal. Estas limitaciones a la libertad pueden ser dispuestas únicamente para salvaguardar el interés general.

En tercer lugar el constituyente coloca al trabajo, en sus más variadas facetas, bajo la «protección especial de la ley», ley que por su parte ha de reconocer: a) la «independencia de la conciencia moral y cívica» del trabajador; b) su «justa remuneración», la «limitación de la jornada», el «descanso semanal»; y c) lo más importante en cuanto a este trabajo concierne, la «higiene física y moral» de los trabajadores. Estas indicaciones realizadas por el constituyente al legislador en el artículo 53 hacen de marco de la regulación general del trabajo en Uruguay.

Las disposiciones brevemente comentadas en forma previa deben complementarse, por su parte, con los artículos que encomiendan a la ley la tutela del trabajo de menores y mujeres, el que ha de ser especialmente «reglamentado y limitado».

En quinto lugar debe señalarse que la ley ha de «reglamentar la distribución imparcial y equitativa del trabajo» (artículo 54) siendo este un precepto de gran importancia práctica a la hora de considerar algunos casos en que el mobbing se manifiesta o por exceso o por déficit de trabajo. El principio subyacente a la imposición constitucional debe aplicarse por los jueces a la hora de valorar la asignación de trabajo efectuada por el empleador a un dependiente. Lamentablemente, la escasa instrucción acerca de la existencia y gravedad del flagelo del mobbing muchas veces lleva a que los jueces banalicen el hostigamiento y no reconozcan y sancionen casos prototípicos de hostigamiento moral laboral.

Por su parte, los trabajadores dependientes del Estado, denominados por el constituyente como “funcionarios públicos”, gozan de un fuero específico denominado Estatuto del Funcionario Público. La facción de este Estatuto ha sido encomendada por el constituyente al legislador sobre «la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario» (artículo 59), quedando los mismos «al servicio de la Nación y no de una fracción política» (artículo 58). De este modo en los ámbitos laborales estatales queda prohibido el «proselitismo de cualquier especie».

Finalmente ha de decirse que mientras el Estado responde patrimonialmente por los actos cometidos por sus funcionarios en «la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección» (artículo 24), los empleadores del sector privado lo hacen por los actos

cometidos por sus dependientes a causa o en ocasión del trabajo (artículo 1324 del Código Civil). El Estado puede repetir lo pagado cuando haya sido condenado por el actuar gravemente culposo o doloso de sus funcionarios conforme lo dispuesto por el artículo 25 de la Magna Lex.

3. El Convenio OIT n. 155

Uruguay ratificó este convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores mediante Ley 15.965 el 28 de junio de 1988. Debe señalarse que se utilizó un único instrumento ratificatorio para aprobar tres Convenios Internacionales de Trabajo: el 148 sobre medio ambiente de trabajo, el 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores y el 161 relativo a servicios de salud en el trabajo.

A los efectos de esta publicación, el Convenio n. 155 tiene especial relevancia en virtud de que pone de manifiesto la importancia de que el Estado intervenga a través de una política nacional, en la protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

Obligación internacional contraída por el Estado y su cumplimiento mediante el Decreto 291/007

Conforme el texto ratificado del Convenio n. 155, Uruguay se obliga a formular, aplicar y reexaminar su política nacional en materia de seguridad y salud de los trabajadores (artículo 4). En ese sentido, mediante la aprobación del Decreto 291/007 de 13 de agosto de 2007 el país reglamentó el Convenio n. 155, constituyendo dicha regulación la base mínima obligatoria para la «gestión de la prevención y protección contra los riesgos derivados o que puedan derivarse de cualquier actividad, sea cual fuera la naturaleza comercial, industrial, rural o de servicio de la misma y tenga o no finalidad de lucro, tanto en el ámbito público como privado» (artículo 1 del Decreto 291/007).

De este modo, todo empleador público como privado tendrá el deber de respetar las garantías mínimas exigidas por el Decreto 291/007 en materia de seguridad y salud laboral. Del contenido de la reglamentación puede concluirse que funda su estructura en los siguientes puntos básicos: a) El empleador cumple el rol de garante en materia de salud y seguridad laboral; b) Tanto empleador como trabajadores por sí o a través de sus representantes tienen derecho a efectuar recomendaciones en relación seguridad y salud en el trabajo; c) Creando con los fines precedentes instancias de cooperación en materia de prevención.

Siguiendo la línea de este trabajo, me abocaré al análisis de las referencias normativas relativas a la relación hombre y medio ambiente. Una de las medidas impuestas por la norma reglamentaria en comentario, consiste en propender que los sistemas de trabajo sean orientados «a la satisfacción de las exigencias humanas, cubriendo las condiciones de trabajo en la relación hombre/máquina, adaptada, fisiológica, psicológica y socialmente al trabajador, a fin de garantizar su bienestar, seguridad y salud». De esto surgen dos críticas, la positiva que considera la adaptación psicosocial del hombre al trabajo, y la negativa, que refiere solamente al trabajo obrero, no así a los trabajos con carga primordialmente mental.

A fin de dar cumplimiento a los cometidos relacionados anteriormente el decreto prevé la existencia de comisiones de salud bipartitas, las que a su vez llevarán un registro de incidentes y enfermedades más frecuentes y colaborarán en la prevención y capacitación de los actores intervinientes. El custodio del cumplimiento de la «cooperación y funcionamiento acordada entre empleadores y trabajadores será» la Comisión Tripartita Sectorial de la que será parte el Estado. Aquí se puede ver la intervención activa adoptada por el Estado en la materia, con funciones principalmente de contralor.

A los efectos de la aplicación del Convenio OIT 155 «en cada sector o rama de actividad, se crea una Comisión Tripartita Sectorial», la cual será «integrada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a través de la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social que la presidirá y un representante titular con su respectivo alterno, del sector empleador y trabajador respectivamente, y hasta 2 asesores por cada parte» (artículo 13).

La consecuencia inmediata de no acatar el cumplimiento de lo previsto en esta norma reglamentaria será la aplicación de lo dispuesto por el artículo 289 de la Ley 15.903 de 10 de noviembre de 1987 en la redacción dada por el artículo 412 de la Ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996, lo que abarca desde sanciones menores hasta la clausura temporal de la actividad del empleador, pasando por sanciones económicas de cuantía.

Disminución de riesgos, la meta de la política nacional en la materia

El artículo 4.2 del Convenio n. 155 impone que la política nacional en materia de seguridad y salud laboral debe tener por objeto la prevención de accidentes y daños a la salud que «guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo». En la tarea de lograr una efectiva prevención de estos daños a la salud vinculados al trabajo, entiendo que sí o sí debe estar presente la consideración a los riesgos

psicosociales, actualmente marginados a un plano secundario.

4. Riesgos, deber de protección y exclusión de enfermedades mentales y del comportamiento

Conforme la doctrina más recibida «El respeto a la dignidad del trabajador impone al patrono un trato correcto con exclusión de todo acto que de alguna manera pueda afectar los derechos fundamentales de la persona. No se trata solamente de que el empleador no deba incurrir en actos que puedan reputarse ilícitos o contrarios a la moral y a las buenas costumbres, sino además de su obligación de abstenerse de aquellos otros que sean simplemente poco delicados o que perjudiquen el prestigio del trabajador ante clientes o su reputación profesional. Todo acto de violencia, malos tratos, injuria, amenaza, acoso sexual o cualquier otra violación al deber de respeto a la personalidad física o moral del trabajador, cometido por el empleador o incluso por algún otro dependiente, constituye sin duda una falta laboral grave que debe ser asumida por el responsable lo que constituye una abusividad a resarcir por la indemnización especial»². Esto implica que si un trabajador ve afectados sus derechos humanos fundamentales, sea que este perjuicio recaiga sobre su salud, moral o sobre su propia esfera patrimonial, tendrá derecho a reclamar de su patrón el resarcimiento como consecuencia del incumplimiento de su deber contractual de protección.

Riesgos psicosociales

Este tipo de riesgos para la salud en el ámbito laboral no han sido debidamente justipreciados y aún hay mucho camino por andar para que la legislación los contemple en su verdadera dimensión. Todo indica que los riesgos tradicionales en materia laboral – sustancias tóxicas, ruidos, maquinaria, etc. – han sido abordados y podría decirse que fuertemente combatidos. Por el contrario, se aprecia una orfandad notoria en cuanto al régimen regulatorio de «los riesgos que provienen de las relaciones entre el trabajador y otras personas en el ambiente de trabajo»³, entre los que se incluyen los clientes.

Por su naturaleza, estos riesgos siguiendo a Moreno-Jiménez, poseen las

² C. MANGARELLI, L. SLINGER ET AL., *Derecho Jurisprudencial*, La Ley, 2017, p. 670.

³ C. MANGARELLI, *Acoso y violencia en el trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, 2014, p. 28.

siguientes características: «1) se extienden en el espacio y el tiempo, 2) son difíciles de objetivar, 3) tienen repercusiones sobre otros riesgos como accidentes y enfermedades, 4) tienen escasa cobertura legal, 5) están moderados por otros factores como las variables personales y contextuales amplias, 6) son difíciles de intervenir. Este tipo de características que dificultan su objetivación, evaluación y modificación es lo que ha hecho de los factores psicosociales de riesgo un tema escurridizo y de difícil gestión, pero esta dificultad no disminuye su importancia, sino que obliga a una atención mayor debido a que constituyen riesgos reales con mayor dificultad de control»⁴. Agrega que el «factor causal, sobre el que *hay* que intervenir y actuar, sigue siendo el *organizacional*»⁵.

Entre el elenco de los riesgos psicosociales encontramos, entre otros, al estrés laboral, el burnout, el mobbing, el acoso sexual, el boreout, etc.

Deber de protección a cargo del empleador frente a los riesgos psicosociales

Existe acuerdo en la doctrina acerca de la naturaleza contractual de esta obligación. En coincidencia con Mangarelli esta obligación «comprende no sólo el deber de seguridad e higiene (protección de la integridad física y psíquica del trabajador), sino también el deber de respetar la dignidad del trabajador, su intimidad y su vida privada en el lugar de trabajo»⁶. La consecuencia que apareja la transgresión de esta obligación de protección implica en el derecho uruguayo la responsabilidad civil, administrativa e incluso penal del empleador tal como veremos infra.

Decreto n. 210/011 sobre enfermedades mentales

Estos riesgos así como las consecuencias de los mismos, en la práctica, son amparados por el Banco de Previsión Social (BPS en adelante) encargado de cubrir las contingencias por enfermedad común. Esta situación resulta irregular desde el momento que las enfermedades mentales si son contraídas a consecuencia del trabajo, deberían ser amparadas por el Banco de Seguros del Estado (BSE en adelante) organismo competente en la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Ahora bien, por qué motivo el BSE no ampara a los trabajadores que ven

⁴ B. MORENO-JIMÉNEZ, *Los riesgos laborales psicosociales: marco conceptual y contexto socio-económico*, en ORP Journal, 2014, vol. 1.

⁵ *Idem*.

⁶ C. MANGARELLI, *Daños en el derecho del trabajo*, La Ley, 2017.

afectada su salud mental y/o psicológica como consecuencia del desempeño de su actividad laboral? La razón se encuentra en lo dispuesto por el Decreto 210/011 de 13 de junio de 2011 que excluyó las enfermedades mentales del listado enfermedades profesionales reconocidas por OIT en 2010. El Decreto 210/011 aludido, bajo el título *Declararse obligatoria la lista de enfermedades profesionales de la OIT, revisión 2010* reconoce como enfermedad profesional todas aquellas contenidas en el listado elaborado por OIT en 2010 a excepción de las de tipo mental. El fundamento para la exclusión radicó en que «en el caso de las enfermedades descriptas en el numeral 2.4 del listado, “Trastornos Mentales y del Comportamiento”, no están dadas las condiciones desde el punto de vista técnico para determinar fehacientemente la relación causal entre la enfermedad y el trabajo, por lo que se excluyen por el momento y sin perjuicio la incorporación de las mismas»⁷.

Esta exclusión ha implicado en los hechos la banalización de las enfermedades mentales y comportamentales contraídas por causa laboral, llevando por otra parte al borde del colapso al sistema de seguridad social encargado de la cobertura de las enfermedades comunes. Esta certificación por conceptos no acordes a la realidad impone a los trabajadores un esfuerzo probatorio más gravoso cuando se trata de reclamar al empleador por vulneración del deber de protección a la salud en el ámbito laboral.

Distrés profesional y síndrome del quemado

Cada vez es más frecuente ver certificaciones médicas por causas de estrés laboral y aunque con menos frecuencia algunos psiquiatras están certificando por síndrome de burnout. Pese a que en ambos casos la baja laboral se produce como consecuencia de padecimientos adquiridos en el trabajo por la razón que expresara ut supra, la certificación se realiza bajo el rótulo de enfermedad común.

Acoso sexual

Está regulado mediante Ley 18.561 y prevé la responsabilidad del empleador que en conocimiento de una situación de este tipo no adopta medidas para imponer su cese. La ley en comentario considera que el acoso sexual es una forma «grave de discriminación y de desconocimiento del respeto a la dignidad de las personas que debe presidir las relaciones

⁷ Considerando III del [Decreto 210/011](#).

laborales y de docencia». En cuanto concierne al objeto de este análisis la ley reconoce la potencialidad del hostigamiento sexual para crear «un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil o humillante para quien lo recibe». Esta hostilidad ambiental supone un incremento del riesgo de enfermar con prevalencia de afectación de la salud mental (ansiedad, depresión reactiva, estrés, etc). En esta hipótesis también, si bien no sería complejo establecer la conexión entre un acoso sexual comprobado y el surgimiento de una depresión reactiva al mismo, por ejemplo, la enfermedad se considerará común por contraposición a profesional.

Acoso moral laboral

Esta es una materia no regulada por ninguna ley, lo que a la hora de dirimir casos puntuales complejiza el tratamiento dado que no hay un marco jurídico específico de referencia. Este es a mi entender el riesgo psicosocial más gravoso y complejo de todos puesto que su configuración se compone de conductas que consideradas de forma aislada pueden resultar – en apariencia – jurídicamente irrelevantes. Esta ausencia de normativa especial ha generado que doctrina y jurisprudencia realicen su labor integrativa del derecho, las que a su vez señalan la necesidad de contar con legislación al respecto. Tal es el caso de la reciente Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA en adelante) n. 360 de 11 de junio de 2019 que expresa: «No se puede convertir a la jurisprudencia y doctrina en creadores de figuras gravosas y sancionatorias que corresponden al legislador y que se aplican por la delicada integración e interpretación de normas nacionales e internacionales, pero que no quita señalar enfáticamente que *hace falta una ley que regule desde su definición de acoso laboral hasta sus consecuencias*» (*sic*).

Con la convicción de que una ley específica es necesaria, en 2012 redacté el Proyecto de Ley sobre Acoso Moral en el Trabajo⁸ que a la fecha se encuentra a estudio del parlamento. El mismo, considera al acoso moral como accidente de trabajo con el consiguiente amparo de sus consecuencias bajo la protección del BSE; impone al Estado la adopción de medidas de prevención y concientización mediante políticas públicas; una acción sumaria de cese de hostigamiento; así como dispone la creación de un Fondo de Ayuda a la Recuperación de Víctimas, entre otras disposiciones regulatorias.

⁸ Ver *infra*, § 9, *Normativa*.

5. Accidentes de trabajo y responsabilidad penal del empleador

A fin de dar cumplimiento a la normativa internacional suscrita por el Estado, la Ley 16.074 de 10 de octubre de 1989 reguló la responsabilidad derivada de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. Como se viera en el capítulo precedente las enfermedades profesionales reconocidas por el país como tal son las contenidas en el listado elaborado por OIT en el año 2010, a excepción de las enfermedades mentales y de la conducta, que se encuentran excluidas.

Los accidentes de trabajo por el contrario, cuentan con la protección del BSE el que presta no solo la cobertura médica sino también la asistencia directa al accidentado.

Régimen general y su excepción en materia de accidentes de trabajo

Existe un régimen general aplicable en caso de accidente laboral en virtud del que, si el empleador está al día con el pago de la póliza de accidentes de trabajo, su responsabilidad se ve cubierta en forma total por el seguro brindado por el BSE. Esta indemnización tarifada, blinda al empleador frente a cualquier reclamación por daños que el trabajador accidentado o sus causahabientes pudieran pretender.

Por el contrario, como toda regla esta tiene su excepción y se halla prevista en el artículo 7 de la Ley 16.074 que establece que la indemnización tarifada cede en caso de que el accidentado pruebe que existió «dolo o culpa grave por parte del patrono en el incumplimiento de normas sobre seguridad y prevención». En esta hipótesis de excepción el trabajador o sus sucesores – en caso de su muerte – pueden reclamar la reparación integral del daño en cuanto este daño excede el quantum cubierto por la indemnización tarifada. En este sentido la Suprema Corte de Justicia (SCJ en adelante) expresó: «La gravedad del incumplimiento se medirá en función al peligro de daño, la probabilidad de producción del evento dañoso y la entidad del daño que pudiera causar»⁹.

Responsabilidad penal del empleador

Sumado a la responsabilidad patrimonial antes referida, la Ley 19.196 promulgada el 25 de marzo de 2014, tras intensa presión sindical y resistencia patronal, reguló la responsabilidad penal del empleador. Un

⁹ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia n. 474/2014 de 12 de mayo de 2014.

reciente artículo periodístico¹⁰ informaba que tras cinco años de vigencia de esta ley «entre 2013 y 2014, es decir antes de que se reglamentara la ley, hubo casi 50.000 trabajadores que pasaron por el Banco de Seguros del Estado (BSE) por haber sufrido algún accidente laboral, mientras que en 2017 la cifra fue de 31.000; esto equivale a un descenso de casi 40% en la cantidad de siniestros», lo cual a juicio de la gremial de trabajadores demuestra eficacia de la ley en materia de seguridad laboral.

Por su parte el artículo en comentario refiere que el sector con mayor siniestralidad es el vial, sin embargo no alude ni siquiera colateralmente al impacto que esta ley pudo haber tenido en la reducción – o no – de accidentes propiciados por riesgos psicosociales. Esto nos lleva nuevamente a criticar lo que supone que el Estado haya excluido mediante decreto las patologías mentales de la lista de OIT dado que, por ejemplo, un suicidio cometido como consecuencia de una patología depresiva relacionada a las condiciones laborales del trabajador no sería considerado accidente de trabajo. Estas inconsistencias normativas implican que un vasto abanico de situaciones sean sub-diagnosticadas y por ende no puedan ser adecuadamente abordadas.

En cuanto a la responsabilidad penal creada, el artículo 1 de la Ley 19.196 dispone que «El empleador, o en su caso, quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa, no adoptaren los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación, de forma que pongan en peligro grave y concreto la vida, la salud o la integridad física del trabajador, serán castigados con tres a veinticuatro meses de prisión».

Del tipo penal se desprende que los bienes jurídicos tutelados son la vida y la integridad física del trabajador, debiendo señalarse a este respecto que a juicio de parte de la doctrina penal «el concepto de integridad física resulta comprensivo de las diversas manifestaciones de la salud humana, incluyendo como es lógico, también las afectaciones de “la mente”»¹¹.

La determinación del sujeto activo ha sido cuestionada por la doctrina en el entendido que la alusión a “empresario” supone la exclusión de patronos que no reúnan concomitantemente la calidad de empresarios. La conducta típica se centra en la acción omisa de «no adoptar» los «medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación». Sobre este punto, entiendo que la ley es inconstitucional al remitir a lo que establezca la “reglamentación” en materia de seguridad laboral,

¹⁰ Vid. [Ley de Responsabilidad Penal Empresarial disminuyó casi 40% los siniestros laborales](#), en [Montevideo Portal](#), 27 abril 2019.

¹¹ M. SPANGENBERG, *Responsabilidad penal del empleador y seguridad laboral*, Universidad Católica del Uruguay, 2014, p. 61.

constituyendo un clásico ejemplo de una ley penal en blanco.

Del somero análisis realizado puede deducirse que si bien se trasvasó la barrera del Derecho Penal en aras de la protección de la vida, salud e integridad física del trabajador, la penalización adolece de flancos débiles por los cuales el sistema adoptado es altamente objetable. Amén de las críticas, sí parece positivo el efecto social que esta ley produjo en la agudización de controles en cuanto a seguridad y prevención laboral, lo que hace pensar en un cumplimiento como efecto del temor a por convicción.

6. El Convenio OIT n. 161

Otro de los Convenios elegidos para esta edición aniversario de OIT es el Convenio n. 161, ratificado por Uruguay mediante Ley 15.965 el 28 de junio de 1988. Este convenio se relaciona directamente con el comentado anteriormente.

Bien jurídico tutelado

Este Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo gira en torno al eje de las facultades y potestades de dichos servicios médicos en la prevención y asesoramiento tanto a empleadores como trabajadores acerca de los requisitos necesarios para establecer y mantener un ambiente laboral «seguro y sano que favorezca una salud física y mental óptima en relación con el trabajo», así como «la adaptación del trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud física y mental» (artículo 1 de su texto).

Del texto ratificado del Convenio n. 155 se desprende que estos servicios de salud estarán investidos de funciones preventivas con el fin de asesorar a ambas partes de la relación laboral acerca de los requisitos para poseer un medio ambiente de trabajo «seguro y sano que favorezca una salud física y mental óptima en relación con el trabajo», y acerca de la «adaptación del trabajo a las capacidades de los trabajadores habida cuenta de su estado de salud física y mental» (artículo 1).

De lo anterior se desprende un concepto de salud amplio, abarcativo no solo de la salud física sino de la integridad mental de los trabajadores. Este giro comprensivo de la salud “mental” tiene particular relevancia porque abre la puerta a la consideración de factores no físicos, de otros riesgos potencialmente tan o más dañinos que las sustancias tóxicas: los riesgos psicosociales. Respecto de estos últimos cabe señalar sin embargo que

pese a la relevancia que ha ido ganando en este campo la incidencia del clima laboral sobre la salud de los trabajadores, su tratamiento aún puede ser considerado como el que se le da a un hermano menor en materia de riesgos.

En la práctica, esta subestimación de los riesgos psicosociales conlleva a que se siga insistiendo en el cumplimiento de las medidas de seguridad tangibles (casco, arneses, etc.), pero no se haga lo mismo con igual ahínco a la hora de valorar ambientes de trabajo según su toxicidad y nocividad, derivadas de los vínculos humanos que allí se despliegan. Es en este sentido entonces que habremos de centrar este trabajo académico.

El país en virtud de este Convenio se obligó a formular, aplicar y examinar periódicamente su política nacional sobre los servicios de salud laboral lo que ha ido cumpliendo mediante la aprobación de sucesivos decretos entre los cuales el más relevante es el Decreto 127/014 de 13 de mayo de 2014.

Mediante dicha reglamentación se establece la obligatoriedad de la implementación de los Servicios de Prevención y Salud en el Trabajo (SPST en adelante), que son definidos por el artículo 2. El artículo 4 describe las funciones de los SPST y el artículo 5 impone una integración multidisciplinaria por dos profesionales, uno obligatoriamente médico ocupacional y otro que debe de pertenecer a una de las profesiones opcionales que refiere la norma. Las organizaciones de más de 300 trabajadores deben de contar con el servicio interno a la misma con instalaciones y medios para cumplir sus funciones. Las organizaciones de más de 5 y hasta 300 trabajadores podrán contar con un servicio externo a la empresa que deberá tener una intervención «semenstral como mínimo».

7. El Convenio OIT n. 190

Resulta ineludible mencionar la reciente aprobación del Convenio n. 190 adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 108^a reunión en Ginebra el 21 de junio de 2019.

Este convenio aún está pendiente de ratificación por parte del parlamento nacional, aunque ya el Ministerio de Trabajo se ha expedido públicamente en el sentido de que ese paso es prioritario¹² y que se espera que Uruguay sea uno de los primeros países en el mundo en adoptarlo.

El Convenio n. 190 halla su fundamentación en el derecho de toda

¹² Vid. [MTSS presentó Convenio Internacional de OIT sobre Violencia y Acoso en el Trabajo](#), en www.mtss.gub.uy, 28 junio 2019.

persona a trabajar libre de violencia y acoso, en la dignidad humana, en el derecho a la igualdad ante la ley, al desarrollo material y espiritual a través del trabajo. En consecuencia, el acoso y la violencia se registran como incompatibles con el concepto de trabajo decente. Por estos motivos se insta a los Estados parte a que adopten una política de «tolerancia cero frente a la violencia y el acoso».

Una referencia a señalar consiste en la consideración relativa a que «la violencia y el acoso son incompatibles con la promoción de empresas sostenibles y afectan negativamente a la organización del trabajo, las relaciones en el lugar de trabajo, el compromiso de los trabajadores, la reputación de las empresas y la productividad»¹³. Resulta positivo que la eliminación de la violencia laboral se aprecie también desde la perspectiva de la empresa, de los beneficios que un ámbito laboral saludable reporta al empleador, permitiendo de este modo que los diversos actores en juego coadyuven a la erradicación de la violencia en aras de la consecución de sus intereses. Indudablemente el compromiso será mayor en la medida que las partes se comprometan a eliminar la violencia laboral no por imposición sino por convicción.

Sin ánimo de ingresar al análisis del Convenio n. 190, he de advertir que en materia de definiciones, la de acoso adoptada no es la más aceptada por la doctrina y jurisprudencia. El artículo 1 del convenio de referencia trata de forma indistinta la violencia y el acoso, confundiendo género con especie y habilitando la configuración del hostigamiento a través de un solo acto hostil. Sin duda esta definición deberá ser especialmente considerada por el parlamento nacional a la hora de ratificar este documento internacional.

8. En conclusión

De la relación de convenios internacionales comentados así como de las normas de Derecho interno referidas, puede apreciarse el compromiso de la República Oriental del Uruguay con la protección de la salud de los trabajadores. Esta posición deriva de la concepción iusnaturalista con que la Constitución Nacional enfrenta la protección y reconocimiento de derechos fundamentales, derechos que en la medida que sean inherentes a la personalidad humana o se deriven de la forma republicana de gobierno gozan de máxima protección, aun cuando carezcan de reconocimiento expreso como tales.

¹³ OIT, [Actas Provisionales](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 108^a Reunión, 2019.

Sin embargo, amén de esa protección constitucional tan vasta y de la suscripción de convenios internacionales directamente vinculados a la preservación de la salud laboral, aún quedan muchos pendientes en materia legislativa. Uno de esas cuestiones por resolver es la derivada de la necesidad de legislar específicamente acerca del acoso moral laboral, el cual por imperio de la realidad se ha afincado en nuestros tribunales, obligando a los jueces a fallar sin las herramientas suficientes.

Esta posición que he sostenido desde la redacción del Proyecto de Ley de Acoso Moral en el Trabajo en el año 2012, cuenta con el aval del voto concurrente de uno de los Ministros¹⁴ del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, máximo órgano de control jurisdiccional de la actividad administrativa. A criterio del responsable del voto en comentario, en referencia al acoso laboral «el marco está dado por los artículos 7, 44, 54 y 72 de la Constitución y la Constitución de la OIT en lo pertinente en sus convenios y el repertorio de recomendaciones prácticas [...] pero ello no exime de la imperiosa necesidad de tener una ley cierta, escrita y conforme al artículo 133 y siguientes de la Constitución de la República»¹⁵, para concluir finalmente que «El mérito de este voto concurrente no es otro que patentizar la ausencia de ley nacional sobre acoso laboral».

9. Bibliografía

[Ley de Responsabilidad Penal Empresarial disminuyó casi 40% los siniestros laborales](#), en [Montevideo Portal](#), 27 abril 2019

MANGARELLI C., *Acoso y violencia en el trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, 2014

MANGARELLI C., *Daños en el derecho del trabajo*, La Ley, 2017

MANGARELLI C., SLINGER L. ET AL., *Derecho Jurisprudencial*, La Ley, 2017

MORENO-JIMÉNEZ B., [Los riesgos laborales psicosociales: marco conceptual y contexto socio-económico](#), en *ORP Journal*, 2014, vol. 1

[MTSS presentó Convenio Internacional de OIT sobre Violencia y Acoso en el Trabajo](#), en [www.mtss.gub.uy](#), 28 junio 2019

OIT, [Actas Provisionales](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 108^a Reunión, 2019

¹⁴ El Ministro responsable de este voto concurrente es el Dr. William Corujo.

¹⁵ Sentencia n. 360, cit.

1214

SPANGENBERG M., *Responsabilidad penal del empleador y seguridad laboral*, Universidad Católica del Uruguay, 2014

Normativa

[Decreto 210/011, de 23 de junio 2011](#)

[Proyecto de Ley de Acoso Moral en el Trabajo](#)

Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) 1983 (núm. 159)*

José Luis RUIZ SANTAMARÍA**

RESUMEN: Este trabajo aborda el análisis del Convenio OIT n. 159 de 1983 sobre la readaptación profesional en el empleo de las personas con discapacidad, con un enfoque crítico y en estrecha relación con otras iniciativas e instrumentos jurídicos de alcance internacional. Una revisión de sus principios instrumentales revela que la protección de estas personas frente a la discriminación en el empleo ha formado parte de ellos con anterioridad a la promulgación de esta norma. En su configuración destacan tres ejes fundamentales: el primero, dedicado al ámbito de aplicación y a la determinación conceptual; en el segundo y tercero, las Políticas nacionales y un conjunto de medidas para el desarrollo de Servicios de readaptación profesional y empleo respectivamente. Por otro lado, destacamos el cambio profundo experimentado en el enfoque actual de la discapacidad que ha provocado la reinterpretación y armonización de este Convenio con la Convención de Nueva York (2006).

Palabras clave: Convenio OIT, discapacidad, discriminación, readaptación profesional, empleo.

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. Análisis del Convenio núm. 159 en concordancia con su Recomendación núm. 168. 2.1. Aproximaciones conceptuales y ámbito de aplicación. 2.2. Políticas nacionales de empleo y readaptación profesional. 2.3. Medidas para el desarrollo de Servicios de readaptación profesional y empleo. 3. El empleo y la readaptación profesional de las personas con discapacidad en la actualidad. 3.1. El nuevo enfoque de la discapacidad en la sociedad actual del trabajo. 3.2. La necesaria armonización del Convenio núm. 159 con la Convención de Nueva York (2006). 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Este trabajo se enmarca en el Grupo de Investigación PAIDI SEJ-347 sobre *Políticas de empleo, igualdad e inclusión social*, financiado por la Junta de Andalucía.

** Profesor SI de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Málaga.

Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) Convention 1983 (No. 159)

ABSTRACT: This work performs the analysis of ILO Convention No. 159 of 1983 on the professional retraining of persons with disabilities, with a critical approach and in close relationship with other legal initiatives and instruments of international scope. A review of their instrumental principles reveals that the protection of these people against discrimination in employment has been part of them prior to the promulgation of this standard. In its configuration, three structural blocks stand out: the first one, dedicated to the scope and conceptual determination; in the second and third, the National Policies and a set of measures for the development of Professional Rehabilitation and Employment Services respectively. On the other hand, we highlight the profound change experienced in the current approach to disability that has caused the reinterpretation and harmonization of this Convention with the New York Convention (2006).

Key Words: ILO Convention, disability, discrimination, vocational rehabilitation, employment.

1. Antecedentes

Es un hecho constatado que la adopción, en el año 1983, por la Conferencia General, como organismo integrante de la OIT, del Convenio núm. 159 (en adelante C159) no respondía al resultado de un acto novedoso e inédito. Evidentemente, el interés mostrado por esta institución mundial, en calidad de agencia de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU), por la protección frente a la discriminación en el empleo de las personas con discapacidad se remonta a etapas muy anteriores, siendo una de las primeras organizaciones internacionales en reconocer este derecho.

Una revisión histórico-jurídica – desde la panorámica internacional – nos permite descubrir un significativo elenco de instrumentos jurídicos e iniciativas que, a modo de antecedentes, conformarían la plataforma inspiradora sobre la que se edificaría el Convenio objeto de nuestro análisis. El primer instrumento internacional sobre la readaptación profesional de los trabajadores con discapacidad data del año 1925 y nos referimos a la *Recomendación sobre la indemnización por accidentes del trabajo (importe mínimo), 1925 (núm. 22)*¹. Años más tarde, concretamente en 1944 durante el transcurso de la II Guerra Mundial, se retomaría el interés por la readaptación profesional y por la protección del acceso al empleo de las personas con discapacidad adoptándose a tal efecto la *Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz), 1944 (núm. 71)*, en la que se hacía mención específica a los *trabajadores discapacitados* y disponiéndose que «cualquiera que sea el origen de su invalidez, deberían disponer de amplias facilidades de orientación profesional especializada, de formación y reeducación profesionales y de colocación en un empleo útil»². Sin embargo, el gran hito histórico sobre la readaptación profesional y con profunda influencia en el C159 se producirá con la adopción de la *Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, 1955 (núm. 99)*, que ha sido catalogada como uno de los más importantes

¹ Estableciéndose los principios que se deberían tener presentes a la hora de determinar las correspondientes indemnizaciones por accidentes de trabajo. Otro aspecto a destacar era el relativo a la reeducación profesional de las víctimas de accidentes de trabajo, disponiéndose a tal efecto que esta reeducación «debería estar garantizada por los medios que las legislaciones nacionales juzguen más apropiados» e instando a los poderes públicos de los diferentes Estados a facilitar la promoción de dicha medida mediante la creación de instituciones que pudieran abordar esta tarea. *Vid.* la Recomendación n. 22 de 1925 sobre la indemnización por accidentes de trabajo (importe mínimo), *passim*.

² Véase al respecto la Parte X de esta Resolución, dedicada a las *Disposiciones relativas al empleo de trabajadores con discapacidades*, §§ 39-43.

instrumentos en relación a las personas con discapacidad³. Esta Recomendación, también ha servido de base para todas las legislaciones y prácticas nacionales sobre la orientación, formación profesional e inserción laboral de este colectivo. Incluso, sobre la misma se ha dicho que «si bien los convenios son fuente de obligaciones, es posible que en ciertas esferas una norma que puede tener una amplia aceptación como tal sea mucho más efectiva en la práctica que ciertas obligaciones que es improbable que sean aceptadas con igual amplitud»⁴.

2. Análisis del Convenio núm. 159 en concordancia con su Recomendación núm. 168

Afrontaremos el examen del C159 – en relación a la R168 conexa – destacando tres bloques estructurales⁵. El primero, que aborda el ámbito de aplicación y una serie de aproximaciones conceptuales, enfatizándose en la definición de *persona inválida* basada en una concepción de la discapacidad que obedece exclusivamente a causas de carácter físico o mental. El segundo, en el que se instituyen los principios de las Políticas de readaptación profesional y empleo dirigidas a asegurar la existencia de medidas adecuadas de readaptación profesional y a promover oportunidades de empleo para estas personas en el mercado ordinario. El tercero, dedicado a establecer las medidas a nivel nacional para el desarrollo de la readaptación profesional y empleo, orientadas a la promoción y evaluación de los servicios de orientación, al impulso del desarrollo de estos servicios en las zonas rurales y comunidades apartadas, y a la formación y disponibilidad de asesores en esta materia.

2.1. Aproximaciones conceptuales y ámbito de aplicación

No hay duda de que el legislador internacional ha optado por situar en el

³ *Vid. OIT, Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo*, 2015, p. 24.

⁴ Dicha cita corresponde al Director General de la OIT, en un comentario de su Memoria del año 1964. *Vid. ILO, Vocational rehabilitation and employment of disabled persons. General survey on the Reports of the Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) Convention (No. 159) and Recommendation (No. 168), 1983. Report III (Part 1B)*, International Labour Conference, 86th Session, 1998, p. 4.

⁵ Con el fin de no distorsionar el enfoque fundamental de este estudio y su diseño estructural, se ha optado por no incluir un cuarto apartado, donde se tratarían otras cuestiones menores anexas como son: la ratificación, aplicación, revisión y denuncia.

punto de partida – de este instrumento jurídico – una definición de *persona inválida* desde una perspectiva subjetiva y contextualizada en el ámbito del empleo y/o relaciones laborales. Así, desde esta concepción se entiende por la misma «toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo quedan sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida»⁶. Esta percepción de la discapacidad desde el enfoque del paradigma médico de la rehabilitación – que impregna todo el espíritu del C159 y la R168 – se consolida aún más cuando nos adentramos en la aproximación conceptual del término *readaptación profesional* utilizado a lo largo de todo el texto normativo. Sin embargo, es muy sugerente que pese a no existir una definición sobre este término, si se concreta la *finalidad* de la readaptación profesional, siendo ésta la de «permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad»⁷. Respecto al *ámbito de aplicación*, podemos observar que se ha optado por dos criterios diferentes. Por una parte, se establece un mandato a los Estados Miembros indicando al respecto que «Todo Miembro aplicará las disposiciones de este Convenio mediante medidas apropiadas a las condiciones nacionales y conformes con la práctica nacional»⁸. De otra, se articula e introduce una fórmula de carácter funcional al disponerse en este sentido que «Las disposiciones del presente Convenio serán aplicables a todas las categorías de personas inválidas»⁹.

2.2. Políticas nacionales de empleo y readaptación profesional

Como ya se ha puesto de manifiesto, el patrón que se adopta como referencia – en el C159 y R168 –, para la conformación de las Políticas nacionales de empleo y readaptación profesional de este colectivo, es el integrado por las *medidas apropiadas a las condiciones nacionales y conformes con la práctica nacional*¹⁰. En esta línea argumental se ha expresado lo siguiente: «El

⁶ Art. 1.1 C159 y § 1, Parte I, R168.

⁷ Art. 1.2 C159 y § 2, Parte I, R168.

⁸ Art. 1.3 C159 y § 3, Parte I, R168.

⁹ Art. 1.4 C159 y § 4, Parte I, R168.

¹⁰ Se dispone a tal efecto que «De conformidad con las condiciones, prácticas y posibilidades nacionales, todo Miembro formulará y revisará periódicamente la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas» (art. 2 C159).

Convenio núm. 159 tiene carácter promocional; fija objetivos y define los principios básicos que habrán de respetarse para la realización de dichos objetivos. La flexibilidad que permiten sus disposiciones al respecto ofrece la posibilidad de tener debidamente en cuenta la situación particular de cada país; de ese modo, sus disposiciones pueden aplicarse a todos los Estados Miembros, cualquiera que sea el nivel de desarrollo de sus actividades en el terreno de la readaptación profesional y del empleo de las personas discapacitadas»¹¹.

El fundamento básico que subyace en ambos instrumentos jurídicos es el principio de igualdad de oportunidades¹². Del mismo se desprenden tres ideas fundamentales: en primer lugar, se distinguen los trabajadores inválidos de los demás trabajadores¹³; en segundo lugar, se incorpora la protección sobre la igualdad de género y no discriminación de la mujer trabajadora con discapacidad¹⁴; en tercer lugar, se constata explícitamente que estas medidas no suponen una discriminación para los trabajadores sin discapacidad¹⁵.

En referencia a la *finalidad* de las Políticas nacionales de empleo y readaptación profesional, se establece que estarán orientadas hacia el aseguramiento de la existencia de medidas adecuadas¹⁶ de readaptación profesional para todas las categorías de personas con discapacidad y destinadas a la promoción de oportunidades laborales para estas personas en el mercado ordinario de empleo¹⁷.

Especial consideración merece el interés que se manifiesta por fomentar la *cooperación* y la *coordinación* como verdaderos instrumentos favorecedores de la aplicación de dichas políticas, estableciéndose que «Se consultará a las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores sobre la aplicación de dicha política y, en particular, sobre las medidas que deben adoptarse para promover la cooperación y la coordinación entre los organismos públicos y privados que participan en actividades de readaptación profesional. Se consultará asimismo a las organizaciones representativas constituidas por personas inválidas o que se ocupan de

¹¹ *Vid.* ILO, *op. cit.*, § 247.

¹² Art. 4 C159 y § 8, Parte II, R168.

¹³ Si bien debemos matizar que se hace en relación a una idea de la discapacidad “personal y restrictiva”, basada en limitaciones de tipo psicofísico.

¹⁴ Art. 4 C159 y § 8 *in fine*, Parte II, R168.

¹⁵ Art. 4 C159 y § 9, Parte II, R168.

¹⁶ A pesar de que no existe – ni en el C159 ni en la R168– una definición concreta del concepto de “medidas adecuadas”, el legislador se remite a la R99, Parte VII. Véase § 11, Parte II, R168.

¹⁷ Art. 4 C159 y § 9, Parte II, R168.

dichas personas»¹⁸.

2.3. Medidas para el desarrollo de Servicios de readaptación profesional y empleo

Respecto a las medidas relativas al desarrollo de Servicios de readaptación profesional y empleo, se insta a que los Estados Miembros mediante la «legislación nacional y por otros métodos conformes con las condiciones y prácticas nacionales»¹⁹, adopten las medidas necesarias para permitir que las personas con discapacidad obtengan, conserven y progresen en un empleo adecuado. Además se pretende específicamente que «se promueva así la integración o la reintegración de esa persona en la sociedad»²⁰.

Por otra parte, también se solicita a las autoridades competentes el deber de adoptar las medidas adecuadas para «proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo y otros afines, a fin de que las personas inválidas puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo; siempre que sea posible y adecuado, se utilizarán los servicios existentes para los trabajadores en general, con las adaptaciones necesarias»²¹.

En relación a la promoción el desarrollo de estos Servicios de readaptación profesional y empleo de estas personas en las *zonas rurales y en las comunidades apartadas* en el C159 se regula – según nuestro parecer – de manera exigua en el art. 8, no obstante en la R168 – a pesar de no estar investida la Recomendación del carácter obligacional inherente al Convenio – desarrolla con mayor amplitud estas medidas²², incluso se dispone que «el desarrollo de los Servicios de readaptación profesional y empleo en las zonas rurales y en comunidades apartadas debería formar parte integrante de las políticas nacionales de desarrollo rural»²³.

De especial relevancia en esta área es el tratamiento que se dedica a la *formación de asesores y personal experto en materia de orientación profesional específica a personas con discapacidad* como eslabones fundamentales de la cadena de la readaptación profesional. A tal efecto, se señala que «Todo Miembro

¹⁸ Art. 5 C159 y § 9, Parte II, R168.

¹⁹ Art. 6 C159 y §§ 9-14, Parte II, R168.

²⁰ Adviértase que la finalidad del precepto no se limita exclusivamente a la integración laboral, sino que pretende una más amplia como es la social y además abarcando todas las categorías de personas inválidas. Art. 2 *in fine* y art. 4 C159.

²¹ Art. 7 C159.

²² *Vid.* §§ 20 y 21, Parte IV, R168.

²³ *Vid.* § 20 *in fine*, Parte IV, R.168.

deberá esforzarse en asegurar la formación y la disponibilidad de asesores en materia de readaptación y de otro personal cualificado que se ocupe de la orientación profesional, la formación profesional, la colocación y el empleo de personas inválidas»²⁴. Conviene señalar que en este tema, la R168 ha desarrollado con mayor amplitud todos los aspectos relativos a la formación²⁵.

Analizados los aspectos esenciales del C159, sería lógico preguntarse por la viabilidad y puesta en práctica del mismo. Sobre esta cuestión, la Comisión de expertos²⁶ en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT subrayó que para poner en práctica las disposiciones del C159 y las medidas propuestas por la R168 no eran necesarias muchos recursos, sino que dependía del compromiso de las partes interesadas²⁷.

3. El empleo y la readaptación profesional de las personas con discapacidad en la actualidad

En los últimos tiempos estamos asistiendo a un cambio trascendental respecto al tratamiento que se otorga a las personas con discapacidad. Este nuevo enfoque, con una incidencia muy significativa en el ámbito de las relaciones laborales y el empleo, requiere – según nuestro criterio – la realización de un estudio comparativo y armonizador de los contenidos del C159 con la nueva realidad que acontece.

²⁴ Art. 9 C159.

²⁵ §§ 9-30, Parte V, R168.

²⁶ Es uno de los dos órganos de control encargados de examinar el grado de cumplimiento de los Estados Miembros de sus obligaciones normativas; el otro órgano supervisor permanente es la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia. Sus miembros son nombrados por el Consejo de Administración de la OIT por un período renovable de tres años. Actúan a título personal y se les escoge, de entre personalidades independientes, imparciales y con competencia técnica, y proceden de todas partes del mundo. Su función es examinar las memorias periódicas de los Estados Miembros sobre las medidas que han adoptado en la ley y en la práctica para dar cumplimiento a las disposiciones de los convenios que han ratificado. *Vid. OIT, op. cit.*, p. 35.

²⁷ Por ese motivo y porque ambos instrumentos tenían en cuenta la diversidad de las situaciones y condiciones nacionales, instaba a los Estados Miembros que aún no lo hubieran hecho a ratificar el Convenio (*Ibidem*, p. 37).

3.1. El nuevo enfoque de la discapacidad en la sociedad actual del trabajo

La profunda transformación que se detecta actualmente en los distintos ámbitos de la vida de las personas con discapacidad ha supuesto una importante evolución en la forma de percibir y tratar a este colectivo, pasándose del *paradigma de la rehabilitación* al actual de la *autonomía personal*, que significa entender el fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos²⁸. En este nuevo paradigma, analizado desde la perspectiva de los modelos²⁹ que lo integran, aparece un debate doctrinal³⁰ entre aquellos que defienden que el modelo social es el único existente en la actualidad – sin reconocer el *paradigma de la autonomía personal* – y, por otra parte, aquel sector que distingue la existencia y evolución de dos modelos: el *modelo social* y el *modelo de la diversidad funcional* integrados en el *paradigma de la autonomía personal*.

Nuestra posición se adhiere a esta segunda línea de pensamiento, que defiende la integración de los dos modelos en el *paradigma de la autonomía personal* y coincidimos con este sector doctrinal al argumentar que pese a que «la Convención [sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad] tiene sus raíces [...] en el modelo social», sus fundamentos éticos están estrechamente ligados al modelo de la diversidad funcional, que es una evolución del modelo social³¹. Es decir, estos autores entienden

²⁸ Destacando la mejora y el progreso – señalado por parte de la doctrina – que se produce con el paso de los paradigmas anteriores al actual de la autonomía de la voluntad. *Vid.* I. CAMPOY CERVERA, *Los derechos de las personas con discapacidad. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, 2004, p. 10. También, y reforzando esta línea de pensamiento, se puede apreciar esta misma tesis en J.A. VICTORIA MALDONADO, *El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2013, n. 138, pp. 1094-1095.

²⁹ Matizamos en este sentido, que el modelo de la diversidad funcional se diferencia del modelo social por poseer una perspectiva de análisis tridimensional, abarcando el plano jurídico, social y bioético; además, los principios fundamentales sobre los que se sustentan son: la diversidad, la igualdad y la dignidad – tanto en su dimensión intrínseca como la extrínseca – y la clave para delimitar la pertenencia a este grupo no está en la diversidad funcional sino en la discriminación. *Vid.* J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Vacíos e Insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Aranzadi, 2019, pp. 32-42.

³⁰ *Vid.* V. VELARDE LIZAMA, *Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico*, en *Revista Empresa y Humanismo*, 2012, vol. XV, n. 1, p. 132.

³¹ *Vid.* F. GUZMÁN CASTILLO, M. TOBOSO MARTÍN, J. ROMAÑACH CABRERO, *Fundamentos éticos para la promoción de la autonomía: hacia una ética de la independencia*, en *Alternativas*, 2010, n. 17, p. 56.

que «El modelo de la diversidad funcional va más allá del modelo social»³² y proponen: «la aceptación de la diversidad funcional como parte de la enriquecedora diversidad humana y la consecución de la plena dignidad en la diversidad funcional»³³. Para ello proponen dos ideas o valores fundamentales: «dar el mismo valor a las vidas de todos los seres humanos y garantizar los mismos derechos y oportunidades a todas las personas»³⁴. Martha Nussbaum, profesora y filósofa estadounidense, iniciadora junto con Amartya Sen³⁵ del «enfoque de las capacidades», afirma que este enfoque «va estrechamente ligado al enfoque de los derechos humanos»³⁶. De hecho, esta profesora concibe su enfoque como una especificación del enfoque de los derechos humanos³⁷. Destaca la citada autora que «las capacidades, al igual que los derechos humanos, aportan un conjunto de objetivos humanamente ricos para el desarrollo, en lugar de “la riqueza y la pobreza de los economistas”, como tan acertadamente dijo Marx»³⁸. En este sentido, la profesora haciendo un análisis comparativo de su enfoque – junto al seniano –, en relación al de los economistas tradicionales, llega a la conclusión de que el enfoque de las capacidades abarca tanto los derechos calificados de “primera generación” – las libertades políticas y civiles – como los derechos de “segunda generación” – derechos económicos y sociales – y que van a servir para aportar una justificación para unos derechos fundamentales de gran importancia que pueden servir como base tanto para el pensamiento constitucional en el nivel nacional como para el pensamiento sobre la justicia en el nivel internacional. Hay que destacar que, del análisis de los enfoques de ambos autores citados, se puede apreciar muy claramente que los derechos relevantes son prepolíticos, no meras creaciones de las leyes y las instituciones: en este sentido un país que no haya reconocido estos derechos es en esta misma medida injusto. Es decir, podemos afirmar que el enfoque de las capacidades es una especificación del enfoque de los derechos que aporta

³² *Ibidem*, p. 58.

³³ *Idem*.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Vid. A. SEN, *Discapacidad y justicia*, en *Conferencia Internacional sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo*, Banco Mundial, 2004, *passim*.

³⁶ Vid. M. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, 2007, p. 281.

³⁷ Además, junto al elenco de capacidades aportada por Nussbaum, también existe otra lista de derechos que presenta Amartya Sen en su planteamiento sobre el enfoque de las capacidades, en la que se incluyen muchos de los derechos sobre los que insiste el movimiento de los derechos humanos: las libertades políticas, la libertad de asociación, la libertad de trabajo y otros derechos económicos y sociales. *Vid. A. SEN, op. cit., passim*.

³⁸ *Vid. M. NUSSBAUM, op. cit., p. 282.*

respuestas claras para algunas preguntas urgentes³⁹.

Lógicamente, el resultado de esta línea de pensamiento sería que las personas con discapacidad pueden contribuir a la sociedad en igualdad de condiciones que el resto de las personas. Sin embargo, para poder llevar a cabo esta propuesta, será indispensable la existencia de dos presupuestos: de una parte, un marco favorecedor del expediente de inclusión⁴⁰; y de otra, un clima de respeto a las diferencias⁴¹. En definitiva, se puede apreciar un fuerte vínculo entre el paradigma de la autonomía personal y la perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos, cuyo objetivo se orienta hacia el desarrollo de las capacidades humanas, apartándose definitivamente de aquellas acciones o actitudes negativas que favorecen aún más la acentuación de las discapacidades. En conexión con este paradigma de la autonomía personal, en el que se establece una clara relación entre los derechos humanos y el desarrollo de las capacidades humanas, creemos que serían muy adecuadas las siguientes nociones sobre derechos humanos como «aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna. Son independientes de factores particulares como el estatus, personas con capacidades diferentes, sexo, orientación sexual, etnia o nacionalidad; y son independientes o no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente»⁴². Ahora bien, desde una perspectiva más amplia, como la que nos aporta *el enfoque relacional*, los derechos humanos se equiparan con «las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas, identificándose consigo mismos y con los otros»⁴³.

³⁹ Sobre este tema, puede consultarse un tratamiento profundo y completo de esta autora en el epígrafe titulado *Capacidades y derechos*, *ibidem*, pp. 283-289.

⁴⁰ Para profundizar sobre este tema, puede consultarse en J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *op. cit.*, pp. 55-67.

⁴¹ En este sentido autores como Palacios Rizzo y Victoria Maldonado sostienen que «la vida de una persona con discapacidad tiene el mismo sentido que la vida de una persona sin discapacidad. En esta línea, las personas con discapacidad remarcan que ellas tienen mucho que aportar a la sociedad, pero para ello deben ser aceptadas tal y cual son, ya que su contribución se encuentra supeditada y así mismo muy relacionada con la inclusión y la aceptación de la diferencia». *Vid.* A. PALACIOS RIZZO, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, 2008, pp. 104-105, y J.A. VICTORIA MALDONADO, *op. cit.*, p. 1105.

⁴² *Vid.* H. MORALES GIL DE LA TORRE, *Introducción: notas sobre la transición en México y los derechos humanos*, en *Derechos humanos: dignidad y conflicto*, Universidad Interamericana, 1996, p. 19.

⁴³ Respecto al enfoque de justicia relacional destacamos aquí la importancia que adquiere

La esencia del paradigma de la autonomía personal, también denominado “perspectiva de derechos”, reside en garantizar el ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad, siendo la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CIDPD)⁴⁴ su instrumento jurídico de referencia; lo que implica necesariamente, que esta nueva concepción de la discapacidad está íntimamente relacionada con los valores esenciales⁴⁵ y principios⁴⁶ que fundamentan e informan los derechos humanos.

Desde esta nueva vertiente teórica, las personas con discapacidad se presentan como titulares plenos de derechos. Por este motivo, hay que redefinir estos derechos humanos, dotarlos de contenido material, hacerlos vinculantes, visibles y exigibles, además de regular mecanismos sencillos de protección de tutela que garanticen su eficacia y su efectividad⁴⁷.

3.2. La necesaria armonización del Convenio Núm. 159 con la Convención de Nueva York (2006)

Una vez constados los cambios producidos en el tratamiento jurídico-

la “reciprocidad” como dimensión de la relación jurídica en la que se estudia y analiza la conducta y los comportamientos de las personas en las relaciones que se establecen entre ellas. Para un estudio más detallado de este tema, puede consultarse en A. MÁRQUEZ PRIETO, *Justicia relacional: enfoque, línea y método*, en A. MÁRQUEZ PRIETO (coord.) *Justicia relacional y principio de fraternidad*, Aranzadi, 2017, pp. 145-215.

⁴⁴ Aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), supone la consagración del enfoque de derechos de estas personas, ya que considera a las mismas como sujetos titulares de derechos; y obliga a los poderes públicos, a garantizar el pleno y efectivo ejercicio de estos derechos.

⁴⁵ De estos valores destacamos por su importancia: la igualdad, la libertad y la dignidad humana. Aunque se abordará su tratamiento con posterioridad, anticipamos aquí el papel destacado que ocuparán estos valores en el «enfoque de las capacidades y desarrollo humano» de Sen y Nussbaum. Mientras que para el primer autor la “libertad” es el valor esencial en su teoría, para la profesora Nussbaum es la “dignidad”. Véase A. SEN, *op. cit.*, *passim*, y M. NUSSBAUM, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁶ Principios como por ejemplo: la no discriminación, la autonomía personal y la accesibilidad universal, que son los pilares básicos sobre los que se asienta la discapacidad desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Para profundizar sobre este tema, puede consultarse en J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *op. cit.*, pp. 25-39.

⁴⁷ Es decir, debe producirse el tránsito de “ciudadanos invisibles”, debido a las enormes barreras a las que se tienen que enfrentar habitualmente, a “ciudadanos iguales y participativos”, por su integración en la vida de la comunidad. *Vid.* J.L. MARTÍNEZ MARTÍNEZ (ed.), *Exclusión Social y Discapacidad*, Universidad Pontificia de Comillas, 2005, p. 123.

social de la discapacidad, creemos conveniente e indispensable efectuar – si bien, de forma selectiva – un examen comparado del C159 y la CIDPD⁴⁸ que nos permita detectar aquellas diferencias más significativas, con el fin de poder realizar la necesaria armonización de ambos instrumentos jurídicos.

En primer lugar, queremos destacar que la adopción de estas normas en distintos momentos históricos – el primero en 1983, mientras que el segundo lo hace en 2006 – ha supuesto una recepción de paradigmas – o en su caso modelos – sobre la discapacidad muy desiguales. Mientras que el C159 responde al *paradigma de la rehabilitación*, el CIDPD obedece al nuevo enfoque de la discapacidad que se introduce mediante el *paradigma de la autonomía personal* o de la *perspectiva de derechos* cuya consecuencia directa, como ya se ha expresado con anterioridad, ha sido la de elevar los derechos de este colectivo a la categoría de derechos humanos.

En segundo lugar y consecuencia directa de esta dicotomía sobre la idea de discapacidad derivará el uso de una terminología desigual: *personas inválidas* en el C159 y *personas con discapacidad* en la CIDPD.

En tercer lugar, creemos que merece especial atención el cambio que se ha producido respecto a las *medidas de readaptación profesional*, detalladas en el C159, y que se han transformado en las actuales *medidas de ajustes necesarios* recogidas en la CIDPD, incluyéndose como otra forma de discriminación por motivos de discapacidad, la denegación de estas medidas por parte del empresario.

4. Conclusiones

- 1) En nuestra investigación hemos podido verificar que la OIT ha sido una de las primeras organizaciones internacionales en reconocer la protección de las personas con discapacidad frente a la discriminación en empleo, estableciéndose como una de las medidas más eficaces para lograr combatirla, la readaptación profesional de este colectivo. Dicho reconocimiento se remonta más allá de la propia adopción del C159 en 1983 – objeto de este estudio –, reconociéndose entre sus antecedentes más significativos e inmediatos las Recomendaciones siguientes: la R99 de 1955 sobre la adaptación y readaptación profesional de los inválidos y la R150 de 1975 sobre el desarrollo de los recursos humanos.
- 2) Respecto al análisis concreto del C159 – en relación a la R168 conexa – se destacan tres bloques estructurales: el primero, que aborda el ámbito de

⁴⁸ *Vid. art. 27 CIDPD sobre trabajo y empleo.*

aplicación y una serie de aproximaciones conceptuales, destacándose la definición de *persona inválida* basada en una concepción de la discapacidad que obedece exclusivamente a causas de carácter físico o mental; el segundo, en el que se instituyen los principios de las Políticas de readaptación profesional y empleo dirigidas a asegurar la existencia de medidas adecuadas de readaptación profesional y a promover oportunidades de empleo – en el mercado regular – para estas personas; el tercero, dedicado a establecer las medidas a nivel nacional para el desarrollo de la readaptación profesional y empleo, orientadas a la promoción y evaluación de los servicios de orientación, al impulso del desarrollo de estos servicios en las zonas rurales y comunidades apartadas, y a la formación y disponibilidad de asesores en esta materia.

3^a. Por otra parte, debido al nuevo tratamiento y protección jurídica que se otorga a las personas con discapacidad en la actualidad, podemos constatar la evolución y transformación del *paradigma de la rehabilitación* – que informa el C159 – al actual de la *autonomía personal* o de la *perspectiva de derechos* – presente en la CIDPD –, que significa entender el fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Este nuevo enfoque, con una incidencia muy significativa en el ámbito de las relaciones laborales y el empleo, requiere – en nuestra opinión – la realización de un estudio comparado y armonizador de los contenidos del C159 – adoptado hace treinta y seis años y vigente en la actualidad – con la nueva realidad que acontece. La confrontación de ambos instrumentos jurídicos internacionales nos permite apreciar el cambio experimentado en el uso de la terminología, pasando del vocablo *personas inválidas* del C159 al de *personas con discapacidad* de la CIDPD. Otro cambio importante, que merece nuestra atención, es el que se ha producido respecto a las *medidas de readaptación profesional*, detalladas en el C159, y que se han transformado en las actuales *medidas de ajustes necesarios* recogidas en la CIDPD, estableciéndose que será una forma de discriminación por motivos de discapacidad la denegación de estas medidas por parte del empresario.

5. Bibliografía

CAMPOY CERVERA I., *Los derechos de las personas con discapacidad. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, 2004

GUZMÁN CASTILLO F., TOBOSO MARTÍN M., ROMAÑACH CABRERO J., *Fundamentos éticos para la promoción de la autonomía: hacia una ética de la independencia*, en *Alternativas*, 2010, n. 17, pp. 45-61

ILO, *Vocational rehabilitation and employment of disabled persons. General survey on the Reports of the Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) Convention (No. 159) and Recommendation (No. 168), 1983. Report III (Part 1B)*, International Labour Conference, 86th Session, 1998

MÁRQUEZ PRIETO A., *Justicia relacional: enfoque, línea y método*, en A. MÁRQUEZ PRIETO (coord.) *Justicia relacional y principio de fraternidad*, Aranzadi, 2017

MARTÍNEZ MARTÍNEZ J.L. (ed.), *Exclusión Social y Discapacidad*, Universidad Pontificia de Comillas, 2005

MORALES GIL DE LA TORRE H., *Introducción: notas sobre la transición en México y los derechos humanos*, en *Derechos humanos: dignidad y conflicto*, Universidad Interamericana, 1996

NUSSBAUM M., *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, 2007

OIT, *Estrategia y Plan de Acción para la Inclusión de la Discapacidad 2014-2017*, 2015

OIT, *Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo*, 2015

OIT, *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y textos seleccionados*, 2009

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, BANCO MUNDIAL, *Informe Mundial sobre la Discapacidad*, 2011

PALACIOS RIZZO A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, 2008

RUIZ SANTAMARÍA J.L., *Vacíos e Insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Aranzadi, 2019

SEN A., *Discapacidad y justicia*, en *Conferencia Internacional sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo*, Banco Mundial, 2004

VELARDE LIZAMA V., *Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico*, en *Revista Empresa y Humanismo*, 2012, vol. XV, n. 1, pp. 115-136

VICTORIA MALDONADO J.A., *El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2013, n. 138, pp. 1093-1109

Normativa

[C159 – Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo \(personas inválidas\), 1983 \(núm. 159\)](#)

NACIONES UNIDAS, [Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad](#), 2006

1230

R168 – Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 168)

R099 – Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, 1955 (núm. 99)

R071 – Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz), 1944 (núm. 71)

R022 – Recomendación sobre la indemnización por accidentes del trabajo (importe mínimo), 1925 (núm. 22)

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre estadísticas del trabajo 1985 (núm. 160)

José MOJICA GUTIÉRREZ*

RESUMEN: Atendiendo a la necesidad de planificación y seguimiento del progreso económico y social de los países desarrollados y en desarrollo, nace la necesidad de contar con unas estadísticas laborales fiables que sirvan como herramienta directa para el estudio y la toma de decisiones razonables en materia laboral. El convenio 160 nace tras la revisión del convenio sobre estadísticas de trabajo y salarios anterior, el convenio 63, incrementando el número de estadísticas laborales básicas a estudiar por los países miembros. Ante la complejidad que supone el seguimiento de una sociedad en continuo cambio, se hace necesario el establecimiento de una infraestructura estadística sólida y coordinada para optimizar el estudio social y de comprensión de hechos a partir de datos.

Palabras clave: Estadística laboral, fuentes estadísticas, infraestructura estadística, análisis laboral.

SUMARIO: 1. Antecedentes y vista preliminar. 2. La Recomendación 170 sobre estadísticas de trabajo. 2.1. Estadísticas laborales básicas. 2.2 Infraestructura estadística. 3. Fuentes estadísticas. 3.1 Bases de datos de cobertura mundial. 3.2 Estadísticas por región. 4. El Convenio sobre estadísticas del trabajo en España. 4.1 Solicitudes directas de la LEAC. 4.2 El Instituto Nacional de Estadística. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía.

* Graduado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos. Universidad de Murcia.

Labour Statistics Convention 1985 (No. 160)

ABSTRACT: In response to the need for planning and monitoring of economic and social progress in developed and developing countries, the need arises for reliable labor statistics that serve as a direct tool for the study and reasonable decision making in labor matters. Agreement 160 was born after the revision of the agreement on labor statistics and previous wages, agreement 63, increasing the number of basic labor statistics to be studied by the member countries. Given the complexity of monitoring a society in constant change, it is necessary to establish a solid and coordinated statistical infrastructure to optimize the social study and understanding of facts from data.

Key Words: Labor statistics, statistical sources, statistical infrastructure, labor analysis.

1. Antecedentes y vista preliminar

El presente convenio versa sobre las obligaciones de los miembros relativas al estudio y publicación de estadísticas básicas en materia laboral. Fue adoptado en 1985, aunque no entró en vigor hasta 1988.

Este convenio surge por la revisión del convenio número 63 sobre estadísticas de salarios y horas de trabajo de 1938, que, a diferencia del comentado, sólo trataba sobre las obligaciones de los miembros al estudio estadístico y la publicación especialmente en temas referentes a las ganancias medias y horas de trabajo efectuadas por los obreros. El nuevo convenio, el 160, amplía en número las materias a estudiar, ya que además de las ganancias medias y horas de trabajo efectuadas por los obreros, compilarán datos relativos a empleo y desempleo de la población económicamente activa; así como su estructura y distribución, al costo de la mano de obra, índices de precios del consumo, estructura y distribución de los salarios, gastos e ingresos de los hogares y familias, lesiones profesionales y enfermedades profesionales, y por último, sobre los conflictos en el trabajo. Además, en sus artículos 2, 3, 4, 5 y 6 sobre las indicaciones dadas para efectuar definiciones, para metodología, publicaciones y su posterior comunicación a la Oficina Internacional del Trabajo¹.

2. La recomendación 170 sobre estadísticas de trabajo

Debido a la necesidad expuesta por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de contar con estadísticas laborales de los países miembros y llevar así el seguimiento de éstas, se decidió adoptar la revisión del convenio 63 sobre estadísticas de salarios y horas de trabajo mediante ciertas propuestas que conformarían la Recomendación complementaria al convenio presente, creándose así la [Recomendación 170 sobre de estadísticas del trabajo \(1985\)](#).

En su primer capítulo, la recomendación 170 diferencia las distintas vías de estudio estadístico, exponiendo la regularidad de sus publicaciones, su análisis y su contenido; desarrollando en su segundo y último capítulo, cómo implementar la infraestructura estadística.

¹ R. DIEZ DE MEDINA, *Las Estadísticas del Trabajo y la OIT*, en *Revista de Estadística y Sociedad*, ISSN-e 1696 – 9359 N71, 2018, pp. 33-35.

2.1. Estadísticas laborales básicas

Son 15 las estadísticas laborales básicas que la OIT en su Recomendación 170 señala:

a) Estadísticas de empleo, desempleo y subempleo. Éstas deben compilarse una vez al año, desglosarse por sexos y a ser posible, por edad y rama de actividad. Las estadísticas que conciernen a la estructura y distribución de la población económicamente activa deben compilarse una vez cada diez años como mínimo, asignándose según sexo, grupo de edad, rama de actividad, situación en la ocupación y área geográfica.

b) Estadísticas sobre salario y horas de trabajo. Deben compilarse una vez al año, desglosándose según la rama de actividad económica, sexo, área geográfica, edad y grupo de ocupación.

La estructura y la distribución de los salarios² se compilarán cada cinco años y debe proporcionar datos sobre ingresos y horas de trabajo, de las ganancias y sobre la distribución de los empleados por sus ganancias y horas de trabajo.

Las estadísticas sobre el costo de la mano de obra se compilarán también cada 5 años, proporcionará datos sobre el costo de la mano de obra y desglosará por rama de actividad económica.

c) Índices de precios al consumidor. Éstos deben calcularse y publicarse por separado para las principales categorías en los hábitos de compra en los grupos de población, o la población en general, como alimentos, bebida, vivienda, iluminación, entre otras, al menos una vez cada tres meses. Las ponderaciones que se utilizan para calcular estos índices de precios al consumidor se deben revisar una vez cada 10 años o ante algún cambio significante.

d) Estadísticas sobre gastos e ingresos del hogar. Se compilarán una vez cada diez años, proporcionando datos detallados de los gastos e ingresos según el sexo, grupo de edad y su categoría.

e) Estadísticas sobre lesiones y enfermedades profesionales. Deben compilarse una vez al año según la rama de la actividad económica y según las características de los empleados.

f) Estadísticas sobre conflictos laborales. Éstas se compilarán una vez al año y según la rama de la actividad económica.

Estadísticas sobre productividad. Se desarrollarán y se compilarán progresivamente para industrias importantes. En este caso, no da

² D.T. KAHALE CARRILLO, *Notas a la estructura del salario*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 44, 2016.

recomendación de tiempo ni de tipo de datos a estudiar.

2.2. Infraestructura estadística

En el capítulo 2 de la Recomendación 170 se recoge el deber de los miembros al desarrollo de una infraestructura estadística nacional, puntuizando los elementos que ésta debe incluir, siendo una lista de empresas las que deben realizar las encuestas. Por tanto, llevan un sistema coordinado con mecanismos apropiados para poder realizar dichas encuestas a empresas, hogares o individuos. Además, deben tener acceso a las diferentes fuentes administrativas como los servicios de empleo, Seguridad Social o a los servicios de inspección del trabajo, teniendo así unas clasificaciones estándar y armonizadas de las estadísticas compiladas. Los miembros pueden solicitar asistencia a la [Oficina Internacional del Trabajo](#). Ésta tiene la sede en Ginebra y 40 oficinas en todo el mundo. Asimismo, cuenta con un centro de documentación e investigación que brinda asistencia técnica mediante proyectos de colaboración entre países receptores, donantes y la OIT, a su vez, publica estudios especializados, informes y revistas.

3. Fuentes estadísticas

Una fuente estadística es una entidad que recopila, procesa y distribuye datos estadísticos. La producción de estadísticas se basa en un proceso diferente a la publicación editorial clásica, por lo que son las agencias o fuentes estadísticas las encargadas de las publicaciones, y no los autores o editoriales. Desde la OIT se recomienda ciertas [fuentes fiables](#), tanto de cobertura mundial, como datos por región.

3.1. Bases de datos de cobertura mundial

Dentro de las bases de datos de cobertura internacional se destacan las siguientes:

- a) El [portal estadístico de la OIT](#). Desde el departamento estadístico de la OIT se desarrollan normas para la medición de cuestiones laborales y la comparabilidad internacional, se proporcionan estadísticas de trabajo y se ayuda a los estados miembros a desarrollar y mejorar sus estadísticas de trabajo.

- b) [UNdata](#). Es un motor de búsqueda online basado en datos proporcionados por las Naciones Unidas. Se desarrolla en colaboración con la Agencia Sueca Internacional para el Desarrollo, y reúne una variedad de recursos estadísticos en diferentes áreas como educación, empleo, medio ambiente, industria, entre otros⁶.
- c) El [Banco Mundial](#). En su base se puede acceder a más de 2000 indicadores de cada una de las fuentes del banco mundial.
- d) [Organización Mundial de la Salud](#) (OMS). Ofrece datos y análisis de la situación sanitaria mundial según la OMS.
- e) [OECD.Stat](#). Permite a los usuarios el acceso online a las bases de datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

3.2. Estadísticas por región

En África, se encuentra el [banco de datos ADI](#) (Indicadores de Desarrollo en África). El cual abarca 53 países y proporciona datos del periodo comprendido entre 1961 – 2008, por lo que se encuentra desactualizado. Los ADI están diseñados para proporcionar a todos los interesados en África un conjunto específico y conveniente de información para realizar el seguimiento de los programas de desarrollo y los flujos de ayuda en la región.

Del continente americano, la OIT facilita tres fuentes distintas:

- a) [Panorama Laboral](#). Es la publicación anual más importante de la Oficina Regional, reportando información y análisis sobre la situación laboral y del empleo en América Latina y el Caribe, basado en indicadores económicos y sociales oficiales de los países.
- b) [QUIPUSTAT](#). Herramienta de aplicación electrónica con indicadores del mercado de trabajo en América latina y el Caribe. Contiene estadísticas del mercado de trabajo de 31 países. Estos indicadores se eligen en relación a cuatro objetivos de la OIT: oportunidades de empleo, derechos laborales, protección social y diálogo social.
- c) [CEPALSTAT](#). Contribuye en la difusión de datos relevantes de América Latina y el Caribe a través de diversos medios en las áreas económica, social y ambiental, así como en temas emergentes priorizados por los jefes de estado en las cumbres mundiales y sus correlatos regionales. Para ello sistematiza y documenta la información producida por los organismos oficiales de los países y las agencias internacionales; además de un conjunto de indicadores relevantes para describir la situación regional producidos por las diferentes divisiones

que integran la Comisión, constituyendo un aporte significativo para un amplio espectro de usuarios de datos estadísticos.

En Asia se encuentra la [Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico](#) (CESPAP). Con sede en Bangkok, está compuesta por 53 Estados miembros y 9 estados asociados. Su alcance se extiende desde Turquía hasta Rusia y Nueva Zelanda. Emprende proyectos para el desarrollo de la capacidad en la región, conduce estudios y presta servicios de asesoría para los Estados Miembros. Cuenta con una gran base de datos llamada UNNExT.

Por último, en Europa se contemplan las siguientes fuentes:

- a) [EUROSTAT](#). Es la oficina de estadística de la Unión Europea. Con base en Luxemburgo proporciona estadísticas a nivel europeo que permiten realizar comparaciones entre países y regiones, y promueve la armonización de los métodos estadísticos de los estados miembros. Dos de sus funciones más importantes son la producción de datos macroeconómicos que sirven de base para las decisiones del Banco Central Europeo en políticas monetarias, y orienta las políticas estructurales de la Unión Europea a través de datos regionales y clasificación a través de las NUTS (Nomenclatura de las Unidades Territoriales Estadísticas).
- b) [LABREE](#). Base de datos que proporciona un conjunto completo de datos sobre las medidas adoptadas por los Estados miembros de la Unión Europea para el estudio del mercado laboral. Contiene información sobre el número, tipo y diseño de medidas, comparable entre países.
- c) [EUROFOUND](#). Es la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. Ofrece datos basados en la investigación para el desarrollo de políticas sociales y laborales.
- d) [AMECO](#). Es la base de datos macroeconómica anual de la Dirección General de Asuntos Económicos y Financieros de la Comisión Europea. Contiene datos de la Unión Europea (UE), la zona euro, los países de la UE y los países candidatos, así como otros países de la OCDE.

4. Convenio sobre estadísticas del trabajo en España

El Convenio sobre estadísticas del trabajo de 1985 se adoptó con fecha 25 de junio de 1985 tras la Conferencia General de la OIT convocada en Ginebra, pero no entró en vigor hasta tres años después, el 24 de abril de 1988. España como país miembro, lo ratificó un años después, el 3 de

octubre de 1989 y continúa, actualmente, en vigor, aunque sólo ha aceptado el artículo 16, párrafo 2; por el que, al ratificar el Convenio, todo Miembro deberá especificar el artículo o los artículos de la parte II cuyas obligaciones aceptan. Este país europeo reconoce los artículos 7 a 9 y 12 a 15, que tratan sobre la compilación de estadísticas de empleo y desempleo, estructura y distribución de la población económicamente activa, ganancias medias y horas medias de trabajo, tasas de salario y de las horas normales de trabajo, índice de precios al consumo, gastos e ingresos de los hogares, estadísticas de las lesiones profesionales y de enfermedades profesionales y sobre los conflictos del trabajo. Los artículos que no acepta en cuanto a las estadísticas básicas, son el 10 y 11, sobre la distribución de salario y coste de mano de obra.

4.1. **Solicitudes directas de la CEAC**

Cuando un país ratifica un convenio de la OIT, se ve obligado a presentar memorias regulares sobre las medidas que ha arbitrado para aplicarlo. En el caso del convenio 160, al ser un convenio técnico, estas memorias deben presentarse cada cinco años; además los gobiernos deben facilitar una copia de sus memorias a las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Éstos pueden presentar comentarios a las memorias y enviar comentarios sobre la aplicación de los convenios directamente a la OIT. Para atender el creciente número de memorias de los gobiernos sobre los convenios ratificados se creó en 1926 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Esta comisión realizará una evaluación técnica imparcial del estado de la aplicación de las normas internacionales del trabajo. A la hora de realizar el examen de la aplicación de las normas, aquella efectúa dos tipos de comentarios, por una parte, las observaciones sobre las cuestiones fundamentales planteadas por la aplicación de un determinado convenio por parte de un Estado; y, por otra, las solicitudes directas que se relacionan con cuestiones más técnicas o con peticiones de información comunicadas directamente a los gobiernos concernidos³.

En el caso de España, y en relación al Convenio 160, la CEACR ha realizado 6 solicitudes directas al Gobierno Español, una cada 5 años:

- a) *Solicitud directa de 1993. Ante la primera memoria comunicada por el Gobierno, la CEACR solicita la comunicación de información sobre:*

³ P.A. ORTIZ ARELLANO, *Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones*, en *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2014.

Artículo 8. La memoria del Gobierno no contiene referencia explícita a los censos de población, por lo que se le solicita que incluya en las futuras memorias información sobre dichos censos.

Artículo 9. No se compilaron las estadísticas de las tasas de salarios por tiempo, por lo que se solicita al gobierno que declare si existe la intención de recoger, compilar y publicar estadísticas de las tasas de salario por tiempo.

Artículo 10. Se solicita al Gobierno que continúe comunicando información sobre los progresos realizados en la encuesta de estructura y distribución de los salarios.

Artículo 11. Este precepto por el que se compilan las estadísticas del coste de la mano de obra fue excluido de la aceptación de las obligaciones del Convenio, por lo que la CEACR pide la posibilidad de aceptar posteriormente las obligaciones respecto de este artículo.

b) Solicitud directa de 1995. En esta segunda memoria se solicita la siguiente información:

Artículo 8. Ante la ausencia de respuesta del Gobierno por la solicitud anterior, la Comisión le solicita nuevamente la información sobre los censos de población.

Artículo 9. La Comisión solicita nuevamente al gobierno que señale si tiene la intención de recoger, compilar y publicar estadísticas de indicadores salariales sobre el número de horas.

Artículo 10. Se solicita al Gobierno que comunique información sobre el desarrollo de las encuestas de ganancias de estructura europea.

Artículo 11. El Gobierno había participado en 1988 y en 1992 en las Encuestas de Coste Laboral de la Comunidad Europea, que cumplía con las exigencias de este precepto; sin embargo, quedaba excluido de la aceptación de las obligaciones del Convenio, por lo que se le señala al Gobierno nuevamente la posibilidad de que acepten las obligaciones de este artículo en materia del coste de mano de obra.

c) Solicitud directa de 2001. En esta solicitud se piden las siguientes informaciones:

Artículo 8. Se vuelve a pedir al Gobierno la información del último censo de población, tanto la total, como la económicamente activa.

Artículo 9. Se vuelve a pedir al Gobierno que indique si tiene la intención de compilar estadísticas sobre el número de horas.

Artículo 14. Se le comunica al Gobierno que comunique a la OIT las estadísticas relativas a los accidentes y a las enfermedades profesionales.

Artículo 16. Como el Gobierno ha participado en la Encuesta de Ganancias de Estructura de la Comunidad Europea y los artículos 10 y 12 estaban excluidos de la aceptación de las obligaciones del Convenio, se le pide la posibilidad de aceptar las obligaciones respecto de esos preceptos.

- d) *Solicitud directa de 2007. La CEACR toma nota de que en el sitio web del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) se pueden consultar las estadísticas abarcadas por el Convenio.*

Artículo 16. Se le pide al Gobierno la posibilidad de aceptar las obligaciones del Convenio.

- e) *Solicitud directa de 2012. Se pide información referente a los siguientes artículos:*

Artículo 9. La comisión señala a su atención la resolución sobre la medición del tiempo de trabajo adoptada por la 18^a Conferencia Internacional de Estadísticos del trabajo en 2008, que define nuevos conceptos y medidas en este ámbito de la estadística.

Artículo 16. La comisión solicita de nuevo al Gobierno la posibilidad de aceptar las obligaciones del Convenio respecto a los artículos 10 y 11.

Solicitud directa de 2017. La Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) hace una observación ante la Comisión ante la que explica que la información estadística relacionada con el artículo 1 del Convenio no se circunscribe a las encuestas realizadas por el Instituto Nacional de Estadística (INE). El Gobierno, ante su respuesta, indica que se selecciona la fuente que tiene mayor comparabilidad internacional. La Comisión ante esta observación de CCOO del artículo 1, 7 y 8 del Convenio sobre estadísticas del trabajo, toma nota que la principal fuente de información sobre la población activa continúa siendo la Encuesta de Población Activa (EPA). CCOO también indica respecto de la Encuesta Anual Laboral que las organizaciones sindicales y empresariales no fueron consultadas, simplemente fueron convocadas para una reunión informativa de presentación una vez publicada la Encuesta. La Comisión finaliza pidiéndole al Gobierno que comunique sus comentarios a este respecto.

4.2. El Instituto Nacional de Estadística

El [Instituto Nacional de Estadística](#) (INE) es un organismo autónomo de carácter administrativo adscrito al ministerio de Economía y empresa que tiene un papel destacado en la actividad estadística pública por la que se le encomienda expresamente la realización de las operaciones estadísticas de gran envergadura, como censos demográficos, estadísticas sociales y laborales, formación del Censo Electoral, etc. Sus funciones son la formulación del Proyecto del Plan Estadístico Nacional con la colaboración de los Departamento Ministeriales y del Banco de España; la propuesta de normas comunes sobre conceptos, unidades estadísticas, clasificaciones y códigos; y las relaciones en materia estadística con los

Organismos Internacionales especializados y, en particular, con la [Oficina de Estadística de la Unión Europea](#) (EUROSTAT)⁴.

Además del INE, en temas relativos a las relaciones laborales y al trabajo, una compilación estadística completa se encuentra en los distintos ejemplares del Boletín de Estadísticas Laborales publicado por el Ministerio de Trabajo. Asimismo, es de referencia obligada consultar los informes publicados por el Anuario de Estadísticas Laborales de la Organización Internacional del Trabajo⁵.

5. Consideraciones finales

A pesar de que el convenio fue creado en 1985, su propuesta en el estudio de las estadísticas laborales del actual mercado laboral puede resultar suficientes para hacer un estudio de la situación de los países miembros o de una comparativa entre ellos. Sin embargo, el Convenio sobre estadísticas del trabajo tendrá que actualizarse ante la inminente llegada del nuevo paradigma de la cuarta revolución industrial, conocida como la Industria 4.0⁶.

Las nuevas tecnologías, y sobre todo Internet, han ayudado a que el acceso a los datos y la recopilación de estadísticas - no sólo en materia laboral, si no en diversos ámbitos- puedan ser utilizados como una herramienta para la generación y consulta de bases de datos no solo a nivel regional, sino a nivel mundial.

En ese sentido, España, al igual que los demás países europeos cuenta con un importante Instituto de Estadística (INE), un poderoso recurso en el que apoyarse ante la toma de decisiones en materia de desarrollo social y laboral; cumpliendo así las exigencias del Convenio que se comenta.

⁴ S. PARRADO BERMÚDEZ, J.A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. PLANELLES ROMERO, *El futuro de la población en España. Distintos escenarios*, Estadística española, 52.174 (2010): 237-276.

⁵ A. CARRERAS DE ODRIozOLA, X. TAFUNELL SAMBOLA, *Estadísticas históricas de España, siglos XIX-XX*, Fundación BBVA/BBVA Foundation, 2006.

⁶ D.T. KAHALE CARRILLO, *La Industria 4.0: los retos para el empleo español*, en AA.VV., *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo*, Peter Lang, Bern, Suiza, 2017.

6. Bibliografía

CARRERAS DE ODRIozOLA A., TAFUNELL SAMBOLA X., *Estadísticas históricas de España, siglos XIX-XX*, Fundación BBVA/BBVA Foundation, 2006

DIEZ DE MEDINA R., Las Estadísticas del Trabajo y la OIT, en *Revista de Estadística y Sociedad*, ISSN-e 1696 – 9359 N71, 2018, pp. 33-35

KAHALE CARRILLO D.T., *Notas a la estructura del salario*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 44, 2016

KAHALE CARRILLO D.T., *La Industria 4.0: los retos para el empleo español*, en AA.VV., *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo*, Peter Lang, Bern, Suiza, 2017

MONTAÑÀ LACAMBRA R., *Fuentes estadísticas y bibliotecas: estado de la cuestión*, BiD: textos universitaris de biblioteconomia i documentació, n. 15, 2009

ORTIZ ARELLANO P.A., *Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones*, en *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2014

PARRADO BERMÚDEZ S., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ J.A., PLANELLES ROMERO, J., *El futuro de la población en España. Distintos escenarios*, Estadística española 52.174 (2010): 237-276

Web sites

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/F?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R170

<https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/who-we-are/international-labour-office/lang--es/index.htm>

<https://www.ilo.org/global/statistics-and-databases/lang--es/index.htm>

<http://data.un.org/>

<https://datos.bancomundial.org/>

https://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/es/

<https://stats.oecd.org/index.aspx>

<https://databank.worldbank.org/reports.aspx?source=Africa-Development-Indicators#>

<http://ilo.org/americas/publicaciones/panorama-laboral/lang--es/index.htm>

<http://white.lim.ilo.org/estad/lacispub/menu.php>

<https://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Portada.html>

http://data.unescap.org/escap_stat/

<https://ec.europa.eu/eurostat/data/database>

https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/indicators-statistics/economic-databases_es

<https://www.eurofound.europa.eu/surveys>

https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/indicators-statistics/economic-databases/macro-economic-database-ameco_en

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

https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=Page&cid=1254735910183&p=1254735910183&pagename=INE%2FINELayout

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo 1988 (núm. 168)

Manuela DURÁN BERNARDINO*

RESUMEN: Las normas internacionales del trabajo son instrumentos jurídicos preparados por los mandantes de la OIT (gobiernos, empleadores y trabajadores) que establecen unos principios y unos derechos básicos en el trabajo ampliamente aceptados a nivel mundial, lo que demuestra su eficiente éxito y hace que este año 2019 celebre el centenario de su fundación. Los trabajos de este número especial dedicado al comentario de los Convenios demuestran la necesidad de mantener la OIT como un instrumento eficaz de influencia en la creación y formación de una conciencia social mundial que permita continuar su eficaz recorrido para conseguir el “trabajo decente”. Para ello, resulta fundamental prestar atención al empleo, en sus dos vertientes más representativas, el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, tema en el que se centra el Convenio n. 168, aprobado en 1988 por la OIT, que será comentado y examinado en el presente trabajo.

Palabras clave: Empleo, fomento, protección, desempleo, OIT, Convenio n. 168.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Consolidación y aplicabilidad del Convenio n. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo. 3. El Contenido del Convenio OIT n. 168. 3.1. El fomento del empleo y la protección por desempleo en el mandato de la OIT. 3.1.1. El fomento del empleo. 3.1.2. La protección contra el desempleo. 4. Conclusiones finales. 5. Bibliografía.

* Profesora Acreditada a Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.

Employment Promotion and Protection against Unemployment Convention 1988 (No. 168)

ABSTRACT: International labour standards are legal instruments prepared by the constituents of the ILO (governments, employers and workers) that establish basic principles and rights at work widely accepted worldwide, which demonstrates their efficient success and makes that this year 2019 celebrate the centenary of its foundation. The work of this special issue devoted to commentary on the ILO Conventions demonstrates the need to maintain the ILO as an effective instrument of influence in the creation and formation of a global social conscience that will allow it to continue its effective journey to achieve “work decent”. For this, it is essential to pay attention to employment, in its two most representative aspects, the promotion of employment and protection against unemployment, a topic on which Convention No. 168, approved in 1988 by the ILO, which will be discussed and examined in this paper.

Key Words: Employment, promotion, protection, unemployment, ILO, Convention No. 168.

1. Introducción

Las normas internacionales del trabajo son instrumentos jurídicos preparados por los mandantes de la Organización Internacional del Trabajo (gobiernos, empleadores y trabajadores) que establecen unos principios y unos derechos básicos en el trabajo a través de la aprobación de Convenio y Recomendaciones, ampliamente aceptados a nivel mundial, lo que demuestra su eficiente éxito y hace que este año 2019 celebre el centenario de su fundación. Los trabajos de este número especial dedicado al comentario de los Convenios de la OIT demuestran la necesidad de mantener la Organización Internacional de Trabajo como un instrumento eficaz de influencia en la creación y formación de una conciencia social mundial que permita continuar su eficaz recorrido para conseguir el trabajo decente y afrontar los retos futuros en materia de justicia social.

Para conseguirlo, la OIT interviene en diferentes materias a través de los 155 convenio aprobados, que abarcan los más diversos ámbitos en los que interviene el derecho del trabajo y de la seguridad social, siendo reconocida la interdependencia y la complementariedad de los mismos, así como su aplicabilidad universal, aunque teniendo en cuenta los aspectos específicos tratados en cada uno de ellos.

Debe destacarse que el Consejo de Administración de la OIT ha establecido que ocho de estos convenios tienen carácter fundamentales, siendo aquellos que abarcan temas que son considerados como principios y derechos fundamentales en el trabajo: la libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. El éxito de su contenido se refleja en el número de ratificaciones de los convenios fundamentales, siendo en la actualidad de más de 1.367, aunque lo cierto es que para conseguir el objetivo de ratificación universal de los mismos son necesarias 129 ratificaciones más.

El Consejo de Administración también ha designado otros cuatro convenios como instrumentos prioritarios, conocidos como Convenios de gobernanza, promoviendo así su ratificación por los Estados Miembros, en aras de garantizar el funcionamiento del sistema de normas internacionales del trabajo.

El resto son Convenios técnicos en los que se aborda de forma específica diversas materias, todas ellas de gran relevancia. Entre ellas, debe destacarse – siendo aquí objeto de estudio – el empleo, en sus dos

vertientes más representativas, el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, que viene acaparando la atención de los entes políticos, económicos y sociales – a nivel internacional, europeo y nacional –, con el fin de formular políticas, aprobar normas y elaborar programas en los que se promueva el trabajo decente de todos. Se trata de una materia de gran relevancia especialmente en el contexto actual de crisis económico-financiera a nivel mundial, de crisis del empleo, así como de los acontecimientos que tienen lugar en África del Norte y Oriente Medio que entrañan la aspiración a la justicia social, la dignidad y los derechos y la equidad en el trabajo¹.

Es el Convenio número 168, aprobado en 1988 por la Organización Internacional del Trabajo, el que se centra en el fomento del empleo y en la protección contra el desempleo, completado por la Recomendación 176, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, adoptada en Ginebra en 1988, que proporciona las directrices más detalladas sobre su aplicación.

El presente trabajo tiene por objeto examinar este Convenio, a tal fin, en primer lugar se describirá su consolidación, reconocimiento, aplicabilidad y extensión a los países que lo han ratificado. En segundo lugar, se analizará su contenido y el de la Recomendación que lo complementa, así como su alcance y lo que representa para mejorar la empleabilidad y la protección contra el desempleo, describiendo las diversas iniciativas emprendidas en algunos países y haciendo referencia a las consideraciones más relevantes apreciadas en la aplicación de las disposiciones del convenio. Asimismo, se hará especial referencia a las causas e implicaciones de su no ratificación por España.

2. Consolidación y aplicabilidad del Convenio n. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo

El Convenio OIT núm. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, es una convención adoptada en Ginebra por la OIT, en la 75^a reunión de la Confederación Internacional del Trabajo, de 21 de junio de 1988, entrando en vigor el día 17 de octubre de 1991. En la misma se destacó la importancia del trabajo y del empleo productivo en toda la sociedad, debido no sólo a los recursos que crean para la comunidad, sino también a los ingresos que proporcionan a los

¹ Véase OIT, *Dar un rostro humano a la Globalización: Estudio general sobre los convenios fundamentales de la OIT relativos a los derechos en el trabajo. Resumen Ejecutivo*, p. 1.

trabajadores, al papel social que les confieren y al sentimiento de satisfacción personal que les infunden. Asimismo, se consideró la amplitud del desempleo y el subempleo, que afectan a diversos países del mundo en todos los niveles de desarrollo, y en particular los problemas de los jóvenes, gran parte de los cuales buscan un primer empleo.

Su adopción atiende a los importantes cambios producidos en la legislación y práctica de numerosos Miembros, lo que hizo necesaria la revisión de las normas existentes², concretamente el Convenio sobre el desempleo, de 1934, y la adopción de nuevas normas internacionales sobre el fomento del pleno empleo, productivo y libremente elegido, por todos los medios apropiados, incluida la seguridad social. Son las proposiciones relativas al fomento del empleo y la seguridad social las que revisten la forma del convenio internacional adoptado en 1988, en el que se establece que todo Miembro deberá adoptar medidas apropiadas para coordinar su régimen de protección contra el desempleo y su política de empleo.

A tal fin deberá procurar que su sistema de protección contra el desempleo y en particular las modalidades de indemnización del desempleo, contribuyan al fomento del pleno empleo, productivo y libremente elegido, y no tengan por efecto disuadir a los empleadores de ofrecer un empleo productivo ni a los trabajadores de buscarlo (art. 2). Todo ello garantizando la igualdad de trato a todas las personas protegidas, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, nacionalidad, origen étnico o social, invalidez o edad (art. 6.1).

Es complementado por la Recomendación 176 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, adoptada en Ginebra, en la 75^a reunión de la Comisión Internacional del Trabajo, celebrada el 21 junio de 1988. Al igual que todas las Recomendaciones de la OIT, proporciona las directrices más detalladas sobre la aplicación del Convenio al que complementa³, que insta a los Estados a extender progresivamente la aplicación de la legislación relativa a las prestaciones

² Las normas internacionales existentes en la esfera del empleo y de la protección contra el desempleo, con anterioridad al Convenio n.º 168 eran: Convenio y Recomendación sobre el desempleo, 1934; Recomendación sobre el desempleo (menores), 1935; Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida, 1944; Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952; Convenio y Recomendación sobre la política del empleo, 1964; Convenio y Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975; Convenio y Recomendación sobre la administración del trabajo, 1978, y Recomendación sobre la política del empleo (disposiciones complementarias), 1984).

³ No obstante, hay recomendaciones que son autónomas, de forma que no están vinculadas con ningún convenio.

monetarias de desempleo a todos los asalariados.

Se trata de un convenio técnico, lo que quiere decir que no se trata ni de un convenio fundamental ni de gobernanza (prioritario), perteneciendo a las conocidas como normas de tercera generación de las normas de Seguridad Social de la OIT, al ser adoptado en el periodo que comenzó en el año 1952 y se extiende hasta la actualidad. Con carácter general, se trata de normas que amplían la protección en cuanto a los términos de la población cubierta, las ramas específicas y el nivel de las prestaciones, contemplando normas sobre la protección garantizada en las diferentes ramas de la Seguridad Social, normas sobre la protección de las personas trabajadoras migrantes y normas de alcance general⁴.

A 2019, tan solo ha sido ratificado por 8 países: Finlandia (1990), Noruega (1990), Suecia (1990), Suiza (1990), Rumanía (1992), Brasil (1993), Albania (2006)⁵, Bélgica (2011), estando en vigor en la actualidad en todos ellos y no habiendo recibido ninguna denuncia hasta la fecha, aunque puede ser denunciado en el periodo comprendido entre el 17 de octubre de 2021 y el 17 de octubre de 2022.

Tras su ratificación, estos ocho países están obligados a aplicarlo en la legislación y en su práctica nacional, y tienen que presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que hayan adoptado para poner en ejecución el convenio (art. 22 de la Constitución OIT). En caso contrario, se podrán iniciar procedimientos de reclamación y de queja contra los países que habiéndolo ratificado están violando su contenido y aplicación.

Han sido numerosos los países que tras examinar el Convenio 168 para su ratificación en la autoridad competente (normalmente el Parlamento), han optado por no ratificarlo, entre ellos se encuentra España, donde la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) realizó una observación al Convenio el 3 de septiembre de 2010 (C168). La gran mayoría de estos países han optado por la sumisión, a excepción de Haití, Islas Salomón, Santa Lucía y Sierra Leona.

Su no ratificación, viene justificada en la mayoría de los casos por el hecho de que muchos países en sus legislaciones ya recogen la regulación pertinente en sus propios regímenes laborales, y por lo tanto, se hace innecesaria la instrumentalización de la misma por la vía de un tratado internacional, concretamente de la ratificación de este Convenio⁶.

⁴ P. CALLAU, *La Seguridad Social: Un elemento fundamental del mandato de la OIT desde su creación en 1919*, en *Lan Harremanak*, 2018, n. 39, p. 37.

⁵ En virtud del art. 5 del Convenio, el Gobierno se acoge a la excepción temporal prevista en el art. 10, § 4.

⁶ P. CALLAU, *op. cit.*, p. 34.

3. El Contenido del Convenio OIT n. 168

3.1. El fomento del empleo y la protección por desempleo en el mandato de la OIT

3.1.1. El fomento del empleo

Las políticas que fomentan un crecimiento económico estable, una respuesta flexible al cambio y la creación y promoción de todas las formas de empleo productivo y libremente elegido, en beneficio de actividades susceptibles de promover el empleo, principalmente la orientación, la formación y la readaptación profesionales, son las políticas que ofrecen una mejor protección contra los efectos nefastos del desempleo involuntario, siendo por lo tanto de gran importancia que los sistemas de seguridad social brinden una ayuda al empleo y un apoyo económico a las personas desempleadas por razones involuntarias.

Así se establece en el Convenio OIT 168, donde expresamente se recoge que uno de los objetivos prioritarios de las políticas nacionales debería ser el fomento del pleno empleo, productivo y libremente elegido, a través de los servicios de empleo, la formación y la orientación profesional (art. 7), sin descartar otros medios adicionales que sean adecuados para el fin perseguido⁷.

En el artículo 8 del referenciado Convenio, la OIT recoge la obligación de los Miembros de esforzarse en adoptar medidas especiales para fomentar las posibilidades de empleo y la ayuda al empleo, así como para facilitar el empleo productivo y libremente elegido de determinadas categorías de personas desfavorecidas o que puedan tener dificultades para encontrar un empleo de larga duración (mujeres, jóvenes, discapacitados, mayores, desempleados de larga duración, migrantes en situación regular y trabajadores afectados por reestructuraciones), salvo que la legislación y práctica nacional ya lo contemple o lo mejore, como sucede en un elevado

⁷ Con anterioridad, ya habían sido aprobados diferentes convenios internacionales en materia de empleo, como el Convenio sobre el servicio de empleo, núm. 88 (1948); el Convenio sobre la política de empleo, núm. 122 (1964); el Convenio sobre desarrollo de los “recursos humanos”, núm. 142 (1975). Con posterioridad al Convenio n. 168 se aprueban otros Convenios y Recomendaciones, entre los que destaca el Convenio sobre Agencias de Empleo Privadas, núm. 181 (1997), la Recomendación sobre la creación de empleo en las PYMES, núm. 189 (1998), y la Recomendación sobre la promoción de las cooperativas, núm. 193, (2002).

número de países, entre los que se encuentra España.

Además, todo Miembro deberá especificar en las memorias que se deben presentar, las categorías de personas en cuyo favor se compromete a fomentar medidas de empleo (art. 8.2), debiendo procurar extender de forma progresiva el fomento del empleo productivo a un mayor número de categorías que el cubierto al principio (art. 8.3).

Las medidas que se adopten deberán estar inspiradas en el convenio y la Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos, de 1975, y en la Recomendación sobre la política del empleo (disposiciones complementarias, de 1984 (art. 9).

La Recomendación núm. 176, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, de 1988, con la que se complementa el Convenio, enumera y desarrolla las medidas concretas a las que hace alusión el Convenio, así establece en su apartado I, de Disposiciones generales que:

- a) en período de crisis económica, las políticas de reajuste deberían incluir medidas destinadas a estimular las iniciativas que entrañen la máxima utilización de mano de obra;
- b) procurar conceder, en concepto de ayudas a la movilidad profesional, en condiciones prescritas y de la manera más apropiada, determinadas asignaciones para sufragar los gastos de desplazamiento y de material necesario, así como durante un período prescrito de formación o de readiestramiento profesional;
- c) prever el otorgamiento, en concepto de ayudas a la movilidad profesional o geográfica en condiciones prescritas y de la manera más apropiada. En particular, asignaciones temporales decrecientes destinadas a compensar, en su caso, la reducción de remuneración resultante de su reincisión profesional; asignaciones que contribuyan a sufragar los gastos de viaje y de mudanza; en concepto de separación; e indemnizaciones de reinstalación;
- d) garantizar la coordinación de los regímenes legales y alentar la coordinación de los regímenes privados de pensiones, a fin de eliminar los obstáculos a la movilidad profesional;
- e) ofrecer a las personas protegidas, en condiciones prescritas, facilidades para que puedan tener acceso a empleos temporales remunerados sin poner en peligro los empleos de otros trabajadores, a fin de mejorar sus propias perspectivas de lograr un empleo productivo y libremente elegido;
- f) brindar apoyo financiero y servicios consultivos a los desempleados que deseen crear su propia empresa o dedicarse a otra actividad económica, en la medida que sea posible;

- g) prever la conclusión de acuerdos bilaterales y multilaterales que contemplen una ayuda en favor de los trabajadores extranjeros protegidos por su legislación que deseen regresar libremente al territorio del Estado del cual son nacionales o en el que residían anteriormente. A falta de esos acuerdos, se debería conceder, en virtud de su legislación, una ayuda financiera a los trabajadores en cuestión;
- h) invertir las posibles reservas acumuladas por los régimen legales de pensiones y los fondos de previsión y estimular la inversión procedente de fuentes privadas, incluidos los regímenes privados de pensiones, con la finalidad de fomentar, y no desalentar, el empleo en el país;
- i) la instauración progresiva, en las zonas urbanas y rurales, de servicios comunitarios, debería servir para multiplicar los empleos y para impartir formación al personal, contribuyendo al mismo tiempo de manera concreta a la realización de los objetivos nacionales en materia de promoción del empleo.

Analizando lo previsto en el Convenio 168 y su concreción por la Recomendación 176, en lo que a fomento del empleo se refiere, se comprueba cómo la causa de la no ratificación del Convenio por algunos países industrializados no obedece a un desacuerdo o desaprobación de su contenido, sino a que en determinados casos la normativa laboral propia ya contemplaba dichas medidas⁸, habiéndose aprobado incluso en algunos casos políticas de empleo más garantistas y favorecedoras a la consecución del pleno empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo⁹.

3.1.2. La protección contra el desempleo

Entre las diferentes ramas de protección de la Seguridad Social y tomando como referencia el Convenio núm. 102 sobre la Seguridad Social (norma mínima), de 1952, considerado como una herramienta básica para la extensión de la cobertura de la Seguridad Social, está la prestación por desempleo prevista en su ámbito de aplicación.

En lo relativo a esta prestación, regulada en la parte IV del Convenio núm. 102 (arts. 19-24), todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte

⁸ Véase un estudio de las políticas de empleo en S. DELGADO, N. ORTEGA (eds.), *Políticas activas de empleo. Una mirada desde Andalucía*, Comares, 2013.

⁹ Esta es la finalidad que persiguen las Políticas de empleo en España, establecidas en el art. 1 del RD Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de desempleo (art. 19), de forma que la contingencia cubierta comprenda la suspensión de ganancias, según la define la legislación nacional, ocasionada por la imposibilidad de obtener un empleo conveniente en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté disponible para el trabajo (artículo 20)¹⁰; la protección a categorías prescritas de asalariados, a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos (art. 21) y la prestación consistirá en pagos periódicos corresponden al menos, al 45 por ciento del salario de referencia en caso de una persona beneficiaria tipo (artículo 67). Con el tiempo se comprobó cómo las disposiciones relativas a la protección contra el desempleo previstas en este Convenio, fijaban un nivel de protección superado en la actualidad por la mayor parte de los regímenes de indemnización existentes en los países industrializados y que todavía no han sido completadas por normas más elevadas, a diferencia de las relativas a otras prestaciones. No obstante, del mismo modo se constata la amplia validez de este Convenio y de sus normas, al tratarse de un objetivo que deben alcanzar determinados países en desarrollo en condiciones de instituir un régimen de indemnización de desempleo.

Por ello la pertinencia de adoptar el Convenio 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, con el que se da un paso más, incrementándose los pagos periódicos que correspondan, al menos al 50 por ciento del salario de referencia, incluyendo la posibilidad de aplicar reglas especiales de cálculo, y previendo que el conjunto de las prestaciones a las que la persona desempleada puede tener derecho, debe garantizarle unas condiciones de vida saludables y dignas, de conformidad con la normativa nacional (art. 16), como a continuación se analiza.

En el Convenio se definen las contingencias cubiertas, debiendo abarcar el desempleo total, que deberá hacerse extensible ante la pérdida de ganancias debida al desempleo parcial o cuando se suspenda o reduzcan las ganancias como consecuencia de una suspensión temporal del trabajo

¹⁰ En la Recomendación n. 176 se concretan las situaciones en las que no debería aplicarse el concepto de empleo conveniente: un empleo que suponga un cambio de profesión que no tenga en cuenta las capacidades, calificaciones, aptitudes, experiencia profesional o posibilidades de readaptación del interesado; un empleo que implique un cambio de residencia a un lugar en el que no existan posibilidades de vivienda apropiadas; un empleo cuyas condiciones y remuneración fueran sensiblemente menos favorables que las que rigen generalmente; un empleo vacante como consecuencia directa de una interrupción de trabajo provocada por un conflicto laboral en curso; un empleo en que, por una razón distinta de las consideradas con anterioridad, y habida cuenta de todas las circunstancias del caso, especialmente de las responsabilidades familiares del interesado, no se pudiera reprochar razonablemente a éste que lo rechazara.

por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos. Del mismo modo, se deberá prever el pago de indemnizaciones a los trabajadores a tiempo parcial que estén en busca de un empleo a tiempo completo (art. 10). La Recomendación precisa que dichas indemnizaciones podrían calcularse en función de la reducción de la duración del trabajo del desempleado o fijarse en una cuantía que no desaliente el trabajo a tiempo parcial y el trabajo temporero cuando favorezcan el retorno al trabajo a tiempo completo (apartado 12).

En lo que respecta al método de protección, se deja libertad de elección, con independencia de que se trate de regímenes contributivos o no contributivos o de una combinación de ambos, estableciéndose la posibilidad, en legislaciones donde se protege a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan determinados límites, de que la protección se limite en función de los recursos del beneficiario y de su familia (art. 12).

Las indemnizaciones que deben atribuirse deberán abonarse indemnizaciones en forma de pagos periódicos calculados de manera que al mismo tiempo que se facilita al beneficiario una indemnización parcial y transitoria por su pérdida de ganancias, se eviten efectos disuasivos para el trabajo y la creación de empleos.

En caso de desempleo total y de suspensión de ganancias a consecuencia de una suspensión temporal del trabajo deberá abonarse al menos el 50% de las ganancias anteriores o el 50% del salario mínimo legal o del salario del trabajador ordinario (art. 15 del Convenio), antes de la deducción de los impuestos y de la cotización a la seguridad social (apartado 13 de la Recomendación).

En el caso del desempleo total, la duración del pago de las indemnizaciones podrá limitarse a veintiséis semanas por cada caso de desempleo o a treinta y nueve semanas en el transcurso de todo período de veinticuatro meses¹¹. Además precisa que si la legislación de un Miembro prevé que la duración inicial del pago de las indemnizaciones previstas en el artículo 15 se escalone según la duración del período de calificación, la media de los períodos previstos para el pago de las indemnizaciones deberá alcanzar por lo menos veintiséis semanas¹². La

¹¹ En el caso de España, la duración de la prestación por desempleo en la modalidad contributiva puede llegar casi a las 103 semanas, concretamente 720 días de prestación por desempleo siempre que se hayan cotizado 2.160 días o más. La duración mínima actualmente es de 120 días de prestación cuando se hayan cotizado de 360 a 539 días (art. 269 del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

¹² En España, la duración mínima es la que se relaciona con el primer período de

Recomendación precisa que cuando la duración del pago de las indemnizaciones esté limitada por la legislación nacional, debería prolongarse hasta la edad de admisión a la pensión de vejez en aquellas situaciones en los que los desempleados hayan alcanzado una edad anterior a la edad de la pensión de vejez (apartado 19)¹³.

Igualmente se describen determinadas situaciones que cuando concurran justificarán la denegación, supresión, suspensión o reducción de la indemnización (cuando el interesado haya contribuido a su despido, haya conseguido fraudulentamente la indemnización, se niegue a aceptar un empleo conveniente, etc.) (arts. 20 y 21).

Prevé el Convenio que en cualquier caso, se deberá garantizar a los beneficiarios de indemnizaciones de desempleo el derecho a la asistencia médica (art. 23), a los subsidios de enfermedad y de maternidad y a las prestaciones familiares cuando finalice el desempleo, así como la consideración de los períodos en que se abonan dichas indemnizaciones para la adquisición del derecho y el cálculo de las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia (art. 24 del Convenio y apartado 21 de la Recomendación), para la adquisición del derecho a la asistencia médica, a los subsidios de enfermedad y de maternidad y a las prestaciones familiares (apartado 21 Recomendación). A este respecto, concreta la Recomendación que cuando la legislación nacional subordine el derecho a la asistencia médica a una condición de actividad profesional, debería centrar los esfuerzos en garantizar dicha asistencia a los desempleados y a las personas a su cargo (apartado 20).

El Convenio insta a los Miembros a asegurar la adaptación de los regímenes de seguridad social a las condiciones de la actividad profesional de los trabajadores a tiempo parcial cuyo periodo de trabajo o ganancias no puedan considerarse insignificantes (art. 25). La Recomendación precisa que la adaptación debería comprender particularmente las duraciones mínimas de trabajo y las cuantías mínimas de ganancias que condicionan el derecho a indemnización, las remuneraciones máximas para el cálculo de las cotizaciones y el derecho a prestaciones mínimas y a tanto alzado, entre otras (apartado 22).

En lo que respecta a las personas que buscan empleo y nunca han sido reconocidos como desempleados o han dejado de serlos, el Convenio

cotización exigido para el nacimiento del derecho, siendo de 120 días.

¹³ A este respecto, la normativa española establece que cuando el trabajador perciba el subsidio por desempleo y alcance la edad ordinaria que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación, los efectos económicos de la citada pensión se retrotraerán a la fecha de efectos de la extinción del subsidio por alcanzar dicha edad (art. 285, RDL 8/2015).

prevé que al menos tres de las 10 categorías que enumera deben ser beneficiarios de prestaciones sociales (jóvenes que han terminado sus estudios, personas cuyo cónyuge a fallecido, cuando no tengan derecho a prestación de supervivencia, los adultos que hayan terminado un periodo de formación, los trabajadores migrantes, etc.) (art. 26).

No ha sido ratificado por numerosos países, lo que no significa que no se atienda o cumpla su contenido, sino que, como ocurre en el caso de España¹⁴, porque ya estaba recogida esta regulación en sus regímenes laborales, concretamente, en la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, posteriormente desarrollada con el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril¹⁵ y derogada por el Real Decreto Legislativo Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹⁶, derogada a su vez por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹⁷, vigente actualmente. Por lo tanto, resultaba innecesaria la instrumentalización de la misma por la vía de un tratado internacional cuando cuatro años antes ya existía una regulación propia.

4. Conclusiones finales

Como ya ha sido indicado, el Convenio 168, de fomento del empleo y la protección contra el desempleo, tan solo ha sido ratificado hasta la fecha por los países que se enumeran a continuación:

a) Albania. Ratificó el Convenio el 4 de agosto del año 2006, estando actualmente en vigor. En virtud del artículo 5 del Convenio, el Gobierno de Albania se acoge a la excepción temporal prevista en el artículo 10, párrafo 4, en el que se establece que cuando esté en vigor una declaración formulada en virtud del artículo 5, se podrá diferir la aplicación 2 y 3 por los que se extiende la protección a la pérdida de ganancias debida al desempleo parcial, a la suspensión o reducción de ganancias por una suspensión temporal del trabajo y se prevé el pago de indemnizaciones a los trabajadores a tiempo parcial que estén en búsqueda de empleo a tiempo completo;

¹⁴ Véase un análisis de la evolución de la protección por desempleo en España en L.J. DUEÑAS, *La acción protectora del régimen general de la Seguridad Social*, Civitas, 2016, pp. 441-446.

¹⁵ BOE, 7 mayo 1985, n. 109.

¹⁶ BOE, 29 junio 1994, n. 154.

¹⁷ BOE, 31 octubre 2015, n. 261.

- b) Bélgica. Ratificó el Convenio el 21 de octubre del año 2011, estando actualmente en vigor.
- c) Brasil. Ratificó el Convenio el 24 de marzo del año 1993, estando actualmente en vigor;
- d) Finlandia. Ratificó el Convenio el 19 de diciembre del año 1990, estando actualmente en vigor;
- e) Noruega. Ratificó el Convenio el 19 de junio del año 1990, estando actualmente en vigor;
- f) Rumanía. Ratificó el Convenio el 15 de diciembre del año 1992, estando actualmente en vigor;
- g) Suecia. Ratificó el Convenio el 18 de diciembre del año 1990, estando actualmente en vigor;
- h) Suiza. Ratificó el Convenio el 15 de octubre del año 1990, estando actualmente en vigor.

Debe aclararse que la no ratificación del Convenio por el resto de países no debe interpretarse como una negativa o rechazo a su contenido, ya que se constata cómo tanto las disposiciones relativas al fomento del empleo como las concernientes a las prestaciones de desempleo, previstas en el Convenio, fijan unas políticas y un nivel de protección superado actualmente por la mayor parte de la normativa vigente en los países industrializados. No obstante, también debe reconocerse la validez que este Convenio sigue teniendo en la actualidad en tanto que existen ciertos países en desarrollo para los que tanto los principios en los que se basa el Convenio como sus normas continúan siendo objetivos por alcanzar, y otros que se ven obligados a contemplar modificaciones de la normativa existente, en función de la evolución de las necesidades.

Atendiendo a esta realidad, la propia Recomendación 176, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, desglosa una relación de condiciones para que los Miembros que así lo deseen puedan instituir su régimen de protección contra el desempleo, sirviéndole así de inspiración al menos para alcanzar las normas fijadas en la parte IV del convenio sobre la Seguridad Social (1952), siendo éstas las siguientes:

- 1) con la finalidad de introducir modalidades de indemnización deberían dotarse de una red de oficinas de colocación, con la suficiente capacidad administrativa para reunir y analizar las informaciones sobre el mercado de empleo, registrar las ofertas y demandas de empleo y verificar objetivamente las situaciones personales de desempleo involuntario. Igualmente, deberían tener una amplia experiencia en la gestión de otras ramas de seguridad social, como la atención primaria

- de salud y la indemnización de los accidentes de trabajo¹⁸;
- 2) en lo que respecta al fomento del empleo, deberían fomentar un nivel elevado de empleo estable que ofrezca salario y condiciones de trabajo apropiadas, especialmente mediante medidas como la orientación profesional y la formación;
 - 3) utilizar los servicios de cooperación y asesoramiento técnico de la Oficina Internacional del Trabajo para apoyar toda iniciativa adoptada;
 - 4) instituir regímenes de protección para los desempleados, cuando proceda, especialmente mecanismos de seguridad social para las indemnizaciones del desempleo;
 - 5) conceder prioridad a la adopción de medidas especiales de ayuda a los desempleados más necesitados;
 - 6) el pago de prestaciones periódicas en metálico a los titulares de cuenta en un fondo nacional de previsión, cuando éste se haya instituido;
 - 7) alentar la constitución de fondos de asistencia en el ámbito de una empresa o grupo de empresa, por las organizaciones de empleadoras y trabajadores;
 - 8) la creación de fondos financiados con cotizaciones de los empleadores para garantizar el pago de las indemnizaciones a los trabajadores que han perdido su empleo. Este organismo, es en España el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

5. Bibliografía

ÁLVAREZ DE LA ROSA M., *Razones para un centenario*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. 9

CALLAU P., *La Seguridad Social: Un elemento fundamental del mandato de la OIT desde su creación en 1919*, en *Lan Harremanak*, 2018, n. 39

DE VICENTE F., MATEU M.J., *Las agencias de colocación mediante la forma jurídica de empresa de economía social*, Comares, 2012

DELGADO S., ORTEGA N. (eds.), *Políticas activas de empleo. Una mirada desde Andalucía*, Comares, 2013

DUEÑAS L.J., *La acción protectora del régimen general de la Seguridad Social*, Civitas, 2016

¹⁸ Véase un estudio de la intermediación laboral y las agencias de colocación en España, donde se analizan los precedentes institucionales y normativos de las agencias de colocación en F. DE VICENTE, M.J. MATEU, *Las agencias de colocación mediante la forma jurídica de empresa de economía social*, Comares, 2012, pp. 19-50.

MERCADER UGUINA J.R., *El impacto de la normativa y la doctrina de la OIT en la bibliografía laboral española*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n.º 9

OIT, *Dar un rostro humano a la Globalización: Estudio general sobre los convenios fundamentales de la OIT relativos a los derechos en el trabajo. Resumen Ejecutivo*

VILLASMIL PRIETO H., *Una visión “americana” del Centenario de la OIT: aproximación a la comprensión de una relación histórica*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n.º 9

Web sites

ILO – www.ilo.org

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social – www.mitramiss.gob.es

Seguridad Social – www.seg-social.es

SEPE Servicio Público de Empleo Estatal – www.sepe.es

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre pueblos indígenas y tribales 1989 (núm. 169)

Rocío GUERRERO JAREÑO*

RESUMEN: El Convenio 169 de la OIT forma parte de los denominados convenios técnicos y, junto a su predecesor Convenio 107, es el que se dedica al reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas y tribales. Tiene la virtualidad de definir qué son pueblos indígenas y pueblos tribales pero, sobre todo, supera la visión de integración de estos pueblos, reconociendo derechos que les aseguren el control de sus formas de vida y de sus propias instituciones. Por otra parte pretende que los individuos pertenecientes a esos pueblos gocen de los derechos y libertades fundamentales sin discriminación alguna ni que los poderes públicos obstaculicen su ejercicio. Se hace mención a algunos de los derechos más relevantes, como es el derecho a la participación de los pueblos indígenas y los derechos vinculados a la tierra.

Palabras clave: Pueblos indígenas, pueblos tribales, principio de no discriminación, derecho a participar, derecho de consulta.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes y génesis del Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales. 3. Contenido del Convenio 169. 3.1. Qué son pueblos indígenas y pueblos tribales. 3.2. Objetivos del Convenio. 3.3. Valores colectivos. 4. Mecanismos de participación de los pueblos indígenas. 5. Derechos vinculados a las tierras. 6. Otros derechos reconocidos en el Convenio 169. 7. Bibliografía.

* Investigadora predoctoral del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos.

Indigenous and Tribal Peoples Convention 1989 (No. 169)

ABSTRACT: ILO Convention 169 is part of the so-called technical agreements and, together with its predecessor Convention 107, is dedicated to the recognition of the rights of indigenous and tribal peoples. It has the virtuality of defining what are indigenous peoples and tribal peoples but, above all, it overcomes the vision of integration of these peoples, recognizing rights that will ensure the control of their ways of life and their own institutions. On the other hand, it is intended that individuals belonging to these peoples enjoy fundamental rights and freedoms without discrimination or that public authorities impede their exercise. Mention is made of some of the most relevant rights, such as the right to participation of indigenous peoples and land-related rights.

Key Words: Indigenous Peoples Tribal people, Principle of non-discrimination, Right to participate, Right of consultation.

1. Introducción

El dato más actual sobre el número de personas que se auto identifican como indígenas se cifra en trescientos setenta millones, y se encuentran repartidos en alrededor de noventa países. El anterior número, por elevado que parezca, representa menos del 5 por ciento de la población mundial; sin embargo, constituyen aproximadamente el 15 por ciento de todos los pobres del mundo¹, tratándose, por tanto, de uno de los colectivos más vulnerables; en muchos casos, dichos pueblos han sido expulsados de sus tierras ancestrales, lo que ha provocado que se conviertan en trabajadores temporales, migratorios, servidores domésticos y, por lo tanto, expuestos a explotación laboral.

El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) y el anterior Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107) son los únicos tratados internacionales que se ocupan exclusivamente de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

La diversidad entre regiones y países y las diferencias de origen, cultura, historia y condiciones han dificultado el que exista el consenso sobre qué entender por “pueblos indígenas”, por ello es importante, como se verá a continuación, que el Convenio 169 de la OIT, que tampoco los define, proporcione los criterios para la consideración de pueblos indígenas y pueblos tribales.

2. Antecedentes y génesis del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)

La OIT se interesó por los miembros de los pueblos indígenas y tribales ya desde 1921, comenzando a realizar estudios sobre la cuestión. La Segunda Guerra Mundial interrumpió estos esfuerzos, pero los mismos se reanudaron poco después de su fin. Como se ha señalado, “el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas constituye uno de hitos más recientes en el desarrollo del derecho internacional público². El Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107) fue el primer instrumento en codificar los derechos de esos pueblos en la legislación internacional. Fue ratificado por veintisiete países y cubría una amplia gama de temas relativos a los derechos a la tierra, a las condiciones

¹ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, *Pueblos Indígenas*.

² E. MEREMINSKAYA, EL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES, en *Estudios Públicos*, 2011, n. 121, p. 214

de trabajo, a la salud y a la educación. Este Convenio fue completado por la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 104) del mismo año.

Casi desde el primer momento de la ratificación del Convenio núm. 107 comenzaron a visualizarse algunos puntos débiles³, llegando algunos, incluso, a señalar que su enfoque era “paternalista, condescendiente, integracionista y asimilacionista”⁴.

En particular, quizá el punto que más discusión acarreó fue la perspectiva integradora en la sociedad nacional mayoritaria que se erigía como el fundamento del referido Convenio. Consecuencia de ello, es que todas las decisiones relacionadas con el desarrollo correspondían sólo al Estado y no a los propios pueblos que podían ser afectados por ellas. Las críticas y los nuevos discursos en relación a los pueblos indígenas determinaron la necesidad de revisar y actualizar su contenido, y su perspectiva. En concreto, las tres primeras conclusiones adoptadas por la Reunión de Expertos para asesorar al Consejo de Administración sobre la cuestión de la revisión fueron: en primer lugar, se afirma que “la tendencia hacia la integración del actual Convenio es inadecuada y ya no refleja las concepciones actuales”; en segundo lugar, que “los pueblos indígenas y tribales deberían gozar tanto como sea posible del control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural”, y, en tercer y último lugar, que “debería reconocerse el derecho de estos pueblos a mantener relaciones recíprocas con la sociedad nacional en pie de igualdad a través de sus propias instituciones”⁵. El Consejo de Administración de la OIT inscribió el tema en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1988 y 1989.

El Convenio 169, que forma parte del bloque de los denominados convenios técnicos, fue adoptado por la OIT el 27 de junio de 1989, con 328 votos a favor, 49 abstenciones y 1 en contra. Entró en vigor en 1991, una vez transcurridos doce meses, tras su ratificación por Noruega y México en 1990. En la actualidad, ha sido ratificado por veintitrés países: Argentina (1990), Bolivia (1991), Brasil (2002), República Centro africana

³ En la negociación y redacción del Convenio 107 no estuvieron representantes los pueblos indígenas, por lo que estos, en el Segundo Congreso Mundial de pueblos indígenas se rechazó dicho Convenio así como la Recomendación 104 (E. MEREMINSKAYA, *El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales*, en *Estudios Públicos*, 2011, n. 121, p. 220).

⁴ D.C. FERNÁNDEZ MATOS, D. MEDINA GUTIÉRREZ, *La participación política de los pueblos indígenas en Venezuela: un enfoque de derechos humanos*, en *Justicia Juris*, 2017, 13 (1), p. 106.

⁵ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe VI (I) Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107)*, OIT, Ginebra, 1988, p. 30.

(2010), Chile (2008), Colombia (1991), Costa Rica (1993), Dinamarca (1996), Dominica (2002), Ecuador (1998), España (2007), Fiji (1998), Guatemala (1996), Honduras (1995), Luxemburgo (2018, aunque entrará en vigor el 5 de junio de 2019), México (1990), Nepal (2007), Nicaragua (2010), Noruega (1990), Países Bajos (1998), Paraguay (1993), Perú (1994) y República Bolivariana de Venezuela (2002).

Si hubiera que destacar los principales avances que supuso la adopción del Convenio 169, diríamos que su predecesor tuvo como intención primordial la de proveer protección a los pueblos indígenas y tribales partiendo de la paulatina integración de esos pueblos en las sociedades nacionales, mientras el Convenio 169 tiene el enfoque del respeto y protección de las culturas, formas de vida y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, basándose en la presunción de la perduración y permanencia de esas culturas y de su identidad propia. Como se ha señalado con acierto, se erige como núcleo central del Convenio el principio de libre determinación⁶, ya desde su preámbulo cuando se reconoce “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.

Por otra parte, lo que en el Convenio 107 constituían políticas recomendadas, el siguiente reconoce derechos. El Convenio 169 toma como base el que los pueblos indígenas pueden hablar por sí mismos y tienen el derecho de ser parte de los procesos de decisión sobre asuntos que los afectan y ser tomados en cuenta en sus opiniones. Mares expresa claramente lo que supuso el cambio de mentalidad en este instrumento internacional, respecto a otros anteriores: “se les reconoce el derecho de ser indio, de mantenerse como indio, con su organización social, lenguas, creencias y tradiciones”⁷.

3. Contenido del Convenio 169

El contenido del Convenio 169 está dividido en tres secciones:

- La Política General que los gobiernos deben tener en cuenta cuando

⁶ S. MONIT OYARZÚN, M. MATTIA AYLWIN, *Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile*, en *Estudios Públicos*, 2011, n. 121, p. 142.

⁷ C.F. MARES, *El Brasil constitucional y los indios*, en *Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina*, Disloque Editores, Bogotá, 1996, p. 44, reseñado por S. YONG SERRANO, *La aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y sus implicaciones en nuestra legislación interna*, IUSTA, 2004, vol. 2, n. 21, p. 87.

tratan con pueblos indígenas (arts.1-12).

- La de temas sustanciales que tratan en detalle por ejemplo asuntos de tierra y recursos naturales, educación, salud y derechos laborales (arts. 13-32).
- La de cuestiones generales y administrativas que se refieren a temas de las secciones anteriores, su alcance, vigencia y validez (arts. 33 -44).

3.1. Qué son pueblos indígenas y pueblos tribales

Lo primero que hay que llamar la atención, si se comparan los títulos de los Convenios 107 y 169 es que, mientras el primero alude a poblaciones, el segundo hace referencia a pueblos. Durante los debates que se suscitaron en el seno de la Comisión de Expertos para revisión del Convenio 107, los representantes indígenas solicitaron que se modificase y se aludiera a pueblos, ya que este término indicaba que dichos grupos humanos tenían identidad propia. Sin embargo, no fue pacífico el cambio, pues algunos representantes de los gobiernos consideraban que la nueva denominación podría implicar cierto grado de reconocimiento a dichos grupos de autonomía política, lo que excedería del ámbito de la competencia de la OIT que pudieran apoyar el secesionismo. Finalmente, se admitió la modificación propuesta ya que en el seno de la OIT, y en otros documentos, se utilizaban ambos términos indistintamente, como sinónimos sin diferente sentido.

Dicho esto, el Convenio 169 no ofrece una definición de pueblos indígenas y tribales. Solo ofrece unos parámetros para identificarlos, a efectos de establecer su ámbito de aplicación.

Así, el artículo 1 del referido Convenio dispone que se aplica a:

- a) los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.
- b) los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

En la propia denominación del Convenio 169, por otra parte, se refiere a los pueblos indígenas y tribales que, además, gozan de los mismos derechos.

La diferencia fundamental entre pueblos indígenas y tribales entraña con la precedencia en la ocupación de un terminado territorio por parte de un pueblo antes de que ese mismo espacio fuera ocupado por otros pueblos diferentes. En los pueblos indígenas se aprecia la continuidad histórico espacial de ocupación de un territorio antes de la colonización, mientras que en los pueblos tribales, la característica relevante es que se diferencian “de otros sectores de la sociedad por sus condiciones económicas, sociales y culturales; así como por sus tradiciones, sistemas de gobierno o estatus legal dentro del derecho interno del Estado”⁸.

De conformidad con lo establecido en el artículo 1.2 del Convenio, a pesar de la enumeración de quiénes se han de considerar pueblos indígenas, para aquilatar verdaderamente su alcance, hay que “utilizar como cláusula de cierre, la auto identificación, es decir, la conciencia que tenga el sujeto o colectivo de su identidad indígena o tribal”⁹.

Así pues, la conciencia de los grupos e individuos sobre su propia identidad indígena es el criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio. La auto-identificación considera el sentimiento de pertenencia cultural, de cosmovisión, espiritualidad y valores compartidos aparte del idioma, territorio común, historia y pertenencia étnica. Es uno de los principales logros del Convenio, en el sentido que permite respetar al individuo dentro de la comunidad y a la comunidad como la organización social y referencia cultural de sus miembros.

3.2. Objetivos del Convenio

Como se ha señalado anteriormente, se supera la visión de integración de su predecesor, el Convenio 169 tiene como objetivo que los pueblos indígenas y los tribales tengan el control de sus formas de vida y de sus propias instituciones. Además de ello, pretende que los individuos pertenecientes a ellos gocen de los derechos y libertades fundamentales sin discriminación alguna; tampoco que se obstaculice su ejercicio. De alguna manera, puede decirse que es una oda al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en sus territorios.

La superación de la postergación, discriminación y vejación sufridas por los pueblos indígenas constituye uno de los objetivos medulares del

⁸ S. YONG SERRANO, *La aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y sus implicaciones en nuestra legislación interna*, IUSTA, 2004, vol. 2, n. 21, p. 77.

⁹ J. FAJARDO FALCÓN, *Pueblos indígenas*, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, octubre 2015-marzo 2016, n. 9, p. 234.

Convenio 169. Así, los artículos 2 y 3 exigen a los Estados desarrollar acciones coordinadas y sistemáticas, esto es, la adopción de una actitud proactiva dirigida a respetar los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo la igualdad de derechos, la no-discriminación y la eliminación de diferencias socioeconómicas que existan entre los indígenas y los demás ciudadanos¹⁰.

3.3. Valores colectivos

En cuanto a los valores colectivos -que constituyen la nota característica del Derecho internacional indígena-, el Convenio 169 se preocupa particularmente de la integridad social, cultural y económica, así como de la preservación de las formas de vida propias de las comunidades indígenas. Entre otros, cabe destacar aquí su artículo 5:

“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- (a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- (b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- (c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo”.

A parte de la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado, el Convenio regula también el “enlace” entre las culturas indígenas y la cultura dominante en cada país, exigiendo se tomen en serio las costumbres y derechos propios de los indígenas (artículos 8, 9 y 10).

4. Mecanismos de participación de los pueblos indígenas

Los mecanismos de participación que prevé el Convenio 169 son tres: el derecho a la consulta, el de participación en las políticas que les afectan directamente y el consentimiento previo, libre e informado. Se encuentran regulados en los artículos 6 y 7, que constituyen el núcleo central del

¹⁰ S. MONT OYARZÚN, M. MATTÁ AYLWIN, *Una visión panorámica al Convenio OIT 169...*, *op. cit.*, p. 142.

Convenio 169 en cuanto a la obligación que tienen los poderes públicos de aplicarlo. Con los mecanismos de participación previstos en el instrumento internacional se asegura la intervención directa de los pueblos indígenas en las medidas estatales que les afecten directamente¹¹.

En relación al derecho de consulta, el primero de los artículos señalado impone a los Gobiernos establecer los medios que permitan a los pueblos interesados participar, a través de sus propias instituciones representativas, en la toma de decisiones a todo nivel: legislativo y administrativo. No en vano, la obligación de los Estados de consultar a las poblaciones indígenas sobre todos aquellos asuntos en que se vean involucrados o puedan ser susceptibles de afectación, ha sido uno de los principales fundamentos democráticos de participación de los pueblos indígenas dentro de la concepción del Estado moderno. El precepto no establece cuándo debe iniciarse la consulta, aunque debe entenderse que deberá realizarse con la antelación suficiente para que la consulta sea efectiva y significativa¹².

Con carácter general, a modo de cláusula general, se establece que las consultas deben efectuarse de buena fe y de manera adecuada a las circunstancias, con la finalidad de lograr un acuerdo o el consentimiento sobre las medidas propuestas.

La obligación de consulta abarca todas las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Particularmente, se prevé la obligación de la consulta respecto a los recursos minerales (artículo 15.2) y enajenación de las tierras (artículo 17.2).

En cuanto al derecho a la participación de estos pueblos, se debe garantizar (al menos en la misma medida que otros sectores de la población) en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos u otros similares responsables de políticas y programas que les conciernen. En fin, se compele a los Gobiernos que establezcan medios para el desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, incluyendo proporcionarles los recursos necesarios para ello.

Por su parte, el artículo 7, que es otra de las disposiciones fundamentales del Convenio, reconoce a los pueblos indígenas el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo y de controlar, en la medida posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Con carácter específico, a lo largo del articulado del Convenio se

¹¹ S. MONT OYARZÚN, M. MATTA AYLWIN, *Una visión panorámica al Convenio OIT 169...*, *op. cit.*, p. 189.

¹² E. MEREMINSKAYA, *El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales*, en *Estudios Públícos*, 2011, n. 121, p. 236.

encuentran otras llamadas a la participación: en programas de formación (artículo 22.2), en actividades económicas tradicionales (artículo 23.1) y en programas de educación (artículo 27.2).

El consentimiento previo, libre e informado está previsto para prestarlo en los supuestos de traslado y reubicación de los pueblos indígenas de sus tierras (artículo 16.2).

5. Derechos vinculados a las tierras

Con carácter instrumental a fin de preservar la cultura y los valores espirituales de vida indígena, el Convenio 169 exige a los Gobiernos respetar la relación de los pueblos con las tierras o territorios (artículo 13). Su carácter instrumental no debe empañar la importancia que para las culturas y valores de los pueblos indígenas tiene su relación con las tierras o territorios que ocupan.

Así, se reconoce a los pueblos el derecho de propiedad y de posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan y salvaguardarse las tierras a las que tradicionalmente hayan tenido acceso para su subsistencia (artículo 14).

Complemento de lo anterior, son los derechos previstos en el artículo 15 sobre los recursos naturales propios, de forma que puedan ser utilizados, administrados y conservados por ellos mismos. En el supuesto de que los recursos naturales fueran propiedad del Estado, y a él le correspondiera la explotación, este debe garantizar la consulta a los pueblos interesados antes de adoptar cualquier decisión que pueda perjudicarlos. En todo caso, deben tener derecho a participar de los beneficios que generen o a ser indemnizados del daño que pudieran sufrir por actividades gubernamentales adoptadas.

6. Otros derechos reconocidos en el Convenio 169

Además de los derechos referidos en los epígrafes anteriores, el Convenio 169 reconoce una serie de derechos relativos a diversas materias igualmente relevantes.

En primer lugar, cabe señalar la importancia del artículo 20 en lo relativo a la igualdad y no discriminación en el empleo de los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados. Más concretamente, los gobiernos quedan obligados a adoptar medidas para dotar de una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo.

Con este fin, los sujetos obligados, en este caso, los gobiernos, deberán hacer cuanto esté en su poder en lo relativo a:

- Acceso al empleo.
- Remuneración igual por trabajo de igual valor.
- Asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo y todas las prestaciones de seguridad social y derivadas del trabajo.
- Derecho de asociación, derecho a la libertad sindical y derecho a la negociación colectiva.

A través de este catálogo de medidas lo que se pretende asegurar no es otra cosa que la aplicación de la normativa nacional a los trabajadores de los pueblos interesados de igual forma que a los nacionales, así como el derecho a la información acerca de las mismas. También se garantizará el no sometimiento de este colectivo a condiciones peligrosas para su salud, a sistemas de contratación coercitivos y al desarrollo de su actividad en igualdad entre hombres y mujeres y de protección contra el hostigamiento sexual.

Por último, el referenciado precepto, impulsa a los estados a fomentar las actividades de fiscalización por parte de la inspección de trabajo en aquellos lugares donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados.

Por su parte, los artículos 21 a 23 se ocupan de regular los derechos sobre la formación profesional, artesanía e industrias rurales. En este sentido, se vuelve a advertir de la necesidad de que los miembros de los pueblos interesados tengan los mismos derechos que los demás ciudadanos y que se promueva su participación voluntaria por lo que respecta a la formación profesional, además de adaptar los programas a sus necesidades propias.

En cuanto a la artesanía, las industrias rurales y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos, debiendo facilitarles una asistencia técnica y financiera apropiada.

El Convenio 169 también se ocupa de regular cuestiones de seguridad social y salud en los artículos 24 y 25. El primero de ellos impone la extensión progresiva de los regímenes de seguridad social a los pueblos interesados sin discriminación alguna. Y el segundo, en aras de los miembros de los pueblos interesados puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental, los gobiernos deberán poner a su disposición servicios de salud adecuados.

Asimismo, se recomienda que los servicios de salud deberán organizarse a

nivel comunitario en cooperación con los pueblos interesados considerando en todo momento sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

En otro orden de ideas, el artículo 26 regula la obligación de los estados de proporcionar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación, siendo ampliado este derecho por el artículo siguiente.

Vuelve a reiterar la necesidad de coordinarse en todo momento con dichos pueblos con el objetivo principal de respetar sus costumbres y cubrir sus necesidades particulares a través de medidas como abarcar en la citada educación su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. Esta aspiración también se asegurará mediante la comprobación por parte de la autoridad competente de que la formación y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación sea efectiva, tratando de que sean los pueblos quien terminen realizando los programas.

Igualmente importante es el derecho de los pueblos interesados a crear sus propias instituciones y medios de educación y el deber de enseñar a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Sin embargo, no se puede olvidar la necesidad de que los miembros dominen de igual manera la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país (artículo 28).

El Convenio también regula el derecho de información de los miembros de los pueblos interesados. Así, el artículo 30 reconoce el deber de los gobiernos de adoptar las medidas necesarias para que puedan conocer sus derechos y obligaciones, “especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio”.

Pues bien, una de las herramientas previstas para hacer efectivo el ejercicio de este derecho son las traducciones escritas y la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos por parte de los gobiernos.

Pues bien, el artículo 31 pone el foco en la erradicación de los prejuicios que pudieran existir con respecto a los pueblos interesados, debiendo adoptarse todas las medidas de carácter educativo que fueran menester. De este modo, deberá comprobarse que los libros de historia y demás material didáctico ofrecen una descripción veraz sobre estas sociedades y sus culturas.

En relación con los contratos y la cooperación a través de las fronteras,

los gobiernos deberán llevar a cabo acciones a fin de facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales “a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente”, incluso por medio de acuerdos internacionales si fuera necesario (artículo 32).

Por último, el Convenio contempla disposiciones generales y sobre administración del Convenio de los artículos 33 y 35.

Del tenor del artículo 33 se desprende la encomienda a la autoridad gubernamental responsable de asegurarse de que existen los medios y recursos suficientes para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados.

Los programas a los que se refiere el antedicho precepto deberán incluir:

- “La planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio.

- La proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados”.

Asimismo, se indica que las medidas recogidas en el Convenio que se analiza deberán adaptarse a las condiciones propias de cada país determinándose su naturaleza y alcance en todo caso con flexibilidad.

Por último, el artículo 35 cerrando el Convenio 169 con carácter previo a las Disposiciones Finales, manifiesta que la aplicación de las disposiciones del mismo no deberá menoscabar en ningún caso los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados al amparo de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

7. Bibliografía

ALSTON P., *Facing Up to the Complexities of the ILO’s Core Labour Standards Agenda*, en *The European Journal of International Law*, 2005, vol. 16, n. 3

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe VI (1) Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107)*, OIT, Ginebra, 1988

FAJARDO FALCÓN J., *Pueblos indígenas*, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, octubre 2015-marzo 2016, n. 9

FERNÁNDEZ MATOS D.C., MEDINA GUTIÉRREZ D., *La participación política de los pueblos indígenas en Venezuela: un enfoque de derechos humanos*, en *Justicia Juris*, 2017, 13 (1)

MARES C.F., *El Brasil constitucional y los indios*, en *Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina*, Disloque Editores, Bogotá, 1996, p. 44, reseñado por YONG SERRANO S., *La aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y sus implicaciones en nuestra legislación interna*, IUSTA, 2004, vol. 2, n. 21

MEREMINSKAYA E., *El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales*, en *Estudios Públcos*, 2011, n. 121

MONTT OYARZÚN S., MATTIA AYLWIN M., *Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile*, en *Estudios Públcos*, 2011, n. 121, p. 142

YONG SERRANO S., *La aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y sus implicaciones en nuestra legislación interna*, IUSTA, 2004, vol. 2, n. 21 p. 77

Web sites

<http://www.fao.org/indigenous-peoples/es/>

Convenio sobre los productos químicos 1990 (núm. 170)

Susana DURO CARRIÓN*

RESUMEN: Si bien los productos químicos son esenciales, y sus beneficios son altamente reconocidos, su producción, utilización y exposición en los lugares de trabajo, genera un intenso debate en el ámbito laboral, ante los riesgos asociados para los trabajadores, y las responsabilidades empresariales derivadas. Los trabajadores directamente expuestos ante sustancias químicas, tienen derecho a trabajar en un entorno laboral seguro, y a estar debidamente informados, capacitados y protegidos. El Convenio n. 170 de 1990 sobre productos químicos, como instrumento de garantía en todo aquel Estado que lo ha ratificado, persigue la protección del trabajador durante todo el desarrollo de su actividad laboral, y en todo momento del proceso productivo en que se encuentre expuesto a este tipo de productos, tanto en la fase de producción, como manipulación, almacenamiento, transporte, etc., estableciendo una serie de medidas a adoptar y obligaciones tanto para proveedores, como empresarios y trabajadores.

Palabras clave: Productos químicos, salud laboral, obligaciones empresariales, exposición, riesgo, exposición, clasificación, etiquetado, marcado, fichas de datos de seguridad, información.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Contexto normativo. 2.1. El Convenio C170 y las Recomendaciones OIT en la materia. 2.2. Directivas comunitarias. 3. Ámbito de aplicación y principios generales. 4. Clasificación, etiquetado y marcado. Fichas de datos de seguridad. 5. Responsabilidad de los proveedores. 6. Responsabilidad de los empresarios. 7. Obligaciones y derechos de los trabajadores. 8. Bibliografía.

* Abogado (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid); Doctor en Derecho Constitucional; Experto en Protección de Datos, Ciberseguridad.

Chemicals Convention 1990 (No. 170)

ABSTRACT: Although chemical products are essential, and their benefits are highly recognized, their production, use and exposure in the workplace, generates an intense debate in the workplace, given the associated risks for workers, and the derived business responsibilities. Workers directly exposed to chemical substances have the right to work in a safe work environment, and to be duly informed, trained and protected. The Chemicals Convention No. 170 of 1990, as a guarantee instrument in any State that has ratified it, seeks the protection of the worker during the entire development of his work activity, and at all times of the productive process in which it is exposed to this type of products, both in the production phase, such as handling, storage, transport, etc., establishing a series of measures to be adopted and obligations for both suppliers, employers and workers.

Key Words: Chemicals, occupational health, business obligations, exposure, risk, exposure, classification, labelling, marking, safety data sheets, information.

1. Introducción

Desde que en los años 30 del siglo XX, comenzaran a manifestarse las evidencias del origen laboral de determinados tipos de cáncer, como el de hueso, piel o leucemia, actualmente la exposición en el trabajo a sustancias cancerígenas es la cuarta causa de cáncer después del tabaco, la dieta y el sedentarismo. Este cáncer laboral tiene un papel muy importante en la mortalidad atribuible al trabajo, y de este modo, hoy en día, esa relación entre cáncer y trabajo es un tema central en las estrategias de salud de los movimientos sindicales y sociales¹.

Los productos químicos tienen innumerables efectos en el cuerpo humano, de modo que cuando un producto químico está presente en cantidades suficientes para alcanzar una dosis o cantidad de exposición determinada, dicha exposición puede tener muchas repercusiones, y desde luego un impacto muy importante para la persona cuando esta llega a desarrollar una enfermedad, afectando directamente a su salud y calidad de vida².

Algunos de los efectos nocivos más característicos para la salud son las intoxicaciones profesionales, las alergias (dermatitis, urticaria, conjuntivitis, rinitis, asma) e irritaciones profesionales (reacciones cutáneas o respiratorias patológicas), el cáncer profesional (crecimiento incontrolado de una población celular, tumoral) y la neumoconiosis o conjunto de enfermedades respiratorias de origen laboral debidas a la inhalación y depósito de polvo en los pulmones³.

En primer lugar, conviene plantear que entendemos como producto químico, considerando como tal toda sustancia orgánica o inorgánica, natural o sintética y carente de vida propia que, estando presente en el medio laboral, puede causar efectos adversos a las personas, y por extensión, también en el medio ambiente.

Los productos químicos pueden ser bien sustancias o también mezclas. Son sustancias, el producto químico y sus componentes naturales y aquellos obtenidos mediante un proceso industrial, incluidos los aditivos, y con exclusión de los disolventes que puedan separarse sin afectar a la estabilidad de la sustancia, ni modificar su composición. Como mezcla hemos de considerar la solución compuesta por dos o más sustancias

¹ M. GARCÍA GÓMEZ, A. MENÉNDEZ NAVARRO, R. CASTAÑEDA LÓPEZ, *Guía. Costes sanitarios directos del cáncer de origen laboral atendido en el Sistema Nacional de Salud*, UGT-CEC, 2016, pp. 17-26.

² OIT, [La seguridad y la salud en el uso de productos químicos en el trabajo](#), 2013, pp. 3-7.

³ J.I. GARCÍA NINET, *Manual de Prevención de Riesgos Laborales*, Atelier, 2012, pp. 449-452.

químicas diferentes⁴.

Consideramos sustancia química peligrosa aquella sustancia química que tiene algún parámetro físico-químico susceptible de generar algún riesgo, mientras que preparado químico peligroso, es aquel en el que entre sus componentes, se encuentra alguna sustancia catalogada como peligrosa. Ambos, sustancias y preparados químicos, pueden provocar incendios, explosiones, ser peligrosos para la salud, ser corrosivos e irritantes, peligrosos para el medio ambiente, o provocar deficiencias graves en los equipos de trabajo⁵.

2. Contexto normativo

2.1. El Convenio C170 y las Recomendaciones OIT en la materia

La OIT, fundada el día 11 de abril de 1919, en el Tratado de Versalles, es desde 1946, gracias al Acuerdo entre Naciones Unidas y la OIT, el primer organismo especializado asociado a las Naciones Unidas, investido de responsabilidad en la toma de medidas para contribuir a la mejora de las condiciones laborales a nivel mundial.

La seguridad y la protección de los trabajadores es una de las principales acciones de la OIT, de acuerdo con el Preámbulo de su Tratado fundacional que expresamente reconoce que «la paz universal solo puede basarse en la justicia social», y de acuerdo con los nueve principios fundamentales de las condiciones laborales recogidos en su Parte XIII.

Los principales instrumentos normativos que la OIT utiliza para alcanzar estos objetivos son los numerosos convenios y recomendaciones que esta ha adoptado desde su creación, y en concreto, en el ámbito que nos ocupa relativo a la salud laboral en el manejo de productos químicos, hemos de destacar el convenio 170 sobre productos químicos, si bien no podemos dejar de referirnos a sendas recomendaciones de la OIT sobre la misma materia, en concreto, la Recomendación R177 sobre Productos Químicos, y la Recomendación R194, sobre enfermedades profesionales.

Dado el carácter de tratado internacional de los convenios, mientras los principios básicos que recoge, representan verdaderas obligaciones internacionales para los Estados que los ratifiquen, las recomendaciones, sin embargo, como directrices no vinculantes, no requieren ratificación, y

⁴ *Ibidem*, pp. 435.

⁵ AUDELCO, AUDITORÍA DE RIESGOS LABORALES, *Factbook Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, 2005, p. 217.

solo tienen un carácter orientativo, del mismo modo que los convenios no ratificados, contribuyendo todos ellos a crear una conciencia social común en la mejora de las condiciones de vida laborales⁶.

Los países que han ratificado el Convenio 170 son Alemania, Bélgica, Brasil, Burkina Faso, China, Chipre, Colombia, República de Corea, República Dominicana, Finlandia, Italia, Líbano, Luxemburgo, México, Noruega, Países Bajos, Polonia, Siria, República Árabe, Suecia, Tanzania, Zimbabwe, estando el Convenio vigente en todos ellos⁷.

Entre los países que no han procedido a la ratificación del Convenio, encontramos entre otros muchos a Australia, Austria, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Japón, Marruecos, Portugal, Reino Unido, Rumania, Rusia o Suiza⁸.

Además de los convenios OIT, es interesante destacar otras fuentes del Derecho del Trabajo, en concreto el Derecho Comunitario.

2.2. Directivas comunitarias

En el ámbito comunitario, haciendo referencia a los derechos sociales fundamentales mencionados en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, el Tratado CEE establece como objetivo de la Comunidad y los Estados miembros la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores⁹.

Para ello, el Consejo tiene como objetivo fomentar la colaboración entre los Estados miembros así como la coordinación de sus acciones en el ámbito que nos ocupa, en concreto, las condiciones de trabajo, y la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales¹⁰. Dada la diversidad de las prácticas nacionales y ante la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad, el Consejo podrá adoptar en su caso, medidas destinadas a fomentar esta cooperación entre los Estados miembros, tales como iniciativas, intercambios de información y de buenas prácticas entre otras¹¹.

⁶ J.I. GARCÍA NINET, *op. cit.*, p. 49.

⁷ Vid. la [Ratificación del C170 – Convenio sobre los productos químicos, 1990 \(núm. 170\)](#).

⁸ Vid. [Paises que no han ratificado](#), en [Ratificación del C170 – Convenio sobre los productos químicos, 1990 \(núm. 170\)](#).

⁹ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada Niza), arts. 136 y 137.1.a.

¹⁰ *Ibidem*, art. 140.

¹¹ *Ibidem*, art. 137.2.

Para ese mismo fin, ostenta además el Consejo, la facultad de adoptar directivas en este ámbito de la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, como disposiciones mínimas de aplicación progresiva, que tienen en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros¹².

De este modo, también diversas Directivas comunitarias han abordado la materia, si bien en este sentido conviene destacar que su contenido no es directamente aplicable (como sí sucede en el caso de los reglamentos) y solo vinculan a los Estados en cuanto a los objetivos a alcanzar, debiendo adoptar los Estados todas aquellas medidas necesarias para conseguirlo.

Las Directivas, de acuerdo con el artículo 137.2 del Tratado CE, constituyen siempre una regulación de mínimos, en cuanto que los Estados podrán aplicar siempre medidas de mayor protección, es decir, más estrictas, si bien siempre con la condición que estas medidas sea compatibles con el citado Tratado CE. De este modo, las directivas tratan de evitar establecer trabas administrativas, financieras y jurídicas que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas¹³.

Diversas Directivas comunitarias han abordado este asunto. Entre otras, mencionar, la Directiva de 28 de julio de 1982, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al plomo metálico y sus compuestos, la Directiva 16 de diciembre de 1988, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos de exposición a agentes químicos, Directiva 2000/39/CE de 8 de junio de 2000, que establece una primera lista de valores límite de exposición profesional indicativos en aplicación de la Directiva 98/24/CE del Consejo relativa a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo, la Directiva 2017/164 de 31 de enero de 2017 que establece una cuarta lista de valores límite de exposición profesional indicativos de conformidad con la Directiva 98/24/CE del Consejo y por la que se modifican las Directivas 91/322/CEE, 2000/39/CE y 2009/161/UE de la Comisión, o la reciente Directiva (UE) 2019/983 de 5 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva 2004/37/CE, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo.

En el ámbito comunitario, además del Tratado CEE (Roma, 1957), es

¹² *Ibidem*, art. 137.2.b.

¹³ A. MONTOYA MELGAR, J. PIZÁ GRANADOS, *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*, McGraw Hill, 2000, pp. 39-40.

preciso mencionar las referencias del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA, París, 1951) fomentando la investigación en salud laboral por la autoridad comunitaria, y el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM, Roma, 1957), que refiriéndose a la protección de los trabajadores frente a radiaciones ionizantes, obliga a los Estados a adoptar medidas legislativas, y encarga a la Comisión la armonización de las disposiciones de los Estados miembros.

3. Ámbito de aplicación y principios generales

El Convenio se aplica a todas aquellas ramas de actividad económica en las que se utilizan productos químicos en el lugar de trabajo¹⁴, afectando en consecuencia a los trabajadores que desarrollan su labor en el lugar de trabajo, y entendiendo como tal, en sentido amplio, aquel «punto en que la actividad se desarrolla», comprendiendo por tanto, no solo el sitio donde se realizan las funciones asignadas, sino también el local donde se desarrollan el conjunto de actividades profesionales, así como las anexas y accesorias¹⁵.

En determinados supuestos, la autoridad competente de aquellos Estados Miembros que hayan ratificado el Convenio, podrá excluir de esa aplicación determinadas ramas de actividad económica, empresas o productos, resultando igualmente inaplicable el contenido del Convenio a aquellos artículos que no exponen a los trabajadores a un producto químico peligroso¹⁶.

Es preciso destacar que tanto en la aplicación de las medidas establecidas por el Convenio, como en su reexaminación periódica, será siempre precisa la previa consulta a las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, reservándose la autoridad competente la facultad de prohibir o restringir la utilización de ciertos productos químicos peligrosos, o exigir la notificación y autorización previas a su utilización¹⁷.

¹⁴ Art. 1 del Convenio.

¹⁵ M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Las enfermedades asimiladas al accidente de trabajo en la doctrina de los tribunales*, Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, 2004, pp. 53-57; STS de 9 mayo de 1985 y STS de 28 abril de 1983.

¹⁶ Art. 1 de Convenio.

¹⁷ Arts. 3-5 de Convenio.

4. Clasificación, etiquetado y marcado. Fichas de datos de seguridad

Como continuación al Convenio OIT n. 170, sobre productos químicos de 1990, y a las recomendaciones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), la OIT tomó nuevamente la iniciativa en 2003 en la elaboración y posterior publicación de un Sistema Mundialmente Armonizado de Clasificación y Etiquetado de Productos Químicos (GHS), encaminado a satisfacer las necesidades de notificación de riesgos en el sector transporte, el lugar de trabajo y consumidores y, en general, para todos aquellos sectores económicos donde se producen, transportan, utilizan, y eliminan productos químicos. La elaboración por la OIT de esta norma técnica de alcance internacional, se basa en el consenso y la cooperación voluntaria entre diversas instituciones y organizaciones, resultando no vinculante, por vez primera. Como fiel reflejo de todos los principios definidos en el Convenio sobre productos químicos de la OIT y su correspondiente Recomendación, viene a recordarnos la importancia de este Convenio¹⁸, como instrumento internacional para proteger la salud de los trabajadores en el manejo de los productos químicos.

De este modo, establece el Convenio que la autoridad competente deberá establecer sistemas y criterios específicos apropiados para clasificar todos los productos químicos, determinando en su caso, si se trata de un producto químico peligroso, y evaluándose en el caso de las mezclas, los riesgos que implican los productos químicos que las forman¹⁹.

Asimismo, establece el Convenio, la necesaria identificación de todos los productos químicos mediante marca, exigiendo, en el caso de productos químicos peligrosos además su identificación mediante una etiqueta comprensible para los trabajadores, con toda la información esencial sobre su clasificación, peligros que entrañan y precauciones de seguridad necesarias; etiqueta y marca que habrán de cumplir con las exigencias establecidas por la autoridad competente u organismo aprobado o reconocido por la autoridad competente²⁰.

¹⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe del Grupo de Trabajo de la OIT para la armonización de medios de notificación de riesgos químicos*, Consejo de Administración, 282^a Reunión, 2001, GB.282/STM/6.

¹⁹ Art. 6 del Convenio.

²⁰ Art. 7 del Convenio.

5. Responsabilidad de los proveedores

De acuerdo con los principios recogidos en el Convenio²¹, en la utilización de productos químicos peligrosos en la empresa, se requiere que se facilite y entregue al empresario fichas de datos de seguridad que contengan toda la información esencial detallada sobre la identificación del producto, proveedor, clasificación, peligrosidad, medidas de precaución y procedimientos de emergencia.

Existe también por tanto, en este ámbito una responsabilidad del proveedor, bien se trate de fabricantes, importadores o distribuidores, en cuanto a la clasificación, identificación, así como en el suministro a los empresarios del etiquetado y fichas de datos de seguridad en caso de productos químicos peligrosos.

De este modo, del contenido del Convenio, podemos extraer que no es el empresario el único sujeto responsable en caso de incumplimiento en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo. Existen otros posibles sujetos responsables que pueden incluso, no tener vínculo laboral con el trabajador afectado, resultando además que su responsabilidad puede derivarse de diversos tipos de incumplimientos, por ejemplo, la falta de puesta a disposición de determinados medios, falta de información, falta del control debido, formación, etc., y pudiendo incluso existir diversos sujetos responsables, y distintos tipos de responsabilidad²².

6. Responsabilidad de los empresarios

Considerando en primer lugar, en el ámbito laboral, la presunción de laboralidad y la inversión de la carga de la prueba, que correría en su caso, a cargo del empresario²³, y por otra parte, en el ámbito penal, la tipicidad del delito contra la seguridad de los trabajadores, definido bien por la provocación de un peligro grave para la vida, salud o integridad física de los trabajadores, bien por la falta de adopción de las medidas adecuadas²⁴,

²¹ Arts. 8 y 9 del Convenio.

²² S. DEL REY GUANTER, C. GALA DURÁN, *Responsabilidades administrativas del empresario y de los servicios de prevención ajenos en materia de prevención de riesgos laborales*, en *Responsabilidades y responsables en materia de prevención de riesgos laborales*, Instituto Canario de Seguridad Social, 2004, pp. 219-221.

²³ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *La prueba en el proceso de trabajo*, Civitas, 1994, p. 197; M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *op. cit.*, pp. 57-60; STSJ Baleares de 1º de marzo de 1991.

²⁴ A.V. SEMPERE NAVARRO, L. CORDERO SAAVEDRA, B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, R. MARTÍN JIMÉNEZ, *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, Colex, 2001, pp. 265-266.

es preciso tener presente las diversas responsabilidades que el Convenio confiere al empresario en el ámbito de los productos químicos²⁵.

Todo uso de productos químicos peligrosos implica un riesgo concreto, el llamado riesgo químico, debiendo diferenciarse entre los conceptos de peligro y riesgo, en cuanto que peligro implica la capacidad de un producto químico para producir un daño, mientras que el riesgo es la probabilidad de que un producto peligroso produzca un daño, en unas determinadas condiciones concretas de utilización. Se refiere por tanto, el riesgo a los efectos adversos en unas condiciones concretas, agrupando la probabilidad junto a la importancia de esos daños.

Para que esa peligrosidad de una sustancia llegue a materializarse en daño para las personas es necesaria la exposición o la interacción mutua en unas determinadas condiciones²⁶, dado que ese daño se producirá en función de la cantidad absorbida por el organismo, y las características de la sustancia. Es por ello, que es precisa la evaluación del daño, y en su caso, minimizar la exposición laboral a los agentes químicos²⁷.

Previamente a la valoración del riesgo, es necesario conocer el contaminante al que puede estar expuesto el trabajador, así como los factores que influyen en esa dosis. La naturaleza del contaminante, la vía de entrada al organismo, el tiempo de exposición, o las propias condiciones del puesto, así como la susceptibilidad individual de la persona determinan el riesgo higiénico²⁸. De este modo, en definitiva, el riesgo higiénico depende de la exposición a los contaminantes, cantidad de estos y el tiempo de contacto con ellos, y disminuyendo cualquiera de estos, disminuirá el nivel de la agresión.

Controlando el tiempo de exposición, podemos controlar la cantidad de contaminante que podría absorber una persona en su puesto de trabajo en condiciones normales²⁹. Por ello es importante determinar la fuente que origina el contaminante, su recorrido hasta el trabajador, el sistema de trabajo relacionado con el contaminante, y la protección que emplea el trabajador, y en base a esto, por orden de prioridad, controlar y actuar en el origen del riesgo, controlar la transmisión, y en tercer lugar, el control sobre el propio trabajador expuesto al riesgo³⁰.

Según establece el artículo 13 del Convenio, los empleadores han de

²⁵ Arts. 10-16 del Convenio OIT n. 170.

²⁶ J.I. GARCÍA NINET, *op. cit.*, p. 436.

²⁷ J.C. RUBIO MORENO, *Manual para la formación de nivel superior en prevención de riesgos laborales*, Díaz de Santos, 2005, p. 435.

²⁸ *Ibidem*, pp. 435-436.

²⁹ *Ibidem*, pp. 457-458.

³⁰ J.I. GARCÍA NINET, *op. cit.*, p. 452.

evaluar los riesgos derivados de la utilización de productos químicos en el trabajo, y asegurar la protección de los trabajadores contra tales riesgos por los medios apropiados.

Si bien el Convenio número 170 de la OIT no ha sido ratificado por España, en el ordenamiento español, igualmente el empresario debe determinar si existen agentes químicos en el lugar de trabajo, y si es así, evaluar los riesgos conforme a la LPRL y el RSP, incluyendo esta evaluación a todas las actividades de riesgos³¹. Deberá evaluar aquellos riesgos que no se pueden evitar, mediante un plan de prevención, evaluación y planificación de los riesgos³². En las empresas de hasta 10 trabajadores, el empresario podrá asumir personalmente el deber de prevención siempre que tenga capacidad suficiente para ello y que desarrolle normalmente su actividad en el centro de trabajo³³, y si bien la evaluación podrá realizarse por los trabajadores designados para ocuparse de la prevención³⁴ o por los servicios de prevención propios o ajenos³⁵.

Respecto a la obligación establecida por el Convenio para los empresarios de escoger los productos químicos que eliminan o reduzcan al mínimo el riesgo³⁶, en nuestro ordenamiento, el empresario ostenta una obligación paralela de evitar la utilización en el trabajo de agentes cancerígenos o mutágenos, mediante la sustitución por sustancia, mezcla o procedimiento no peligroso o en menor grado, para la salud o la seguridad de los trabajadores³⁷.

Las medidas de prevención por orden de prioridad, consisten en la sustitución del agente químico peligroso, por otro o por otro proceso no peligroso, evitar y reducir escapes, difusiones o contactos, medidas de protección colectiva, medidas de protección individual, y si hay agentes químicos que puedan lugar a incendios, explosiones o reacción peligrosas, impedir la presencia de concentraciones, evitar las fuentes de ignición o condiciones adversas, y paliar los efectos nocivos originados³⁸.

³¹ AUDELCO, AUDITORÍA DE RIESGOS LABORALES, *op. cit.*, p. 213.

³² Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, arts. 15.1.b y 16.

³³ *Ibidem*, art. 30.5.

³⁴ *Ibidem*, arts. 30.1 y 30.2, y Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, arts. 12 y 13.

³⁵ Ley 31/1995, arts. 31 y 32, y Reglamento de los Servicios de Prevención, arts. 14 ss. *Vid. J.I. GARCÍA NINET, op. cit.*, pp. 145-146.

³⁶ Art. 13.1.a del Convenio OIT n. 170.

³⁷ Art. 4 del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, modificado por Real Decreto 598/2015, de 3 de julio.

³⁸ AUDELCO, AUDITORÍA DE RIESGOS LABORALES, *op. cit.*, p. 214.

7. Obligaciones y derechos de los trabajadores

Ante una concepción integral de la seguridad salud laboral, el trabajador ha de tener un papel activo (solo sería pasivo en cuánto sujeto protegido por esta regulación) que requiere información, consulta, participación y formación. De este modo, el artículo 19 a) del Convenio de la OIT nº 155 establece que los trabajadores han de colaborar con el empresario en el cumplimiento de sus obligaciones, velando por su propia seguridad y salud en el trabajo³⁹.

Los trabajadores deben cooperar por tanto, con su empleador en aquellas responsabilidades empresariales que procedan para una utilización segura de productos químicos en el trabajo, adoptando todas las medidas razonables para eliminar o reducir al mínimo los riesgos que entraña esa utilización de productos químicos en el lugar de trabajo⁴⁰.

El artículo 18 del convenio, además de recordar el derecho del trabajador a la información, recoge también el correlativo derecho del trabajador de apartarse de cualquier peligro derivado de la utilización de productos químicos en el trabajo, cuando exista un riesgo grave e inminente para su seguridad o su salud, y otorgando protección al trabajador contra aquellas consecuencias empresariales injustificadas de este acto.

8. Bibliografía

AUDELCO, AUDITORÍA DE RIESGOS LABORALES, *Factbook Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, 2005

DEL REY GUANTER S., GALA DURÁN C., *Responsabilidades administrativas del empresario y de los servicios de prevención ajenos en materia de prevención de riesgos laborales*, en *Responsabilidades y responsables en materia de prevención de riesgos laborales*, Instituto Canario de Seguridad Social, 2004

GARCÍA GÓMEZ M., MENÉNDEZ NAVARRO A., CASTAÑEDA LÓPEZ R., *Guía. Costes sanitarios directos del cáncer de origen laboral atendido en el Sistema Nacional de Salud*, UGT-CEC, 2016

GARCÍA NINET J.I., *Manual de Prevención de Riesgos Laborales*, Atelier, 2012

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., *La prueba en el proceso de trabajo*, Civitas, 1994

³⁹ J.I. GARCÍA NINET, *op. cit.*, p. 153. Así también lo establece el art. 29.1 LPRL.

⁴⁰ Art. 17 del Convenio OIT n. 170.

1286

MARTÍNEZ BARROSO M.R., *Las enfermedades asimiladas al accidente de trabajo en la doctrina de los tribunales*, Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, 2004

MONTOYA MELGAR A., PIZÁ GRANADOS J., *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*, McGraw Hill, 2000, pp. 39-40

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Informe del Grupo de Trabajo de la OIT para la armonización de medios de notificación de riesgos químicos](#), Consejo de Administración, 282^a Reunión, 2001, GB.282/STM/6

OIT, [La seguridad y la salud en el uso de productos químicos en el trabajo](#), 2013

RUBIO MORENO J.C., *Manual para la formación de nivel superior en prevención de riesgos laborales*, Díaz de Santos, 2005

SEMPERE NAVARRO A.V., CORDERO SAAVEDRA L., GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO B., MARTÍN JIMÉNEZ R., *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, Colex, 2001

Web sites

[Ratificación del C170 – Convenio sobre los productos químicos, 1990 \(núm. 170\)](#)

[Paises que no han ratificado](#)

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre el trabajo nocturno 1990 (núm. 171)

Federico ROSENBAUM CARLI*

RESUMEN: El Convenio Internacional del Trabajo núm. 171 sobre trabajo nocturno tiene en la actualidad 17 ratificaciones de Estados Miembros de la OIT. Se trata de un instrumento que ha sido introducido con el fin de cambiar la pisada de antiguos convenios sobre esta temática, aprobados en el seno de dicha organización. En concreto, en lugar de promover una técnica prohibicionista, tal como se había dispuesto desde los inicios de la actividad normativa de la OIT, con este instrumento se ha decidido recorrer un camino más flexible, reconociendo la realidad del trabajo nocturno, y consagrando ciertos derechos a los trabajadores nocturnos, en una clara manifestación protectora. También resulta fundamental el reconocimiento de la necesidad de consulta previa de los representantes de los trabajadores, en un tema que repercute en la seguridad y la salud de quienes prestan su fuerza laboral.

Palabras clave: Trabajo nocturno, trabajador nocturno, tiempo de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, estabilidad del trabajador nocturno.

SUMARIO: 1. La regulación del trabajo nocturno y sus fundamentos. 2. El ámbito de aplicación del Convenio Internacional del Trabajo núm. 171: actividades excluidas, concepto de trabajo nocturno y de trabajador nocturno. 3. Medidas de protección del trabajador nocturno. 3.1. Medidas relativas a la salud y seguridad del trabajador nocturno. 3.2. La situación del trabajador nocturno declarado no apto para el trabajo nocturno. 3.2.1. La asignación de un puesto similar. 3.2.2. Régimen de estabilidad del trabajador nocturno declarado temporalmente no apto para el trabajo nocturno. 3.3. La situación de la mujer grávida o que ha dado a luz. 3.4. Contraprestaciones por el tiempo de trabajo nocturno. 3.5. La consulta previa a los representantes de los trabajadores. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Doctorando en Administración, hacienda y justicia en el Estado Social. Docente de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay.

Night Work Convention 1990 (No. 171)

ABSTRACT: The International Labor Convention No. 171 on night work currently has 17 ratifications of ILO member states. It is an instrument that has been introduced in order to change the footprint of old conventions on this subject, approved within that organization. Specifically, instead of promoting a prohibitionist technique, as it had been adopted since the beginning of the ILO's normative activity, with this instrument it has been decided to travel a more flexible path, recognizing the reality of night work, and consecrating certain rights to night workers, in a clear protective demonstration. It is also essential to recognize the need for prior consultation of workers' representatives, on an issue that affects the safety and health of those who provide their workforce.

Key Words: Night work, night worker, working time, health and safety at work, night worker's stability.

1. La regulación del trabajo nocturno y sus fundamentos

El Convenio Internacional del Trabajo núm. 171 sobre trabajo nocturno -en adelante “el Convenio”-, fue adoptado en la 77^a reunión de la Conferencia internacional del Trabajo, el 26 de junio de 1990, entrando en vigor el día 4 de enero de 1995, luego de pasados los doce meses contados desde la fecha de la segunda ratificación registrada por el Director General de la OIT. Precisamente, y por su orden, los dos primeros países en ratificar dicho convenio fueron República Dominicana y Chipre, agregándose a dicha lista posteriormente 15 Estados miembros¹. Al ingresar en el análisis del trabajo desarrollado durante la noche, el primer interrogante que se plantea se corresponde con la determinación de si este fenómeno merece tener un tratamiento particular por parte del ordenamiento jurídico, y si dicha circunstancia social es relevante y debe ser considerada por los Estados a la hora de la implementación de políticas sociales. La realidad demuestra que existen motivos más que justificados y suficientes para considerar que el trabajo nocturno no debe ser un tema desatendido por los Estados, ni banalizado por la sociedad. En efecto, confluyen, al menos, motivos biológicos, prácticos y sociales² para que deba ser considerado como un tema trascendente, al que los Estados requieren encarar multidisciplinariamente, y en particular, el derecho laboral debe abordar. En este sentido, se ha manifestado que el trabajo nocturno “afecta a un número considerable de trabajadores e implica para ellos, según múltiples estudios, efectos negativos en su salud y en su vida personal, familiar y social, pues se trata de un horario antinatural -en la medida en que altera los ritmos biológicos- y antisocial pues va contra las pautas de organización de la vida social, que se desarrolla habitualmente durante el día”³. En un informe de la Comisión de Legislación del Trabajo, producido durante el tratamiento parlamentario de la ley de nocturnidad que rige en Uruguay -uno de los países que ha ratificado el Convenio-, recogiendo conceptos vertidos por el Departamento de Salud Ocupacional de la Facultad de Medicina, se ha indicado que “[e]l ser humano es básicamente diurno y su organismo

¹ Los restantes países que ratificaron el Convenio son Albania, Bélgica, Brasil, República Checa, Costa de Marfil, Eslovaquia, Eslovenia, República Democrática Popular Lao, Lituania, Luxemburgo, Macedonia del Norte, Madagascar, Montenegro, Portugal y Uruguay.

² A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Laboral*, Tomo III, vol. I, Montevideo, Ediciones Idea, 1988, p. 163.

³ A. LÓPEZ-QUIÑONES, *Los límites de jornada de los trabajadores nocturnos*, [Tirant Online](#), Documento TOL6.399.847, 2017.

esta□ programado para trabajar de día y descansar durante la noche”. En función de ello, desde ese punto de vista, se afirma que “existe por tanto un reloj biológico interno que regula los procesos fisiológicos y bioquímicos del organismo para ajustar al ciclo de las 24 horas”, y asimismo que dichos ciclos son denominados ritmos circadianos. Las variaciones de estos, producto de la necesidad de mantenerse despierto en horas fisiológicamente anormales, y dormir durante el día, “es una de las condiciones más estresantes del trabajo nocturno y en turnos rotativos con nocturnidad”⁴. Asimismo, desde el punto de vista práctico, resulta lógico entender que se debería descansar en el mismo momento en que la gran mayoría de la población lo hace, en tanto que si se pretendiera hacerlo mientras los otros trabajan -durante el día-, resultará al menos más difícil poder conciliar el sueño y conseguir un descanso tranquilo y silencioso. No menos importantes son las razones sociales del impacto del trabajo nocturno, en tanto que este impide el buen relacionamiento del trabajador con el resto de la sociedad, su familia, amigos, así como lo priva en gran medida de participar de una variada cantidad de actividades que son organizadas durante el día, etc.⁵.

Del mismo modo, es posible agregar que se verifica “una mayor incidencia de accidentes, pues disminuyen los niveles de atención y concentración”, así como que “si el trabajo nocturno se presta en el marco de un sistema de turnos rotativos, a estos inconvenientes hay que añadir los de la rotación de horarios”⁶. En síntesis, existe coincidencia en comprender el trabajo nocturno como nocivo, realizado en condiciones antinaturales, siendo más extenuante y penoso que el trabajo prestado durante el día⁷.

Del examen anterior se deduce que el trabajo en la noche es una realidad que debe ser contemplada por los Estados, y que es posible abordarla de diferentes formas, con distintos mecanismos de actuación o respuestas hacia el mismo. Por un lado, acudir a medidas más rigurosas dirigidas a disponer su prohibición, especialmente para aquellas situaciones de especial vulnerabilidad, como lo es el trabajo de los menores y de las mujeres; y, por otro lado, intervenciones más moderadas, tendientes a modular y mitigar los efectos y perjuicios generados por el mismo, articulando soluciones protectoras.

⁴ <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/116024>.

⁵ A. PLÁ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 163; y H.H. BARBAGELATA, *Derecho del Trabajo*, 3a edición actualizada, tomo I, vol. II, Montevideo, FCU, 2007, p. 63.

⁶ A. LÓPEZ-QUIÑONES, *op. cit.*

⁷ F. DE FERRARI, *Derecho del Trabajo*, Segunda edición actualizada, vol. III, Buenos Aires, Depalma, 1970, p. 165; y A. PLÁ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 163.

Contrariamente a introducir una prohibición de dicho trabajo, el Convenio discurre por prever medidas tuitivas a favor de los trabajadores nocturnos, estableciendo un piso mínimo de protección, enunciadas en los artículos 4 a 10 de dicho instrumento internacional. Dichas medidas son dispuestas a fin de proteger su salud, ayudarles a cumplir con sus responsabilidades familiares y sociales, proporcionarles posibilidades de mejoras en su carrera y compensarles adecuadamente -artículo 3-. Cabe señalar que “la lucha por el mejoramiento de las condiciones del empleo nocturno figuró dentro de las primeras reivindicaciones del movimiento obrero y fue también una de las primeras materias que comenzaron a ser reguladas por las nacientes legislaciones laborales nacionales y, naturalmente, por la actividad legislativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁸”. Esta preocupación de la OIT en relación al trabajo nocturno data de un momento muy temprano, ya que, desde sus inicios, en el año 1919 se adoptaron los Convenios internacionales del trabajo núm. 4, relativo al trabajo nocturno de las mujeres, y el núm. 6, sobre el trabajo nocturno de los menores en la industria -posteriormente revisados en el año 1934 por el convenio núm. 41, y el año 1948 por los convenios núm. 89 y 90-. En la misma dirección se encuentran otros convenios, como el núm. 20 del año 1925, sobre el trabajo nocturno en las panaderías, y el núm. 79 del año 1946, relativo al trabajo de los menores en actividades no industriales.

En dichos instrumentos, la OIT adoptó una postura prohibicionista, en el entendido de que ese mecanismo era el más adecuado para proteger a ese tipo de personas y situaciones.

Por otro lado, también cabe destacar dentro de este elenco de disposiciones emanadas de la OIT, a la Recomendación núm. 64 del año 1939, sobre el trabajo nocturno en el transporte por carretera, y la núm. 178 sobre el trabajo nocturno, adoptada esta última en la misma 77^a reunión de la Conferencia internacional del Trabajo en donde fuera aprobado el Convenio comentado. La postura prohibicionista fue entonces superada por el Convenio comentado, en el entendido de que aumentaron las críticas a la normativa primigenia “por estimarse que la prohibición por motivos de género es contraria al principio fundamental de igualdad de oportunidades y trato para hombres y mujeres en el empleo”. Asimismo, se ha hecho referencia a que el Convenio “representa la culminación de la labor legislativa de la OIT sobre la materia y viene a establecer una regulación unitaria, puesto que excluyó la vieja diferenciación entre la situación de mujeres y menores. Este cambio de

⁸ E. CAAMAÑO ROJO, *Trabajo nocturno*, [Tirant Online](#), Documento TOLA.137.890, 2014.

rumbo obedece, como se señala en el Preámbulo, a la necesidad de ajustar los convenios previos a los nuevos instrumentos de este organismo referidos a la no discriminación y a la protección a la maternidad de 1952”⁹.

2. El ámbito de aplicación del Convenio Internacional del Trabajo núm. 171: actividades excluidas, concepto de trabajo nocturno y de trabajador nocturno

Por disposición expresa, dicho Convenio excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores de la agricultura, ganadería, pesca, transporte marítimo y navegación interior, siendo por ende aplicable al resto de los trabajadores asalariados -artículo 2, numeral 1-. Sin perjuicio de ello, se prevé la posibilidad de que una vez ratificado, los Estados Miembros excluyan de forma total o parcial de su ámbito de aplicación a determinadas categorías de trabajadores, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores, siempre y cuando de no excluirse, se plantearen problemas particulares e importantes -artículo 2, numeral 2-. Además, cuando se hiciere uso de dicha posibilidad, en las memorias relativas a la aplicación del Convenio, resulta necesario indicar las categorías de trabajadores excluidas y los fundamentos particulares de dicha exclusión -artículo 2, numeral 3-.

En otro orden, el Convenio -que debe ser complementado con la lectura de la Recomendación internacional del trabajo núm. 178-, dispone que se entiende por trabajo nocturno a aquel realizado durante un período de por lo menos 7 horas consecutivas, que abarque el intervalo comprendido entre las 00:00 y las 05:00 horas -artículo 1, literal (a)-. Asimismo, dicha norma internacional designa a la expresión trabajador nocturno a quien se desempeñe en horas nocturnas en un número sustancial, superior a un límite determinado, que deberá ser fijado por la autoridad competente de cada país, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, o por intermedio de convenios colectivos -artículo 1, literal (b)-. En función de ello, puede señalarse que, a los efectos de las previsiones del Convenio, la noción de trabajo nocturno y la de trabajador nocturno no son necesariamente inescindibles, ya que esta última dependerá del límite que disponga cada Estado Miembro en relación a la cantidad de horas nocturnas que deben desempeñarse para reunir dicha calificación. Lo anterior representa un extremo de importante

⁹ E. CAAMAÑO ROJO, *op. cit.*

consideración, en tanto que el Convenio dispensa de medidas tuitivas destinadas al trabajador nocturno, que por lo que se viene de analizar, su aplicación dependerá de la autoridad competente de cada país al momento de determinar el límite horario referido, o de los convenios colectivos que pudieran suscribirse.

3. Medidas de protección del trabajador nocturno

3.1 Medidas relativas a la salud y seguridad del trabajador nocturno

La primera medida de protección prevista en el Convenio, es la consagración del derecho de los trabajadores a solicitar gratuitamente una evaluación de su estado de salud, así como el asesoramiento en relación a la forma de atenuar o evitar problemas de salud relacionados con su trabajo, tanto antes de la asignación del trabajo nocturno, como a intervalos regulares, o en caso de padecer problemas de salud que no se deban a factores ajenos al trabajo nocturno -artículo 4.1-.

Asimismo, el instrumento internacional dispone que el contenido de dichas evaluaciones no debe ser comunicado a terceras personas sin el consentimiento del trabajador, ni utilizado en perjuicio suyo, salvo que exista una declaración de que no sea apto para el trabajo nocturno - artículo 4.2-. La segunda medida tuitiva es la previsión de la necesaria puesta a disposición de servicios adecuados de primeros auxilios, así como disposiciones prácticas para el traslado rápido a un lugar en que se pueda dispensar un tratamiento adecuado -artículo 5-.

3.2. La situación del trabajador nocturno declarado no apto para el trabajo nocturno

3.2.1. La asignación de un puesto similar

La tercera medida se refiere al caso en que el trabajador, por razones de salud, sea declarado no apto para el trabajo nocturno, en cuya hipótesis deben ser asignados en un puesto similar para el que sean aptos, siempre que ello sea posible. Sin embargo, el propio Convenio matiza tal solución, al prever que en caso de que la asignación no sea posible, se deberá conceder a estos trabajadores las mismas prestaciones que a otros no aptos para trabajar o que no pueden conseguir empleo -artículo 6-.

Este último extremo plantea la necesidad de que los Estados prevean esta contingencia dentro de los sistemas de seguridad social de cada país, y que a este tipo de trabajadores se les otorgue prestaciones adecuadas e idénticas a quienes, por ejemplo, no se encuentran aptos para trabajar por razones de enfermedad común o profesional, o accidentes de trabajo, o a causa de la falta de trabajo o desempleo. Al no estar establecidas a texto expreso cuáles deberían ser esas prestaciones, existe entonces cierto margen de discrecionalidad de los Estados Miembros, con el único límite de no discriminar estas situaciones en comparación a quienes no se encuentren aptos para trabajar o que no puedan conseguir empleo.

3.2.2. Régimen de estabilidad del trabajador nocturno declarado temporalmente no apto para el trabajo nocturno

En el caso en que el trabajador nocturno sea declarado temporalmente no apto para el trabajo nocturno, el Convenio dispone que este debe gozar de la misma protección contra el despido o la notificación del despido que los demás trabajadores que no puedan trabajar por razones de salud - artículo 6-. Por tal motivo, para determinar cuál debe ser la protección que garantiza esta norma internacional para el trabajador nocturno que es declarado temporalmente no apto para el trabajo nocturno, es necesario ingresar en el análisis de cuál es la protección contra el despido del trabajador que se ausenta por razones de salud o enfermedad en cada ordenamiento jurídico en concreto.

En particular, por ejemplo, en el caso de Uruguay la protección contra el despido del trabajador que se ausenta al trabajo por razones de salud o enfermedad está prevista en el artículo 23 del Decreto-Ley núm. 14.407. Concretamente, dicha norma dispone cinco mecanismos de protección: 1) la prohibición de despedir al trabajador ausente por razones de enfermedad -siempre y cuando se cumplan los requisitos de la ley y reglamentación-; 2) la obligación de reincorporación del trabajador a sus tareas habituales después de haber sido dado de alta; 3) un plazo de estabilidad de 30 días luego de su reincorporación, en donde no podrá ser despedido; 4) el pago de una indemnización por despido equivalente al doble da la normal en caso de despido en contravención a la prohibición de despedir; 5) un elenco limitado de excepciones al pago de dicha indemnización especial -la constatación de notoria mala conducta, o que el despido no esté directa o indirectamente vinculado con la enfermedad-.

En función de ello, la norma del Convenio internacional debe interpretarse a la luz de lo dispuesto por el artículo 23 del Decreto-Ley

núm. 14.407, y por ende, es posible considerar que el trabajador nocturno que ha sido declarado temporalmente no apto para dicha labor, no podrá ser despedido, e incluso que una vez que dicha declaración sea revocada, no podrá ser despedido antes de que transcurran 30 días de su reincorporación a la empresa.

Asimismo, aplicando una interpretación sistemática y coherente entre ambas disposiciones, resulta lógico señalar que, si se lo despidiera en esos casos, traería aparejado que el pago de la indemnización por despido sea el doble de la normal, salvo que el empleador demostrare la notoria mala conducta del trabajador o que el despido no esté directa o indirectamente vinculado con la declaración temporal de no apto para desempeñar el trabajo nocturno.

3.3. La situación de la mujer grávida o que ha dado a luz

Por otro lado, existen además medidas tuitivas para el caso de las trabajadoras en estado de gravidez o que han dado a luz -artículo 7-. En efecto, se presupone que se trata de una situación que amerita una consideración y tratamiento particular en función de la especial vulnerabilidad de la trabajadora que se encuentra en ese estado. Dicha norma incluso es muy semejante al artículo 2 del Protocolo relativo al Convenio Internacional del Trabajo núm. 89 sobre el trabajo nocturno de las mujeres, aunque mantiene algunas diferencias sustanciales.

En efecto, el artículo 3 del convenio núm. 89 consigna que las mujeres, sin distinción de edad, no podrán ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial, pública o privada, ni en ninguna dependencia de estas empresas, con excepción de aquellas en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia. Además, en situaciones excepcionales enumeradas en el propio artículo 4, se encontraba prevista la posibilidad de desaplicar dicha prohibición, o de conformidad con el artículo 5, de suspender la misma.

Contrariamente a ello, en lugar de apuntar por una solución prohibitiva, el Convenio sienta una solución moderada, al disponer que se deberán tomar medidas para asegurar que existe una alternativa al trabajo nocturno para las trabajadoras que, a falta de tal alternativa, tendrían que realizar ese trabajo: a) antes y después del parto, durante un período de al menos 16 semanas, de las cuales al menos 8 deberán tomarse antes de la fecha presunta del parto; y b) previa presentación de un certificado médico indicando que ello es necesario para la salud de la madre o del hijo, por otros períodos que se sitúen: i) durante el embarazo; y ii) durante un lapso

determinado más allá del período posterior al parto, cuya duración será determinada por la autoridad competente previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

Precisamente, esta diferencia viene acompañada de una sugerencia de aplicación de varias medidas en concreto que tiendan a asegurar una alternativa al trabajo nocturno, como lo son la asignación de un trabajo diurno cuando sea factible, el suministro de prestaciones de seguridad social o la prórroga de la licencia de maternidad.

En ese sentido, en el caso uruguayo la Ley núm. 19.313 prevé que a la trabajadora grávida o que ha dado a luz, hasta 1 año posterior a su alumbramiento, se le deberá asignar un horario de trabajo diurno, por su sola voluntad, sin que ello implique la pérdida de la compensación por trabajo nocturno.

Inclusive, el Decreto núm. 234/015 dispuso además que el empleador deberá acceder a la solicitud de asignación de horario de trabajo diurno siempre que la trabajadora se encuentre comprendida en la situación prescrita en el artículo 4 de la ley núm. 19.313 y artículo 1 de la reglamentación. A tales efectos dispone de un plazo de 20 días corridos para dar cumplimiento al cambio peticionado, el que se computa a partir que tuviera conocimiento de la opción por medio fehaciente.

Tales previsiones en definitiva consagran un derecho subjetivo de la trabajadora grávida o que ha dado a luz, hasta 1 año posterior a su alumbramiento, a que se le asigne un horario de trabajo diurno. No se trata pues de un mero interés legítimo de la trabajadora, sino de un auténtico derecho subjetivo. En contraposición, puede concluirse que correlativamente se genera una obligación de cargo del empleador de disponer el cambio horario si es que este es solicitado por la trabajadora.

De la lectura de la normativa uruguaya se advierte que no existe la posibilidad de que el empleador alegue ninguna causal de exoneración para el incumplimiento de dicha obligación. En este sentido, la Ley núm. 19.313 y el Decreto núm. 234/015 se apartaron del modelo más flexible consagrado en el artículo 7 del Convenio, que dispone la posibilidad de que se asigne a un trabajo diurno siempre que ello “sea factible”.

3.4. Contraprestaciones por el tiempo de trabajo nocturno

En materia de contraprestaciones por el tiempo de trabajo nocturno, cabe destacar que pueden ser múltiples las soluciones previstas por la normativa, y así lo consigna el propio Convenio Internacional del Trabajo núm. 171 -artículo 8-, al referirse a que se deberá reconocer la naturaleza

del trabajo nocturno a la hora de determinar compensaciones, ya sea en relación a la duración del mismo, la remuneración u otros beneficios similares. Se trata pues de una pauta de carácter programática y declarativa que introduce el Convenio, que naturalmente está dirigida de un modo genérico a condicionar al legislador nacional de cada Estado Miembro a prever soluciones tuitivas, aunque sin imponer ninguna alternativa de solución específica. Por tal motivo, el Convenio se apartó de la técnica utilizada en otras ocasiones, como lo hizo en el artículo 7 del Convenio Internacional del Trabajo núm. 30. En dicho instrumento, se dispuso que la tasa aplicada al pago de las horas de trabajo adicionales estará aumentada en un veinticinco por ciento en relación con el salario normal. Recogiendo este concepto, en Uruguay la Ley núm. 19.313 consigna dos vías de compensación, que quedan libradas en su aplicación por una u otra opción a la decisión unilateral del empleador -por disposición expresa del artículo 10 del Decreto núm. 234/015-. Estos mecanismos de contraprestación se reducen a una retribución especial o compensación pecuniaria, y a la reducción horaria equivalente -artículo 3-. En cuanto a la retribución en dinero del tiempo de trabajo nocturno, la ley dispone que debe remunerarse mediante una sobretasa mínima del veinte por ciento, siendo tal porcentaje un mínimo infranqueable -artículo 3-, debiendo ser aplicado en todo caso, salvo la existencia de una disposición más beneficiosa. En cuanto a la reducción horaria equivalente, resulta esencial considerar que constituye el mecanismo más eficaz para la protección de la salud de los trabajadores¹⁰, antes bien que únicamente recurrir a una compensación en dinero por dicho trabajo.

3.5. La consulta previa a los representantes de los trabajadores

Finalmente, entre otros aspectos, el Convenio exige la consulta previa y de forma regular a los representantes de los trabajadores, antes de introducir horarios de trabajo nocturnos -artículo 10-. Dicha consulta debe versar sobre los detalles de los horarios y sobre las formas de organización del trabajo nocturno que mejor se adapten al establecimiento y a su personal, así como sobre las medidas de salud en el trabajo y los servicios sociales que sean necesarios.

¹⁰ E. AMEGLIO, A. LÓPEZ, *La regulación del trabajo nocturno. Análisis de la ley No 19.313*, en *Derecho Laboral*, n. 258, tomo LVIII, Montevideo, FCU, 2015, p. 195; y N. LOUSTAUNAU, *Trabajo nocturno. Primeros comentarios sobre la Ley No 19.313*, en *Derecho Laboral*, n. 257, tomo LVIII, Montevideo, FCU, 2015, p. 59.

4. Conclusiones

La regulación del trabajo nocturno tiene larga data en el ámbito normativo de la OIT. En efecto, el trabajo realizado en la noche fue concebido desde los inicios de la actividad normativa de esta organización, como un aspecto que requería una necesaria atención y regulación. Así es que ya en el año 1919 se adoptaron los Convenios internacionales del trabajo núm. 4, relativo al trabajo nocturno de las mujeres, y el núm. 6, sobre el trabajo nocturno de los menores en la industria.

Sin perjuicio de dichos antecedentes, y de posteriores intervenciones normativas en ese ámbito, el actual Convenio Internacional del Trabajo núm. 171 ha abordado esta temática de una manera diferente a sus predecesores instrumentos normativos. A diferencia de adoptar una técnica netamente prohibicionista, el Convenio del año 1990 ha reconocido la realidad del trabajo nocturno, y optado por consagrarse una serie de derechos a los trabajadores nocturnos, en señal de no desconocer los cambios producidos en el mundo del trabajo y de su organización, y como contrapartida, de seguir un camino de protección de las personas que se encuentran en esta situación de especial vulnerabilidad.

De la mano de lo anterior, además de definir su ámbito de aplicación personal, excluyendo determinadas actividades, y enunciando los conceptos de trabajo y de trabajador nocturno, el Convenio también ha discurrido por adoptar una serie de medidas concretas de corte tutelar. Tales medidas se comprendían en resguardar aspectos de la salud y seguridad del trabajador nocturno, así como de reglar las situaciones del trabajador nocturno declarado no apto para el trabajo nocturno y de la mujer grávida o que ha dado a luz.

También ha sido importante la previsión en materia de contraprestaciones por el tiempo de trabajo nocturno, en tanto que dicho instrumento internacional ha dejado en libertad a los Estados miembros para determinar su implementación, partiendo de la base de que resultará necesario el reconocimiento de la naturaleza del trabajo nocturno a la hora de determinar compensaciones, ya sea en relación a la duración del mismo, la remuneración u otros beneficios similares.

Finalmente, otro de los temas trascendentales ha sido la necesaria consulta previa a los representantes de los trabajadores. Como no podía ser de otra manera, respetando uno de los principios básicos que gobierna a la Organización Internacional del Trabajo, el Convenio ha puesto de manifiesto el imperioso mecanismo de consulta, propio de los sistemas democráticos, sin el cual resultaría imposible la consecución de la justicia

social.

5. Bibliografía

AMEGLIO E., LÓPEZ A., *La regulación del trabajo nocturno. Análisis de la ley No. 19.313*, *Derecho Laboral*, n. 258, Tomo LVIII, Montevideo, FCU, 2015

BARBAGELATA H.H., *Derecho del Trabajo*, 3a edición actualizada, tomo I, vol. II, Montevideo, FCU, 2007

CAAMAÑO ROJO E., *Trabajo nocturno*, [Tirant Online](#), Documento TOL4.137.890, 2014

DE FERRARI F., *Derecho del Trabajo*, Segunda edición actualizada, Vol. III, Buenos Aires, Depalma, 1970

LÓPEZ-QUIÑONES A., *Los límites de jornada de los trabajadores nocturnos*, [Tirant Online](#), Documento TOL6.399.847, 2017

LOUSTAUNAU N., *Trabajo nocturno. Primeros comentarios sobre la Ley No. 19.313*, en *Derecho Laboral*, n. 257, tomo LVIII, Montevideo, FCU, 2015

PLÁ RODRÍGUEZ A., *Curso de Derecho Laboral*, tomo III, vol. I, Montevideo, Ediciones Idea, 1988

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes) 1991 (núm. 172)

Camino ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA*

RESUMEN: Las particulares condiciones en las que se desarrolla el trabajo en hoteles, restaurantes y establecimientos similares llevaron a la Organización Internacional del Trabajo a mejorar la aplicación de los Convenios y Recomendaciones de carácter general en este tipo de establecimientos, complementándolos con normas específicas con el fin de que los trabajadores afectados puedan gozar de unas condiciones laborales acordes con el papel que desempeñan este tipo de empresas y para atraer nuevos trabajadores a este sector. Con este motivo fundamental se adopta el Convenio número 172 sobre las condiciones de trabajo en hoteles y restaurantes y la Recomendación 179 sobre las condiciones de trabajo en hoteles, restaurantes y establecimientos similares. Ambos instrumentos ratificados por España son objeto de este comentario, en el que se hará referencia a su impacto en la regulación interna de las relaciones laborales en el sector.

Palabras clave: Hoteles, restaurantes, trabajadores, condiciones de trabajo, Organización Internacional del Trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Aspectos formales de la aprobación del Convenio. 2.1. Aprobación del Convenio en la Organización Internacional del Trabajo. 2.2. Proceso de ratificación en España. 3. El Convenio 172. 3.1. Estructura formal. 3.2. Estructura material. 4. R179 Recomendación sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), 1991, de 25 de junio de 1991. 5. Situación en España. 6. Las memorias de análisis y los pronunciamientos de la Comisión de Expertos. 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

* Profesora Titular (i) de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos.

Working Conditions (Hotels and Restaurants) Convention 1991 (No. 172)

ABSTRACT: Due to the particular conditions characterising work in hotels, restaurants and similar establishments it was considered as desirable to improve the application of these Conventions and Recommendations in these categories of establishments and to supplement them by specific standards designed to enable the workers concerned to enjoy a status corresponding to their role in these rapidly expanding categories of establishments and to attract new workers to them, by improving working conditions, training and career prospects. In this article we analyse the content of this Convention, being complemented with comments to the Recommendation on Working Conditions (Hotels and Restaurants) Recommendation, 1991 (No. 179). Moreover, we make several remarks through the different sections regarding their impact in Spain.

Key Words: Hotels, restaurants, workers, working conditions, International Labour Organization.

1. Introducción

El texto objeto de este comentario es el Convenio sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), 1991 (núm. 172) que trajo causa, como refleja su preámbulo, de las condiciones particulares en que se desarrolla el trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares. Afrontar el estudio de este Convenio, de su elaboración y características, resulta de particular interés en nuestro país. Basta para ello observar determinados datos como que España recibió más de ochenta millones de turistas en 2018¹ o que es el segundo país más visitado en el mundo². Desde el punto de vista económico el turismo representó en 2018 el 14'6% del PIB nacional³ y las actividades relacionadas con el turismo supusieron el 12,2% del total de afiliados a la Seguridad Social. Pero el turismo es también un fenómeno a escala global, así, de acuerdo con la Organización Mundial del Turismo (OMT) de Naciones Unidas, la llegada de turistas internacionales en el mundo superó los 1.400 millones en 2018⁴.

No son muchos los instrumentos que la OIT ha elaborado en relación con este sector específico. En concreto, pueden señalarse cuatro:

- El ya referido Convenio 172, aprobado el 25 de junio de 1991, que va a centrar el objeto de este comentario. Se trata de un convenio técnico, frente a los conocidos como convenios Fundamentales⁵ y convenios de Gobernanza⁶ (o prioritarios).
- La R179 Recomendación sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), 1991, de 25 de junio de 1991 y al que también se hará alguna referencia en estas páginas.
- El Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla⁷, que resulta de aplicación si se tiene en cuenta que,

¹ [Nota de prensa emitida por el ministerio de Industria, Comercio y Turismo](#), Reyes Maroto, referida al balance del sector turístico en 2018.

² [UNWTO Tourism Highlights 2018 Edition](#).

³ Según datos del Consejo Mundial de Viajes y Turismo (WTTC).

⁴ Organización Mundial del Turismo, [Resultados del Turismo Internacional 2018 y Perspectivas 2019](#), 21 de enero de 2019.

⁵ Son convenios fundamentales, entre otros, el Convenio sobre trabajo forzoso (núm. 29), sobre libertad sindical (núm. 87) o sobre trabajo infantil (núm. 182).

⁶ Entre los convenios de Gobernanza pueden mencionarse: el convenio sobre la inspección del trabajo (núm. 81), sobre política de empleo (núm. 122) o sobre la consulta tripartita (núm. 144).

⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, [Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla](#), Reunión de expertos para elaborar un repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia y

conforme a lo establecido en el punto 1.3.2. del mismo “el sector de los servicios abarca: el comercio; la educación; los servicios financieros y profesionales; los servicios de salud; *los servicios de hotelería, restauración y turismo*; las industrias de los medios de comunicación y del espectáculo; los servicios de correos y de telecomunicaciones; la administración pública; los transportes y los servicios de utilidad pública”. A este respecto y como recuerda la propia OIT, el Repertorio no es un instrumento vinculante desde el punto de vista jurídico, ni se pretende que reemplace la legislación nacional, sino que busca orientar. En concreto, este Repertorio se basa en un análisis de la dimensión, la índole y las causas de la violencia en lugares de trabajo de los servicios públicos y privados. El Repertorio preconiza un enfoque preventivo, basado en sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo.

- Las [Pautas de la OIT sobre trabajo decente y turismo socialmente responsable](#) que fueron aprobadas para su publicación y promoción por el Consejo de Administración de la OIT en su 331^a reunión (octubre-noviembre de 2017). Cabe recordar que estas pautas revisten la naturaleza de directrices sectoriales, que no son jurídicamente vinculantes y tampoco están sujetas a los mecanismos de ratificación o supervisión establecidos en las normas internacionales del trabajo de la OIT.

2. Aspectos formales de la aprobación del Convenio

2.1. Aprobación del Convenio en la Organización Internacional del Trabajo

Desde el punto de vista formal, el Convenio 172 fue objeto de adopción en la septuagésimo octava reunión de la Organización Internacional del Trabajo, que tuvo lugar en su sede de Ginebra el 25 de junio de 1991. Su entrada en vigor estaba prevista doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros fueran registradas por el Director General (art. 10.2). Los dos primeros Estados que lo ratificaron fueron México y España. En la actualidad, el texto se encuentra ratificado por tan solo dieciséis países⁸, el último de ellos Fiji en el año 2008.

el estrés en el trabajo en el sector de los servicios: una amenaza para la productividad y el trabajo decente, 8-15 de octubre de 2003, Ginebra.

⁸ Se trata, en concreto, de: Alemania, Austria, Barbados, Bélgica, Chipre, República

2.2. Proceso de ratificación en España

En el caso de España se aplicó el artículo 94.1 de la Constitución Española, en virtud del cual “La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: a) Tratados de carácter político; b) Tratados o convenios de carácter militar; c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I; d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública; e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución”.

En lo que concierne a su tramitación parlamentaria, el texto del Convenio fue remitido por el Gobierno en diciembre de 1992 y culminó con la aprobación por el Senado en su sesión plenaria de 30 de marzo de 1993. Tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado, el texto fue aprobado por unanimidad, sin que hubiera propuestas o enmiendas al articulado en ninguna de las dos Cámaras. Igualmente cabe señalar que, como reflejan los Diarios de Sesiones, apenas hubo intervenciones por parte de los Grupos parlamentarios, limitándose a la del Sr. Mardones Sevilla –por Coalición Canaria–, que recordaba cómo “el sector turístico define, a veces, hasta la propia generación del producto interior bruto en comunidades autónomas como puede ser en España la Canaria, la Balear o algunas provincias andaluzas”; y a la del Sr. Barrionuevo, que -más allá de alguna consideración formal- puso de manifiesto la conformidad con el contenido del Convenio, en cuanto quiere que no se excluya a los trabajadores del sector de la aplicación de las normas mínimas que se refieren a todos los trabajadores por cuenta ajena⁹.

Culminado el procedimiento de ratificación y publicación oficial, el Convenio 172 OIT entró en vigor en España el 7 de julio de 1994, como se dispone en el Instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado¹⁰, de acuerdo con las previsiones del propio

Dominicana, España, Fiji, Guyana, Iraq, Irlanda, Líbano, Luxemburgo, México, Suiza y Uruguay.

⁹ Los textos de sendas intervenciones pueden consultarse en [Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 605, año 1993 \(IV Legislatura\)](#), Sesión núm. 40 de la Comisión de Exteriores, celebrada el 17 de febrero de 1993.

¹⁰ BOE núm. 53, de 3 de marzo de 1994.

Convenio¹¹.

3. El Convenio 172

3.1. Estructura formal

El Convenio tiene la estructura tradicional, con un Preámbulo y dieciséis artículos que a su vez se pueden dividir en dos partes. Una primera parte - compuesta por los ocho primeros artículos- que hacen referencia a cuestiones de fondo: ámbito de aplicación, jornada y horario laboral o cuestiones relacionadas con la remuneración, con referencia a la propina. Los otros ocho artículos del Convenio responden, en realidad, a cuestiones relacionadas con la naturaleza del mismo, su proceso de ratificación, trámites internos de éste, o cuestiones como la potencial modificación o la validez de las traducciones.

3.2. Estructura material

El Preámbulo, ofrece una explicación y señala los fundamentos del Convenio:

- La particularidad de las condiciones en que se desarrolla el trabajo en hoteles, restaurantes y establecimientos similares.
- La mejora en este ámbito de la aplicación de los Convenios y Recomendaciones de aplicación general
- Mejorar las condiciones de trabajo, la formación y las perspectivas de carrera de los trabajadores del sector.
- La importancia de la negociación colectiva para determinar las condiciones de trabajo en este sector.

Desde el punto de vista subjetivo, los artículos 1 y 2 del Convenio fijan el ámbito personal y empresarial de aplicación. A estos efectos quedan incluidos los trabajadores ocupados en hoteles y establecimientos similares que ofrecen alojamiento; así como en restaurantes y establecimientos similares que sirven comidas y/o bebidas. En todo caso, los Estados miembros tienen ciertas facultades, en concreto, respecto a la definición de los establecimientos indicados; también en cuanto a la posibilidad de excluir cierto tipo de establecimientos cuando existan “problemas especiales de cierta importancia”. En tal caso, en la primera memoria que

¹¹ Vid. artículo 10.2 y 10.3 del Convenio.

el Estado presente sobre la aplicación del Convenio se debe hacer constar dichos establecimientos, explicando las razones de la exclusión e indicando las posturas respectivas de las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas con relación a dichas exclusiones.

Se permite también que, mediante una declaración aneja a la ratificación, y siempre previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, los Estados puedan ampliar su ámbito de aplicación a otros establecimientos afines que presten servicios turísticos. Cierto es que esa posibilidad de ampliación también se puede llevar a cabo posteriormente mediante una notificación al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Volviendo a la vertiente personal de la aplicación del Convenio, éste se aplica a todos los trabajadores -se entiende que por cuenta ajena, aunque no se señale expresamente- ocupados en los establecimientos a los que se acaba de hacer mención, con independencia "de la naturaleza y la duración de su relación de empleo" (art. 2.1). No obstante, también aquí los Estados tienen capacidad de exclusión de determinadas categorías de trabajadores, considerando el Derecho, las condiciones y la práctica nacionales y previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas. En estos casos, de manera análoga a lo previsto para los establecimientos, los Estados deben informar de los trabajadores excluidos en la primera memoria remitida. Además, en las memorias subsiguientes se deben explicar los progresos realizados hacia una aplicación más amplia del Convenio (art. 2.2).

De manera amplia, el Convenio obliga a los Estados a adoptar una política destinada a mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por el convenio. Esta política -que tiene que respetar en todo caso la autonomía de las organizaciones de empresarios y trabajadores afectados- debe tener como objetivo general asegurar que los trabajadores afectados por el convenio no sean excluidos del ámbito de aplicación de ninguna norma mínima nacional para la generalidad de los trabajadores (art. 3). También con gran amplitud, el Convenio prevé que sus disposiciones puedan aplicarse tanto por medio de la legislación nacional como de la negociación colectiva -tan importante en nuestro país en este concreto sector de actividad-, pero también por medio de decisiones judiciales o laudos arbitrales o por cualquier otra vía procedente y compatible con la práctica nacional (art. 8.1).

La jornada y el horario de trabajo son tratados en el artículo 4 del Convenio. El punto de partida es la consideración como horas de trabajo del tiempo durante el cual el trabajador esté a disposición del empleador, salvo que la normativa o práctica nacional dispongan otra cosa. Con

términos muy abiertos y continuas remisiones a la legislación y prácticas nacionales, se establece la razonabilidad como parámetro para fijar la jornada normal de trabajo, las disposiciones sobre horas extraordinarias, el periodo de descanso diario y semanal. Además, se recoge que los trabajadores deben de ser informados de los horarios de trabajo con suficiente antelación, para poder organizar en consecuencia su vida personal y familiar.

Por su parte, el artículo 5 hace una llamada a la necesidad de compensar adecuadamente el trabajo en días festivos, bien sea en tiempo libre o en remuneración. Igualmente se contempla el derecho a vacaciones anuales pagadas. En caso de extinción del contrato o cuando el periodo de servicios no sea suficiente para causar derecho a la totalidad de las vacaciones, se reconoce el derecho a que éstas sean proporcionales al tiempo de servicio o al pago de salarios sustitutivos. En cualquier caso, la determinación concreta de estos derechos -incluida la duración de las vacaciones- se deja en manos de la negociación colectiva y de la legislación y práctica nacionales.

Desde un punto de vista sustantivo, el último de los preceptos relevantes es el artículo 6, relativo a la propina. Se parte de una definición auténtica, considerándola como “el dinero que el cliente da voluntariamente al trabajador, aparte del que debe pagar por los servicios recibidos”¹². Esta definición parece sugerir -aunque el Convenio no lo señale expresamente- el carácter extrasalarial de la propina, que se ve reforzado cuando el mismo Convenio dispone que, con independencia de dichas propinas, los trabajadores deben recibir una remuneración básica que será abonada con regularidad. Se trata de una cuestión, que no era nueva en el ámbito de la OIT y prueba de ello es que en 1965, las conclusiones de la reunión tripartita de la OIT en materia de remuneración expresaban el propósito de que, progresivamente, los trabajadores de este sector se beneficiaran de una remuneración fija y que existiera un control sobre el porcentaje de servicio, asegurando a éste último un mínimo garantizado; además, se proponía abolir cualquier sistema de remuneración basada en propinas, excluyendo que estas pudieran ser un equivalente del salario¹³.

Por último, el artículo 7 del Convenio prohíbe la “compraventa de empleos” en los establecimientos afectados por la norma, en lo que puede entenderse una referencia a la cesión de trabajadores, también prohibida

¹² Sobre la propina puede verse, J.J. DE VAL ARNAL, *La propina y su régimen jurídico en España. Estudio de dos sectores: hostelería y juegos de azar*, en AA.VV. (E. DE LA VILLA GIL dir.), *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid, 1993, pp. 607 y ss.

¹³ Como señala C. GARCÍA DE LA ROJA, *La especificidad jurídico laboral del sector de la hostelería*, Tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, 2005, pp. 242-243.

con carácter general en nuestro ordenamiento (artículo 41 ET).

4. R179 Recomendación sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), 1991, de 25 de junio de 1991

La Recomendación recoge doce disposiciones (párrafos) estructuradas en tres capítulos: disposiciones generales (párrafos 1-5), horas de trabajo y períodos de descanso (párrafos 6-11) y formación (párrafo 12); y su objetivo -tal y como señala en su párrafo 5- es mejorar las condiciones de los trabajadores afectados por el convenio hasta aproximarlas a las que suelen darse en otros sectores económicos.

Como aspectos novedosos respecto del Convenio, en las disposiciones generales se recoge que los Estados deberían prever la supervisión efectiva de las disposiciones de la Recomendación mediante un servicio de inspección u otro instrumento conveniente; y deberán igualmente alentar a las organizaciones de empresarios y de trabajadores a fomentar efectivamente su aplicación (párrafo 4).

En el ámbito formativo, básicamente se insta a los Estados a elaborar políticas y programas de educación y formación profesionales y de capacitación gerencial en las distintas ocupaciones que se ejercen en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares o, cuando proceda, ayudar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores y a otras instituciones a establecer esas políticas y programas; teniendo como principal objetivo mejorar las calificaciones y la calidad del trabajo, así como las perspectivas de carrera de los participantes (párrafo 12).

Es en materia de horas de trabajo y descanso donde se recogen los aspectos de mayor interés de esta Recomendación, con una llamada a que la fijación de las horas ordinarias y la regulación de las extraordinarias estén sujetas a consultas entre el empleador y los trabajadores o sus representantes. En referencia a las horas extraordinarias, se señala, apelando a lo determinado por la legislación y práctica nacionales -y con base siempre en la referida consulta entre empresario y trabajador- a que se compensen por tiempo libre retribuido, un recargo o recargos por las horas extraordinarias trabajadas, o una remuneración más elevada. También se conmina a que, siempre que sea posible, se eliminen progresivamente los horarios discontinuos (párrafo 8).

Por otra parte, en el último apartado del párrafo 7, se insta a adoptar medidas para asegurar que las horas de trabajo y las extraordinarias se calculen y registre correctamente y que el trabajador tenga acceso a su registro. Sobre esta cuestión merece la pena, dentro del ordenamiento

español, mencionar el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo¹⁴, que ha añadido un nuevo apartado 9 en el artículo 34 ET para establecer la obligación empresarial de garantizar el registro de la jornada de trabajo. Uno de los sectores más afectados por esta disposición es, precisamente, la hostelería¹⁵. De hecho, tras la entrada en vigor de la norma, desde el sector se han propuesto diferentes medidas para adaptar dicha obligatoriedad a la particular naturaleza del trabajo en este ámbito. En concreto se ha propuesto promover en el marco de la negociación colectiva la incorporación de la jornada anual, con distribución irregular; la posibilidad de superar la barrera de 80 horas extraordinarias anuales; avanzar en la definición del tiempo de trabajo efectivo, determinando en los casos en que sean necesarios, las pausas y descansos no computables; desarrollar la definición de modelos que reflejen el registro de jornada con seguridad jurídica de cara a la Administración y promover el concepto de horas a compensar¹⁶. Por último, los descansos se abordan desde una triple perspectiva: diaria, semanal y anual. Diariamente (párrafo 10.2) se contempla que el número y la duración de las pausas para las comidas se determinen en función de los usos y costumbres de cada país o región, y teniendo en cuenta si se come en el propio establecimiento o fuera del mismo. Además, los trabajadores deberían tener derecho a un periodo de descanso diario de diez horas consecutivas como promedio. Semanalmente (párrafo 10.1) el periodo de descanso no debería ser inferior a 36 horas y, siempre que sea posible, ininterrumpido. Anualmente (párrafo 11), se señala que, si la duración de las vacaciones anuales pagadas de los trabajadores es inferior a cuatro semanas por un año de servicio, deberían adoptarse medidas, mediante la negociación colectiva o de acuerdo con la práctica nacional, a fin de alcanzar de manera progresiva ese nivel.

5. Situación en España

En este apartado se va a hacer referencia a determinar la situación en España del conjunto de ámbitos que se dejan abiertos por los

¹⁴ BOE núm. 61 de 12 de marzo de 2019.

¹⁵ Como indica la exposición de motivos del RD-Ley 8/2019, según la EPA del cuarto trimestre de 2018, un 10,9% de las horas extraordinarias no pagadas se realizaron en el sector de la hostelería.

¹⁶ <https://www.hosteleriadigital.es/2019/06/25/la-hosteleria-propone-un-registro-de-jornada-laboral-adaptado-al-sector/>.

instrumentos internacionales. A estos efectos es necesario acudir a lo previsto en el V acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería 2015-2019¹⁷ (conocido como ALEH V)¹⁸. Se trata de un acuerdo marco que procura establecer la estructura de la negociación colectiva en el sector de la hostelería e introducir disposiciones sobre determinados aspectos como clasificación profesional, periodo de prueba, contratos formativos o régimen disciplinario laboral, entre otros. Desde el punto de vista de su eficacia, se trata -como reconoce el artículo 3- de un acuerdo de eficacia general, negociado y pactado conforme lo dispuesto en el Título III del Estatuto de los Trabajadores.

En relación con el ámbito funcional, el ALEH es de aplicación a las empresas y personas trabajadoras del sector de la hostelería, en el que se incluyen expresamente una gran variedad de supuestos, tanto de establecimientos que presten servicios de hospedaje a clientes -hoteles, hostales, residencias, balnearios, alojamientos rurales o centros de camping, entre otros- o empresas que presten servicio de comida y bebida para su consumo por el cliente -desde comedores colectivos, hasta cibercafés, pasando por tablaos, pizzerías o salones de té, entre otros muchos¹⁹-.

En referencia a las materias que son objeto de tratamiento en el Convenio 172 OIT -básicamente jornada y horario-, no hay disposiciones específicas en el ALEH V con la salvedad de las medidas relativas a la igualdad y que se concretan en lo previsto en el art. 45.6 donde se recoge un mandato para que los convenios colectivos de ámbito inferior, promuevan medidas de flexibilización de la jornada laboral y del horario de trabajo, que

¹⁷ Resolución de 6 de mayo de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2015.

¹⁸ El primer ALEH fue firmado en Madrid el 13 de junio de 1996 (BOE 2 agosto 1996) y estuvo en vigor desde su firma hasta el 31 de diciembre de 2000. El ALEH II, se suscribió en Bilbao con fecha 27 de mayo de 2002 (BOE 1 julio 2002) y estuvo vigente desde el día 1 de enero de 2001 hasta el día 31 de diciembre de 2004. El ALEH III fue ratificado en Barcelona el día 4 de marzo de 2005 (BOE 5 mayo 2005), con vigencia desde el 1 de enero de dicho año hasta el día 31 de diciembre de 2009. Por último, el ALEH IV fue firmado en Santander, el 27 de julio de 2010 (BOE 30 septiembre 2010), estuvo en vigor desde el 1 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2014.

¹⁹ La completa enumeración de establecimientos y actividades incluidas en el sector de la hostelería, a efectos de la aplicación del Acuerdo, puede verse en el artículo 4 ALEH. Bien es cierto que, como señala el mismo precepto, la enumeración que lleva a cabo no es exhaustiva, por lo que es susceptible de ser ampliada con otras actividades que figuren en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) actual o futura. No obstante, la inclusión de una nueva actividad en el ámbito funcional del Acuerdo requiere pacto previo de la Comisión negociadora.

faciliten el derecho efectivo a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de los trabajadores varones en las labores domésticas y en la atención a la familia. Asimismo, se llama a que se adapten las regulaciones convencionales sobre jornada y descansos, incluidos permisos, excedencias, reducciones y adaptaciones de jornada y vacaciones, a las modificaciones contenidas en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Más allá de la específica mención a las vacaciones en el seno de las medidas de igualdad ya citadas, el vigente ALEH no contempla ninguna disposición específica.

Por otra parte, también debe tenerse en cuenta la existencia de normas específicas -de carácter reglamentario- referidas a la jornada de trabajo en el sector de la hostelería. Se trata de la Sección tercera del Capítulo II del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, donde se hace una referencia específica a los sectores del comercio y del turismo (artículos 6 y 7 RD 1561/1995). En concreto, se permite flexibilizar -mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores- el régimen de descanso semanal previsto con carácter general en el artículo 37.1 ET. Así, se prevé la posibilidad de separar el medio día de descanso respecto del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana. También se admite la acumulación del medio día de descanso semanal por períodos de hasta cuatro semanas. Esta acumulación podrá acordarse en períodos más amplios, que en ningún caso podrán exceder de cuatro meses, a fin de adecuarlo a las necesidades específicas de las actividades estacionales de la hostelería, en particular en las zonas de alta afluencia turística, o para facilitar que el descanso se disfrute en el lugar de residencia del trabajador cuando el centro de trabajo se encuentre alejado de éste.

También con remisión a la negociación colectiva o pacto de empresa se permite acordar la reducción a diez horas del descanso entre jornadas previsto en el artículo 34.3 ET y su compensación de forma acumulada.

6. Las memorias de análisis y los pronunciamientos de la Comisión de Expertos

El artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo establece que “cada uno de los Miembros se obliga a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se

haya adherido”²⁰. Por su parte, y como ya se ha señalado, el Convenio objeto de este comentario recoge que cada Estado Miembro que lo ratifique tiene la obligación de indicar en la primera memoria los tipos de establecimientos y trabajadores excluidos; mientras que en las memorias subsiguientes deberá señalar el estado de la legislación y la práctica respecto de los establecimientos excluidos; así como todo progreso realizado hacia una aplicación más amplia del Convenio (arts. 1.4 y 2.2. respectivamente).

En cumplimiento de sus obligaciones, España ha ido presentando las correspondientes memorias vinculadas al Convenio 172²¹, que a su vez fueron objeto de examen por la [Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones](#)²².

En relación con la última memoria, presentada el año 2014, la Comisión - en su pronunciamiento²³- tomó nota del IV Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal del Sector de la Hostelería (ALEH) y de los dos nuevos capítulos que contemplaba: uno sobre la igualdad efectiva de mujeres y hombres y otro sobre la prevención de riesgos laborales y seguridad y salud en el trabajo. Igualmente cabe destacar su toma de conocimiento de la reforma laboral de 2012 (Ley 3/2012, de 6 de julio), en particular de algunos aspectos como la prioridad aplicativa de los convenios de empresa respecto de los convenios colectivos sectoriales en relación con algunas materias -especialmente a la cuantía del salario, la duración de la jornada o las vacaciones anuales pagadas-. También de la supresión de las categorías profesionales en detrimento de los grupos en la clasificación profesional

²⁰ En concreto, cuando un país ratifica un convenio de la OIT, se ve obligado a presentar memorias regulares sobre las medidas que ha arbitrado para aplicarlo: Cada tres años, los gobiernos deben transmitir memorias con información detallada sobre las medidas que se han adoptado, en la legislación y en la práctica, para aplicar cualquiera de los ocho Convenios fundamentales y los cuatro Convenios de gobernanza que hubiesen ratificado. Cada cinco años, las memorias de los demás Convenios.

²¹ En concreto, España presentó la correspondiente memoria en los años 1995, 1998, 2003, 2008 y 2014.

²² La Comisión de Expertos está compuesta por 20 juristas eminentes, nombrados por el Consejo de Administración por períodos de tres años. El cometido de la Comisión de Expertos es la realización de una evaluación técnica imparcial del estado de la aplicación de las normas internacionales del trabajo, efectuando dos tipos de comentarios: observaciones y solicitudes directas: las primeras contienen comentarios sobre las cuestiones fundamentales planteadas por la aplicación de un determinado convenio por parte de un Estado y son objeto de publicación en el informe anual de la Comisión; mientras que las solicitudes directas se relacionan con cuestiones más técnicas o con peticiones de más información y no se publican en el informe, sino que se comunican directamente a los gobiernos afectados.

²³ Se trata de una [solicitud directa, publicada en la 104^a reunión CIT \(2015\)](#).

de los trabajadores.

La Comisión hace constar la crítica del sindicato UGT²⁴ sobre las graves consecuencias de estas medidas en la hostelería, un sector que esta organización califica ya de precario. Por su parte, la confederación sindical CC.OO. trasladó a la OIT la pretendida contradicción entre la regulación de la modificación sustancial (artículo 41 ET) con las previsiones del RD 1561/1995, en la medida en que la norma reglamentaria permite modificar el descanso semanal mediante acuerdo convenio o pacto de empresa, mientras que el artículo 41 ET habilita al empresario a modificar unilateralmente las condiciones de trabajo, entre ellas la jornada.

El Gobierno responde a los comentarios de ambos sindicatos remitiendo a la regulación del descuelgue del convenio (artículo 82.3 ET) que requiere de acuerdo para llevarse a cabo y justificando la supresión de las categorías profesionales en aras de favorecer la movilidad funcional. Por su parte, la Comisión de Expertos solicita al Gobierno que continúe informando sobre la aplicación del Convenio de Hostelería y también que precise de qué manera las reformas laborales afectan a los trabajadores ocupados en la hostelería y restauración. Cuestiones sobre las que tendrá que dar cuenta en la próxima memoria regular que deberá remitir en el año 2020.

7. Conclusión

Entre los Convenios denominados técnicos, aprobados por la Organización Internacional del Trabajo, se encuentra el Convenio número 172 sobre las condiciones de trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares. Su objetivo es mejorar en este ámbito la aplicación de los convenios generales para todos los trabajadores, en beneficio de las condiciones de trabajo en este concreto sector.

Como ocurre en ocasiones con este tipo de instrumentos internacionales, su contenido adolece de cierta amplitud e imprecisión a través, por ejemplo, de la alusión a parámetros como la razonabilidad en alguna de las materias tratadas, que se limitan básicamente a cuestiones de jornada, horario y descansos, así como a la remuneración, con una específica alusión a las propinas, tan características de este sector profesional. A ello se une también la remisión de algunos aspectos -como la compensación del trabajo en días festivos o la duración de las vacaciones anuales

²⁴ Hay que tener en cuenta que los gobiernos deben comunicar copias de sus memorias a las organizaciones de empleadores y de trabajadores; y que estas pueden formular comentarios en torno a las memorias de los gobiernos; además de que pueden enviar comentarios sobre la aplicación de los Convenios directamente a la OIT.

retribuidas- a la negociación colectiva o legislación nacional.

La amplitud del Convenio se corrige en parte en la Recomendación 179 sobre las condiciones de trabajo en hoteles, restaurantes y establecimientos similares, aprobada en la misma fecha que el Convenio. Especialmente en materia de descansos, contiene disposiciones más concretas -por ejemplo, contempla el derecho a un descanso diario de 10 horas seguidas, como promedio, o el derecho a vacaciones remuneradas no inferior a 4 semanas-. También se refiere expresamente al correcto registro de la jornada de trabajo -tanto ordinaria como extraordinaria- en este concreto sector de actividad.

España ratificó este Convenio el 17 de mayo de 1993. En ese momento -y también en la actualidad-, puede decirse que el estado de la legislación laboral y de la negociación colectiva general -y específicamente en el sector de la hostelería- ha superado los estándares previstos por el Convenio 172 y la Recomendación 179. No obstante, no pueden obviarse algunos factores que, pese a no estar contemplados en el Convenio, afectan a las relaciones laborales en este ámbito. Uno de ellos es el elevado índice de temporalidad asociado a un evidente factor de estacionalidad en el sector; de otra parte, la especial incidencia en este ámbito de los trabajos familiares que -en los términos previstos en el artículo 1.3, e) ET- están excluidos del ámbito laboral y por tanto de la específica protección que le es propia.

8. Bibliografía

DE VAL ARNAL J.J., *La propina y su régimen jurídico en España. Estudio de dos sectores: hostelería y juegos de azar*, en AA.VV. (E. DE LA VILLA GIL dir.), *Estudios sobre el salario*, ACARI, Madrid, 1993

GARCÍA DE LA ROJA C., *La especificidad jurídico laboral del sector de la hostelería*. Tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, 2005

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla*, Reunión de expertos para elaborar un repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia y el estrés en el trabajo en el sector de los servicios: una amenaza para la productividad y el trabajo decente, 8-15 de octubre de 2003, Ginebra

Web sites

www.unwto.org

www.ilo.org

www.mincetur.gob.es

www.congreso.es

www.boe.es

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador 1992 (núm. 173)

Virgilio TÉLLEZ VALLE*

RESUMEN: El presente trabajo tiene como finalidad comentar el Convenio n. 173 de la OIT en cuanto norma internacional más moderna que intenta proteger los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario a través de dos mecanismos: un privilegio y una institución de garantía. Igualmente, respecto de esta última medida protectora, se hará una breve referencia a la Directiva 2008/94/CE, para terminar analizando la adecuación del derecho español a esas normas supranacionales e internacionales.

Palabras clave: Créditos laborales, protección, insolvencia empleador.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Ámbito subjetivo de aplicación. 3. Concurrencia del presupuesto: la insolvencia. 4. Protección del crédito laboral. 4.1. La determinación del crédito laboral digno de protección. 4.1.1. Las previsiones al respecto del derecho español. 4.1.2. Las limitaciones cuantitativas del crédito. 4.2. Protección por medio de un privilegio. 4.2.1. La extensión temporal del privilegio. 4.2.2. El rango del privilegio. 4.3. Protección por medio de una institución de garantía. 4.3.1. La institución de garantía en el derecho español. 4.3.2. La extensión temporal de la garantía. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Letrado de la Seguridad Social. Profesor asociado de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura.

Protection of Workers' Claims (Employer's Insolvency) Convention 1992 (No. 173)

ABSTRACT: The purpose of this paper is to comment on ILO Convention No. 173 as the most modern international standard that seeks to protect worker claims in the event of the insolvency of the employer through two mechanisms: a privilege and a guarantee institution. Likewise, with respect to this last protective measure, a brief reference will be made to Directive 2008/94/EU, to finish by analysing the adaptation of Spanish law to these supranational and international norms.

Key Words: Workers' claims, protection, employer's insolvency.

1. Introducción

La expresa protección de los créditos laborales a nivel internacional tuvo su punto de arranque con la aprobación del Convenio n. 95 de 1 de julio de 1949 sobre protección del salario¹, en cuyo art. 11 se estableció la preferencia del crédito salarial en caso de quiebra o liquidación judicial de una empresa. No obstante, con el paso de los años y la evolución económica/jurídica de los países más avanzados, citado Instrumento dio muestras de insuficiencia y de necesitar una mejora, pues limitaba las preferencias del salario a supuestos de ejecución colectiva del patrimonio del empleador y, además, sin referencia alguna a la existencia de una institución de garantía, que asegurase el cobro en caso de insuficiencia patrimonial. Esa situación vino a corregirse con el Convenio n. 173 sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, de 23/6/1992, que entró en vigor de forma general el 8/6/1995², y para España, el 18/5/1996, doce meses después de haberse registrado la ratificación por nuestro país³, que tuvo lugar por Instrumento de 28/4/1995⁴.

La relevancia del presente Convenio sobre su precedente radica en que el foco no se centra exclusivamente en la protección del crédito salarial mediante un privilegio; protección que se reitera y perfecciona, sino que, además, como subraya su Preámbulo, se considera que deben tenerse presentes otros principios hasta entonces ajenos, como la rehabilitación de empresas insolventes, que permitan la continuidad de la actividad empresarial frente a la liquidación de las empresas, como demostración del mayor beneficio que para la sociedad y, por extensión, a los propios trabajadores, produce, habida cuenta que se favorece de ese modo el mantenimiento del empleo y el impulso de la actividad económica. A lo anterior, debe añadirse igualmente que la experiencia de muchos estados miembros en la constitución de instituciones de garantía del crédito laboral ha mostrado una mejor protección del mismo, llevando a adoptar

¹ Ratificado por España el 12/6/58 y publicado el 22/8/59. Como antecedente más remoto podría citarse el art. 11 del Convenio n. 17 sobre la indemnización por accidente de trabajo de 1925 (ratificado por España el 24/5/1928), que estableció la garantía en relación con la indemnización a abonar a las víctimas de accidentes laborales o sus causahabientes en caso de insolvencia del empleador.

² Una vez transcurridos doce meses desde que fue registrada por el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo la ratificación de Australia, segundo país en llevarla a cabo (art. 16.2 del Convenio).

³ Conforme dispone el art. 16.3 del propio Convenio.

⁴ BOE, 21 junio 1995. Hasta la fecha, ha sido objeto de ratificación por 21 países miembros.

una norma en tal sentido.

El presente Convenio resulta completado, con el valor que corresponde⁵, por la Recomendación R180 de 1992, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. Del mismo modo, debe tenerse presente que con similares objetivos en el marco de la Unión Europea se aprobó la Directiva 2008/98/CE del Parlamento y del Consejo de 22/10/08, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, si bien ésta sólo aborda la materia de las instituciones de garantía⁶. Tal Directiva ha supuesto tanto la codificación de la anterior normativa⁷, como el cumplimiento de la Carta Social de los derechos fundamentales de los trabajadores adoptada el 9/12/89, cuyo punto 7 dispone la reglamentación de los procedimientos de despido y quiebras como uno de los modos de obtener una mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores de la Comunidad.

El análisis del Convenio 173 y, en menor medida de la Directiva, obligará a preguntarnos igualmente si el derecho interno se acomoda o no a las previsiones que contienen, lo que nos llevará a estudiar el contenido de los arts. 32 y 33 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y los correspondientes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC).

Indicar por último que el presente comentario analizará los principales preceptos del Convenio, siguiendo su estructura. La norma se subdivide en tres partes bien diferenciadas: en la parte I, intitulada *Disposiciones Generales* donde se efectúa la definición del término insolvencia, clave a lo largo del articulado, y, además se trata la posibilidad de aceptación parcial del propio Convenio así como su el ámbito subjetivo de aplicación; en la parte II, se detalla la protección de los créditos laborales por medio de un privilegio, con concreción de los que resultan protegidos, así como la extensión, rango y limitaciones de esos privilegios; por último, en la parte III se trata la protección de los créditos por una institución de garantía.

⁵ El de dirigir y orientar la acción política legislativa y práctica de los gobiernos, sin crear obligaciones jurídicas directas (*vid.* A. ARIAS DOMÍNGUEZ, *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, Laborum, 2002, pp. 76-77) y sin desconocer el valor interpretativo y aclaratorio que de los propios Convenios le atribuye a las Recomendaciones el Tribunal Constitucional (STC 184/1990 y STC 38/1981).

⁶ En tal sentido J.L. GIL Y GIL, *El Convenio número 173 de la OIT, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario*, en *Documentación Laboral*, 1995, n. 46, p. 275.

⁷ Habida cuenta las modificaciones que había sufrido la Directiva original 80/987/CEE del Consejo de 20/10/1980.

2. Ámbito subjetivo de aplicación

Conforme al art. 4 del Convenio, el mismo se aplica, de manera general, a todos los trabajadores asalariados⁸ y a todos los sectores de actividad económica. Esa generalidad se ve no obstante matizada en el propio precepto⁹, donde se permite a las autoridades competentes la exclusión de determinadas categorías de trabajadores bien de la parte II, bien de la parte III, o de ambas, señalándose de modo expreso a los funcionarios por la particularidad de su relación de empleo, si bien se permite la extensión a otros colectivos a los que se les ofrezca una protección equivalente a la que se recoge en el propio Convenio¹⁰.

En aplicación de esas posibles excepciones, España, en el Instrumento de Ratificación, ha excluido expresamente de las obligaciones de la parte II del mismo al personal al servicio de la Administración Pública, lo cual resulta de todo punto lógico habida cuenta que la situación de insolvencia que posibilita la protección del crédito laboral que regula esa parte del Convenio, no es predictable por definición de la Administración Pública, cuyos bienes demaniales son inembargables¹¹.

También ha excluido nuestro país, esta vez de la parte III, a las personas con relación laboral especial al servicio del hogar familiar. Esta exclusión, que ya venía anticipada en el Real Decreto que inicialmente reguló esta relación laboral especial¹², se ha mantenido en su actual marco normativo¹³, lo que sin embargo resulta criticable, pues a diferencia de lo requerido por el Convenio, no existen otras garantías equivalentes a las que recoge el mismo para proteger los créditos laborales de este colectivo, que puede resultar afectado por la insolvencia del empleador como cualquier otro¹⁴. Y ello, sin desconocer las verdaderas razones que puedan

⁸ Concepto que habrá que entender en los términos en los que se describa en cada una de las legislaciones nacionales, conforme al art. 2 del Convenio.

⁹ En términos prácticamente idénticos se detalla por el art. 1.2 de la Directiva 2008/94/CE.

¹⁰ Circunstancia esta última que se ha asociado a la posibilidad de que compañías aseguradoras protejan los créditos laborales en lugar de una institución pública, *ex art. 11.2 del Convenio. Vid. M. RAMOS TORRES, La protección de créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. A propósito de la entrada en vigor del convenio número 173 de la O.I.T. 1992, en Tribuna Social, 1997, n. 74, p. 24.*

¹¹ Art. 6.a, Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. En cuanto a los bienes patrimoniales y el cumplimiento de resoluciones judiciales, art. 23 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

¹² Disposición Adicional del RD 1424/1985, de 1 de agosto.

¹³ Art. 3, RD 1620/2011, de 14 de noviembre.

¹⁴ J. GARCÍA MURCIA, *El fondo de Garantía Salarial*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983, p. 135.

subyacer en esta exclusión, en cuanto a la facilidad para llevar a cabo actuaciones fraudulentas en un marco laboral basado en la confianza mutua¹⁵.

3. Concurrencia del presupuesto: la insolvencia

Como venimos indicando, la protección de los créditos laborales exige la insolvencia del empleador. Y ello, tanto al hablar de privilegios en el art. 5, como en el art. 9 para la institución de garantía. Es por ello, que el Convenio resulta obligado a definir ese concepto que abre la puerta a los mecanismos protectores que el mismo regula. En tal sentido, el art. 1.1 exige que se constate la apertura de un «procedimiento relativo a los activos de un empleador, con objeto de pagar colectivamente a sus acreedores»; esto es, la existencia de una ejecución universal frente a su patrimonio que, en el derecho patrio, se traduce en la institución del concurso de acreedores.

Esta situación de ejecución universal, que es la que únicamente se contempla en el Convenio n. 95 (art. 11) y la que se recoge en exclusiva en el art. 2.1 de la Directiva 2008/98/CE, se completa con posibles asimilaciones por el derecho interno de los estados miembros al concepto dado de insolvencia, «a otras situaciones en las que no puedan pagarse los créditos laborales a causa de la situación financiera del empleador¹⁶, por ejemplo cuando el monto del activo del empleador sea reconocido como insuficiente para justificar la apertura de un procedimiento de insolvencia¹⁷. Sin embargo, se muestra insuficiente para abarcar todas las

¹⁵ R. ROQUETA BUJ, *La acción protectora del FOGASA*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 68-69.

¹⁶ Como podría ser el supuesto de embargo de bienes afectados al proceso productivo regulado en el art. 277 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), en el que se permite la declaración de insolvencia a los solos efectos de acceso a las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), si existe riesgo sobre la continuidad en las relaciones laborales de procederse a la ejecución de los bienes de la empresa. Con esta previsión sí que se cumple realmente con el principio informador de Convenio 173, novedoso respecto del 95, de no sólo centrarse en la insolvencia del empleador, sino también, de permitir la subsistencia de la empresa y el mantenimiento del empleo. *Vid.* M. RAMOS TORRES, *op. cit.*, p. 24.

¹⁷ Este ejemplo, que también se contiene como opción en el art. 2.1.b de la Directiva, no resulta de aplicación en España, por cuanto que la inexistencia de un activo mínimo no puede esgrimirse como causa que impida la declaración de concurso, conforme a la doctrina de las Audiencias Provinciales. *Vid.* N.A. ORELLANA CANO, *Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008 relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario*, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2009, n. 10 (p. 4, PDF-La Ley 41746/2008).

posibles situaciones en que el empresario no puede abonar los créditos debidos a sus empleados, pues no contempla las comunes situaciones de impago que se constatan en procedimientos ante la jurisdicción laboral en los que, tras el correspondiente trámite ejecutivo instado por el trabajador, se disputa por un tercero un derecho de cobro preferente sobre el bien embargado (ejecución singular) o se acaba declarando la insolvencia del empleador. Y son estas precisamente las situaciones que también contempla la normativa española, amén de la prevista del concurso de acreedores, con lo que en este aspecto es más amplia y favorable¹⁸ que la prevista en el Convenio. Así, en cuanto al mecanismo protector de la institución de garantía, el art. 33.1 ET exige la constatación de la insolvencia¹⁹ o el concurso del empresario y, en cuanto a los privilegios del crédito, dispone el art. 32.5 ET que las preferencias del salario se aplican a todos los supuestos en que los créditos laborales concurren con otro u otros sobre bienes del empresario, siempre que no estuviera declarado éste en concurso, pues, en otro caso, habrá que acudir a lo dispuesto expresamente en la Ley Concursal. Esto es, el derecho español contempla la protección del crédito laboral tanto en ejecuciones singulares como universales, partiendo de la base de que en los supuestos de ejecuciones singulares, en los que las preferencias se ejercitan a través de la tercería de mejor derecho, en teoría no resulta necesaria la declaración de insolvencia, aunque en la práctica, la disputa por el orden de cobro respecto al importe a obtener sobre el bien embargado haga presumirla de facto²⁰.

4. Protección del crédito laboral

Siendo el objeto del Convenio la protección del crédito laboral, el mismo prevé, como anticipamos, dos mecanismos al efecto; por un lado, la atribución de un privilegio al referido crédito, de manera que lo proteja frente a otro u otros acreedores no privilegiados del empresario con los que pueda concurrir (parte II) y, por otro lado, la protección de esos

¹⁸ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, J.R. MERCADER UGUINA, *Convenio 173 de la OIT sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y su impacto en el ordenamiento jurídico español Junio-Julio 1995*, en *Relaciones Laborales*, 1995, n. 2 (p. 4, PDF-La Ley 1130/2001).

¹⁹ Insolvencia que, conforme el art. 33.6 ET, se entiende que existe cuando instada la ejecución en la forma establecida en la LRJS, no se consiga la satisfacción de los créditos laborales.

²⁰ En el mismo sentido, B. RÍOS SALMERÓN, *Garantías del salario y Fondo de Garantía Salarial: el privilegio y la institución de garantía como mecanismos de protección del crédito laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, n. 38, p. 188.

mismos créditos por una institución de garantía, cuando no puedan ser saldados por la constatada insolvencia del empresario (parte III). Como España ha ratificado expresamente esas dos partes del Convenio²¹, por aplicación del art. 3.6 del mismo, se ponen fin a las obligaciones dimanantes del art. 11 del Convenio n.º 95 de 1949, sobre protección del salario, habida cuenta que la parte II del Convenio 173 supera el listón protector consignado en su precedente.

La razón última de estos mecanismos de protección tiene su justificación en que, para la inmensa mayoría de los trabajadores, el salario es la principal o única fuente de ingresos, por lo que debe constituir una preocupación político-social de primer orden la puntual y efectiva percepción de los mismos²². Esa importancia nos lleva a analizar por separado esos dos mecanismos de garantía, si bien, con carácter previo, detallaremos los créditos laborales que son objeto de protección por ambas soluciones.

4.1. La determinación del crédito laboral digno de protección

Los arts. 5, parte II, y 9, parte III, definen esos créditos laborales como los adeudados a los trabajadores por sus empleadores, en razón de su empleo, para concretarlos posteriormente en los arts. 6 y 12 en salarios, las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas u otras ausencias retribuidas y las indemnizaciones por fin de servicios debidos al trabajador con motivo de la terminación de una relación de trabajo²³. Vemos cómo, por tanto, que se protege el “crédito laboral”, concepto más amplio que el de “salarios”, empleado por el art. 11 del precedente Convenio n.º 95, al incluirse en el texto en vigor expresamente las indemnizaciones por fin de servicios. No obstante, se dejan así al margen los créditos por impagos del empresario de las cuotas debidas a la Seguridad Social, que sí gozan de una protección diferente en el derecho interno²⁴, y que también son objeto de tratamiento por la Directiva (art. 6), si bien, sin carácter vinculante, al

²¹ El art. 3 del Convenio permite la ratificación por separado de cada una de las partes o de ambas conjuntamente, con diferentes consecuencias en cada caso respecto de las obligaciones derivadas del art. 11 del Convenio n.º 95.

²² B. RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios del crédito salarial*, Civitas, 1984, p. 36.

²³ La Directiva 2008/94/CE en su art. 3 circunscribe la protección a los créditos impagados a los trabajadores que resulten de los contratos de trabajo o relaciones laborales, incluidas las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral, cuando así lo disponga el derecho interno.

²⁴ Arts. 25 y 162, RD Legislativo 8/15, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).

supeditarse su protección por una institución de garantía a la voluntaria decisión de cada estado miembro.

4.1.1. Las previsiones al respecto del derecho español

Resulta ahora necesario analizar si las disposiciones hasta ahora detalladas del Convenio ratificado son cumplidas por el derecho español, tanto a efectos de privilegio como de protección por la institución de garantía. Comenzaremos por los privilegios. Como venimos haciendo, hay que distinguir entre privilegios en ejecuciones singulares²⁵ y colectivas. En el primer caso, la regulación se contiene en el art. 32 ET; precepto que habrá que relacionar – por remitirse indirectamente – con el art. 26 ET en cuanto al concepto de salario, el cual incluye no sólo las percepciones en dinero o en especie por la prestación de servicios, sino también, las retribuciones por los períodos de descanso computables como de trabajo, cubriendose por ello, tal y como exige el art. 6 del Convenio, tanto las cantidades abonadas por vacaciones, como las que tengan origen en descanso semanal, fiestas y permisos retribuidos. Del mismo modo, el art. 32.3 ET también incluye dentro de la garantía las indemnizaciones por despido, previsión ésta más estricta, que no se adecúa a la amplia referencia del Convenio a las «indemnizaciones por fin de servicios»²⁶. Es por ello que, partiendo de que el sistema español se califica de «monista moderado»²⁷ en el sentido de que las normas contenidas en Convenios Internacionales – como los de la OIT – son directamente aplicables e invocables siempre que se hayan publicado oficialmente, y dada su posición jerárquica situada entre la Constitución y las leyes ordinarias²⁸, puede defenderse la ampliación del privilegio a otro tipo de indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato, en los términos que recoge el propio art. 33.2 ET, habida cuenta que el art. 6.d del Convenio está redactado con la suficiente precisión como para considerarlo en este aspecto autosuficiente (*self-executing*), no necesitado de

²⁵ Privilegios de gran tradición histórica en el derecho español hasta el favorecimiento de los créditos hipotecarios por el Código Civil y la Ley Hipotecaria de 1861. *Vid.* B. RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios del crédito salarial*, cit., p. 89.

²⁶ M. RAMOS TORRES, *op. cit.*, p. 27.

²⁷ B. RÍOS SALMERÓN, *Garantías del salario y Fondo de Garantía Salarial: el privilegio y la institución de garantía como mecanismos de protección del crédito laboral*, cit., pp. 89-90.

²⁸ Arts. 96.1 CE y 1.5 CC. *In extenso* sobre este particular A. ARIAS DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 125 ss.

complemento legislativo nacional²⁹.

Por el contrario, en el caso de las ejecuciones universales, la normativa patria pasa con nota la comparación, y ello, a pesar de que la aprobación de la LC suprimió el derecho de ejecución separada que el art. 32.5 ET reconocía a los créditos laborales en los supuestos de ejecución colectiva, obligándoles ahora a concurrir con los restantes acreedores. La protección actual de los créditos laborales en este tipo de ejecuciones puede ser, de ordinario, cuádruple:

- 1) como créditos contra la masa los salarios de los últimos 30 días previos a la declaración del concurso hasta el doble del SMI (art. 84.2.1 LC), o los generados tras su declaración, más las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos (art. 84.2.5 LC);
- 2) como créditos con privilegio especial los que tengan naturaleza refaccionaria (art. 90.1.3 LC);
- 3) como créditos con privilegio general los restantes créditos por salarios hasta el triple del SMI por el número de días de salario pendientes de pago y las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del SMI, así como las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración del concurso (art. 91.1 LC);
- 4) como créditos ordinarios todos los demás (art. 89.3 LC)³⁰.

De lo expuesto igualmente observamos cómo los créditos protegidos lo son por salarios, que incluirían por tanto todos los conceptos del art. 26.1 ET ya referidos, mientras que, en cuanto a las «indemnizaciones por fin de servicios» comprobamos cómo los arts. 84 y 91 LC cumplen con tal previsión, pues no solo hacen referencia a las derivadas del despido (como vimos en el art. 32 ET), sino, de manera mucho más amplia, a las que

²⁹ De esa opinión, aunque extendiendo la cobertura a todo tipo de indemnizaciones, B. RÍOS SALMERÓN, *Garantías del salario y Fondo de Garantía Salarial: el privilegio y la institución de garantía como mecanismos de protección del crédito laboral*, cit., p. 90, a pesar de lo decidido por el TS en sus sentencias de 21/10/2001 (rec. 102/2001) y 26/12/2001 (RJ 2002\2205), que entendieron que las indemnizaciones por fin de obra recogidas en un convenio colectivo no estaban contenidas en la redacción del art. 33.2 ET a la sazón vigente, por cuanto que tanto este precepto como el art. 12.d del Convenio (de directa aplicación) sólo se referían a indemnizaciones debidas cuando la terminación del contrato se producía a iniciativa del empleador.

³⁰ La categoría de créditos subordinados queda, salvo para los intereses por mora (art. 92 LC), vedada a los créditos de los trabajadores. *Vid.* I. BAJO GARCÍA, *Cuestiones socio-laborales del proceso concursal: luces y sombras*, en *Aranzadi Social – Revista Doctrinal*, 2013, n. 6 (p. 19, PDF-BIB 2013/1562).

tengan su origen en la «extinción de los contratos»³¹, adecuándose así a la previsión de la norma internacional.

En cuanto a la institución de garantía, el art. 33.1 ET sí entendemos que cumple con las previsiones internacionales, delimitando los créditos laborales a proteger en idénticos términos tanto para los supuestos de ejecución singular como colectiva. Se protegen los salarios pendientes de pago, con remisión en cuanto a su concepto al citado art. 26.1 ET y, por tanto, incluyendo las referencias del Convenio a las vacaciones y las ausencias retribuidas, a lo que, además, el texto estatutario incluye los salarios de tramitación. Por otro lado, en materia de indemnizaciones, la previsión del Convenio respecto de la cobertura por las que correspondan por «fin de servicios adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo» el art. 33.2 ET incluye las indemnizaciones por despido (como en exclusiva hace el art. 32.3 ET) o extinción de los contratos conforme a los arts. 50, 51 y 52 ET y 64 LC, a lo que se añaden además las debidas por terminación de contratos temporales en los casos que legalmente procedan. Por tanto, entendemos que sí se produce el ajuste del precepto con la previsión del Convenio ya que esas indemnizaciones por fin de servicios deben interpretarse estrictamente referidas a las que tienen su iniciativa en el empleador y no de común acuerdo o a instancia del trabajador, tal y como ha reconocido el TS³² y corroborado la propia Oficina Internacional del Trabajo de la OIT³³.

4.1.2. Las limitaciones cuantitativas del crédito

De manera idéntica tanto para los créditos protegidos por un privilegio (art. 7), como por una institución de garantía (art. 13), el Convenio prevé que los mismos puedan resultar limitados por un monto prescrito, que no

³¹ Incluyendo todos los supuestos de extinción indemnizada, como los previstos en los arts. 40 y 41 ET. *Vid.* B. RÍOS SALMERÓN, *Privilegios de los créditos laborales en situaciones concursales*, en *Relaciones Laborales*, 2003, n. 23 (pp. 9 y 14, PDF-La Ley 1944/2003).

³² Sentencias citadas de 21/10/2001 y 26/12/2001.

³³ A través de opiniones informales formuladas proponiendo esa interpretación, tal y como recoge expresamente la Solicitud Directa de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) – Adopción: 2004, Publicación: 93^a reunión CIT (2005) – al analizar las memorias remitidas por el Gobierno de España en relación con el Convenio 173, donde se hacía referencia a las referida STS de 26/12/2001. De opinión diferente, en favor de una interpretación amplia que incluya las indemnizaciones de los arts. 40 y 41 ET, B. RÍOS SALMERÓN, *Comentarios al artículo 33 ET*, en AA.Vv., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 2005, p. 244.

deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable³⁴ Con ello, se intenta salvaguardar un reducto de dignidad, el cual, para evitar los estragos de la inflación, necesita ser reajustado cuando proceda, para mantener su valor (art. 7.2).

En el derecho español, esos límites están expresados en los arts. 32 y 33 ET con referencias al doble o triple del Salario Mínimo Interprofesional (SMI), según los créditos³⁵. En las ejecuciones universales, idénticas referencias se prevén en el art. 91.1 LC en cuanto créditos con privilegio general (triple SMI) y en el art. 84.2.1 LC en cuanto créditos contra la masa los 30 últimos días (doble SMI). Ese suelo mínimo salarial tiene prevista igualmente su actualización anual, o incluso semestral, conforme a los parámetros contenidos en el art. 27.1 ET.

4.2. Protección por medio de un privilegio

4.2.1. La extensión temporal del privilegio

Como venimos indicando, la parte II del Convenio principia en su art. 5 con la obligación de proteger los créditos laborales con un privilegio³⁶ como modo de que resulten saldados con preferencia a otros acreedores concurrentes que no ostenten un beneficio equivalente. La extensión del mismo debe alcanzar unos mínimos temporales que se concretan en el art. 6 para los créditos salariales del siguiente modo:

- los salarios correspondientes a los tres meses previos a la insolvencia o a la extinción de la relación laboral;
- las cantidades debidas en concepto de vacaciones correspondientes al año en curso en que sobreviene la insolvencia o la extinción de la relación, así como las correspondientes al año anterior;

³⁴ Conforme a la Recomendación n. 180, para la fijación de la aceptabilidad del monto deberían tenerse en cuenta variables como el salario mínimo, la fracción inembargable del salario, el salario que sirva de base para calcular las cotizaciones a la seguridad social o el salario medio en la industria.

³⁵ Con importantes reducciones operadas por el RDL 20/2012, de 13 de julio, para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, al dar nueva redacción al art. 33.1, 2 y 3 ET en cuanto a la protección por el FOGASA, pasando el monto mínimo del triple al doble del SMI en cuanto a salarios pendientes de pago y los tomados como base para el cálculo de la oportuna indemnización, bien en ejecuciones singulares o en concursos de acreedores.

³⁶ Debe tenerse presente que, conforme al art. 3.5 del propio Convenio, los créditos protegidos por la institución de garantía podrán ser excluidos de este privilegio, si el Estado Miembro ha aceptado las obligaciones de la parte II y la III.

- las cantidades debidas por otras ausencias retribuidas por periodo de al menos tres meses computados de idéntico modo.

El derecho español se adecúa a las anteriores previsiones, como podemos comprobar de seguido. Para el supuesto de ejecuciones singulares por cuanto que si bien el art. 32 ET (apartado 1) limita los créditos superprivilegiados a los debidos por los últimos 30 días de trabajo (previsión temporal inferior a la del Convenio), los apartados 2 y 3 del mismo precepto, compensan tal restricción al no establecer limitaciones temporales ni para los créditos refaccionarios, ni para los restantes con privilegio general, de modo que si concurren con otros acreedores podrán hacerse valer cualquiera que haya sido la fecha de devengo de los mismos. En materia de ejecuciones universales, debemos hacer extensiva la anterior reflexión afirmativa pues, como anticipamos, la limitación temporal sólo es predicable por los salarios de los últimos 30 días de trabajo efectivo previos a la declaración del concurso (art. 84.2.1 LC), sin que afecten a los refaccionarios (art. 90.1.3 LC) ni a los restantes créditos salariales (art. 91.1 LC), ni a los generados por la continuidad de la actividad (art. 84.2.5 LC).

4.2.2. El rango del privilegio

La parte II del Convenio termina con el art. 8, que establece la obligación de las legislaciones nacionales de atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior a la mayoría de los demás créditos privilegiados, y especialmente frente a los créditos públicos de Hacienda y Seguridad Social. No obstante, y respecto a los de naturaleza pública, no será necesario ese rango superior si los créditos laborales estuvieran protegidos por una institución de garantía, que asegure de este modo su percepción en caso de insolvencia. Así ocurre en el derecho español, no sólo por la propia existencia del FOGASA, sino también, por cuanto que los créditos públicos, por naturaleza y de manera general, al margen de beneficios derivados de su anotación de embargo en el Registro de la Propiedad, tienen un nivel de protección inferior al que corresponde a los créditos laborales, tanto en ejecuciones singulares³⁷, como en sede de concurso de acreedores, donde los créditos por salarios de los últimos 30 días se

³⁷ Art. 1924.1 Código Civil, en relación con el art. 25 TRLGSS y art. 77 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. En estas ejecuciones, los créditos superprivilegiados y refaccionarios son preferentes incluso frente a los garantizados con derecho real, siendo éstos los únicos que se antepondrán al resto de créditos laborales (art. 32.3 ET).

consideran créditos contra la masa (art. 84.2.1 LC) y se satisfarán de manera inmediata, sin atender al criterio del vencimiento (art. 84.3 LC) y con preferencia a los créditos concursales (art. 154 LC); los refaccionarios gozan de privilegio especial (art. 90.1.3 LC), y se abonarán con preferencia con cargo a los bienes y derechos afectos (art. 155 LC); y los restantes créditos por salarios y las indemnizaciones, tendrán la consideración de privilegiados generales, conforme al art. 91.1 LC³⁸, satisfaciéndose conforme al orden de ese precepto, siendo que los créditos públicos se encuadrarán en el 91.2 LC (retenciones) o en el 91.4 LC hasta el 50% de su importe, considerándose el resto ordinarios o subordinados, los cuales serán abonados por ese orden con posterioridad a los privilegiados de quedar remanente (arts. 157 y 158 LC).

4.3. Protección por medio de una institución de garantía

Como venimos indicando, el Convenio 173 no sólo perfecciona el carácter preferente del crédito salarial, sino que mejora su protección con la introducción de una institución de garantía que asegure su cobro en caso de insolvencia del empresario, a la cual se le dedica la parte III. La existencia de esa institución de garantía resulta obligatoria cuando el pago no pueda ser efectuado por insolvencia del empleador (art. 9), previendo igualmente la posibilidad de que los países puedan adoptar las medidas que resulten apropiadas para evitar posibles abusos (art. 10).

Como anticipa el Preámbulo del Convenio, los privilegios crediticios han devenido insuficientes para proteger al trabajador, lo que, unido a la situación creada por la persistente crisis económica, ha motivado el establecimiento de organismos públicos de garantía³⁹. Es por ello que este conocido como “seguro de salarios” es una figura generalizada en nuestro entorno que, además, cumple con uno de los principios inspiradores del presente Convenio: la conservación de la empresa y el mantenimiento del empleo⁴⁰.

El Convenio (art. 11) se remite a la legislación o práctica nacional de cada Estado en cuanto al modo en que se articulará esa institución de garantía,

³⁸ Salvo que se hayan generado tras la declaración del concurso como consecuencia de la continuidad de la actividad empresarial, en cuyo caso serán créditos contra la masa (art. 84.2.5 LC) que se satisfarán conforme a su vencimiento con preferencia a los concursales.

³⁹ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, J.R. MERCADER UGUINA, *op. cit.* (p. 6, PDF-La Ley 1130/2001).

⁴⁰ M. RAMOS TORRES, *op. cit.*, p. 25.

tanto en su funcionamiento como en su financiación, permitiendo incluso que sean entidades privadas como las compañías de seguros las que desempeñen esta función.

4.3.1. La institución de garantía en el derecho español

En España, como sabemos, la función de garantía se otorgó al Fondo de Garantía Salarial, organismo autónomo de carácter administrativo, adscrito al actual Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, con personalidad jurídica propia para el cumplimiento de los fines contenidos en el art. 33 ET, que tuvo su origen en la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y con desarrollo reglamentario actual contenido en el RD 505/1985, de 6 de marzo. Su financiación tiene lugar fundamentalmente a través de las cotizaciones *ad hoc* a cargo exclusivo del empresario público o privado que emplee trabajadores por cuenta ajena⁴¹, y las cantidades obtenidas por subrogación en los derechos de los trabajadores, sin perjuicio de las transferencias que puedan fijarse en los Presupuestos Generales del Estado (art. 3, RD 505/85).

4.3.2. La extensión temporal de la garantía

La finalidad garantizadora de la institución debe cubrir unos mínimos temporales que aseguren la efectividad de los créditos, que se computarán desde la declaración de la insolvencia o la finalización de la relación laboral. El periodo asegurado diferirá en función de la naturaleza jurídica del crédito (art. 12). Así:

- en caso de salarios, un mínimo de ocho semanas;
- en el supuesto de vacaciones pagadas, correspondientes a un periodo determinado, que no deberá ser inferior a seis meses;
- en caso de otras ausencias retribuidas correspondientes a un periodo que no podrá ser inferior a ocho semanas;
- en caso de indemnizaciones por fin de servicios, no se establece limitación temporal alguna.

El derecho español mejora los anteriores mínimos. Así, en cuanto a los créditos salariales la garantía se extiende por el art. 33.1 ET hasta un

⁴¹ Calculadas sobre la base de cotización de contingencias profesionales (art. 33.5 ET) al tipo actual del 0,20% (art. 32 Orden TMS/83/2019, de 31 de enero).

máximo de 120 días⁴², mientras que en el caso de las indemnizaciones se establece sin embargo una limitación temporal máxima de una anualidad, sobre la base de 30 o 20 días de salario por año de servicio. Esta limitación anual, sin embargo, no supone contravención de la previsión del Convenio por cuanto que estaría incluida en la permitida restricción ya analizada (art. 13) del monto protegido con un mínimo socialmente aceptable⁴³.

5. Conclusiones

- 1) El Convenio n. 173 ha supuesto un avance considerable respecto a la situación precedente constituida por el Convenio n. 95, pues, amén de perfeccionar el privilegio como método de protección del crédito laboral, introduce un nuevo mecanismo al efecto, con el fin de que una institución de garantía asegure el cobro de esos créditos privilegiados en caso de insolvencia del empleador. Y ello, a pesar de que, dada su vocación universal, sea una norma de mínimos que pueda parecer muy avanzada para algunos países y muy tímida en sus pretensiones para otros.
- 2) Este último mecanismo protector tiene su complemento y refuerzo en la Directiva 208/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22/10/08, en cuanto supone un nuevo impulso, esta vez en el ámbito comunitario, por garantizar unos mínimos protectores en este campo para los trabajadores de todos los estados miembros.
- 3) Las previsiones del derecho español superan ampliamente – salvo algún supuesto discutible – las medidas previstas por el Convenio n. 173 y la propia Directiva, constituyendo un cuerpo normativo moderno y desarrollado en materia de protección del crédito laboral, a pesar de sus incuestionables posibilidades de mejora, sobre todo después de las restricciones introducidas en el art. 33 ET por el RDL 20/2012.

6. Bibliografía

ARIAS DOMÍNGUEZ A., *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, Laborum, 2002

⁴² Plazo que, como anticipamos, venía fijado en 150 días hasta la aprobación de la limitación de esta responsabilidad por RDL 20/2012, de 13 de julio, para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

⁴³ En el mismo sentido, J.L. GIL Y GIL, *op. cit.*, p. 282.

1332

BAJO GARCÍA I., *Cuestiones socio-laborales del proceso concursal: luces y sombras*, en *Aranzadi Social – Revista Doctrinal*, 2013, n. 6, pp. 147-177

ESCUDERO RODRÍGUEZ R., MERCADER UGUINA J.R., *Convenio 173 de la OIT sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y su impacto en el ordenamiento jurídico español Junio-Julio 1995*, en *Relaciones Laborales*, 1995, n. 2, pp. 1240-1278

GARCÍA MURCIA J., *El fondo de Garantía Salarial*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983

GIL Y GIL J.L., *El Convenio número 173 de la OIT, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario*, en *Documentación Laboral*, 1995, n. 46, pp. 275-282

ORELLANA CANO N.A., *Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008 relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario*, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2009, n. 10, pp. 469-479

RAMOS TORRES M., *La protección de créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. A propósito de la entrada en vigor del convenio número 173 de la O.I.T. 1992*, en *Tribuna Social*, 1997, n. 74, pp. 22-30

RÍOS SALMERÓN B., *Comentarios al artículo 33 ET*, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 2005

RÍOS SALMERÓN B., *Garantías del salario y Fondo de Garantía Salarial: el privilegio y la institución de garantía como mecanismos de protección del crédito laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, n. 38, pp. 143-199

RÍOS SALMERÓN B., *Los privilegios del crédito salarial*, Civitas, 1984

RÍOS SALMERÓN B., *Privilegios de los créditos laborales en situaciones concursales*, en *Relaciones Laborales*, 2003, n. 23, pp. 573-596

ROQUETA BUJ R., *La acción protectora del FOGASA*, Tirant lo Blanch, 2017

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la prevención de accidentes industriales mayores

1993 (núm. 174)*

Martín MADRID-SÁNZ**

RESUMEN: A finales de los 80, la OIT constató que, con el progreso industrial, las probabilidades de que se produjeran accidentes catastróficos habían aumentando notablemente. Los sucesos de Flixborough, Seveso, México DF y Bhopal fueron evidencias empíricas. En la Conferencia Internacional del Trabajo de 1993, la OIT aprobó el Convenio sobre la Prevención de Accidentes Industriales Mayores, al objeto de prevenir aquellos que involucren sustancias peligrosas y limitar sus consecuencias. El Convenio ha sido ratificado por 18 países frente a un promedio global de 43. Sus principios generales se refieren a la formulación de políticas y sistemas que permitan proteger a los trabajadores, la población y el medio ambiente de los efectos de los accidentes mayores, incluso para sucesos transfronterizos. El Convenio es consistente con el escenario internacional de accidentes industriales de los 80-90, si bien la legislación europea y estadounidense ya venía desarrollándose con anterioridad sobre el tema.

Palabras clave: Accidentes industriales, prevención, riesgos, instalaciones peligrosas, Emplazamientos.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Objeto y ámbito de aplicación del Convenio C174 (1993). 2.1. Objeto del Convenio. 2.2. Ámbitos de aplicación del Convenio. 2.2.1. Ámbito funcional. 2.2.2. Ámbito territorial. 2.2.3. Ámbito personal. 2.2.4. Ámbito temporal. 3. Principios Generales del Convenio. 4. Derechos y obligaciones de los trabajadores y de sus representantes. 5. Responsabilidades. 5.1. Responsabilidades del empresario. 5.2. Responsabilidades de las Autoridades. 5.3. Responsabilidades del Estado. 6. Otras Cuestiones. 7. Bibliografía.

* Agradezco a la Dra. Begoña García Gil, coordinadora y profesora del Área de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, su colaboración en la elaboración de este artículo.

** Lecturer. Universidad Rey Juan Carlos. Spain.

Prevention of Major Industrial Accidents Convention 1993 (No. 174)

ABSTRACT: In the late 80s, ILO found that, with industrial progress, the likelihood of catastrophic accidents had increased substantially. The Flixborough, Seveso, Mexico City and Bhopal events were empirical evidence. At the 1993 International Labour Conference, ILO, in order to prevent major accidents involving hazardous substances and to minimize their consequences, approved the C174 Prevention of Major Industrial Accidents Convention. 18 countries vs. a global average of 43 have ratified this Convention. Its General Principles refer to the formulation and implementation of policies and systems that protect workers, the population and the environment from the effects of major accidents, including cross-border events, using use of the best available safety technologies. The Convention is consistent with the international industrial accident scenarios of the 80-90s, although European and American legislation on the subject were under development beforehand.

Key Words: Industrial accidents, prevention, risks, hazard installations, locations.

1. Introducción

La revisión de los trabajos preparatorios de los Convenios de la OIT pone de manifiesto que, a finales de los años 80, esta constató que con el progresar de la civilización la probabilidad de que se produjeran graves desastres, provocados por el ingenio y el quehacer humanos, había aumentando notablemente. La OIT pudo identificar la envergadura e intensidad de los accidentes catastróficos gracias a una encuesta de la Oficina Internacional de Trabajo¹ (la Oficina) relativa a los accidentes muy graves, tomando como base los consignados en la prensa internacional entre enero de 1984 y junio de 1985. Según la Oficina, en ese periodo se registraron 90 accidentes muy graves en los cuales se produjeron unos 5.000 muertos, entre ellos casi 400 en la minería, y un numero mayor, si bien no exactamente conocido, de heridos graves.

La OIT indicaba en aquella época que la atención se había centrado en los accidentes catastróficos de origen industrial a causa de dos siniestros ocurridos a mediados de los años 70. En el Reino Unido, en 1974, una explosión en una fábrica de ciclohexano, en Flixborough, en la que murieron 28 trabajadores y hubo 89 heridos, así como grandes daños materiales. Dos años más tarde, en Italia, en Seveso (que dio nombre a la primera aproximación legal europea, la Directiva 82/501/CEE), un fallo de funcionamiento en una instalación química, que supuso un escape de dioxinas, dañó a personas y animales, originó abortos espontáneos y causó la evacuación de mas de mil de personas de sus hogares. Fue necesario hacer amplios estudios para determinar los efectos médicos a largo plazo, y un año después del accidente se cifraron los costes en 60 millones de USD de 1976.

Posteriormente, a finales de 1984, se produjeron dos accidentes que pusieron de manifiesto la necesidad de establecer medidas específicas de tipo internacional para este tipo de accidentes, especialmente para su prevención. El primero de ellos se debió a una explosión no confinada de gas licuado de petróleo en la ciudad de México, que causó 650 muertos y varios miles de heridos. El segundo fue un escape de metilisocianato en una fábrica química de Bhopal (India). Alrededor de esa fábrica se había asentado mucha población y, al barrer la nube de gas sus humildes casas, murieron más de 3.000 personas y más de 150.000 padecieron lesiones, en muchos casos con secuelas permanentes.

En razón de todo lo anterior, en su 248^a reunión (noviembre 1990), el Consejo de Administración de la OIT decidió incluir en el orden del día

¹ La Oficina Internacional de Trabajo actúa como Secretaría Permanente de la OIT.

de la 79^a reunión (1992) de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) el asunto de la prevención de desastres industriales mediante un sistema de prevención de riesgos de accidentes catastróficos. A tal efecto, la Oficina preparó un informe que sirvió de base para la primera discusión de la Conferencia (*vid.* Comisión de la Prevención de los Desastres Industriales, 1991). Este informe se ceñía al temario del Repertorio de recomendaciones prácticas para la prevención de accidentes industriales mayores, de la OIT, adoptado en una reunión previa de expertos en octubre de 1990.

La Conferencia General de la OIT de 1992 aprobó el informe de la Comisión y en particular, como conclusiones generales y para fines de consulta con los gobiernos, las propuestas para la elaboración de un Convenio y una Recomendación relativos a la prevención de los desastres industriales.

Finalmente, en la octogésima reunión de la CIT, celebrada en Ginebra en 1993, se aprobó el Convenio número 174 sobre la Prevención de Accidentes Industriales Mayores (el Convenio) con 355 votos a favor, 5 en contra y 23 abstenciones (el quórum era 263). La oportunidad de esta aprobación la pone de manifiesto la relación de accidentes mayores acaecidos en el periodo 1974-2005², en el que el año 1990 es prácticamente el centro de gravedad del periodo.

2. Objeto y ámbito de aplicación del Convenio C174 (1993)

2.1. Objeto del Convenio

El objeto del Convenio, encuadrado por la OIT en la categoría de los Convenios Técnicos, en el grupo de Salud y Seguridad en el Trabajo, es la regulación de dos aspectos fundamentales; por un lado, la prevención de accidentes mayores que involucren sustancias peligrosas y, por otro, en la misma circunstancia de accidente industrial, la limitación de las consecuencias de dichos accidentes.

En consecuencia, el Convenio se refiere a la prevención y seguridad de la salud laboral de los trabajadores en situación en las que se puedan producir accidentes industriales mayores. Es por ello que es necesario limitar el concepto de accidente mayor, limitación que se regula en el propio Convenio, entendiendo todo acontecimiento repentino, como una

² Ver GRUPO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN ANALÍTICA DE RIESGOS, [Accidentes graves, ejemplos históricos](#), en www.unizar.es/guiar.

emisión, un incendio o una explosión de gran magnitud, en el curso de una actividad dentro de una instalación expuesta a riesgos de accidentes mayores, en el que estén implicadas una o varias sustancias peligrosas y que exponga a los trabajadores, a la población o al medio ambiente a un peligro grave, inmediato o diferido³.

2.2. Ámbitos de aplicación del Convenio

2.2.1. Ámbito funcional

El ámbito funcional del Convenio se refiere a instalaciones expuestas a riesgos de accidentes mayores, excluyendo de forma específica las instalaciones nucleares y fábricas de tratamiento de sustancias radiactivas⁴, a excepción de los sectores de dichas instalaciones en los que se manipulen sustancias no radiactivas; las instalaciones militares y el transporte fuera de la instalación distinto del transporte por tuberías⁵. De forma abierta se permite la ampliación de estos supuestos concretos, previa consulta a los agentes sociales y posibles afectados, a excluir del campo de aplicación aquellas instalaciones o ramas de la actividad económica en las que se disponga de una protección equivalente y, por ello, regulada específicamente.

2.2.2. Ámbito territorial

El Convenio es un tratado internacional legalmente vinculante, que puede ser ratificado por los Estados Miembros, y se aplica a instalaciones expuestas a riesgos de accidentes mayores. Este Convenio, de carácter técnico, obliga únicamente a aquellos Miembros de la OIT cuyas ratificaciones haya registrado el Director General de la Oficina.

El Convenio ha sido ya ratificado por 18 países entre los que destacan India, Rusia, Suecia y Brasil. No ha sido ratificado por España, que es el

³ Art. 3.1.d.

⁴ Convenciones internacionales por las que se regulan la seguridad nuclear y la protección radiológica: *vid. CSN, Normativa internacional*, en www.csn.es.

⁵ Téngase en cuenta la Directiva 2012/18/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas y por la que se modifica y ulteriormente deroga la Directiva 96/82/CE. En la que se definen los elementos integrantes relativos a: establecimiento, instalación industrial, peligro, sustancia peligrosa, etc.

país con mayor numero de Convenios ratificados (133 de los 157 actualmente en vigor). Nótese que la OIT tiene actualmente 187 Estados Miembros⁶. El promedio de ratificaciones por Convenio es de 43 (excluyendo los Convenios de carácter Fundamental y Prioritarios, el promedio de ratificaciones por Convenio es de 36).

2.2.3. Ámbito personal

Por un lado, el Convenio no detalla a qué trabajadores aplica específicamente, si bien, en su parte V sí establece los *Derechos y obligaciones de los trabajadores y de sus representantes*, y se refiere en términos muy generales a aquellos trabajadores empleados en el emplazamiento de una instalación expuesta a riesgos de accidentes mayores⁷.

Por otro lado, y aunque se menciona tangencialmente, en el sistema documentado de prevención de riesgos de accidentes mayores⁸ se incluyen medidas de organización que comprendan el control sobre los contratistas externos y los trabajadores temporales que intervengan dentro de la instalación.

2.2.4. Ámbito temporal

Este Convenio entró en vigor el 3 de enero de 1997 una vez que las ratificaciones de dos Miembros fueron registradas por el Director General de la OIT⁹ y, desde dicho momento, entra en vigor para cada Miembro doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación por este por un periodo de 10 años, renovables de forma tácita si no se produce la denuncia de acuerdo a lo previsto en el artículo 25 del Convenio.

Una vez ratificado el Convenio por el Estado Miembro, El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo lo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas a los efectos del registro y de conformidad con el art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

⁶ En los listados de la OIT de ratificaciones de Convenios se listan, sin embargo, 191 países.

⁷ Art. 21.

⁸ Art. 9.

⁹ Art. 24.

3. Principios generales del Convenio

Los principios generales del Convenio se recogen en la parte II, arts. 4, 5 y 6, y se focalizan en el Estado Miembro y en su correspondiente Autoridad competente, y se basan en la formulación de políticas y sistemas que permitan proteger a los trabajadores, la población y el medio ambiente de los efectos de los accidentes mayores incluso en casos de sucesos transfronterizos. En efecto, el Convenio plantea 4 principios generales para todo Estado Miembro:

- I. formular una política nacional coherente relativa a la protección de los trabajadores, la población y el medio ambiente, contra los riesgos de accidentes mayores;
- II. aplicar esta política mediante disposiciones preventivas y de protección, promoviendo la utilización de las mejores tecnologías de seguridad disponibles;
- III. establecer un sistema para la identificación de las instalaciones expuestas a riesgos de accidentes mayores basado en una lista de sustancias peligrosas o de categorías de sustancias peligrosas, o de ambas, que incluya sus cantidades umbrales respectivas;
- IV. proteger las informaciones confidenciales que le sean transmitidas o puestas a su disposición de conformidad con cualquiera de los requerimientos del propio Convenio, cuya revelación pudiera causar perjuicio a las actividades de un empleador, siempre y cuando dicha confidencialidad no implique un peligro grave para los trabajadores, la población o el medio ambiente.

4. Derechos y obligaciones de los trabajadores y de sus representantes

El Convenio establece los derechos y obligaciones de los trabajadores¹⁰ y de sus representantes de las instalaciones expuestas a riesgos de accidentes mayores en sus arts. 20 y 21. A tal efecto, estos deberán ser informados de los riesgos que entrañan dichas instalaciones, así como de cualquier instrucción o recomendación hecha por la Autoridad competente. Así mismo deberán ser consultados para la preparación de toda la documentación asociada a la instalación tales como planes de emergencia,

¹⁰ A. ROCA MATÉU, F. MANZANO SÁNZ, *La información y la formación como claves de la prevención de riesgos laborales*, en Boletín de Prevención de Riesgos Laborales, 2004, tomo I, parte Estudio, BIB 2004\553 (recuperado el 25 julio 2019).

informes de seguridad e informes sobre accidentes. Los trabajadores deberán, además, recibir periódicamente instrucciones y formación con respecto a los procedimientos y prácticas de prevención de accidentes mayores.

Es importante destacar que los trabajadores podrán informar al empleador sobre cualquier riesgo que consideren que puede suponer un accidente mayor y, eventualmente, tener derecho a informar a la Autoridad competente acerca de dichos peligros. Así mismo, los trabajadores, sin que en modo alguno ello pueda perjudicarlos, podrán tomar medidas correctivas y, en caso necesario, interrumpir la actividad de la instalación cuando, basándose en su formación y experiencia, tengan razones válidas para creer que existe un peligro inminente de accidente mayor.

El aspecto preventivo que se establece en el propio convenio es el que debe reflejarse en la normativa interna nacional de cada país que desarrolle las medidas necesarias para evitar este tipo de accidentes. Esto es lo que el propio Convenio refleja en relación con las obligaciones de los trabajadores que establece que estos deberán observar todos los procedimientos y prácticas relativos a la prevención y al control de acontecimientos que puedan dar lugar a un accidente mayor, así como observar todos los procedimientos de emergencia en caso de producirse un siniestro de estas características.

Aunque España no ha ratificado el Convenio, la normativa nacional española, bajo el protagonismo del Estatuto básico del trabajador, específicamente en el art. 5¹¹ y la Ley de Prevención de riesgos Laborales, en el art. 29¹², fija las bases de las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales. Las obligaciones individuales del trabajador con el objeto de velar por la seguridad y salud de las personas que puedan ser afectadas por actos u omisiones de acuerdo con su formación y las instrucciones del empresario. Siempre con arreglo a su formación, utilizando correctamente equipos y materiales, Equipos de Protección Individual (EPI) y no alterando los dispositivos de seguridad. Siendo obligatorio comunicar inmediatamente todo peligro grave e inminente y defectos de los sistemas de protección. Teniendo que colaborar para la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo y contribuir a cumplir las exigencias de la Autoridad competente.

Cualquier incumplimiento por parte del trabajador de dicha normativa es susceptible de ser sancionado ya que se tipifican como faltas y sanciones

¹¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en BOE, 24 octubre 2015).

¹² Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en BOE, 10 noviembre 1995).

conforme al art. 58 del Estatuto de los Trabajadores.

Por otro lado, los representantes de los trabajadores, tanto el Comité de seguridad y salud laboral¹³ como el delegado de prevención¹⁴, brindan la garantía fundamental para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el ámbito de la empresa. Esto es un sistema previsto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en el que se reconocen dos tipos de órganos para la vigilancia de la seguridad y salud de los trabajadores: uno de carácter colegiado y otro de carácter unipersonal. El Comité de Seguridad y Salud es el segundo órgano a través del cual se articula el derecho de los trabajadores a la participación en los asuntos relativos a la prevención de riesgos laborales, siendo definido como el «órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos», art. 38.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Los delegados de prevención¹⁵ por el contrario son órganos unipersonales de los que se establecen dos tipos diferenciados: los de naturaleza legal, que tienen origen en la previsión del art. 35.2 del mismo texto legal que necesariamente impone que se trate de un representante legal de los trabajadores y los de carácter convencional, por la vía del art. 35.4 del mismo texto, que serán designados conforme al diferente sistema que pudiere haberse pactado en convenio colectivo.

5. Responsabilidades

5.1. Responsabilidades del empresario¹⁶

El Convenio estipula que el empleador actuará, implícitamente, como gestor de riesgos y, por tanto, deberá identificar las instalaciones expuestas a accidentes mayores, mantener informada a la Autoridad competente de su existencia y disponer de sistemas de control y gestión de riesgos adecuados con los correspondientes canales de comunicación y alerta temprana en caso de accidente:

- I. identificar toda instalación expuesta a riesgos de accidentes mayores sujeta a su control. Aquí cabe considerar que se refiere no solo a

¹³ Art. 38, Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

¹⁴ Art. 35, Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

¹⁵ Sobre esta cuestión, L. MELLA MÉNDEZ, *Los delegados de prevención: algunos puntos críticos*, en *Aranzadi Social – Estudios doctrinales*, 2003, n. 5.

¹⁶ A. SEMPERE NAVARRO, *Presentación de unas conclusiones relevantes sobre responsabilidad empresarial por accidente de trabajo*, en *Repertorio de Jurisprudencia*, 2007, n. 7.

- instalaciones en explotación;
- II. notificar a la Autoridad competente toda instalación expuesta a riesgos de accidentes mayores, en el caso de una instalación ya existente, o antes de ponerla en funcionamiento en el caso de una nueva instalación;
 - III. notificar a la Autoridad competente el cierre definitivo de una instalación expuesta a riesgos de accidentes mayores antes de que éste tenga lugar. Entendemos que de esta manera se controla el impacto ambiental que pudiera suponer el eventual abandono de instalaciones con productos tóxicos sin la previa descontaminación;
 - IV. establecer y mantener un sistema documentado de prevención de riesgos de accidentes mayores que permita identificar y detallar todos los riesgos asociados, incluidos los de interacción entre sustancias, y que incluya las medidas técnicas y de organización que permitan gestionarlos minimizando las consecuencias de un eventual siniestro.

Este sistema deberá incluir planes y procedimientos de emergencia que comprendan procedimientos médicos y de información a las autoridades para la protección de la población y el medio ambiente. Sin duda estos planes y procedimientos deberían ser consistentes con lo que el Convenio exige a las Autoridades en su parte IV, *Responsabilidades de las Autoridades competentes*:

- I. disponer de un informe de seguridad actualizado para cada instalación sujeta a riesgo de accidente mayor, que será puesto a disposición de la Autoridad competente;
- II. informar tan pronto como se produzca un accidente mayor a la Autoridad competente y demás organismos, a los que se entregará un informe detallado en el que se analicen las causas del accidente y se indiquen sus consecuencias inmediatas *in situ*, así como todas las medidas adoptadas para atenuar sus efectos.

Conforme a la normativa nacional española la responsabilidad del empresario se limita en el art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que impone expresamente al empresario una serie de obligaciones a fin de garantizar la seguridad y la salud en el trabajo, reconociendo al trabajador el derecho a una protección eficaz en esta materia. De la misma forma que con el trabajador, el art. 42 de la LPRL indica que «el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento».

La responsabilidad se expande en tres jurisdicciones: administrativa, penal

y civil. En primer lugar, la responsabilidad administrativa, queda establecida en los arts. 1.1 y 11 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social que tipifica como infracciones las acciones u omisiones de los empresarios que incumplan la normativa en el orden social, entre otras, las relativas a la seguridad y de salud laborales. Estas sanciones son de orden económico en su mayoría, arts. 39 ss., con un sistema de graduación de sanciones y aplicación de agravantes o atenuantes. Cabe también la sanción consistente en la suspensión de las actividades laborales por un tiempo determinado o, incluso, en el cierre del centro de trabajo correspondiente¹⁷ lo mismo que es posible limitar la facultad de contratar con la Administración cuando se hayan cometido infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo, o constitutivas de delito¹⁸ conforme al art. 20.d de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En segundo lugar, la responsabilidad penal conforme al Código Penal establece diversos tipos penales en que puede incurrir el empresario al incumplir su deber de protección de la seguridad y salud de los trabajadores: el delito contra la seguridad y salud en el trabajo tipificado en el art. 316 del Código Penal según el cual «los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses». Si bien es cierto que este artículo se refiere a un delito de riesgo y no de resultado por lo que no es necesario que se produzca un resultado dañoso. También los arts. 147, 138, 142 y 621 del mismo Código, en función que se produzca, efectivamente, un resultado dañoso o lesivo. El art. 318 del Código Penal, «cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la Autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código». Entre dichas medidas están la clausura de la empresa o sus instalaciones con carácter temporal o definitivo, la suspensión temporal de sus actividades o de poder realizarlas en el futuro, la intervención de la

¹⁷ Art. 53, Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

¹⁸ Art. 54, Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

empresa por el tiempo necesario, su disolución, etc.

En tercer lugar, la responsabilidad civil. En efecto, el empresario puede quedar sujeto a una responsabilidad civil por la comisión de un delito o falta si de sus actos u omisiones se derivan perjuicios para terceros. Así lo establece el art. 116.1 CP cuando dice que «toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios». En concreto el Código Civil en el art. 1.902 señala que «las obligaciones que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal».

Aplicable también a la situación de que un empresario causare daño al trabajador como consecuencia de incumplir sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, será responsable de conformidad con el art. 1.101 del Código Civil: «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas»¹⁹.

5.2. Responsabilidades de las Autoridades

La Autoridad competente deberá velar por que se establezcan y actualicen a intervalos apropiados, y se coordinen con las autoridades y organismos interesados, los planes y procedimientos de emergencia (con base en la información del empleador) que contengan disposiciones para proteger a la población y al medio ambiente fuera del emplazamiento en que se encuentre cada instalación expuesta a riesgos de accidentes mayores. Esto es lo que se denomina Plan de Emergencia Exterior (PEE) en la legislación española según se define en el Real Decreto 1254/1999 de 16 de julio²⁰:

- I. difundir entre los miembros de la población información sobre las medidas de seguridad que han de adoptarse y la manera de comportarse en caso de accidente mayor;
- II. dar la alarma cuanto antes al producirse un accidente mayor;
- III. en el caso de que un accidente mayor pueda trascender las fronteras,

¹⁹ Véase sobre esta cuestión la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1984.

²⁰ Art. 11.4: los órganos competentes de las Comunidades Autónomas elaborarán, con la colaboración de los industriales, un Plan de Emergencia Exterior para prevenir y, en su caso mitigar, las consecuencias de los posibles accidentes graves previamente analizados, clasificados y evaluados, que establezca las medidas de protección más idóneas, los recursos humanos y materiales necesarios y el esquema de coordinación de las autoridades, órganos y servicios llamados a intervenir.

- proporcionar a los Estados afectados la información requerida en los apartados anteriores con el fin de contribuir a las medidas de cooperación y coordinación. En este sentido, la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas adopta en Marzo del 1993 el Convenio sobre Efectos Transfronterizos de Accidentes Industriales (*vid.* UNECE, 2017) en cuyo preámbulo se menciona el Código de Buenas Prácticas para la Prevención de Accidentes Industriales Mayores de 1991 de la OIT, que posteriormente servirá como base para la elaboración del Convenio (*vid.* OIT, 1991). Este convenio de la UNECE, actualmente ratificado y/o firmado por 46 países, lo fue también por España en Mayo 1997 y entró en vigor en Abril 2000;
- IV. elaborar una política global de emplazamientos que establezca una separación adecuada entre las instalaciones en proyecto que estén expuestas a riesgos de accidentes mayores y las áreas de trabajo, las zonas residenciales y los servicios públicos. Este punto está bien regulado en España ya desde 1961 con la publicación del antiguo Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (RAMINP), aprobado mediante el Decreto 2414/1961, derogado por la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera;
- V. inspeccionar las instalaciones de riesgo mediante personal debidamente calificado que cuente con una formación y competencia adecuadas y con el apoyo técnico y profesional suficiente para desempeñar sus funciones de inspección, investigación, evaluación y asesoría;
- VI. suspender cualquier actividad que presente una amenaza inminente de accidente mayor.

5.3. Responsabilidades del Estado

Las responsabilidades del Estado quedan establecidas en los Principios Generales del Convenio que, como se ha indicado en el § 3, se focalizan en él y en su correspondiente Autoridad competente, y se basan en la formulación de políticas y el establecimiento de sistemas que permitan proteger a los trabajadores, la población y el medio ambiente de los efectos de los accidentes mayores.

6. Otras cuestiones

El Convenio está complementado por la Recomendación 181 de la OIT sobre la prevención de accidentes industriales mayores, adoptada en Ginebra, en la 80^a reunión de la CIT el 22 junio 1993. Este instrumento, no obstante, actúa como directriz no vinculante para el Estado Miembro que, en su caso, haya ratificado el Convenio.

Esta recomendación tiene una aportación limitada al alcance del Convenio si bien hace una mención explícita al desarrollo de políticas en aquellos sectores y actividades excluidos del campo de aplicación del Convenio, a tenor de su art. 1, § 3 (el accidente de Chernóbil había sucedido ya hacia 7 años, en 1986).

En cualquier caso, el Convenio se constituye en 1993 cuando ya la regulación había dado un gran impulso a la mejora de la protección del medio ambiente y de la seguridad laboral y de procesos, tanto en los Estados Unidos como en Europa. La regulación europea tenía una base nacional, pero se consideró necesario una plataforma común. El Consejo de las Comunidades Europeas, el predecesor del actual Consejo de la Unión, hizo que su Comisión desarrollara una Directiva de seguridad industrial en 1982 (82/501/CEE), la primera Directiva Seveso, que planteaba ya los conceptos de Autoridad Competente, notificaciones, informes de seguridad, inspecciones, informes de accidentes y planes de emergencia. Tras el acaecimiento de desastres posteriores se mejoró la Directiva inicial. La segunda Directiva que siguió en 1996 (96/82/CE) introdujo el concepto de Sistema de Gestión de Seguridad, y también llamó la atención sobre los efectos dominó en plantas vecinas, la planificación del uso del terreno y una mayor atención a las modificaciones de las plantas. En 2003 y siguientes, después del desastre de la pirotecnia holandesa (Ensche), la catástrofe francesa de Toulouse y la ruptura húngara del dique alrededor de un depósito de residuos mineros que causó la contaminación a gran escala de metales pesados tóxicos, se lanzó una enmienda para reforzar una serie de aspectos.

La Directiva Seveso III de 4 de Julio 2012 (2012/18/UE), enfatiza la preparación de planes de emergencia, involucrando al público en consultas y toma de decisiones, y definiendo los criterios para la definición de “sustancias peligrosas” (o en terminología alternativa: “materiales peligrosos”) teniendo en cuenta la clasificación del Globally Harmonized System (*vid. Aa.Vv., 2017; Directiva 2012/18/UE*).

7. Bibliografía

AA.VV., *Did we learn about risk control since Seveso? Yes, we surely did, but is it enough? An historical brief and problem analysis*, en *Journal of Loss Prevention in the Process Industries*, 2017, vol. 49, part A, pp. 5-17

COMISIÓN DE LA PREVENCIÓN DE LOS DESASTRES INDUSTRIALES, *Prevención de Desastres Industriales. Informe V (1)*, OIT, 1991

CSN, [Normativa internacional](http://www.csn.es), en www.csn.es

GRUPO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN ANALÍTICA DE RIESGOS, [Accidentes graves, ejemplos históricos](http://www.unizar.es/guiar), en www.unizar.es/guiar

MELLA MÉNDEZ L., *Los delegados de prevención: algunos puntos críticos*, en *Aranzadi Social – Estudios doctrinales*, 2003, n. 5, pp. 869-898

OIT, *Prevención de accidentes industriales mayores*, 1991

ROCA MATÉU A., MANZANO SÁNZ F., *La información y la formación como claves de la prevención de riesgos laborales*, en *Boletín de Prevención de Riesgos Laborales*, 2004, tomo I, parte Estudio, BIB 2004\553 (recuperado el 25 julio 2019)

ROMERAL HERNÁNDEZ J., *El delegado de prevención*, Lex Nova, 2008

SEMPERE NAVARRO A., *Presentación de unas conclusiones relevantes sobre responsabilidad empresarial por accidente de trabajo*, en *Repetitorio de Jurisprudencia*, 2007, n. 7, pp. 413-424

UNECE, [Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents](http://www.un.org/esa/dtrc/transboundary/accidents.htm), United Nations, 2017

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial 1994 (núm. 175)

Asunción LÓPEZ ARRANZ*

RESUMEN: El objeto de este trabajo consiste en analizar el C175 sobre el trabajo a tiempo parcial su aplicación actual y tendencias de futuro de esta modalidad de trabajo. Se analiza, como señala el Convenio, la importancia que para la economía de los países tiene este tipo de trabajo. Y, la necesidad de asegurar la protección de los trabajadores a tiempo parcial, en el acceso al empleo, en las condiciones de trabajo y en la seguridad social. Se desarrolla bajo una perspectiva comparada, teniendo en cuenta la sostenibilidad y la innovación tecnológica por la que están pasando los países miembros de la OIT. Para determinar finalmente, señalando si el Convenio ayuda o no en la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial.

Palabras clave: Convenio, OIT, Trabajadores, Contrato a tiempo parcial.

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. 2. El Trabajo a tiempo parcial en el Convenio 175 de OIT. 3. Perspectivas de futuro del trabajo a tiempo parcial. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Profesora Contratada Doctora del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña.

Part-Time Work Convention 1994 (No. 175)

ABSTRACT: The purpose of this work is to analyse the C175 on part-time work, its current application and future holdings of this work modality. It is analysed, as stated in the Convention, the importance that this type of work has for the economy of the countries. And, the need ensure protection for part-time workers, in access to employment, working conditions and social security. It is developed from a comparative perspective, taking into account the sustainability and technological innovation that the ILO member countries are going through. To finally determine, indicating whether the Agreement helps or not in improving the working conditions of part-time workers.

Key Words: Agreement, ILO, Workers, Part-time contract.

1. Consideraciones previas

El Convenio sobre el Trabajo a tiempo parcial tiene como objetivo principal el que los Estados Miembros adopten una legislación o tomen las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores dispongan de unas condiciones de trabajo decentes, en igualdad con los trabajadores a tiempo completo. Esta necesidad venía siendo demandada desde hacía tiempo, dado el gran número de trabajadores que realizan su trabajo a tiempo parcial. Principalmente esta modalidad de contrato de trabajo es utilizada para contratar jóvenes y mujeres, los primeros, como medio para introducirse en el mercado de trabajo y ellas como medio para conciliar vida laboral y familiar¹. Lo que ha llevado a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a poner de relieve la importancia de que se impulsen políticas públicas encaminadas a aliviar las cargas de responsabilidades familiares que con demasiada frecuencia, sufren las mujeres que participan en el mercado laboral². No obstante, hoy como veremos este tipo de contrato a tiempo parcial se está realizando con todo tipo de trabajadores. La entrada en vigor del Convenio 175³, el 28 de febrero de 1998, tras haber alcanzado la ratificación necesaria⁴, supone un importante paso en la regulación de las condiciones de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial.

Al analizar el trabajo a tiempo parcial se puede comprobar cómo una importante influencia sobre el mismo tiene el desempleo. Recientemente la mayoría de los países del mundo lo han podido comprobar, la crisis económica, ha dejado sin trabajo a multitud de trabajadores, los cuales se han visto constreñidos a trabajos a tiempo parcial como único medio de acceso al empleo⁵. Así, en Europa y sobre todo en los países del sur la incidencia ha sido realmente importante. Según una estimación reciente de la OIT, la tasa de desempleo mundial experimentó un leve descenso hasta el 5,5 por ciento en 2018 (desde el 5,6 por ciento en 2017), marcando un giro tras tres años de ascenso de las tasas. Con todo, dado el aumento del número de nuevas incorporaciones al mercado laboral en busca de

¹ Véase a V. MARTÍNEZ ESPLIGARES, *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, en *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, 1999, n. 1, p. 26.

² Véase a M.E. CASAS BAAMONDE, *Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿hacia un trabajo digno?*, en *Derecho de las relaciones laborales*, 2017, n. 9, pp. 866-888.

³ Adoptado en Ginebra, 81^a reunión CIT el 24 de junio de 1994.

⁴ En la actualidad lo han ratificado 170 países de todo el mundo. Information System on International Labour Standards (NORMALEX).

⁵ Véase a M.A. PÉREZ ALONSO, *El contrato a tiempo parcial. Los vaivenes en la protección social*, en *Revista General de Derecho el Trabajo y la Seguridad Social*, 2016, n. 44, p. 185.

empleo, las personas desempleadas permanecieron estables en 2018, en más de 192 millones. En 2019, la tasa de desempleo mundial sigue prácticamente sin cambios, y se proyecta que el número de desempleados aumente en 1,3 millones, lo que conlleva que muchos países sigan con una tasa elevada de paro, un amplio porcentaje de trabajadores desanimados y una creciente incidencia del empleo a tiempo parcial involuntario⁶.

De modo que, desde el inicio de la crisis económica-financiera de 2008, una proporción elevada de los empleos creados, en especial en la eurozona, corresponde a empleos a tiempo parcial que los trabajadores suelen aceptar en contra de sus deseos, debido a la falta de oportunidades de empleo a tiempo completo⁷. Esta tendencia se suavizó en el 2015 ante la remisión de la incertidumbre económica y la recuperación de la economía. Con todo, la tasa de creación de puestos de trabajo a tiempo completo en los últimos años no ha logrado compensar las pérdidas de empleo a tiempo completo del periodo 2008-2013, y los puestos a tiempo parcial representan más de una cuarta parte del crecimiento total del empleo desde 2015. En consecuencia, el empleo a tiempo parcial representó el 21,6 por ciento del empleo total en la eurozona en 2016 (19,5 por ciento en la UE), un aumento con respecto al 18,7 por ciento de 2008.

No cabe ninguna duda que este tipo de empleo es involuntario ya que los salarios son más bajos y tiene pocas perspectivas de promoción profesional, más del 30 por ciento de los trabajadores a tiempo parcial de la eurozona preferirían trabajar a tiempo completo⁸. La proporción de trabajadores a tiempo parcial involuntarios supera el 60 por ciento en la mayoría de los países de Europa Meridional, incluidos España⁹, Italia y Grecia, donde este porcentaje supera el 70 por ciento. Cabe además tener en cuenta que más del 54 por ciento de los trabajadores temporales –que en el segundo trimestre de 2017 representaban el 14,4 por ciento del empleo total en la UE– están en esta categoría laboral involuntariamente debido a la falta de disponibilidad de empleo permanente.

En los Estados Unidos, el porcentaje del empleo total correspondiente al

⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo*, Ginebra, 2018, pp. 1-5.

⁷ Véase a B. LANGILLE, *Aplicación y contenido del Derecho del Trabajo: “LabourLaw’s Theory of Justice”*, en G. DAVIDOV, B. LANGILLE (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 52-60.

⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Informe mundial sobre salarios 2016/ 2017, la desigualdad salarial en el lugar de trabajo*, Ginebra, 2017, pp. 3-6.

⁹ La CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES (CEOE), *Informe trimestral 2018*, p. 10.

empleo a tiempo parcial involuntario ha escalado del 5,3 por ciento en 2007 al 8,1 por ciento en 2016. En el caso del Canadá, la tasa permanece elevada, siendo del 27,5 por ciento en 2016 en comparación con el 23,2 por ciento en 2017. Esta tendencia, en combinación con la mayor incidencia de los contratos temporales en ambos países ha debilitado el crecimiento de los salarios¹⁰.

Contrariamente a lo que ocurre con el empleo temporal, la incidencia del trabajo a tiempo parcial presenta una distribución más pareja en todos los sectores, en especial en los países en desarrollo. En estos países, este tipo de trabajo parece ser una fórmula habitual en todos los sectores, y es especialmente prevalente en la agricultura y los servicios no comercializados, en los que, en promedio, más del 50 por ciento y del 35 por ciento de los trabajadores, respectivamente, tiene un empleo a tiempo parcial. La elevada incidencia en los servicios no comercializados viene determinada sobre todo por el sector de la enseñanza, en el que el trabajo a tiempo parcial representa el 45 por ciento de todos los puestos de trabajo. Si bien la incidencia general del empleo a tiempo parcial se reduce en función del aumento del nivel de desarrollo, la incidencia de este tipo de empleo en la enseñanza, sigue siendo relativamente elevada¹¹. Tanto en los países de ingreso medio bajo como de ingreso medio-alto, los puestos de trabajo a tiempo parcial representan alrededor del 40 por ciento del empleo total en la enseñanza. En los países desarrollados, el trabajo a tiempo parcial también es relativamente frecuente en otros servicios no comercializados, como las actividades de atención de la salud humana y de asistencia social, y también en algunos servicios de mercado, como las actividades de alojamiento y servicio de comidas.

Con mucha frecuencia, la incidencia elevada de empleo vulnerable, informal y a tiempo parcial conlleva malas condiciones de trabajo. En consecuencia, interesa analizar el modo en que varían las condiciones de trabajo entre sectores y, en particular, si determinadas fórmulas de empleo van asociadas a condiciones de trabajo desfavorables, tales como el exceso de horas de trabajo y la subocupación por insuficiencia de tiempo de trabajo.

La OIT ha advertido de que la temporalidad y la parcialidad involuntaria aumentan el [riesgo de pobreza](#) entre los trabajadores, según se desprende

¹⁰ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (FMI), *Estudio sobre el salario*, 2017b. Estudio reciente concluye que 1 punto porcentual del porcentaje de aumento del empleo a tiempo parcial involuntario corresponde a una reducción de 0,3 puntos porcentuales del crecimiento del salario nominal, 2017b.

¹¹ Véase a J. MORENO GENÉ, *El contrato a tiempo parcial con vinculación formativa: un sucedáneo al contrato formativo*, Temas laborales, 2014, n. 127, pp.30-46.

de su informe sobre “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo”. Señala el informe que cerca de un tercio del empleo a tiempo parcial es no deseado y se debe a que los solicitantes de empleo no pudieron encontrar un trabajo a tiempo completo. La OIT destaca que el empleo a tiempo parcial involuntario es más frecuente en los países del sur de Europa. Asimismo, ha hecho hincapié en que el número de trabajadores en riesgo de pobreza es más elevado en los países, como España y Grecia, donde el trabajo a tiempo parcial involuntario es más alto¹².

En el caso de España más del 85 por ciento de los trabajadores temporales tiene un empleo a tiempo parcial porque no pueden acceder a un trabajo a tiempo completo. De modo que es necesaria la protección de este gran número de trabajadores que están realizando su actividad laboral a tiempo parcial de forma involuntaria.

En este trabajo analizaremos la regulación que el Convenio 175 ha realizado sobre esta actividad y si necesitaría una profunda reforma para adaptarla a las situaciones actuales y a los cambios tecnológicos que se están produciendo en el mercado de trabajo, así, como la revisión del concepto de voluntariedad que es el espíritu de la regulación del Convenio 175.

2. El Trabajo a tiempo parcial en el C.175 de OIT

Dada la necesidad de reconocer la importancia del trabajo a tiempo parcial y la protección de los derechos de las personas trabajadoras contratadas bajo esta modalidad, estableció el Convenio 175 que tras observar “la pertinencia que tienen para los trabajadores a tiempo parcial las disposiciones del Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951¹³, del Convenio sobre discriminación (empleo y ocupación), 1958¹⁴ y del Convenio y Recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981¹⁵, el Convenio sobre el fomento de empleo y la protección contra el desempleo, 1988¹⁶ y la Recomendación sobre política de empleo (disposiciones complementarias) 1984”¹⁷, era preciso regular

¹² Véase a C. MOLERO MANGLANO, M.J. LÓPEZ ÁLVAREZ, J.M. SÁNCHEZ CERVERA, *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pp. 7966-800.

¹³ Convenio núm. 100, *Ginebra, 34^a reunión CIT (29 junio 1951)*.

¹⁴ Convenio núm. 111, *Ginebra, 42^a reunión CIT (25 junio 1958)*.

¹⁵ Convenio núm. 156, *Ginebra, 67^a reunión CIT (23 junio 1981)*.

¹⁶ Convenio núm. 156, *Ginebra, 75^a reunión CIT (21 junio 1988)*.

¹⁷ Véase el Preámbulo del Convenio 175, apartado 2 y.3. en este sentido véase también a M. ESPÍN SÁEZ, *El contrato a tiempo parcial ¿la conciliación en los tiempos de la precariedad?*, en

medidas de protección para el trabajo a tiempo parcial¹⁸. Ya que como ha quedado demostrado desde la publicación del Convenio los intereses del empresario y de los trabajadores en los casos de trabajo a tiempo parcial son de una naturaleza muy diferente, por un lado, el trabajador busca seguridad y reconocimiento e igualdad de derechos y el empresario mayor flexibilidad a la hora de contratar, lo que supone una necesidad de equilibrio de difícil consecución con el Convenio 175¹⁹.

Así, el Convenio como motivación para su publicación, señala, por un lado, la “importancia que presenta para todos los trabajadores el contar con un empleo productivo, libremente elegido”, y por otro “la importancia que tiene para la economía el trabajo a tiempo parcial”, por ello, “la necesidad de que en las políticas de empleo se tenga en cuenta la función del trabajo a tiempo parcial como modo de abrir nuevas posibilidades de empleo y la necesidad de asegurar la protección de los trabajadores a tiempo parcial en los campos del acceso al empleo, de las condiciones de trabajo y de la seguridad social”²⁰. Está reconociendo el Convenio que esta modalidad es de vital importancia para la economía de los países, y que por tanto, puede utilizarse de modo perverso perjudicando al interés de las personas trabajadoras en favor de los intereses económicos de los empresarios²¹. No en vano en el momento de su publicación en 1994²² países como España estaban incursos en unas importantes crisis de carácter laboral, que conllevó diferentes reformas

Revista de Información Laboral, ed. Aranzadi, 2016, n. 12, p. 21.

¹⁸ Véase a J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA, X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, Netbiblo, A Coruña 2006, “(...) el principio tuitivo es rigurosamente congruente con la finalidad primordial del derecho del trabajo, que ha sido desde siempre la de proteger a la parte más débil de la relación laboral”, pp. 15-27.

¹⁹ Véase a N.P. GARCÍA PIÑEIRO, *El trabajo a tiempo parcial como prestación de servicios flexible, estable y de calidad*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, 2014, n. 164, pp.178-180.

²⁰ Véase el Preámbulo C175, apartado 4. En este sentido véase también a M.D. GARCÍA VALVERDE, *Trabajo a Tiempo parcial y trabajo decente*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F.T. BARROSO, H. LAS HERAS (dirs.), J.A. MALDONADO MOLINA, M.N. MORENO VIDA (auts.), *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, Ediciones Laborum, 2018, pp. 1263-1270.

²¹ Véase a CABEZA PEREIRO J., LOUSADA AROCHENA J.F., *El trabajo a tiempo parcial: algunos comentarios valorativos*, en *Derecho de las Relaciones laborales*, 2018, n. 4, pp. 423-430.

²² Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de Fomento de la ocupación introdujo una serie de reformas importantes en materia de trabajo a tiempo parcial en España sobre todo en materia de duración de la jornada a tiempo parcial o la consideración del contrato de los fijos-discontinuos como una modalidad del contrato a tiempo parcial. Véase a CAÑADA VICEDO L., *De contrato de trabajo a tiempo completo a contrato a tiempo parcial, una solución para pymes en tiempos de crisis*, ed. la Ley, Madrid 2009, pp. 34-36.

laborales siempre con la intención de flexibilizar el mercado de trabajo en favor del empresario, que consideraba que la rigidez el mismo contribuía a empeorar la situación de las empresas y por tanto del empleo, hasta llegar a la última en el 2012²³, en la que tras una importante crisis económica-financiera la sangría del empleo fue de gran importancia y las medidas de Flexiseguridad impuestas no lograron cerrar la hemorragia del desempleo. Lo mismo ocurría en paralelo en países como Italia, Portugal y Grecia. Se alcanzó la flexibilidad, pero en modo alguno la seguridad pretendía. En esta situación el trabajo a tiempo parcial que regula el Convenio se ha convertido en el contrato estrella para los empresarios²⁴.

El Convenio comienza definiendo lo que considera trabajador a tiempo parcial como “todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable”²⁵, es la misma definición utilizada por la Unión Europea, siempre como actividad regulada y de forma voluntaria²⁶. En contraposición se define al trabajador a tiempo completo cuando su trabajo lo realizan a tiempo completo y en situación comparable, ósea los que “tenga el mismo tipo de relación laboral, efectúe o ejerza un tipo de trabajo o de profesión idéntico o similar, y esté empleado en el mismo establecimiento o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en ese establecimiento, en la misma empresa o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en esa empresa, en la misma rama de actividad que el trabajador a tiempo parcial de que se trate”²⁷. A sensu contrario no se considerará “trabajadores a tiempo parcial a los trabajadores a tiempo completo que se encuentren en situación de desempleo parcial, es decir, aquellos que estén afectados por una reducción colectiva y temporal de la duración normal de su trabajo por motivos económicos, tecnológicos o estructurales”²⁸. Marca el Convenio por tanto una diferente conceptualización entorno a la consideración de trabajo a tiempo parcial de lo que es una

²³ Real Decreto Ley3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, (BOE 11 de febrero). En este sentido véase a GALIANA MORENO J.M., *Apuntes sobre la reforma laboral 2012*, en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 2013, n. 32, p. 29.

²⁴ Véase a I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Trabajo a tiempo parcial*, en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del tribunal de justicia*, 2017, p.138-140.

²⁵ Véase el art. 1 apartado a del Convenio 175.

²⁶ Véase a M. GARCÍA DÍAZ, G. HIDALGO RÚA, M.T. SOLAS PICO, *Trabajo a tiempo parcial: Incidencias*, en *Estudios Jurídicos*, n. 1995, p. 195.

²⁷ *Ibidem* apartado c.

²⁸ *Ibidem* apartado d.

reducción de jornada por situación de crisis de las empresas, situación a la que de forma involuntaria puede verse constreñido el trabajador²⁹.

Teniendo en cuenta la necesidad de proteger y promover los derechos de las personas trabajadoras, el Convenio señala que no afectará a las disposiciones más favorables que sean aplicables al trabajador a tiempo parcial en virtud de otros convenios internacionales del trabajo³⁰. Por lo tanto nos dice que en materia de derechos se está estableciendo unos requisitos de mínimos que pueden estar más desarrollados en otras normas de carácter internacional que los complete y amplíe, como es el caso de la Directiva 97/81/CE, Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE el CEEP y la CES (sindicatos)³¹.

Por otra parte es relevante la posibilidad que el Convenio atribuye a los Estados miembro para excluir previa consulta a las organizaciones representativas de trabajadores y empresarios, total o parcialmente de su campo de aplicación a categorías particulares de trabajadores o de establecimientos, toda vez que la inclusión de tales categorías pueda plantear problemas particulares de especial importancia³². Aunque se establece que se deberá indicar “en las memorias sobre las medidas adoptadas para su aplicación que presente en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo³³, cada una de las categorías particulares de trabajadores o de establecimientos así excluida, y los motivos por los que dicha exclusión se ha considerado o se sigue considerando necesaria”³⁴.

En respuesta a unas condiciones de trabajo decente para las personas trabajadoras a tiempo parcial, el Convenio adopta medidas para asegurar que el trabajo a tiempo parcial reciba la misma protección que el trabajo a tiempo completo en situación comparable, en lo relativo al: “derecho de sindicación, al derecho de negociación colectiva y al derecho de actuar en calidad de representantes de los trabajadores, a la seguridad y la salud en el

²⁹ Véase a D. DUEÑAS FERNÁNDEZ, C. IGLESIAS FERNÁNDEZ, R. LLORENTE HERAS, *La involuntariedad en el empleo a tiempo parcial y la gran recesión: un análisis de género en España*, en *Economiaż*, 2016, n. 90, 2.º semestre, p. 292.

³⁰ Véase el art. 2 del Convenio 175. En este sentido véase también a I. GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, *El contrato a tiempo parcial*”, en *Relaciones Laborales*, la Ley, 1994, n. 5-6, pp. 85-101.

³¹ DOUE de 20 de enero de 1998. En este sentido véase a A.V. SEMPERE NAVARRO, F. COVAS MARTÍNEZ, *El nuevo Contrato de Trabajo a tiempo parcial: modalidades y contenido*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 1998, vol. 5, p. 10.

³² Véase el art. 3. Apartado 1 del C175.

³³ Constitución de 11 de abril de 1999.

³⁴ *Ibidem* apartado 2 Convenio 175.

trabajo, a la discriminación en materia de empleo y ocupación”³⁵. Además, y en materia de salario se obliga a los Estados ratificantes a que adapten “medidas apropiadas a la legislación y la práctica nacionales para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial no perciban, por el solo hecho de trabajar a tiempo parcial, un salario básico que, calculado proporcionalmente sobre una base horaria, por rendimiento o por pieza, sea inferior al salario básico, calculado por el mismo método, de los trabajadores a tiempo completo que se hallen en una situación comparable”³⁶. En cuanto a los regímenes de seguridad social establecidos por ley que estén ligados al ejercicio de una actividad profesional deberán adaptarse de forma que los trabajadores a tiempo parcial gocen de condiciones equivalentes a las de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable; estas condiciones podrán determinarse de forma proporcional a la duración del tiempo de trabajo, a las cotizaciones o los ingresos, o mediante otros métodos que sean conformes a la legislación y la práctica nacionales³⁷.

La regulación del Convenio en materia de protección de la maternidad, de terminación de la relación laboral, vacaciones anuales pagadas, días feriados pagados y licencias por enfermedad señala que deberán adoptarse medidas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial gocen de condiciones equivalentes a las de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable³⁸. Con la salvedad de la proporcionalidad en materia pecuniaria en función de la duración de trabajo. Con ello se pretende garantizar un trabajo con condiciones que se puedan calificar como decentes³⁹.

Por otro lado el Convenio permite a los países ratificantes establecer límites a los derechos de estos trabajadores, lo que podría convertir a estos contratos en precarios, lo que no encajaría con un trabajo decente y con los derechos que se han de proteger a las personas trabajadoras a tiempo parcial⁴⁰. Esto se produce dado que el Convenio permite a todo Estado Miembro, que cuando los trabajadores a tiempo parcial cuyos ingresos y duración del tiempo de trabajo sean inferiores a límites mínimos

³⁵ Véase el art. 4., del C175. En este sentido véase también a M.N. MORENO VIDA, *Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia*, en *Temas Laborales*, 2012, n. 115, pp. 198-200.

³⁶ Véase el art. 5. del Convenio 175

³⁷ Véase el art. 6 del Convenio 175.

³⁸ Véase el art. 7 del Convenio 175.

³⁹ Véase a J.L. MONEREO PÉREZ, B. LÓPEZ INSUA, *La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”*, en *Revista española de Derecho del trabajo*, 2015, n. 177, pp. 29-65.

⁴⁰ Véase a S. CANALDA CRIADO, *Precarización de la contratación atípica y pobreza laboral*, en *Revista de información laboral*, Aranzadi, 2018, n. 8, Aranzadi, pp. 44-45.

determinados, puedan ser excluidos del “alcance de cualquiera de los regímenes de seguridad social previstos en el artículo 6 del presente Convenio, salvo cuando se trate de prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, del alcance de cualquiera de las medidas adoptadas en las esferas mencionadas en el artículo 7 del presente Convenio, salvo en lo relativo a las medidas de protección de la maternidad distintas de aquellas previstas en el contexto de uno de los regímenes de seguridad social establecidos por ley”. Los límites mínimos a los que se refiere el párrafo 1 deberán ser lo suficientemente bajos con el fin de que no quede excluido un porcentaje indebidamente elevado de trabajadores a tiempo parcial. De hacer uso de esta exclusión se deberá “revisar periódicamente los límites mínimos en vigor, e indicar en las memorias sobre la aplicación del Convenio que presente en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo cuáles son los límites mínimos en vigor y los motivos que los inspiran, así como indicar si se tiene prevista la extensión progresiva de la protección a los trabajadores excluidos y las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores deberán ser consultadas acerca de la determinación, el nuevo examen o la revisión de los límites mínimos mencionados en el presente artículo”⁴¹.

Al considerar la importancia que para la economía tiene este tipo de contrato a tiempo parcial el Convenio promueve el acceso al mismo cuando señala que “deberán adoptarse medidas para facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial, productivo y libremente elegido, que responda a la vez a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores, siempre que se garantice la protección a que se refieren los artículos 4 a 7 del presente Convenio”⁴².

Es de vital importancia lo señalado con respecto a la voluntariedad que debe de presidir la contratación a tiempo parcial. Aunque la realidad demuestra que la voluntariedad no se da en la mayor parte de contratos a tiempo parcial toda vez que los trabajadores no trabajan a tiempo parcial porque quieran sino porque no lo pueden hacer de otra manera⁴³.

Establece el Convenio una relación de medidas que han de tomarse al respecto, entre las que están “la revisión de las disposiciones de la legislación que puedan impedir o desalentar el recurso al trabajo a tiempo parcial o la aceptación de este tipo de trabajo, la utilización de los servicios del empleo, cuando los haya, en el marco de sus funciones de información

⁴¹ Véase el art. 8 del Convenio 175.

⁴² Véase el art. 9 del Convenio 175.

⁴³ Véase a J.F. LOUSADA AROCHENA, *El principio de voluntariedad en el nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2001, n. 6, p. 50.

o de colocación, para identificar y dar a conocer las oportunidades de trabajo a tiempo parcial; una atención especial, en el marco de las políticas de empleo, a las necesidades y las preferencias de grupos específicos, tales como los desempleados, los trabajadores con responsabilidades familiares, los trabajadores de edad, los trabajadores discapacitados y los trabajadores que estén cursando estudios o prosigan su formación profesional y la realización de investigaciones y la difusión de información sobre el grado en que el trabajo a tiempo parcial responde a los objetivos económicos y sociales de los empleadores y de los trabajadores⁴⁴. Estas medidas son de carácter orientativo dado que no se establecen normas de control sobre los mismos por los países ratificantes, por lo que son de difícil control.

La transformación de un trabajo a tiempo completo en uno a tiempo parcial se ha de realizar con todas las garantías de voluntariedad y de acuerdo con las leyes y las prácticas nacionales⁴⁵.

Finalmente, hemos de señalar que las disposiciones del presente Convenio deberán aplicarse mediante legislación, salvo en la medida en que surtan efecto en virtud de convenios colectivos o de cualquier otro medio conforme con la práctica nacional. Las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores deberán ser consultadas antes de que se adopte tal legislación. Es importante para el Convenio que la participación de las asociaciones de empresarios y trabajadores participe en la redacción de las normas que regulen el trabajo a tiempo parcial como garantía para el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa internacional y de la de los diferentes países ratificantes.

3. Perspectivas de futuro del trabajo a tiempo parcial

La situación de los mercados de trabajo se ha visto impactada por los avances tecnológicos, la digitalización y la robótica que han avanzado notablemente, y están interfiriendo en una mayor globalización, lo que está influyendo en el empleo y consecuentemente en las modalidades de empleo como es el caso del trabajo a tiempo parcial⁴⁶. De la mano de los avances tecnológicos también viene la falta de empleo en algunos sectores así, la OIT confirma la tendencia actual a la desindustrialización, con una proporción descendente de empleo industrial en etapas tempranas de

⁴⁴ Véase el art. 10 del Convenio 175, apart. 2.

⁴⁵ En este sentido Ha de tenerse en cuenta en estos aspectos la Recomendación núm. 182 de la OIT sobre la voluntariedad.

⁴⁶ Véase a CABEZA PEREIRO J., *Ensayo sobre el trabajo precario y las personas vulnerables*, ed. Laborum Murcia, 2015, pp. 1002-104.

desarrollo⁴⁷. En el caso de los países desarrollados se proyecta que el mayor empleo en el sector de los servicios podría aumentar la incidencia del empleo a tiempo parcial y el subempleo por insuficiencia de horas. Además, la incidencia de las trasformaciones conlleva peores condiciones de trabajo. Por lo tanto, para obtener resultados en materia de trabajo parcial decente el Convenio 175 no es suficiente, ya que, además será necesario iniciativas políticas públicas que impulsen la formalización, el empleo de calidad y la productividad. No obstante, a medio plazo, el crecimiento económico previsto se verá limitado por la desaceleración del ritmo de la tasa de crecimiento de la población en edad de trabajar y el aumento del porcentaje de personas jubiladas. Esta situación se ha atribuido sobre todo al alto porcentaje de trabajadores a tiempo parcial involuntarios en los países, donde el crecimiento de los salarios ha sido particularmente bajo⁴⁸. Cabe destacar que la capacidad ociosa del mercado de trabajo, ha contribuido a la desaceleración del crecimiento de los salarios. Si bien las tasas de desempleo han descendido, la reducción ha coincidido con un aumento del empleo a tiempo parcial involuntario. La digitalización y las nuevas profesiones descentralizadas es posible que den paso a que el contrato a tiempo parcial siga siendo una modalidad importante en el mercado de trabajo. Además, ha entrado en el juego de las relaciones laborales la robótica que va a tener un papel importante, hombres y maquinas compartiendo trabajo, posiblemente esto llevará a que la necesidad de mano de obra humana en la empresa se vea reducida a la de trabajo a tiempo parcial. El Convenio 175 actualmente no da respuesta a todas las premisas que recientemente han entrado a jugar en el mercado laboral.

4. Conclusiones

1. Más allá de algunas medidas singulares, puede decirse que el convenio 175 no supuso en materia de trabajo a tiempo parcial una novedosa regulación. En una amplia consideración la mayor parte de las medidas adoptadas en el mismo están constreñidas a la posibilidad de limitación y exclusión que pueden hacer los Estados Miembros en sus respectivas regulaciones.

2. Los aspectos más novedosos radican en el reconocimiento de

⁴⁷ J. CRUZ VILLALÓN, *Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía*, en *Temas Laborales*, 2017, n. 138, pp. 15-40.

⁴⁸ Fondo Monetario Internacional, 2017b.

voluntariedad que ha de encabezar todas las relaciones constituidas por contratos a tiempo parcial, con derechos en paralelo a los trabajadores a tiempo completo, hecho este que ni en el momento de su nacimiento ni actualmente se produce en la mayor parte de contratos. La situación de crisis económica ha llevado a que la involuntariedad sea la una característica y un signo más de la insatisfacción con el empleo y de la precarización del trabajo. Por ello, y aunque un gran número de países han ratificado el Convenio 175 en la norma no se han establecido los mecanismos necesarios para que los países cumplan con esta regulación.

3. Las medidas redactadas en el Convenio 175 en torno a las condiciones del trabajo a tiempo parcial no discriminatorias con el trabajo a tiempo completo, se caracterizan por su flexibilidad ya que todas ellas serán siempre tomadas con los límites que los Estados Miembros decidan por lo que no todos los trabajadores podrán disfrutar de ellas. Esto dificultará por tanto su cumplimiento. Es decir, que la menor duración de su jornada, aunque no puede conllevar a que se les restrinjan sus derechos laborales la realidad es totalmente contraria. Dado que, esta igualdad genérica entre dos tipos de trabajadores encuentra sus dificultades de aplicación en relación al menor tiempo de prestación del trabajo a tiempo parcial.

4. El Convenio no se ha revisado en materia de nuevas tecnologías, es necesario evaluar como se ha de tutelar a las personas trabajadoras a tiempo parcial en estos nuevos entornos digitalizados, en los que la maquinaria va a ocupar un espacio importante, que va a reducir el tiempo de la prestación de servicios de los trabajadores. Por ello es necesario introducir nuevas normas que regulen y protejan al trabajador a tiempo parcial.

5. Bibliografía

CABEZA PEREIRO J., *Ensayo sobre el trabajo precario y las personas vulnerables*, ed. Laborum Murcia, 2015

CABEZA PEREIRO J., LOUSADA AROCHENA J.F., *El trabajo a tiempo parcial: algunos comentarios valorativos*, en *Derecho de las Relaciones laborales*, 2018, n. 4

CANALDA CRIADO S., *Precarización de la contratación atípica y pobreza laboral*, en *Revista de información laboral*, Aranzadi, 2018, n. 8

CAÑADA VICEDO L., *De contrato de trabajo a tiempo completo a contrato a tiempo parcial, una solución para pymes en tiempos de crisis*, ed. la Ley, Madrid 2009

CASAS BAAMONDE M.E., *Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿hacia un trabajo digno?*, en *Derecho de las relaciones laborales*, 2017, n. 9

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES (CEOE),
Informe trimestral 2018

CRUZ VILLALÓN J., *Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía*, en *Temas Laborales*, 2017, n. 138

DUEÑAS FERNÁNDEZ D., IGLESIAS FERNÁNDEZ C., LLORENTE HERAS R., *La involuntariedad en el empleo a tiempo parcial y la gran recesión: un análisis de género en España*, en *Ekonomaia*, 2016, n. 90, 2.º semestre

ESPÍN SÁEZ M., *El contrato a tiempo parcial ¿la conciliación en los tiempos de la precariedad?*, en *Revista de Información Laboral*, ed. Aranzadi, 2016, n. 12

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (FMI), *Estudio sobre el salario*, 2017b

GALIANA MORENO J.M., *Apuntes sobre la reforma laboral 2012*, en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 2013, n. 32

GARCÍA DÍAZ M., HIDALGO RÚA G., SOLAS PICO M.T., *Trabajo a tiempo parcial: Incidencias*, en *Estudios Jurídicos*, n. 1995

GARCÍA PIÑEIRO N.P., *El trabajo a tiempo parcial como prestación de servicios flexible, estable y de calidad*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, 2014, n. 164

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., *El contrato a tiempo parcial*”, en *Relaciones Laborales*, la Ley, 1994, n. 5-6

GARCÍA VALVERDE M.D., *Trabajo a Tiempo parcial y trabajo decente*, en J.L. MONERO Pérez, F.T. BARROSO, H. LAS HERAS (dirs.), J.A. MALDONADO MOLINA, M.N. MORENO VIDA (auts.), *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, Ediciones Laborum, 2018

LANGILLE B., *Aplicación y contenido del Derecho del Trabajo: “LabourLaw’s Theory of Justice”*, en G. DAVIDOV, B. LANGILLE (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011

LOUSADA AROCHENA J.F., *El principio de voluntariedad en el nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2001, n. 6

MARTÍNEZ ESPLIGARES V., *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, en *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, 1999, n. 1

MARTÍNEZ GIRÓN J., ARUFE VARELA A., CARRIL VÁZQUEZ X.M., *Derecho del Trabajo*, Netbiblo, A Coruña 2006

MOLERO MANGLANO C., LÓPEZ ÁLVAREZ M.J., SÁNCHEZ CERVERA J.M., *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017

MONERO Pérez J.L., LÓPEZ INSUA B., *La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”*, en *Revista española de Derecho del trabajo*, 2015, n. 177

MORENO GENÉ J., *El contrato a tiempo parcial con vinculación formativa: un sucedáneo al contrato formativo*, Temas laborales, 2014, n. 127

MORENO VIDA M.N., *Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia*, en Temas Laborales, 2012, n. 115

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo*, Ginebra, 2018

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Informe mundial sobre salarios 2016/ 2017, la desigualdad salarial en el lugar de trabajo*, Ginebra, 2017

PÉREZ ALONSO M.A., *El contrato a tiempo parcial. Los vaivenes en la protección social*, en Revista General de Derecho el Trabajo y la Seguridad Social, 2016, n. 44

RODRÍGUEZ CARDÓ I.A., *Trabajo a tiempo parcial*, en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del tribunal de justicia*, 2017

SEMPERE NAVARRO A.V., COVAS MARTÍNEZ F., *El nuevo Contrato de Trabajo a tiempo parcial: modalidades y contenido*, en Revista Doctrinal Aranzadi Social, 1998, vol. 5

Convenio sobre el trabajo a domicilio 1996 (núm. 177)*

Tatsiana USHAKOVA**

RESUMEN: El presente estudio analiza el contenido del Convenio OIT n. 177 sobre del trabajo a domicilio (núm. 177). En particular, se ponen de manifiesto sus propósitos de “hacer visible” esta categoría de trabajadores y, de este modo, contribuir a la eliminación de la economía informal, y de promover la igualdad de trato con otros trabajadores por cuenta ajena. Resulta evidente que las normas del Convenio n. 177 encierran tanto un potencial impresionante para su adaptación a los sistemas jurídicos nacionales, como unas evidentes lagunas para su aplicación efectiva, en particular, relacionados con los trabajadores por cuenta propia y el factor tecnológico. A raíz de esta reflexión, se plantea la posibilidad de volver a evaluar la situación y elaborar un instrumento de *soft law* que sea acorde a las nuevas realidades en el mundo laboral.

Palabras clave: Convenio OIT n. 177, trabajo a domicilio, trabajo a distancia, teletrabajo.

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. 2. Propósitos. 3. Perspectivas. 4. Retos. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* El presente comentario se ha elaborado en el marco del Proyecto de investigación *Nuevas (novísimas) tecnologías de la información y comunicación y su impacto en el mercado de trabajo: aspectos emergentes en el ámbito nacional e internacional* (DER2016-75376-R), dirigido por la Profª. Drª. Lourdes Mella Méndez.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Alcalá (España).

Home Work Convention 1996 (No. 177)

ABSTRACT: The present study analyses the content of the ILO Home Work Convention (No. 177). In particular, it deals with the purpose of “making this category of workers visible” and, thus, contributing to the elimination of the informal economy, and promoting equal treatment with other employed persons.

It is clear that the provisions of Convention No. 177 contain both impressive potential for adaptation to national legal systems, as well as obvious gaps for its effective application, especially related to self-employed workers and the technological element. Following this reflection, the possibility of reassessing the situation and developing a soft law instrument that is in line with the new relations in the workplace is raised.

Key Words: Convention No.177, home work, distance work, telecommuting.

1. Consideraciones previas

Tal y como se pone de manifiesto en la flamante Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, la Organización debe seguir cumpliendo su mandato constitucional «de lograr la justicia social y desarrollando su enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas, que sitúa los derechos de los trabajadores y las necesidades, las aspiraciones y los derechos de todas las personas en el núcleo de las políticas económicas, sociales y ambientales»¹. El imperativo de centrarse en las personas y sus derechos adquiere su manifestación más explícita en la actividad normativa consistente en proteger distintas categorías de trabajadores mediante unos instrumentos específicos. El Convenio sobre el trabajo a domicilio (núm. 177), objeto del análisis de este estudio, representa un ejemplo de normas de este tipo.

El Convenio núm. 177, adoptado el 20 de junio de 1996, y vigente desde el 22 de abril de 2000², es un instrumento actualizado³, de carácter técnico⁴.

¹ OIT, *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 108^a Reunión, 2019, punto D.

² Por el texto y otra información relevante relativa al Convenio n. 177, vid. infra, § 7, parte *Normativa*.

³ En 2015, se constituyó el Grupo de Trabajo tripartito sobre el mecanismo de examen de las normas (Grupo de Trabajo tripartito del MEN). Su mandato consiste en examinar las normas internacionales del trabajo para asegurar que el corpus de normas es sólido y capaz de responder a la constante evolución del mundo del trabajo. *Vid.* OIT, *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, 2019, § 5.

⁴ En principio, todos los convenios de la OIT son iguales jerárquicamente, aunque existe una división sistemática entre los convenios fundamentales, los convenios de gobernanza y el resto de convenios o instrumentos técnicos. Según el Consejo de Administración de la OIT, los cuatro principios y derechos fundamentales se desarrollan en los ocho convenios fundamentales: sobre la libertad sindical y la protección del derechos de sindicación, de 1948 (núm. 87); sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949 (núm. 98); sobre la abolición del trabajo forzoso, de 1957 (núm. 105); sobre la edad mínima, de 1973 (núm. 138); sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999 (núm. 182); sobre la discriminación (empleo y ocupación); de 1958 (núm. 111); sobre igualdad de remuneración, de 1951 (núm. 100). Estos principios también están incluidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998. Asimismo, el Consejo de Administración de la OIT ha designado otros cuatro convenios como instrumentos prioritarios, relevantes por su importancia para el funcionamiento del sistema de normas internacionales del trabajo. Desde 2008, estos convenios se denominan como convenios de gobernanza y se identifican como tales en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008. Se trata de los siguientes instrumentos: sobre la inspección del trabajo, de 1947 (núm. 81); sobre la política del empleo, de 1964 (núm. 122); sobre la inspección del trabajo (agricultura), de 1968 (núm. 129); y sobre la consulta tripartita (normas

Aunque la fecha de su adopción remite al siglo pasado, se sitúa entre los tratados más recientes. Es así, porque, en el período entre los años 1996 y 2019, se ha ralentizado la actividad normativa de la OIT, y se han elaborado tan solo trece convenios. De modo que el último cronológicamente, el Convenio sobre la violencia y el acoso, de 21 de junio de 2019, lleva por número “190”.

Generalmente, un convenio de la OIT entra en vigor 12 meses después del registro del segundo instrumento de ratificación. Posteriormente, entra en vigor para cada Estado que lo ratifique 12 meses después de registrar su ratificación. Como indica el art. 12, es también el caso del Convenio núm. 177. Los primeros en ratificarlo y, por lo tanto, asegurar su vigencia, han sido Finlandia (el 17 de junio de 1998) e Irlanda (el 22 de abril de 1999). A continuación, se adhirieron otros ocho países: Albania, Argentina, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Macedonia, Países Bajos y Tayikistán⁵. Desde el año 2012, no se ha depositado ningún otro instrumento de ratificación. De este modo, se puede afirmar que el Convenio núm. 177 no ha obtenido un reconocimiento general por parte de los Estados.

En virtud del art. 22 de la Constitución de la OIT, los Estados se comprometen a presentar memorias periódicas sobre los convenios ratificados, en los términos que precise el Consejo de Administración de la Organización⁶.

2. Propósitos

El Convenio núm. 177 sobre el trabajo a domicilio, así como la Recomendación correspondiente núm. 184, de la misma fecha⁷, nacen con

internacionales del trabajo, de 1976 (núm. 144).

⁵ Se citan por orden alfabético.

⁶ En su 334^a Reunión (octubre-noviembre de 2018), el Consejo de Administración decidió prolongar a seis años el ciclo de presentación de memorias para los convenios técnicos (citado por OIT, *Aplicación de las normas internacionales del trabajo. Informe III (Parte A)*, Conferencias Internacionales del Trabajo, 108^a Reunión, 2019, § 51).

⁷ Según la sistemática de la OIT, «Las normas se dividen en *convenios*, que son tratados internacionales legalmente vinculantes que pueden ser ratificados por los Estados Miembros, o *recomendaciones*, que actúan como directrices no vinculantes». En muchos casos, como es el del Convenio n. 177 y la Recomendación n. 184, «un convenio establece los principios básicos que deben aplicar los países que lo ratifican, mientras que una recomendación relacionada complementa al convenio, proporcionando directrices más detalladas sobre su aplicación». Vid. OIT, *Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, 2019, p. 18. En su conjunto,

la vocación de proteger a una categoría de trabajadores especialmente vulnerable.

La vulnerabilidad de la categoría de trabajadores protegida se debe a varios factores⁸. En primer lugar, la esencia misma del trabajo a domicilio propicia que se realice en el sector informal y, por lo tanto, a menudo, la persona que lo lleva a cabo carece de una protección jurídica adecuada, o simplemente no existe a los efectos jurídico-laborales. Es más, en muchas ocasiones, a las dificultades a que se enfrenta, tales como su condición de económicamente dependiente, con cargas familiares, inmigrante o discapacitada, se suma otra más, esto es, que se vea obligada a aceptar unas condiciones laborales menos favorables. De aquí que se multipliquen las desventajas.

En segundo lugar, la mayoría de los trabajadores a domicilio son mujeres. No en vano, en sus orígenes, este tipo de actividad se asociaba con la dinámica de trabajo de la “máquina de hilar”, más que con la del ordenador. De este modo, la desprotección se generaba por la precariedad y la dependencia, más que por el aislamiento y la autonomía del trabajador a domicilio actual.

En tercer lugar, todas las características señaladas dejan a la persona en una posición más débil, en comparación con un trabajador “típico”, para poder asociarse y negociar sus condiciones de trabajo.

Así las cosas, los objetivos del Convenio núm. 177 consisten en asegurar la “visibilidad” de los trabajadores a domicilio y promover su igualdad de trato con los demás trabajadores asalariados, en particular en lo que atañe a la libertad sindical, la protección contra la discriminación, la seguridad y la salud en el trabajo, la remuneración, la seguridad social, el acceso a la formación, la edad mínima de admisión al trabajo y la protección de la maternidad⁹.

Al igual que todos los convenios de la OIT, el Convenio núm. 177 se caracteriza por distintos elementos de flexibilidad¹⁰, introducidos con el

todos los convenios y las recomendaciones representan «el Código Internacional del Trabajo». *Vid.* P. VAN DER HEIJDEN, *The ILO Stumbling towards Its Centenary Anniversary*, en *International Organizations Law Review*, 2018, n. 15, p. 205.

⁸ Véase, al respecto, el resumen de la OIT en OIT, *Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, cit., p. 102.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ «Praised by McMahon as one of those “extraordinary legal characteristics” of the ILO’s legislative techniques, flexibility is today omnipresent in the Organization’s standards work». *Vid.* J.F. MCMAHON, *The Legislative Techniques of the International Labour Organization*, en *British Yearbook of International Law*, 1965-1966, vol. 41, p. 102; G. POLITAKIS, *Deconstructing flexibility in international labour Conventions*, in J.C. JAVILLIER, B. GERNIGON (dirs.), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l’avenir. Mélanges en*

fin de asegurar la aceptación más amplia posible por parte de los Estados. En esta línea de ideas, uno de ellos se manifiesta por medio de la técnica normativa consistente en la adopción de un convenio que enuncia los principios básicos, junto con una recomendación que orienta sobre los pormenores técnicos y prácticos de su aplicación¹¹. Así, el Convenio núm. 177 establece unos estándares mínimos exigibles, mientras que la Recomendación núm. 184 los amplía y detalla, fijando las pautas de actuación para los Estados que quieren ir más allá de las normas mínimas de protección.

Otro elemento que merece destacarse es relativo a la “flexibilidad del lenguaje”¹². El art. 4.1 del Convenio hace suyo este tipo de expresiones, al prever que los Estados promuevan la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados «en la medida de lo posible», y teniendo en cuenta, «cuando proceda», las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en la empresa. Del mismo modo, el art. 6 habla de medidas apropiadas para que, «siempre que sea posible», las estadísticas del trabajo abarquen el trabajo a domicilio.

Por último, la flexibilidad se manifiesta en el carácter “promocional”¹³ del Convenio núm. 177. Como ya se ha mencionado, el art. 4.1 alude a la promoción de la igualdad de trato. A su vez, el art. 5 indica que la «política nacional en materia de trabajo a domicilio deberá aplicarse por medio de la legislación, de convenios colectivos, de laudos arbitrales o de cualquier otra vía procedente y compatible con la práctica nacional».

Es más, el debate acerca del contenido del Convenio en las conferencias internacionales puso en evidencia que no había necesidad de crear una política nacional “especial” en la materia, y que bastaba con desarrollar medidas correspondientes dentro del marco general de las políticas nacionales relativas a la seguridad y la salud en el trabajo¹⁴.

Subrayando el carácter “extraordinariamente promocional” del Convenio, el representante de los trabajadores y Vice-Presidente de la Comisión de la Conferencia señaló lo siguiente: «no detailed new, bureaucratic rules, no extremely ambitious targets, just a simple, reasonable and realistic obligation to set up policies and activities on home work, with a lot of

l'honneur de Nicolas Valticos, Organisation International du Travail, 2004, pp. 468 y 494.

¹¹ OIT, *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, cit., § 10.b.

¹² G. POLITAKIS, *op. cit.*, p. 481.

¹³ *Ibidem*, p. 485.

¹⁴ ILO, *Record of Proceedings*, International Labour Conference, 82nd Session, 1995, p. 25, y ILO, *Record of Proceedings*, International Labour Conference, 83rd Session, 1996, pp. 10-26.

flexibility, and room to manoeuvre in accordance with a member State's traditions and preferences»¹⁵.

3. Perspectivas

La noción del Convenio núm. 177 (y de la Recomendación correspondiente núm. 184) de la OIT, a primera vista reducida al trabajo a domicilio, posee un contenido bastante más amplio¹⁶. Desde este punto de vista, incluye elementos que permiten una interpretación dinámica, aplicable a la realidad cambiante del trabajo de este tipo.

A los efectos del Convenio, la expresión “trabajo a domicilio” significa el trabajo que una persona realiza:

- en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador;
- a cambio de una remuneración;
- con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales¹⁷.

A continuación, el art. 1.b precisa que el mero hecho de realizar ocasionalmente el trabajo en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual, no convierte a una persona, que tenga la condición de asalariado, en trabajador a domicilio.

Según el art. 1.a.i, el primer componente de la noción es la localización. En este sentido, no se trata exclusivamente del trabajo en el domicilio, como parece adelantar el término, sino del trabajo en los locales de

¹⁵ ILO, *Record of Proceedings*, International Labour Conference, 83rd Session, cit., p. 213 (citado por G. POLITAKIS, *op. cit.*, p. 485).

¹⁶ Véase sobre el concepto del trabajo a domicilio, entre muchos otros, V. DI MARTINO, L. WIRTH, *Telework: A new way of working and living*, en *International Labour Review*, 1990, vol. 129, n. 5; V. DI MARTINO, *Promoting Decent Work. The High Road to Teleworking*, ILO, 2001; M. TOMEI, *El trabajo a domicilio en los países seleccionados de América Latina: una visión comparativa*, Oficina Internacional del Trabajo – Documento de discusión, 1999, n. 29; UNIÓN EUROPEA, *Trabajo a domicilio: la Comisión adopta una recomendación*, 1998; T. USHAKOVA, *El teletrabajo en el Derecho de la OIT*, en *Revista de Información Laboral*, 2015, n. 9, pp. 55-75, y T. USHAKOVA, *El Derecho de la OIT para el trabajo a distancia: una regulación superada o todavía aplicable?*, en *esta Revista*, 2015, vol. 3, n. 4, pp. 74-92.

¹⁷ Art. 1.a.

elección del trabajador (incluido su domicilio), distintos de los locales de trabajo del empleador. Por lo tanto, el contenido corresponde más al término “trabajo a distancia”, que al “trabajo a domicilio”.

En segundo lugar, la noción prevé la remuneración como contravalor de la actividad desarrollada (art. 1.a.ii).

En tercer lugar, refuerza la relación de dependencia expresada en la finalidad del trabajo, a saber, la elaboración de un producto o prestación de un servicio conforme a las especificaciones del empleador, que, además, incluye la posibilidad de proporcionar el equipo, los materiales u otros elementos utilizados (art. 1.a.iii).

Los elementos de la dependencia se articulan a través de la necesidad de una remuneración y control por parte del empresario, que puede traducirse en el encargo de un producto o servicio, en el suministro de los materiales u otras herramientas necesarias y en una relación de determinada duración y frecuencia. Si, en la práctica nacional, estuviese previsto el recurso a intermediarios, las responsabilidades respectivas de los mismos y de los empresarios deberían reglamentarse mediante las leyes o decisiones judiciales (art. 8).

En cuarto lugar, en principio, el concepto del Convenio núm. 177 deja al margen a los trabajadores autónomos, esto es, los trabajadores «que tengan el grado de autonomía e independencia económica para ser considerados como trabajadores independientes», aunque tampoco puede decirse que los excluya de manera tajante. Se admite cierta “autonomía” en la realización del trabajo a domicilio que se traduce en la elección del lugar de trabajo por parte del trabajador y en la posibilidad de usar sus propios equipos.

Y, por último, apunta a la necesidad de establecer un criterio de dedicación o frecuencia de realización de este tipo de trabajo, al señalar que no puede considerarse como un trabajo a domicilio una actividad ocasional o esporádica de estas características (art. 1.b).

La definición de empleador, que cierra el artículo (art. 1.c), es un indicio más de que existe una preocupación particular por proteger al trabajador por cuenta ajena.

Con todo, el Convenio núm. 177 hace “visibles” a los trabajadores a domicilio. Impone a los Estados partes que adopten, apliquen y revisen periódicamente su política nacional en la materia, e introduzcan mejoras en la regulación de esta modalidad de trabajo (art. 3). En particular, la política nacional a la que se refiere tiene que promover la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados, teniendo en cuenta todas las características de este tipo de trabajo (art. 4).

El contenido del art. 4 sirve para volver al debate acerca de la necesidad y

la metodología de distinción entre los principios y derechos fundamentales y el resto de derechos en el trabajo¹⁸. La reflexión al respecto en el contexto del Convenio núm. 177, de 1996, nos sitúa en un período anterior a la adopción de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, que acentúa dicha distinción, y muy anterior a la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, y la Declaración del Centenario, de 2019, donde se reafirma el carácter fundamental de los cuatro principios y derechos mencionados.

Aun así, la igualdad de trato se pretende en cuanto a los derechos resaltados en los convenios fundamentales, aunque, insistimos, antes de la adopción de la Declaración de 1998. Resulta sorprendente que la prohibición del trabajo forzoso es el único derecho fundamental que no se explicita en el listado. Así las cosas, de entre los aspectos en los que prioritariamente ha de fomentarse la igualdad entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores, figuran cuatro correspondientes a los estándares fundamentales: el derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades (a); la protección de la discriminación en el empleo y en la ocupación (b), la igualdad en materia de remuneración (d) y la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo (g).

En la misma línea, se confirma que existen otros derechos que podrían, con razón, considerarse como esenciales, y que aparecen en la lista de los ámbitos prioritarios de la igualdad del Convenio núm. 177, tales como: la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo (c); la protección por los regímenes legales de seguridad social (e); el acceso a la formación (f), y la protección de la maternidad (h).

¹⁸ Véase el debate doctrinal sostenido entre Philip Alston y Francis Maupain y continuado por muchos otros autores, en particular, en P. ALSTON, 'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime, en *EJIL*, 2004, vol. 15, n. 3, pp. 457-521, y P. ALSTON, Facing Up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda, *ibidem*, 2005, vol. 16, n. 3, pp. 467-480; B. LANGILLE, Core Labour Rights – The True Story (Reply to Alston), *ibidem*, pp. 409-437; F. MAUPAIN, Revitalization Not Retreat: The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers' Rights, *ibidem*, pp. 439-465; G. RODGERS ET AL., La OIT y la lucha por la justicia social, 1919-2009, OIT, 2009, p. 253; J.L. GIL Y GIL, Globalización y empleo: Propuesta de la OIT para un desarrollo sostenible, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2014, n. 11, pp. 44 ss., y J.L. GIL Y GIL, The Protection of Fundamental Rights at Work: The ILO Decent Work Approach, en J. CARBY-HALL (ed.), Essays on human rights. A celebration of the life of Dr Janusz Kochanowski, Ius et Lex, 2014, pp. 208-210; T. USHAKOVA, La cooperación de las organizaciones internacionales para la promoción de los estándares laborales en el contexto de la crisis: el papel de la OIT, en *Revista de Información Laboral*, 2014, n. 4, p. 98.

Así, en su momento, se criticó la elección “aleatoria” de los derechos fundamentales de la Declaración de 1998¹⁹. De hecho, la Declaración del Centenario, de 2019, subrayó que todos los trabajadores deberían disfrutar de una protección adecuada, teniendo en cuenta el respeto de sus derechos fundamentales, pero, además, de un salario mínimo adecuado, establecido por ley o negociado; límites máximos al tiempo de trabajo, y la seguridad y salud en el trabajo²⁰.

La mención de estos ámbitos de igualdad “complementarios” a los derechos fundamentales, se debe al problema ya apuntado y particularmente sensible para la OIT, que es la superación de la economía informal y una mayor visibilidad de los trabajadores a domicilio para su mejor protección.

El Convenio, que se limita a nombrar los derechos mencionados sin desarrollarlos, se refiere de manera más específica a dos de ellos: la libertad de asociación y la seguridad y salud en el trabajo. En cuanto al primero, debe recordarse que el diálogo social inspira a la OIT en cuanto a su organización interna y método de trabajo, que se expresa a través de la participación de representantes de los gobiernos, empleadores y trabajadores²¹. En la misma dinámica, la política nacional en materia de trabajo a domicilio tiene que aplicarse y revisarse en consulta con los interlocutores sociales más representativos (art. 3), a la vez que los trabajadores a domicilio ostentan el derecho, ya señalado, a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y participar en sus actividades (art. 4.2.a).

Por lo que respecta a la seguridad y salud en el trabajo, aparte de la obligación general de protección del art. 4.2.c, el art. 7 insiste en la necesidad de tener en cuenta las características propias del trabajo a domicilio. Con miras a estas particularidades, la legislación nacional ha de determinar las condiciones en que deben prohibirse ciertos tipos de trabajo y sustancias.

Se adopta un compromiso especial con los colectivos más vulnerables: las mujeres y los niños. En relación con las mujeres, el trabajo a domicilio

¹⁹ P. ALSTON, ‘Core Labour Standards’ and the Transformation of the International Labour Rights Regime, cit., 2004, p. 486. Sobre la importancia y el desarrollo de los derechos mencionados, véase, entre otros, J.-M. SERVAIS, *International Labour Law*, Wolters Kluwer, 2009; J. CARBY-HALL, Promoción de los derechos en el trabajo, en *RL*, 2012, n. 15-18, pp. 171-176.

²⁰ OIT, *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*, cit., punto B.

²¹ J.L. GIL Y GIL, T. USHAKOVA, *Le dialogue social sur le mode de l’OIT: consolidation et promotion du tripartisme*, en P. MARTIN (dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses Université de Bordeaux, 2007, pp. 97-130.

puede ser una elección voluntaria y un medio de conciliación de la vida laboral y familiar²². De aquí que se ponga el acento en la igualdad en la protección de la maternidad con otro tipo de trabajadoras y trabajadores. No obstante, las dificultades de control a través de la inspección de trabajo, la tarea de determinar si la persona trabaja o simplemente está en su hogar, implican que pueda dar lugar al trabajo no declarado y amenazar el trabajo decente²³. En su Recomendación relativa a la ratificación del Convenio, la Comisión Europea resalta este aspecto. Confirma los datos de la OIT de que la mayoría de los trabajadores a domicilio son mujeres, que recurren a este trabajo como medio para combinar una actividad que les procure los ingresos salariales necesarios para el hogar con el cuidado de personas a su cargo, y que esta elección responde a menudo a la escasez de oportunidades de trabajo o a la ausencia de servicios sociales y de asistencia²⁴. El riesgo también reside en el trabajo para un familiar, sin formalización de la relación de trabajo, ni remuneración, en concepto de “ayuda” al presupuesto de la familia²⁵.

En relación con los niños, se refuerza el objetivo de erradicar el trabajo infantil, resaltado en los dos convenios fundamentales²⁶, que escapa al control, debido a una mayor “informalidad” e “invisibilidad” del trabajo a domicilio.

La Recomendación núm. 184 desarrolla todos los aspectos del Convenio, en particular, los que refieren a los derechos, y añade otros campos de regulación de relevancia para mejorar la situación de los trabajadores a domicilio. Siendo de por sí un instrumento flexible, no impone obligaciones, sino que “recomienda” a los Estados establecer y aplicar un régimen más favorable a los trabajadores. Entre los derechos que incluye este instrumento complementario, destacan: el derecho a ser informado

²² Véase, entre los pioneros, L. MELLA MÉNDEZ, *Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo*, en *Aranzadi Social*, 1998, n. 5, pp. 641-666.

²³ OIT, *La igualdad de género como eje del trabajo decente. Informe VI*, Conferencia Internacional del Trabajo, 98^a Reunión, 2009, p. 135; J.-M. SERVAIS, *op. cit.*, pp. 236-237.

²⁴ La Recomendación de la Comisión, de 27 de mayo de 1998, relativa a la ratificación del Convenio OIT n. 177 sobre el trabajo a domicilio, de 20 de junio de 1996 (notificada con el n. C(1998)764); OIT, *La Conferencia de la OIT adopta el primer Convenio sobre el trabajo a domicilio*, Comunicado de prensa, 20 junio 1996. En el año de adopción del Convenio, la OIT afirmaba que las mujeres constituían la aplastante mayoría de esta categoría laboral (cerca del 95%).

²⁵ M. TOMEI, *op. cit.*, p. 6.

²⁶ Convenios de la OIT sobre la edad mínima, de 1973 (núm. 138), y sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999 (núm. 182). Véase, también, OIT, *La Conferencia de la OIT adopta el primer Convenio sobre el trabajo a domicilio*, cit. En este comunicado, la OIT apuntaba que el trabajo infantil solía emplearse con frecuencia en forma de trabajo a domicilio.

sobre las condiciones de empleo específicas²⁷, y el deber correspondiente del empresario para con el trabajador a domicilio y la autoridad nacional competente²⁸; las horas de trabajo, los períodos de descanso y licencias comparables con los derechos similares de otros trabajadores²⁹; la protección en los casos de terminación de la relación de trabajo³⁰, y el derecho a disponer de un mecanismo de solución de conflictos asegurado por la autoridad competente³¹.

El Convenio núm. 177 obliga a los Estados que lo ratifiquen a «adoptar, aplicar y revisar periódicamente una política nacional en materia de trabajo a domicilio» (art. 3). La política tiene que llevarse a cabo «por medio de la legislación, de convenios colectivos, de laudos arbitrales o de cualquier otra vía procedente y compatible con la práctica nacional» (art. 5). Además, debe existir un sistema de inspección para garantizar su cumplimiento y un mecanismo de sanciones para los casos de infracción (art. 9).

En fin, la visibilidad se alcanza mediante el recurso a las estadísticas del trabajo que abarquen el trabajo a domicilio (art. 6). En este punto, reviste una importancia particular la información y los datos recopilados sobre los cambios registrados en la estructura y las modalidades de trabajo, tanto a nivel nacional como sectorial.

4. Retos

Existen varios aspectos que dificultan la aplicación efectiva del Convenio. En primer lugar, y el Convenio y la Recomendación se encaminan a regular tan solo una parcela del trabajo a distancia, a saber, el trabajo a domicilio, cuyos orígenes se remontan al trabajo manual. De este modo, de los tres componentes más destacados del concepto actual de trabajo a distancia – la organización, la localización y la tecnología – las normas de la OIT hacen suyos los dos primeros y prescinden de las TIC. En efecto, se apartan del aspecto “tecnológico” y se centran en el aspecto “organizativo”.

En segundo lugar, el concepto convencional delimita el ámbito de aplicación personal y, atendiendo a la lógica de trabajo de la “máquina de hilar” más que a la del ordenador (sin mencionar las formas de trabajo

²⁷ Cap. II, § 5, de la Recomendación.

²⁸ Cap. II, III, XII y XIII.

²⁹ Cap. VIII.

³⁰ Cap. X.

³¹ Cap. XI.

más complejas y sofisticadas que llevan aparejadas las nuevas prácticas empresariales), dirige sus esfuerzos a proteger a los trabajadores a domicilio más vulnerables y, con carácter general, a los trabajadores con un cierto grado de dependencia. Por lo tanto, excluye a los trabajadores autónomos. Como es sabido, el trabajo con el recurso a las TIC se caracteriza por un alto grado de autonomía del trabajador y, desde este punto de vista, el enfoque de la OIT no parece del todo acertado.

Delimitando el ámbito personal, el Convenio establece un propósito ambicioso de igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los trabajadores asalariados en una serie de derechos básicos. Es dudoso que pueda alcanzarse dicha pretensión: primero, porque un gran número de trabajadores (en especial los autónomos) caen fuera del ámbito de protección, y porque, para el resto de trabajadores, no hay posibilidad de instaurar un régimen de control efectivo de la pretendida igualdad, aun tomando en consideración, como hace el Convenio, las particularidades del trabajo a domicilio y de la legislación y la práctica nacional correspondiente.

Ahora bien, considerando que el trabajo a distancia se realiza con mucha frecuencia por los trabajadores autónomos, habría sido conveniente que el marco de protección se hubiese extendido también a esta categoría de trabajadores. Puede que el componente en común para la regulación internacional efectiva del teletrabajo no tenga que ser la relación de dependencia, sino la organización del trabajo, con la mención expresa de las TIC, que supere la relación de trabajo tradicional. Así, podrían protegerse unos estándares mínimos propios de la modalidad del trabajo a distancia. Además, se evitaría que la “ajenización” se convirtiese en un método de desprotección y precarización de los trabajadores.

5. Conclusiones

El número de países que han ratificado el Convenio pone en evidencia su interés relativo y la repercusión limitada en la práctica nacional. Esto ocurre bien porque los Estados ya cuentan con una normativa muy avanzada en la materia, o bien porque su nivel de desarrollo no les permite abordar el problema.

El término “trabajo a domicilio” no refleja adecuadamente las necesidades reales que engloba hoy en día este tipo de trabajo. Aunque, aparentemente, no exista una diferencia entre el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia, parecería más conveniente que el concepto marco internacional se refiriese al trabajo a distancia, como término más genérico

y clave para las nociones tanto del trabajo a domicilio como del teletrabajo. El mismo Tesauro de la OIT lo deja claro, al definir “teletrabajo” como «trabajo a distancia (incluido el trabajo a domicilio) efectuado con auxilio de medios de telecomunicación y/o de una computadora»³².

El ámbito personal tampoco resulta adecuado, en especial al referirse claramente a los trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, y dentro de los límites mencionados, cabe destacar el propósito del legislador de abarcar a «toda persona que realiza trabajo a domicilio» (art. 2), excluyendo tan solo a aquella que hace este tipo de trabajo ocasionalmente.

Para ir más allá de las disposiciones del Convenio núm. 177 y la Recomendación núm. 184, o para replantear el concepto de trabajo a domicilio y su adecuación a todas las formas de trabajo a distancia, cabe la opción de recurrir a los instrumentos no vinculantes, como las directrices o las declaraciones, por analogía con la acción de la OIT en otros ámbitos³³. Dichos instrumentos podrían ofrecer orientaciones para las políticas nacionales y locales o utilizarse para mejorar diversas estructuras administrativas. Asimismo, podrían servir de herramienta útil para los nuevos (o viejos) actores, en forma de códigos de conducta o de responsabilidad social de las empresas.

6. Bibliografía

ALSTON P., *Facing Up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda*, en *EJIL*, 2005, vol. 16, n. 3, pp. 467-480

ALSTON P., ‘Core Labour Standards’ and the Transformation of the International Labour Rights Regime, en *EJIL*, 2004, vol. 15, n. 3, pp. 457-521

CARBY-HALL J. (ed.), *Essays on human rights. A celebration of the life of Dr Janusz Kochanowski*, Ius et Lex, 2014

CARBY-HALL J., *Promoción de los derechos en el trabajo*, en *RL*, 2012, n. 15-18

³² Véase el [Tesauro de la OIT](#).

³³ Véase, entre otros ejemplos, el *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*, 2007, y la *Declaración tripartita de la OIT de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, en su redacción de 2006, adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204^a Reunión (Ginebra, noviembre de 1977), enmendada en sus 279^a (noviembre de 2000) y 295^a (marzo de 2006) Reuniones y revisada en 2017.

- DI MARTINO V., *Promoting Decent Work. The High Road to Teleworking*, ILO, 2001
- DI MARTINO V., WIRTH L., *Telework: A new way of working and living*, en *International Labour Review*, 1990, vol. 129, n. 5
- GIL Y GIL J.L., *Globalización y empleo: Propuesta de la OIT para un desarrollo sostenible*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2014, n. 11
- GIL Y GIL J.L., *The Protection of Fundamental Rights at Work: The ILO Decent Work Approach*, en J. CARBY-HALL (ed.), *Essays on human rights. A celebration of the life of Dr Janusz Kochanowski*, Ius et Lex, 2014
- GIL Y GIL J.L., USHAKOVA T., *Le dialogue social sur le mode de l'OIT: consolidation et promotion du tripartisme*, en P. MARTIN (dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses Université de Bordeaux, 2007
- HUUHTANEN P., *The Social Dimension of Telework: The Health and Safety Issues for Teleworkers in the European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1997
- ILO, *Record of Proceedings*, International Labour Conference, 83rd Session, 1996
- ILO, *Record of Proceedings*, International Labour Conference, 82nd Session, 1995
- LANGILLE B., *Core Labour Rights – The True Story (Reply to Alston)*, en *EJIL*, 2005, vol. 16, n. 3, pp. 409-437
- MAUPAIN F., *Revitalization Not Retreat: The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers' Rights*, en *EJIL*, 2005, vol. 16, n. 3, pp. 439-465
- MCMAHON J.F., *The Legislative Techniques of the International Labour Organization*, en *British Yearbook of International Law*, 1965-1966, vol. 41, pp. 1-102
- MELLA MÉNDEZ L., *Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo*, en *Aranzadi Social*, 1998, n. 5, pp. 641-666
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Declaración tripartita de la OIT de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, Consejo de Administración, 204^a Reunión, 1977
- OIT, *Aplicación de las normas internacionales del trabajo. Informe III (Parte A)*, Conferencias Internacionales del Trabajo, 108^a Reunión, 2019
- OIT, *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 108^a Reunión, 2019
- OIT, *Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, 2019
- OIT, *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, 2019

- OIT, *Compilación de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, 2015
- OIT, *La igualdad de género como eje del trabajo decente. Informe VI*, Conferencia Internacional del Trabajo, 98^a Reunión, 2009
- OIT, *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*, 2007
- OIT, *La Conferencia de la OIT adopta el primer Convenio sobre el trabajo a domicilio*, Comunicado de prensa, 20 junio 1996
- POLITAKIS G., *Deconstructing flexibility in international labour Conventions*, en J.C. JAVILLIER, B. GERNIGON (dirs.), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Organisation International du Travail, 2004, pp. 463-496
- RODGERS G. ET AL., *La OIT y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, OIT, 2009
- SERVAIS J.-M., *International Labour Law*, Wolters Kluwer, 2009
- SIERRA BENÍTEZ E.M., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2013, vol. 1, n. 1
- SIERRA BENÍTEZ E.M., *El contenido de la relación laboral en teletrabajo*, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011
- TOMEI M., *El trabajo a domicilio en los países seleccionados de América Latina: una visión comparativa*, Oficina Internacional del Trabajo – Documento de discusión, 1999, n. 29
- UNIÓN EUROPEA, *Trabajo a domicilio: la Comisión adopta una recomendación*, 1998
- USHAKOVA T., *El Derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable?*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2015, vol. 3, n. 4, pp. 74-92
- USHAKOVA T., *El teletrabajo en el Derecho de la OIT*, en *Revista de Información Laboral*, 2015, n. 9, pp. 55-75
- USHAKOVA T., *La cooperación de las organizaciones internacionales para la promoción de los estándares laborales en el contexto de la crisis: el papel de la OIT*, en *Revista de Información Laboral*, 2014, n. 4, pp. 79-106
- VAN DER HEIJDEN P., *The ILO Stumbling towards Its Centenary Anniversary*, en *International Organizations Law Review*, 2018, n. 15, pp. 203-220

Normativa

[C177 – Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 \(núm. 177\)](#)

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la inspección del trabajo (gente de mar) 1996 (núm. 178)

Fernando BORÓ HERRERA*

RESUMEN: El Convenio 178 de la OIT sobre la inspección del trabajo de la gente del mar, de 1996, supuso un gran avance en la regulación de la misma, ya que derogó a la ya obsoleta recomendación de 1926. Un convenio que actualmente sólo está en vigor en Brasil y Perú, porque esta norma internacional ha sido sustituida por el Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006, (CTM). De los quince países que ratificaron aquél, únicamente está en vigor para los dos citados. Se analizará el contenido del Convenio núm. 178 y se comparará con otros convenios de la OIT sobre inspección del trabajo: el convenio 81 sobre la inspección en la industria y el comercio y el convenio 129 sobre la inspección en la agricultura. Por último, se analizará cómo se ha incorporado al derecho positivo español la inspección del trabajo para la gente del mar, desde la vigencia en España del CTM, a través de dos normas reglamentarias, además de la regulación legal del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Palabras clave: Derecho del Trabajo, OIT, Inspección del Trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Estructura y contenido de la norma. 2.1. Estructura. 2.2. Contenido. 2.2.1. Alcance y definiciones. 2.2.2. Organización de la inspección. 2.2.3. Sanciones. 2.2.4. Informes. 2.2.5. Disposiciones finales. 3. Comparación entre “El Convenio” y los Convenios núm. 81 y 120 de la OIT sobre inspección del trabajo en la industria y el comercio y en la agricultura, respectivamente. 4. Transposición al derecho positivo español de las normas de la OIT sobre la inspección del trabajo (gente del mar). 4.1. Introducción. 4.2. Normativa emanada de las fuentes de derecho interno. 4.2.1. Contenido del Real Decreto 357/2015, de 28 de mayo. 4.2.2. Contenido del Real Decreto 1737/2010, de 23 de diciembre. 5. Bibliografía.

* Subinspector Laboral de Empleo y Seguridad Social. Profesor Asociado de la Universidad Rey Juan Carlos del Departamento de Derecho Privado y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Labour Inspection (Seafarers) Convention 1996 (No. 178)

ABSTRACT: The ILO Convention 178 on the Labour inspection (seafarers), of 1996, supposed a great advance in the regulation of the same, since it repealed the already obsolete recommendation of 1926. An agreement that is currently only in force in Brazil and Peru, because this international standard has been replaced by the Maritime Labour Convention of 2006, (MLC). Of the fifteen countries that ratified that one, it is only in force for the two mentioned ones. The content of Convention No. 178 will be analyzed and compared with other ILO conventions on labor inspection: the agreement 81 on inspection in industry and commerce and the convention 129 on inspection in agriculture. Finally, it will be analyzed how labor inspection for seafarers has been incorporated into Spanish positive law, since the validity in Spain of the CTM, through two regulations, in addition to the legal regulation of the Labour Inspection System and Social Security.

Key Words: Labour Law, ILO, Labour Inspection System.

1. Introducción

El Convenio núm. 178 de la OIT sobre la inspección del trabajo (gente de mar), relativo a la inspección de las condiciones de vida y de trabajo de la gente del mar, (en lo sucesivo “El Convenio”), fue adoptado por la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 84^a reunión, de 22 de octubre de 1996. Este convenio sustituyó a la añeja recomendación sobre la inspección del trabajo (gente del mar), de 1926, (artículo 10 de “El Convenio”).

“El Convenio” está en vigor únicamente en Brasil y Perú, que lo ratificaron el 21 de diciembre de 2007 y el 4 de octubre de 2006, respectivamente. Por su parte, un total de trece estados lo ratificaron, aunque con posterioridad lo denunciaron¹.

Aparte de “El Convenio”, (que forma parte de los tratados internacionales de la OIT legalmente vinculantes que establecen los principios básicos a aplicar por los países que los ratifican), cabe mencionar la Recomendación núm. 185 sobre la inspección del trabajo de las condiciones de vida y de trabajo de la gente de mar, adoptado el 22 de octubre de 1996 en la reunión citada de la Conferencia Internacional del Trabajo. Su función es la de establecer directrices no vinculantes que complementan el convenio, proporcionando pautas detalladas sobre su aplicación.

Asumiendo lo precedente, el autor expondrá las divergencias existentes entre “El Convenio” y dos normas de la OIT que regulan también la materia de la inspección del trabajo en otros ámbitos objetivos: a) el Convenio núm. 81, de 11 de julio de 1947, relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio y b) el Convenio núm. 129, de 25 de junio de 1969, relativo a la inspección del trabajo en la agricultura.

Además de profundizar en el examen del contenido de “El Convenio, por razón de sus evidentes conexiones objetivas, subjetivas y materiales se mencionan otras normas internacionales en la materia emanadas tanto de la OIT, tal es el caso del Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006 (CTM, 2006), como de la Unión Europea, en el caso de la Directiva 2009/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto y de la Directiva 2013/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre

¹ Son los siguientes, además de los precedentemente citados: Albania, Bulgaria, Fiji, Finlandia, Francia, República de Irlanda, Luxemburgo, Marruecos, Nigeria, Noruega, Polonia, Reino Unido y Suecia. En todos estos países se produjo la denuncia automática por la ratificación del Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006 (CTM, 2006), adoptado el 23 de febrero de dicho año. Según el artículo X de esta norma internacional, se revisa “El Convenio”.

de 2013, sobre determinadas responsabilidades del Estado del pabellón en materia de cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el trabajo marítimo, de 2006.

Asimismo, desde una perspectiva relacional, interpretativa y aplicativa, se evaluará la adaptación que los órganos legislativos del Estado español han hecho de las referidas normas a través del Real Decreto 357/2015, de 8 de mayo², y del Real Decreto 1737/2010, de 23 de diciembre³.

2. Estructura y contenido de la norma

2.1. Estructura

“El Convenio” se organiza en un preámbulo y dieciocho artículos, aglutinados en cinco apartados: I. Alcance y definiciones; II. Organización de la inspección; III. Sanciones; IV. Informes; V. Disposiciones finales.

El primer apartado comprende el artículo primero y se refiere a sus ámbitos objetivo y subjetivo. El segundo apartado abarca desde el artículo segundo hasta el sexto y trata sobre el cómo; es decir, la articulación organizativa del sistema inspección, incluyendo el estatus jurídico del personal inspector. El tercer apartado, que sólo tiene un artículo, establece los criterios de imposición de las sanciones. El epígrafe cuarto está dedicado a los requisitos documentales que deben cumplirse en el ejercicio de la potestad inspectora. Por último, el apartado de disposiciones finales, que tiene nueve artículos, está referido a los aspectos procedimentales de la norma.

2.2. Contenido

En este punto se desarrollará diferenciadamente el contenido de “El Convenio”, diferenciándose cada uno de los apartados antes definidos y analizándose pormenorizadamente cada uno de los artículos.

² Sobre cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006, de la Organización Internacional del Trabajo, en buques españoles (BOE 9 de mayo de 2015).

³ Por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles (BOE 30 de diciembre de 2010).

2.2.1. Alcance y definiciones

El primer artículo fija, en primer lugar, cuál es su ámbito objetivo: todo buque dedicado a la navegación marítima, cualquiera que sea su naturaleza: pública o privada, destinado con fines comerciales al transporte de mercancías o viajeros, (artículo 1.1.), dejando libertad legislativa a cada Estado para determinar los buques afectos a la navegación marítima.

En segundo término, aclara la nacionalidad de aquellos buques en función de en qué países estén matriculados. Resuelve la duda en el supuesto de que haya dos matriculaciones, en la que regirá el territorio del miembro cuyo pabellón enarbole, (artículo 1.1).

Otro aspecto en el que se deja libertad de elección a la autoridad central de coordinación, que se definirá posteriormente, es de la inclusión o exclusión de los buques dedicados a la pesca marítima comercial. La citada autoridad también decidirá en caso de duda sobre tal consideración.

Además de las inclusiones, se prevén las exclusiones entre las que se recogen las de los buques de menos de 500 TM, las plataformas de sondeo y de extracción de petróleo⁴.

Una vez delimitado el ámbito objetivo, “El Convenio” define el subjetivo en lo concerniente a la autoridad central de coordinación y a los inspectores.

Tal autoridad es de carácter público necesariamente y su tarea es la dictar y supervisar la aplicación efectiva de la normativa en su territorio en la materia.

En lo que respecta a los inspectores, el artículo 1.7 permite la posibilidad de que lo sean no únicamente los empleados públicos en un sentido expansivo, entre los que se encuentran los funcionarios públicos, sino que se deja abierta la vía a la acreditación al fin inspector de una persona que no tenga la condición de empleada pública, con las matizaciones que se verán más adelante.

También, en su vertiente objetiva, es necesario describir el qué sobre el contenido de “El Convenio”. A la primera premisa, el qué, responde el concepto de qué normas o instituciones del Derecho comprende. En un sentido amplio, no sólo la legislación “clásica”, (leyes y reglamentos), sino asimismo los laudos arbitrales y los convenios colectivos de eficacia “erga omnes”. La segunda premisa de carácter objetivo está relacionada con las condiciones de vida y de trabajo de la gente de mar: en el artículo 1.7.e) de “El Convenio” se hace mención en un marco amplio al ámbito material,

⁴ Siempre que no estén dedicados a la navegación.

recogiendo las relacionadas con la seguridad y salud laboral, tiempo de trabajo, edad mínima para trabajar, prestaciones de seguridad social, repatriación, libertad sindical, condiciones de empleo, etc.

Por último, “El Convenio” clarifica en su artículo 1.7.c) el quién, qué se entiende por gente de mar o marino, que designa a toda persona empleada por cuenta propia o ajena en un buque dedicado a la navegación marítima. En el supuesto de duda de aplicación del ámbito subjetivo, será la autoridad central de coordinación la que decida sobre la inclusión en su ámbito de determinadas categorías de personas⁵.

2.2.2. Organización de la inspección

El segundo apartado de “El Convenio” aborda el cómo; es decir, qué instrumentos se prevén para articular un sistema de inspección eficaz de las condiciones de vida y de trabajo de la gente de mar.

La institución que debe coordinar las inspecciones es la autoridad central de coordinación, aunque “El Convenio” flexibiliza este mandato al permitir que aquella coordinación se efectúe de forma exclusiva o parcial, (artículo 2.2.) y que, incluso, pueda delegar esta competencia inspectora, en su nombre, a otras instituciones públicas o privadas; sin que, no obstante, se traslade la responsabilidad de la inspección a estas instituciones, que deben de ser conocidas públicamente a través de una lista actualizada.

Después de establecerse la competencia inspectora orgánica, “El Convenio” configura el lapso temporal en el que deben de ser inspeccionados como mínimo los buques: no deben de transcurrir más de tres años entre inspecciones, aunque considera como aconsejable que haya inspecciones anuales, (artículo 3.1). Sin embargo, los apartados segundo y tercero de este artículo posibilitan que cuando exista una queja fundada de la no conformidad de las condiciones de trabajo respecto a la legislación nacional al respecto se podrá inspeccionar el buque con una periodicidad inferior, extremo que acontece cuando haya cambios sustanciales en la construcción del buque o en los alojamientos, (artículo 3.2).

Los artículos cuarto y quinto de “El Convenio” abordan el estatus jurídico de los inspectores. Bajo el principio genérico de la cualificación para el ejercicio de sus funciones, (artículo 4), se postula la suficiencia cuantitativa para cumplir con eficacia su función.

⁵ Con la previa consulta con las organizaciones interesadas de armadores y de gente de mar.

Una función que se ve reforzada por la exposición en el artículo 5.1 de la garantía de su independencia, por medio de condiciones jurídicas y condiciones de servicio, respecto de los cambios gubernamentales.

En lo que concierne a las facultades que prevé “El Convenio”, los inspectores podrán subir para cumplir con su función a bordo del buque matriculado en el territorio del Estado miembro, así como entrar en todos los locales afectos a inspección.

Están facultados, asimismo, para hacer cualquier diligencia investigadora probatoria para observar el cumplimiento o no de la normativa. Por último, dentro de las facultades máximas de intervención pueden en primer lugar, de una forma menos invasiva, requerir la subsanación de deficiencias, y de una manera más “intrusiva” en la esfera de los sujetos administrados prohibir que un buque abandone el puerto cuando existen deficiencias severas y objetivas que afecten a la seguridad y salud de la gente del mar, siempre de forma razonada y ponderada susceptible de recurso por el sujeto inspeccionado, (artículo 5.2.d)

El criterio de menor onerosidad y de proporcionalidad en las medidas a aplicar se convierte en principio desiderativo para evitar, en la medida de lo posible, la inmovilización del buque o retrasos indebidos, (artículo 6.1). Estas dilaciones y perjuicios, siempre que no estén justificados, pueden otorgar a los armadores u operados el derecho a ser resarcidos económicamente por medio de una indemnización. Perjuicios, no obstante, cuya carga de la prueba les corresponde, (artículo 6.2).

2.2.3. Sanciones

El artículo séptimo de “El Convenio” fija los criterios de adecuación y efectividad punitivas cuando se vulneren las disposiciones legales, incluidas las de obstrucción a la labor inspectora en el ejercicio de sus funciones.

En su apartado segundo, el artículo séptimo faculta a los inspectores a que discrecionalmente amonesten y aconsejen a los sujetos inspeccionados en lugar de iniciar un procedimiento sancionador.

2.2.4. Informes

“El Convenio” marca las pautas de la transparencia para lo que precisa, a tal fin, la publicación por la autoridad central de coordinación de un informe anual sobre la actuación de los servicios de inspección,

incluyéndose en el mismo un listado de instituciones y organizaciones facultadas para inspeccionar⁶.

Continuando con este principio de transparencia, el capitán del buque sujeto a inspección tiene un derecho a que le sea facilitado por el inspector actuante una copia del informe que este emita en inglés y en la lengua de trabajo del buque, debiendo entregar otra copia a los representantes de los trabajadores o exposición en un tablón de anuncios para el conocimiento de éstos.

En los supuestos de investigaciones motivadas por “incidentes mayores” el informe expuesto debe ser presentado en el plazo máximo de un mes desde que termine la inspección.

2.2.5. Disposiciones finales

“El Convenio” en este apartado recoge fundamentalmente sus aspectos procedimentales. En primer lugar, fija la derogación de la ya añeja recomendación sobre la inspección del trabajo (gente del mar) de 1926, (artículo 10).

Para su entrada en vigor se disponía que debía ser ratificado por, al menos, dos estados miembros, (artículo 12.2). Esta condición se produjo por amplio margen, ya que la ratificación se produjo por quince países, aunque, como ya se ha desarrollado, actualmente sólo está en vigor en Brasil y Perú por las denuncias de los otros 13 países restantes, que la han efectuado una vez transcurrido el período de diez años al efecto dispuesto desde su entrada en vigor en el artículo 13.1. Si en el plazo del año siguiente a la expiración de los diez años no se ha producido la denuncia, no se podrá efectuar ésta hasta otro plazo decenal, (artículo 13.2).

La facultad del Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, en sus aspectos de procedimiento, es la de la notificación a los estados miembros de la OIT del registro de las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia se produzcan; así como la entrada en vigor al producirse la segunda notificación, (artículo 14). Asimismo, debe comunicar a los efectos informativos al Secretario General de las Naciones Unidas todos los extremos explicados anteriormente, (artículo 15).

Desde un fin revisorio de “El Convenio”, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo puede elevar a la Conferencia una memoria para que en su caso se estudie su modificación total o parcial,

⁶ El plazo de publicación de este informe no puede ser superior al semestre del año siguiente al de análisis.

(artículo 16).

El artículo 17 de “El Convenio” es de interés en cuanto prevé que si existiera otro convenio posterior que lo revisara se produciría su denuncia inmediata si un estado miembro ratificara el posterior, una vez que este último hubiera entrado en vigor; produciéndose, en este caso, el cese de la apertura a la ratificación por otros miembros que no lo hayan hecho. Sin embargo, para los miembros que no hubieran ratificado el convenio “revisor” seguirá en vigor “El Convenio”.

3. Comparación entre “El Convenio” y los Convenios núm. 81 y 129 de la OIT sobre inspección del trabajo en la industria y el comercio y en la agricultura, respectivamente

Ambos convenios regulan los sistemas de inspección del trabajo en ámbitos materiales extensivos como la industria, el comercio y la agricultura; es decir, el sector primario, secundario y terciario, todos ellos comprensivos de casi toda la actividad económica mundial, junto al de la gente del mar.

Desde una perspectiva material, existen evidentes similitudes entre los tres convenios, aunque también hay diferencias entre el Convenio núm. 81, (en lo sucesivo C81), el Convenio núm. 129, (C129), y “El Convenio”. Mientras que en el C81 y C129 en sus artículos 3 y 6, respectivamente, no se hace mención explícita al control y vigilancia de las “prestaciones en caso de accidente o enfermedad”, en el artículo 1.2.e) de “El Convenio” si hay una enumeración taxativa al respecto, un aspecto conexo con la protección de los sistemas de Seguridad Social y con “el bienestar social” que si figura en “El Convenio” y que no se concreta de igual manera en el C81 y C129.

Otra cuestión que no aparece en estos dos últimos convenios es el control y vigilancia del desarrollo de la libertad sindical⁷, materia que no consta en su articulado, (artículos 3 y 6), y sí en el artículo 1.2.e) de “El Convenio”.

El concepto, facultades y competencias de las autoridades centrales, (denominadas así en el artículo 4 del C81 y en el artículo 7 del C129), y de la autoridad central de coordinación⁸ divergen en los siguientes aspectos. Pese a que en los tres convenios se postula su naturaleza pública, “El

⁷ Definida en los términos del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87).

⁸ Obsérvese la diferencia conceptual: mientras la autoridad central ejerce sus potestades de manera exclusiva, la coordinación implica una colaboración con otras instituciones, por lo que la potestad que tiene atribuida es, implícitamente, compartida con aquéllas.

Convenio” es la única norma en la que se posibilita la delegación competencial, incluso facultándose a ello a organizaciones de naturaleza privada, (artículo 2.3).

El lapso temporal en el que se deben realizar las inspecciones marca otra diferencia entre el C81, el C129 y “El Convenio”. Mientras en este último, se dispone un plazo no superior a tres años, con una recomendación de inspecciones anuales y en determinados supuestos de 3 meses desde el acaecimiento del hecho, los C81 y C129 señalan un concepto jurídico indeterminado: deberán ser inspeccionadas -las empresas y establecimientos- con la frecuencia y esmero que sean necesarios para garantizar la aplicación efectiva de las disposiciones legales pertinentes, (artículo 16 del C81 y artículo 21 del C129). Sin duda, una diferencia relevante en cuanto a la periodicidad de las inspecciones.

En lo concerniente al estatus jurídico de los inspectores, hay una notable dicotomía entre lo propugnado por “El Convenio” y por el C81 y C129. Así, estas dos normas únicamente permiten que ejerzan como inspectores funcionarios públicos, (artículo 6 del C81 y artículo 8.1 del C129)⁹. Por su parte, “El Convenio” flexibiliza este requisito ya que “cada miembro procederá al nombramiento de inspectores que estén calificados para el ejercicio de sus funciones...”, (artículo 4), sin definir si deben ser imperativamente funcionarios públicos u otro tipo de empleados, sean públicos o del ámbito privado. Esta salvedad es sustancial, puesto que de los criterios emanados en el documento elaborado por la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT titulado “La inspección del trabajo y la función de las iniciativas privadas de cumplimiento de la legislación: situación y tendencias”¹⁰ se despende que “Por consiguiente, las personas privadas que desempeñan actividades destinadas a garantizar el cumplimiento de las normas -aun cuando se trate del cumplimiento de las leyes nacionales- no pueden ser consideradas inspectores del trabajo en los términos del Convenio núm. 81, así como tampoco puede considerarse que los funcionarios públicos encargados del control del cumplimiento de las normas que no son «disposiciones legales» pueden

⁹ Sin embargo, este convenio ofrece la posibilidad de que estén incluidos en el sistema de la inspección del trabajo como “auxiliares” a agentes o representantes de las organizaciones profesionales, (artículo 8.2).

¹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La inspección del trabajo y la función de las iniciativas privadas de cumplimiento de la legislación: situación y tendencias: Informe para la Reunión de expertos sobre la inspección del trabajo y la función de las iniciativas privadas de cumplimiento de la legislación*, Oficina Internacional del Trabajo, Servicio de Administración del Trabajo, Inspección del trabajo y Seguridad y Salud en el Trabajo, pp. 8 y 9 Ginebra, OIT, 2013.

formar parte de los servicios de inspección del trabajo”¹¹.

Si la propia OIT en el mencionado documento propugna taxativamente el carácter público del personal inspector en el C81, ¿por qué “El Convenio” deja la puerta abierta a la “privatización” del mismo?¹² Como ya se incidirá posteriormente en esta disfunción en el apartado de transposición de la normativa al respecto al derecho positivo español del CTM¹³, éste sólo posibilita a los funcionarios de carrera la titularidad del ejercicio del “ius puniendi” del Estado¹⁴.

4. Transposición al derecho positivo español de las normas de la OIT sobre la inspección del trabajo (gente del mar)

4.1. Introducción

Antes de proceder a un análisis pormenorizado de cómo el ordenamiento español configura la institución de la inspección del trabajo para la gente del mar, es preciso exponer la forma de articular la inspección del trabajo que efectúa el CTM¹⁵. El Título 5 de este convenio se denomina “cumplimiento y control de la aplicación”. Por mor de este título, tanto las instituciones públicas como *otras organizaciones* que sean reconocidas como competentes e independientes están facultadas para efectuar las inspecciones de las condiciones de trabajo de la gente del mar¹⁶.

Una regulación que se concreta y aborda en su regla 5.1.4. y en su norma A5.1.4., inspección y control de la aplicación. Además de este contenido normativo obligacional, la pauta B5.1.4., inspección y control de la aplicación, desarrolla extensivamente esta regla y norma con carácter de

¹¹ *Idem.*

¹² En línea con esta tendencia, la norma A5.1.4. sobre inspección y control de la aplicación del CTM en su punto segundo declara que “Cuando se haya autorizado a *organizaciones reconocidas* a que efectúen estas inspecciones, el Miembro deberá exigir que el personal que realice la inspección esté calificado para cumplir estar funciones y les otorgará la autoridad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones”.

¹³ Que se produce en virtud del Real Decreto 357/2015, de 8 de mayo, y del Real Decreto 1737/2010, de 23 de diciembre.

¹⁴ El artículo 9.2 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, (BOE 31 de octubre), dispone que “el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos”.

¹⁵ Como ya se ha indicado, sustituye a “El Convenio”, que sólo está vigente en Brasil y Perú.

¹⁶ En el contenido del párrafo tercero de la Regla 5.1.1.

recomendación, simplemente¹⁷.

4.2. Normativa emanada de fuentes de derecho interno

El Real Decreto 357/2015, de 28 de mayo¹⁸, y el Real Decreto 1737/2010, de 23 de diciembre¹⁹, son los principales instrumentos normativos españoles sobre la materia que dimana de “El Convenio” y del CTM; junto a la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

4.2.1. Contenido del Real Decreto 357/2015, de 28 de mayo

En primer lugar, esta disposición reglamentaria fija su ámbito subjetivo en el control e inspección de las condiciones de trabajo y de vida de la gente del mar de los buques estrictamente de pabellón español.

Este reglamento, en su artículo 3, establece que las autoridades responsables del control de la aplicación y supervisión del cumplimiento de las inspecciones que se contemplan en el CTM son: la Inspección de Trabajo y Seguridad Social²⁰, el Instituto Social de la Marina, (ISM)²¹, y la Dirección General de la Marina Mercante²², que es a su vez el órgano

¹⁷ El artículo VI.1 del CTM dispone que el reglamento y las disposiciones de la parte A del Código son obligatorias, mientras que las pautas, parte B del Código, no son obligatorias.

¹⁸ Este reglamento transpone al ordenamiento español la Directiva 2013/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, sobre determinadas responsabilidades del Estado del pabellón en materia de cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el trabajo marítimo, de 2006.

¹⁹ Este reglamento transpuso la Directiva 2009/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto. Aquél fue modificado sustancialmente por el Real Decreto 1004/2014, de 5 de diciembre, que a su vez incorporó al ordenamiento español la Directiva 2013/38/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, por la que se modifica la Directiva 2009/16/CE sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto.

²⁰ Esta institución orgánicamente se halla adscrita al Organismo Autónomo Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, creado por el artículo 27 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, y desarrollado por el Real Decreto 192/2018, de 6 de abril, por el que se aprueban los estatutos del Organismo Autónomo Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

²¹ Regulado por el Real Decreto 504/2011, de 8 de abril, de estructura orgánica y funciones del Instituto Social de la Marina.

²² Adscrita orgánicamente al Ministerio de Fomento.

coordinador general de las inspecciones y de la planificación de las visitas, (art. 3), por medio de sus servicios centrales²³.

Cabe distinguir en lo concerniente a las tareas y funciones inspectoras dos aspectos: a) la emisión del certificado marítimo y la declaración de conformidad marítima laboral²⁴ y b) las inspecciones de buques que no precisan aquéllas. Así en la primera de las mentadas, hay una triple competencia: la inspección de trabajo comprobará las materias que se listan en su artículo 4.2.a)²⁵, mientras que la Dirección General de la Marina Mercante las del artículo 4.2.b)²⁶ y el ISM las del artículo 4.2.c)²⁷. Los informes que deriven de estas inspecciones tendrán carácter vinculante.

Respecto de las que inspecciones a buques no precisen de certificados de trabajo marítimo ni de las declaraciones de conformidad, según el artículo 5 del reglamento, se dispone un sistema de inspección conjunto entre las tres instituciones públicas.

En la misma línea que “El Convenio” y después el CTM, se abre la posibilidad de que las personas físicas encargadas de las inspecciones no sean funcionarias públicas, ni siquiera empleadas públicas, puesto que el artículo 3 permite que sea personal de organizaciones reconocidas, que no tiene que tener necesariamente la condición de organismos públicos, el que realice las inspecciones, (artículo 7.1). Esta posibilidad es contradictoria con la imperatividad de que el Estatuto Básico del Empleado Público sólo reconoce que las facultades de autoridad pública o de agentes de la autoridad sean ejercidas exclusivamente por funcionarios públicos de carrera²⁸, extremo que es corroborado en el ámbito de la inspección de trabajo española en el artículo 3.1 de la ley 23/2015, de 21

²³ Posteriormente, las capitanías marítimas serán las encargadas de coordinarse con las inspecciones provinciales de trabajo y seguridad social y con las direcciones provinciales del ISM, (artículo 3.2), para realizar las inspecciones.

²⁴ La regla 5.1.3. y la norma A5.1.3., que se hallan dentro del Título 5 del CTM, establecen el contenido del certificado marítimo y de la declaración de conformidad laboral marítima.

²⁵ Las materias de su supervisión son: edad mínima, acuerdos de empleo de la gente del mar, utilización de todo servicio privado de contratación y de colocación autorizado, certificado o reglamentado, horas de trabajo y descanso, alojamiento y servicios de esparcimiento, salud y seguridad y prevención de accidentes y pago de los salarios.

²⁶ Comprobará las de: cualificaciones de la gente del mar, niveles de dotación del buque y procedimientos de tramitación de quejas a bordo.

²⁷ Inspeccionará las materias de: certificado médico, alojamiento y servicios de esparcimiento, en los aspectos relativos a las instalaciones sanitarias, enfermería y al control de los medios sanitarios a bordo, alimentación y servicio de fonda y atención médica a bordo.

²⁸ Véase nota número 14.

de julio²⁹. Por consiguiente, podría existir una divergencia insalvable del reglamento con las normas citadas, de rango legal³⁰.

Por último, esta norma reglamentaria adapta en su artículo 8 al derecho positivo español lo estipulado en el CTM, (dentro de su Título 5, regla 5.1. y norma A5.1.5), sobre los procedimientos de tramitación de quejas a bordo.

En el ámbito de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española los inspectores de trabajo y seguridad Social y los subinspectores laborales están facultados para comprobar las condiciones de trabajo en los buques de pabellón español de la marina mercante y los buques de pabellón español de pesca, que se hallen en puertos del territorio español o en aguas en las que España ejerza soberanía, (artículo 19.1.b) de la Ley 23/2015); extremo que no es posible en buques de pabellón no español, circunstancia que se explicitará en el apartado siguiente de este documento.

4.2.2. Contenido del Real Decreto 1737/2010, de 23 de diciembre

En primer término, su objeto es regular las inspecciones de buques extranjeros en aguas de soberanía española, (artículo 1). Entre sus materias regladas, está la de la protección de las condiciones de vida y trabajo a bordo de los buques de cualquier pabellón, entre las que se encuentra las estipuladas en el CTM.

A diferencia del Real Decreto 357/2015, la única autoridad competente es la Dirección General de Marina Mercante del Ministerio de Fomento, excluyéndose en tal sentido, siquiera con funciones coordinadoras, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y al ISM, (artículos 2 y 4).

En esta norma reglamentaria, la situación fáctica de que una persona que no sea funcionaria pública pueda ser inspectora es más explícita que en el Real Decreto 357/2015³¹. Bajo la fórmula jurídica de la habilitación por el

²⁹ En virtud de este precepto, sólo pueden ejercer la función inspectora en España los funcionarios públicos de carrera del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los del Cuerpo de Subinspectores Laborales.

³⁰ Aunque en contrario podría argüirse que el rango de Tratado Internacional del CTM ampararía la posibilidad del contenido en este sentido del RD 357/2015, que no contradice aquél.

³¹ El artículo 2 prevé que cualquier persona pueda ser inspectora siempre que cumpla con los requisitos profesionales fijados, mientras que el artículo 23, (perfil profesional de los inspectores), en relación con el Anexo XI de la norma, hace factible incluso la asistencia inspectora de cualquier persona con los conocimientos profesionales necesarios.

Ministerio de Fomento, pueden acceder a la función inspectora las personas que, en lo relativo a acreditación de la experiencia, antes no hubieran sido empleadas públicas³².

Resulta paradójico que los inspectores que deben controlar y vigilar que se cumplan las condiciones del certificado de trabajo marítimo, de la declaración de conformidad laboral marítima y las condiciones de vida y trabajo, todas ellas materias de evidente relación con el Derecho del Trabajo en su más amplio sentido, no se les exija conocimiento alguno en la materia laboral en los artículos 23 y Anexo XI de la norma.

5. Bibliografía

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Estudio general relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), y al Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947, a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (minas y transporte), 1947 (núm. 82), al Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129), y a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 133)*, ILO, Ginebra, 2006, ISBN: 92-2-316606-3, ISSN 0251-3226

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La inspección del trabajo y la función de las iniciativas privadas de cumplimiento de la legislación: situación y tendencias: Informe para la Reunión de expertos sobre la inspección del trabajo y la función de las iniciativas privadas de cumplimiento de la legislación*”, Oficina Internacional del Trabajo, Servicio de Administración del Trabajo, *Inspección del trabajo y Seguridad y Salud en el Trabajo*, ILO, Ginebra, 2013, pp. 8 y 9, ISBN: 92-2-316606-3. ISSN 0251-3226

Web sites

www.ilo.org

³² Acreditación de experiencia definida en el Anexo XI,3,b): “Haber alcanzado un nivel de competencia equivalente mediante un año, como mínimo, de formación sobre el terreno participando en inspecciones realizadas por la Administración marítima española, en su calidad de Estado rector del puerto, bajo la supervisión de funcionarios expertos encargados de dichas inspecciones”. Este último inciso permite que los potenciales inspectores no hayan sido empleados públicos con anterioridad.

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la contratación y la colocación de la gente de mar 1996 (núm. 179)

Francisca QUILES GARCÍA*

RESUMEN: El Convenio sobre la contratación y colocación de la gente del mar, tiene como prioridad fijar las responsabilidades y obligaciones laborales mínimas, que les permitan tener unas condiciones dignas de trabajo y no queden sometidos a fines e intereses lucrativos por parte de las agencias intermedias de colocación. Para ello, se intenta limitar esos excesos, cominando a los países firmantes a que sean garantes de unas condiciones laborales decentes, evitando que las especiales características del trabajo a bordo de un buque, faciliten la explotación y la injusticia en el trabajo de la gente de mar.

Palabras clave: Gente de Mar, armador, autoridad competente, tráfico marítimo.

SUMARIO: 1. La Organización Internacional del Trabajo ante el problema de los Registros Abiertos y el consiguiente perjuicio laboral y profesional de la gente del mar. 2. Personas que intervienen en la relación laboral de la gente de mar. 3. Contrato de embarque internacional y determinación de la ley aplicable. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Doctoranda en la Universidad de Murcia, España.

Recruitment and Placement of Seafarers Convention 1996 (No. 179)

ABSTRACT: The Agreement on the recruitment and placement of sea farers, has as a priority to set the minimum labour responsibilities and obligations allow them to have decent working conditions and not subject to lucrative purposes and interests by the placement agencies. To this end, attempts are made to limit these excesses, calling on the signatory countries to guarantee decent working conditions, avoiding that the special characteristics of work on board a ship facilitate exploitation and injustice in the work of the people of sea.

Key Words: Shipowner, seafarers, competent authority, maritime navigation.

1. La Organización Internacional del Trabajo ante el problema de los Registros Abiertos y el consiguiente perjuicio laboral y profesional de la gente del mar

La Organización Internacional del Trabajo se crea en el año 1919, con motivo de los hechos que desencadenaron la Primera Guerra Mundial, toda vez que no puede haber paz sin justicia social. Este organismo tripartito que forma parte de la estructura de Naciones Unidas, tiene como objetivo fundamental conseguir unas condiciones decentes de todos los trabajadores, para garantizar su dignidad como personas y, evitar la lucha y enfrentamiento de las clases sociales más desfavorecidas, contra quienes tratan de explotar y anular su dignidad utilizando su situación de superioridad.

La primera definición sobre la noción de alta mar la encontramos en la primera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, celebrada en Ginebra en el año 1958. El artículo 1 del Convenio resultante de esta Conferencia define el concepto de alta mar como “todas las partes del mar no pertenecientes al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado”. Por este motivo el principio de libertad de los mares, engendra en sí mismo el problema de adscripción a un Estado el cumplimiento de las normas administrativas y socio laborales, que conlleva la actividad marítima.

Como solución a este problema, se establece el criterio de nacionalidad del buque, adscribiendo al Estado que concede su pabellón la obligación de velar por las actividades que se realizan en alta mar. Las relaciones laborales y comerciales en el tráfico marítimo quedan, por tanto, sometidas al ordenamiento jurídico y jurisdicción del Estado cuyo pabellón enarbola. Existe una relación auténtica entre el buque y el Estado del pabellón, ejerciendo éste un control efectivo sobre los buques que adquieren su nacionalidad. Normalmente, los propietarios de los buques registraban sus navíos en sus propios Estados y la tripulación del navío pertenecía en gran parte también al mismo Estado, lo que dio lugar a lo que los ingleses denominan un verdadero “Link” entre el buque y el Estado donde estaba matriculado cuya bandera abanderaba.

En definitiva, la ley del pabellón, surge como respuesta a la necesidad de que el buque posea una nacionalidad en aquellos espacios no sometidos a la soberanía de ningún Estado (en alta mar).

El Estado que otorga su pabellón a una nave, tiene la competencia para regular la relación entre la comunidad navegante a bordo y el Estado de la bandera que enarbola.

En el artículo 5.1 del Convenio de Ginebra de 1958 se establece que serán

los Estados quienes establezcan los requisitos indispensables para la concesión de la nacionalidad¹.

Pero debido a los grandes cambios sufridos en el sector marítimo, resentido por las grandes transformaciones económicas y crisis acaecidas en los últimos años, la soberanía que ostentaban las grandes compañías marítimas de los Estados Europeos en el tráfico marítimo, ha decaído como consecuencia de los elevados costes de mantenimiento de estas grandes flotas marítimas y, en contrapartida han ido surgiendo otras flotas marítimas en pequeños países en vías de desarrollo, cuyos gastos de mantenimiento son infinitamente menores debido a la laxitud en sus regulaciones tributarias y laborales, lo que ha ocasionado el surgimiento de los llamados registros abiertos o pabellones de conveniencia (PDC).

Los registros abiertos son promocionados desde los países en vías de desarrollo, quienes relajan los requisitos para la atribución de su nacionalidad al buque, aprovechando el interés del armador en asegurarse una normativa menos gravosa para el desarrollo de su actividad.

La mayor problemática de los registros abiertos, se cierne sobre los trabajadores que desempeñan su actividad en buques que enarbolan pabellón de un Estado con registro abierto, debido a la inexistencia de vínculo real entre el Estado y el buque que enarbola una bandera ficticia. Estos Estados que admiten los registros abiertos, en la práctica totalidad de los casos, no respetan los mínimos derechos en materia laboral, puesto que una de las finalidades de los registros abiertos es precisamente eludir la responsabilidad en materia laboral y de seguridad social, reduciendo así los costes laborales.

Como respuesta a los abusos padecidos por los trabajadores de mar surgió la necesidad de abordar dentro de la OIT los excesos de jornada, la edad mínima para la tripulación, así como, todo lo relativo a la salud de los trabajadores, habiéndose adoptado desde 1920 a 1996, treinta y nueve Convenios, veintinueve Recomendaciones y un protocolo relativo a la gente de mar, lo cual revela la constante preocupación por parte de este Organismo Internacional de intentar resolver los conflictos, que por su complejidad surgen con frecuencia en las contrataciones del personal que se enrola para trabajar a bordo de un buque.

¹ Artículo 5.1 del Convenio de Ginebra de 1958 “Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, así como para que puedan ser inscritos en su territorio en un registro, y tengan el derecho a enarbolar su bandera. Los buques poseen la nacionalidad del Estado cuya bandera estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque; en especial el Estado debe ejercer efectivamente su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales, sobre los buques que enarbolean su pabellón”.

En definitiva, y a pesar de la constante preocupación de los Organismos Internacionales por la precaria situación socio laboral en la que quedan los trabajadores del mar que se enrolan en naves matriculadas en registros abiertos, la complejidad de los supuestos que se producen y los problemas desde el punto de vista de la competencia judicial internacional, hacen que pese a esos esfuerzos, las normas internacionales sean ineficaces ante los problemas derivados de la inexistencia de un vínculo real entre el Estado y el buque que enarbola una bandera ficticia, así como la no ratificación de los instrumentos internacionales sobre todo por los países que utilizan los pabellones de conveniencia.

No obstante, y dicho lo anterior, la comunidad internacional ha encontrado apoyo en la ley del puerto, como una medida para asegurar la protección y preservación del medio marino, debido a la inefficiencia demostrada en el Estado del pabellón para resolver estos problemas, lo que lleva al progresivo desplazamiento en materia de seguridad marítima hacia el Estado del puerto. Claro y evidente reflejo de esta transformación lo encontramos en el Convenio de Montego Bay de 1982, que reconoce competencias a los Estados del puerto para inspeccionar y salvaguardar la seguridad marítima y prevención de la contaminación.

Esta evolución podría trasladarse, para procurar mayores garantías sociales a la gente del mar, en el control de los daños que se produzcan a las personas que trabajan a bordo de un buque, orientación seguida por Organización Internacional del Trabajo².

Ahora bien, cabe destacar por su importancia y el avance histórico que ha supuesto el Convenio sobre el Trabajo Marítimo de la Organización Internacional del Trabajo aprobado el 23 de febrero de 2006, en Ginebra y, ratificado por más de treinta países entre ellos España. El citado Convenio ha refundido todos los Convenios y Recomendaciones, así como, toda la normativa dispersa que se ha regulado sobre el trabajo en el mar desde el año 1920, constituyendo lo que se denomina el “cuarto pilar de la regulación internacional del sector marítimo”.

En conexión con el criterio referido, el Convenio sobre Trabajo Marítimo, en el título V permite el control por parte de las autoridades del Estado del puerto sobre las condiciones sociales del buque. Lo que vendría a reforzar la labor inspectora y controladora de la autoridad de los puertos ante cualquier irregularidad.

No obstante, una vez ratificado por España el citado Convenio se exigirá

² Convenio núm. 180 OIT sobre las horas de trabajo a borde de buque, permite que un Estado del puerto que haya ratificado dicho Convenio pueda inspeccionar los buques de cualquier pabellón e incluso imponer el cumplimiento de sus previsiones.

dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico el cumplimiento de los requisitos taxativamente establecidos para trabajar a bordo de un buque, (edad mínima, Certificado médico, formación y salarios, jornada y tiempo de descanso) para conseguir unas justas condiciones laborales, así como, velar por los derechos fundamentales de los trabajadores en el desenvolvimiento de su vida laboral en el mar.

2. Personas que intervienen en la relación laboral de la gente del mar

1.- Propietario, armador, naviero, capitán, gestor naval, consignatario y tripulación.

El Código de Comercio sólo se refiere al propietario y al naviero, siendo el primero el titular dominical del buque, y el segundo quien lo explota comercialmente, mientras que el armador es quien lo dota para navegar. Se establece el régimen de responsabilidad de cada uno, en relación a los actos del capitán, así como el régimen de acuerdos en situaciones de cotitularidad, siendo inscribible en el Registro Mercantil el naviero; ahora bien, hay que tener en cuenta en esta materia el Convenio de Londres de 19 de noviembre de 1976 que establece los presupuestos de admisibilidad de la limitación de responsabilidad y constitución de un fondo para hacer frente a ella, que será de aplicación preferente en caso de reclamaciones internacionales, en que sean parte los estados.

La actual Ley 14/2014 de Navegación Marítima (en adelante LNM) en su artículo 145 define al armador, como aquel que, siendo o no su propietario, tiene la posesión de un buque o embarcación, directamente o a través de sus dependientes, y lo dedica a la navegación en su propio nombre y bajo su responsabilidad. En contraposición a dicha definición, entiende por naviero o empresa naviera la persona física o jurídica que, utilizando buques mercantes propios o ajenos, se dedique a la explotación de los mismos, aun cuando ello no constituya su actividad principal³.

El artículo 146 LNM establece la obligación del armador que dedique al buque a la navegación con fines empresariales consistente en inscribirse en el Registro Mercantil; así como la posibilidad del armador no propietario de inscribir con arreglo al artículo 147 LNM tal condición en el Registro de Bienes Muebles.

El artículo 148 LNM, a falta de inscripción en otro sentido y salvo prueba

³ J.L. BORNACHEA FERNÁNDEZ, *Contrato de embarco entre trabajador español y armador extranjero, interviniendo consignataria española*, en *Relaciones laborales*, p 805.

en contrario que nunca perjudicará a tercero de buena fe, presume la condición de armador al propietario que figure inscrito en el Registro de Bienes Muebles.

La LNM regula en sus arts. 171 y siguientes la figura del capitán, definiéndolo en el propio art. 171 como aquel designado como tal, que ostenta el mando y la dirección del buque, así como la jefatura de su dotación y representa a bordo la autoridad pública.

Es uno de los auxiliares del naviero al formar parte de la dotación, pero está a la cabeza de la misma, disponiendo de un poder de mando sobre ella. Asume además, una función de carácter público como representante del Estado en el buque, circunstancias todas ellas que le otorgan unas características singulares y que impiden calificarlo como mero colaborador del naviero.

La naturaleza jurídica de la figura del capitán, dada la relación de confianza que ostenta con el titular o gestor del buque, así como su particular función pública al representar al Estado que otorga la nacionalidad del buque y, la responsabilidad atribuida en cuanto a la dirección y gobernanza del mismo, hace que en ocasiones se haya dudado si nos encontramos ante una relación jurídico laboral o no, pero tanto en nuestro ordenamiento como en la mayoría de los ordenamientos de los países comunitarios, se han decantado por la laboralidad de su relación jurídica, si bien al menos en nuestro ordenamiento, queda incardinado dentro de las relaciones laborales especiales de personal de alta dirección.

El art.172 determina que su nombramiento y cese corresponde al armador, quedando incardinado, como acabamos de referir, debido a sus específicas características, en el ámbito laboral especial del personal de alta dirección, regulado en el Real Decreto 1382/1985 de 1 de agosto.

Según lo prescrito en el artículo 173 de la LNM, el capitán debe poseer el título profesional que acredite su pericia, capacidad y condiciones necesarias para mandar y dirigir el buque, según establezcan las leyes o reglamentos específicos.

Cabe destacar el Real Decreto 973/2009, de 12 de junio, por el que se regulan las titulaciones profesionales de la marina mercante, como también cabe citar el Real Decreto 930/1998, de 14 de mayo, sobre condiciones generales de idoneidad y titulación de determinadas profesiones de la marina mercante y del sector pesquero (modificado por el Real Decreto 2008/2009, de 23 de diciembre) y a nivel comunitario la Directiva 2008/106/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa al nivel mínimo de formación en las profesiones marítimas, modificada por la Directiva 2012/35/UE de 21 de noviembre.

A nivel internacional, el Convenio de 7 de julio de 1978 sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente del mar con adhesión de España el 11 de octubre de 1981.

El gestor naval se contempla en la Ley 14/2014 de Navegación Marítima, dentro de la regulación propia del contrato de gestión naval entendiendo como aquel en el cual, una persona se compromete, a cambio de una remuneración, a gestionar, por cuenta y en nombre del armador, todos o algunos de los aspectos implicados en la explotación del buque; gestión comercial, náutica, laboral o aseguradora del buque.

El gestor naval de acuerdo a lo establecido en el artículo 315 LNM deberá cumplir sus obligaciones con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, protegiendo los intereses del armador. Las relaciones entre el armador y su gestor según lo establecido en el artículo 317 LNM se regirán por lo establecido en el contrato de gestión y, en su defecto, por las normas reguladoras del contrato de agencia o de comisión mercantil, según se trate o no de una relación duradera.

El Consignatario viene definido en el artículo 259 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante; se considera agente consignatario de un buque a la persona física o jurídica que actúa en nombre y representación del naviero o del propietario del buque, haciéndose responsable del pago de las liquidaciones que por tarifas u otros conceptos originados por la estancia de buques en el puerto sean practicadas por la Autoridad Portuaria o Marítima; tratándose de la persona que sustituye al naviero en las operaciones puramente comerciales.

El artículo 219 LNM lo define como la persona que por cuenta del armador o del naviero se ocupa de las gestiones materiales y jurídicas necesarias para el despacho y demás atenciones al buque en el puerto.

La actividad de la consignación surge inicialmente como una ayuda que se prestaba a los capitanes de buques en puertos extranjeros para facilitar los trámites y despachos ante autoridades y comerciantes. Pero el progreso técnico y la evolución de la navegación, transforma la figura del consignatario que sustituye hoy en día casi por completo al capitán, que tiene encomendadas sobre todo las cuestiones técnicas de navegación.

Los consignatarios han ido asumiendo funciones comerciales relativas al transporte de la mercancía o cargamento, que tradicionalmente eran confiadas al capitán, en definitiva, en la actualidad el consignatario es la persona que por cuenta del naviero se ocupa de gestionar en el puerto todo lo necesario para el despacho del buque, además de las cuestiones que específicamente le sean encomendadas por el naviero.

El art. 230 LNM señala que las relaciones internas entre el consignatario y el armador o naviero se regularán por el régimen jurídico del contrato de comisión mercantil cuando se trate de una consignación ocasional, y cuando se trate de consignaciones continuas o estables, se aplicará el régimen jurídico del contrato de agencia, pudiendo en este caso pactar la exclusividad en la consignación.

Entre las funciones del Consignatario puede estar la selección y contratación de la tripulación, actuando como intermediarios en la contratación de la gente de mar en algunos casos. La selección y contratación del personal que con posterioridad entran a prestar servicios en la organización del naviero es una práctica habitual en las Agencias consignatarias de buques.

La Ley 14/2014 define la dotación del buque como; el conjunto de personas empleadas a bordo de un buque en cualquiera de sus departamentos o servicios, ya sea contratada directamente por el armador o por terceros; con exclusión de aquellas personas cuyo trabajo no forma parte de la actividad cotidiana del buque y cuyo lugar principal de trabajo no se encuentre en el mismo.

La referida Ley 14/2014, en su artículo 160 declara que sin perjuicio de lo que dispongan las ordenanzas laborales o laudos que las sustituyan, las siguientes categorías básicas del personal marítimo son; a)capitán; b) oficiales; c) subalternos, determinando dicho artículo que las personas que integren dichas categorías deberán estar en posesión de las titulaciones profesionales o certificados de especialidad correspondientes, para poder ejercer como miembros de la dotación de buques mercantes, según lo que reglamentariamente se determine.

3. Contrato de embarque internacional y determinación de la ley aplicable

El contrato de embarque, es el contrato de trabajo que se celebra entre el armador de una embarcación o su representante y un oficial o tripulante, para regular la prestación profesional de sus servicios a bordo.

Ese contrato de embarque es una modalidad de contrato de trabajo, en la cual si una de las partes, trabajador o marinero, empresario marítimo o lugar de prestación de servicios es extranjero, nos encontramos ante un contrato de trabajo internacional con unas notas características y diferenciadas en orden al régimen jurídico aplicable.

Dentro de la peculiaridad de la relación laboral a bordo de un buque, deviene especialmente complicado determinar la ley aplicable al contrato

de trabajo. Tradicionalmente en el ámbito marítimo se han seguido los criterios del pabellón, se considera la ley aplicable la del país de abanderamiento, registro o matrícula del buque. Como ya se ha referido con anterioridad, este criterio tiene como consecuencia, en muchos casos, la matriculación o registro del buque en países de baja protección sociolaboral los llamados “pabellones de conveniencia”⁴ para obtener pingües beneficios económicos, en detrimento del respeto a las obligaciones laborales y con escasa vinculación a la relación laboral entablada.

El Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 (en adelante CR) y su sucesor el Reglamento Roma I son de aplicación universal⁵, lo que significa que las reglas específicas sobre contrato de trabajo, contenidas en el artículo 6 del Convenio de Roma y el artículo 8 Reglamento Roma I, se aplican siempre, desplazando las normas de conflicto estatales en la materia.

En primer lugar, según lo previsto en el artículo 6.1 CR, cabe la posibilidad de elección de ley aplicable por las partes⁶, no obstante, esta elección no podrá privar al trabajador de la protección que le ofrecen las normas imperativas, (que no pueden derogarse mediante acuerdo) de la ley que sería aplicable en defecto de elección, siendo ésta la que mayor relación de proximidad tenga con el contrato, que normalmente será la del Estado donde el trabajador ejerce su actividad profesional de forma habitual.

El objetivo de limitar la libertad de elección de ley aplicable a las partes es, evitar que en lugar de una verdadera elección de la ley por las partes, obedezca a una imposición de ley realizada por el empresario en su posición de superioridad respecto al trabajador.

En defecto de elección y según lo establecido en el artículo 6.2.a) CR para cuando el trabajo se realice habitualmente en un solo país, el contrato se rige por la ley del país en cuyo territorio el trabajador realiza

⁴ O. FOTINOPOLOU BASURKO, *El contrato de trabajo de la gente de mar*, Granada, Comares, 2008, destaca la predilección de las empresas navieras por los países en vías de desarrollo, precisamente para obtener beneficios fiscales y evitar responsabilidades laborales y sociales protectoras de la gente de mar. En palabras de la autora este criterio (pabellón) es un subterfugio legal que supone una situación de fraude de ley.

⁵ O. FOTINOPOLOU BASURKO, *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional. Estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2006.

⁶ Artículo 8.1 RRI: “El contrato individual se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 6.1 del CR (...). Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes”.

mayoritariamente su prestación de trabajo⁷.

Esta regla del artículo 6.2.a) CR y artículo 8 del Reglamento de Roma I (ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente), se considera cuando sus prestaciones se realizan en diferentes países, pero hay uno donde se establece la base principal de operaciones, pasando este a tener una conexión principal y por tanto se aplica la ley de ese Estado donde habitualmente presta sus servicios.

En muchas ocasiones, no es posible determinar un lugar habitual de trabajo, hay que tener en cuenta que el trabajo que se realiza en un buque no se ejecuta en un solo país, ni se efectúa en ningún territorio, puede estar navegando por todo el mundo, incluso sin tocar el puerto desde que se materializó el embarque. En este caso sería de aplicación el artículo 6.2.b) CR y 8.3 del Reglamento Roma I que establece como ley aplicable; la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.

La regla subsidiaria de determinación de la ley aplicable, como la del país donde se encuentra el establecimiento que contrata, es decir, la ley del país donde el trabajador fue captado por el empresario, aquel a través del cual, se establece la relación laboral, no está exento tampoco de inconvenientes. Este criterio se complica en primer lugar, si se realiza la contratación en el propio buque, en este caso, resulta imposible adscribir el lugar de ejecución del contrato a un país determinado y, en segundo lugar, la proliferación de las agencias de contratación o management, que son, quienes están dedicadas a la contratación de tripulación para embarcar en buques con registros abiertos, se establecen en países con legislaciones sociolaborales convenientes al armador. En muchas ocasiones, la determinación del ordenamiento jurídico aplicable se dificulta aún más, por la existencia de sociedades que forman parte de un grupo empresarial, conformando un núcleo farragoso que hace imposible determinar la ley del país aplicable, y aún en el supuesto que fuese posible determinarlo, resultaría totalmente ajeno a la relación laboral.

Finalmente el artículo 6 Convenio de Roma establece en el apartado 2.b) una cláusula de escape, la cual y con independencia de cuál sea el lugar de prestación de servicios o, del lugar donde se sitúe el establecimiento que contrató al trabajador, si del conjunto de circunstancias, resulte que el

⁷ Art. 8.2 RRI: “En la medida que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia de país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país”.

contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, se aplicará la ley de este otro país, siempre en defecto de elección.

Esta parece ser la solución más satisfactoria sobre la que se debe fundamentar la solución de los problemas de determinación de la ley aplicable a los contratos de embarque, ante las dificultades que presenta tanto la ley de pabellón, como la *lex loci laboris*, o la *lex locis contractus* y *lex loci delegationis*, ya examinadas en este epígrafe.

La Jurisprudencia ha ido utilizando este criterio en numerosas Sentencias, realizando una interpretación extensiva, con la finalidad de favorecer la legislación más beneficiosa para el trabajador, para evitar como ocurre en muchos casos, que una naviera europea, siendo los propietarios europeos, matricule el buque en países con escasa protección socio laboral, convirtiendo una ley ajena a la relación laboral internacional, en ley aplicable, lo que se conoce como Bandera de Conveniencia BDC, siendo la finalidad de la utilización de estos pabellones, eludir las normas administrativas y laborales que le serían de aplicación.

En este sentido cabe destacar por su importancia la Sentencia del TJUE de 15 de diciembre 2011, Jan Voogsgeerd u Navimer S.A. As. C-384/10, en la cual, el señor Voogsgeerd, con residencia en Zandvoord (Holanda), es un marinero contratado por Navimer SA, empresa establecida en Mertert (Luxemburgo), para navegar por el Mar del Norte como jefe de máquinas, a bordo de dos buques propiedad de Navimer (Ms *Regina* y *PrinceHenri*), siendo despedido en fecha 8 de abril de 2002.

Su contrato de trabajo, de duración indeterminada, lo celebra en la sede de Navigoble, empresa establecida en Amberes (Bélgica), fijando la aplicación del Derecho luxemburgués a la relación laboral.

La demanda se presenta ante los tribunales de Amberes (Bélgica) contra Navimer (empleador) y Navigoble (establecimiento donde se ha firmado el contrato) solicitando condena solidaria⁸.

En este caso, el TJUE considera que la ley aplicable sería, atendiendo a la naturaleza del trabajo en el sector marítimo, el Estado donde está situado el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones, recibe las instrucciones y organiza su trabajo, es decir Navigoble, y por ende Bélgica (Amberes), teniendo en cuenta que en este caso Navigoble, es más que una agencia de embarque, es un gestor del naviero, quien gestiona el buque, entre cuyos encargos está la gestión de la dotación o tripulación,

⁸ Artículo 6.2, letra b) C: “Si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este país”.

un verdadero empleador⁹.

Nuestra jurisprudencia utiliza reiteradamente esta cláusula de escape del artículo 8.4 del RRI para designar como ley aplicable al litigio laboral concreto, un Derecho laboral más vinculado a la verdadera naturaleza de la relación laboral, y no la del pabellón o registro, con escasa o nula vinculación al supuesto¹⁰.

En esta misma dirección, de aplicación de la cláusula de escape cabe destacar, la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, 17 de octubre de 2013, en un procedimiento relativo a un trabajador español, que presta servicios en un pesquero de bandera marroquí, para empresa naviera con domicilio en Agadir, pero formalizado el contrato con empresa española intermediaria, quien realmente es el empresario. Se aplica la vía del actual artículo 8.4 del RRI, señalando que la cláusula de escape se va a aplicar con respecto a determinadas relaciones laborales, en las que se encuentre presente un elemento extranjero, en las que atendiendo al criterio tradicional, conduciría a un ordenamiento de escasa conexión con la relación laboral, el llamado pabellón, decantándose en este caso el Tribunal, por el estado que más vínculo tenga con la relación laboral, distinto del país de pabellón¹¹.

Como conclusión podríamos afirmar que todos los esfuerzos de la OIT, La OMI, y los distintos Organismos Internacionales están dirigidos a alcanzar una armonización de las leyes internacionales, para conseguir que los registros abiertos disminuyan su atractivo, como forma de abaratar costes para los intereses económicos de los armadores, evitando que se propicien los intereses económicos de las navieras, a costa de los derechos sociales de los trabajadores.

La OIT a través de sus Convenios y Recomendaciones y su asistencia al ITF (International Transport Workers Federation) suponen las fuerzas más tenaces contra los Pabellones de Conveniencia.

En consecuencia, las Instituciones Comunitarias, han desarrollado una ingente labor normativa, a través de sus Directivas, y Dictámenes tendentes a proteger las normas de seguridad marítima y las condiciones de vida y trabajo a bordo de los buques.

Para concluir, cabría destacar que el Convenio de 2006, junto con los tres convenios de la Organización Marítima Internacional (OMI), el convenio SOLAS, sobre la salvaguarda de la vida humana en el mar, el Convenio

⁹ STJUE de 15 de diciembre 2011, Jan Voogseerd y Navimer S.A, As. C-384/10.

¹⁰ STJUE de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1º), Sentencia núm.1128/2012, de 29 de junio de 2012. (AS/2013/329).

¹¹ STJUE de las Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1º), Sentencia núm.1523/2013 de 17 de Octubre de 2013.

MARPOL, sobre la prevención de la contaminación en el mar; y el Convenio STCW (standards on training, certification and watchkeeping), normas de formación, tripulación y guardia, relativo a la titulación marítima y a la guardia en el puente de mando, así como el Convenio de Montego Bay de 1982, (que ha supuesto un trasvase de competencias desde el Estado del pabellón hacia el Estado del puerto para la atribución de funciones de control y vigilancia sobre los buques) han resultado ser los pilares para la seguridad y garantía laboral de los trabajadores del mar.

Como consecuencia de la ratificación del Convenio 2006 por parte de España se elaboran La Ley de Navegación Marítima de 2014 y el Real Decreto 357/2015 de 8 de mayo, sobre cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el Trabajo Marítimo.

El Convenio sobre la Contratación y colocación de la gente de mar, 1996 (núm.179), intenta propiciar y garantizar, que no se pueda conculcar o evadir la normativa laboral aplicable a una actividad profesional, casi siempre plurilocalizada, que facilita la utilización de prácticas elusivas del cumplimiento del derecho laboral, por parte de una industria marítima, obsesionada en reducir los costes y por consiguiente, poder alcanzar la equiparación social de los trabajadores del mar a aquellos que realizan su actividad en tierra firme.

4. Conclusiones

Los Reglamentos comunitarios en materia de contrato de trabajo internacional, parten de la protección de la parte débil de la relación laboral, es decir, la protección del trabajador, de esta forma, en la determinación de la ley aplicable, la autonomía de la voluntad, en la elección por las partes del derecho laboral que debe regir el contrato de trabajo, presenta límites, de tal manera que solo se aplicara esa ley elegida si mejora el contenido mínimo de la ley aplicable en defecto de elección. Si no existe ley aplicable, con carácter general, se aplicaría la ley del país del lugar de prestación habitual de servicios, o bien, en el caso de no existir lugar de prestación habitual de servicios, la del país en que se sitúa el establecimiento que contrató al trabajador. Además, y lo más importante el Reglamento al incluir la cláusula de excepción o escape, permite aplicar otro derecho laboral, con el que se presenten vínculos más estrechos, y por ende beneficien al trabajador, como parte más desprotegida en la contratación laboral para prestar servicios en alta mar. La utilización de la cláusula de escape cada vez más entendida por los Tribunales, permite aplicar la ley del Estado del país donde existe un

vínculo más estrecho con la relación laboral con elemento internacional, (naviero, tripulación, matriculación del buque), privilegiando así una conexión de proximidad para el acceso al derecho y a la justicia.

5. Bibliografía

BORNACHEA FERNÁNDEZ J.L., *Contrato de embarco entre trabajador español y armador extranjero, interviniendo consignataria española*, en *Relaciones laborales*, p 805

FOTINOPOULOU BASURKO O., *El contrato de trabajo de la gente de mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Granada, Comares, 2008

FOTINOPOULOU BASURKO O., *El contrato de trabajo de la gente de mar*, Granada, Comares, 2008

O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional. Estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2006

[Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980](#)

[Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima](#)

[Real Decreto 357/2015, de 8 de mayo, sobre cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006, de la Organización Internacional del Trabajo, en buques españoles](#)

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques 1996 (núm. 180)

Alejandro ZALVIDE BASSADONE*

RESUMEN: El trabajo de la gente de mar se caracteriza por las especiales condiciones en las que se desenvuelve y ello obedece básicamente a dos razones, el tipo de actividad y el lugar donde se desarrolla. Estas circunstancias han servido para alertar a la OIT que prácticamente desde su fundación viene estableciendo diferentes documentos que recogen distintas cuestiones que afectan a sus condiciones de trabajo. Una de esas cuestiones que van a influir sobremanera en su condiciones laborales se refiere al tiempo de trabajo y de descanso, cuya plasmación en el Convenio n. 180 de 1996 sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques adquiere además un especial interés por su nueva forma de reconocimiento superando el de sus predecesores y por ser posteriormente asumido por otros documentos internacionales y europeos, entre los que destaca el instrumento jurídico internacional de referencia sobre el trabajo en el mar, el Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006.

Palabras clave: Tiempo de trabajo, tiempo de descanso, trabajo en el mar, registro de jornada, dotación del buque.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Horas de trabajo y de descanso de la gente de mar. 2.1. Horas de trabajo. 2.2. Horas de descanso. 3. Registro de jornada. 4. La incidencia de la dotación del buque. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Profesor Sustituto Interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Huelva (España).

Seafarers' Hours of Work and the Manning of Ships Convention 1996 (No. 180)

ABSTRACT: The work of seafarers is characterized by the special conditions in which it operates and this basically obeys two reasons, the type of activity and the place where it develops. These circumstances have served to alert the ILO that practically since its foundation it has been establishing different documents that include different issues that affect their working conditions. One of those issues that will greatly influence their working conditions refers to the time of work and rest, its embodiment in the Convention No. of 1996 on hours of work and the Manning of ships acquires in addition a special interest its new shape recognition surpassing that of his predecessors and be subsequently assumed by other international and European documents, notably the international legal instrument of reference on labour in the sea, the Convention on maritime labour in 2006.

Key Words: Working time, rest time, work at sea, registration of working day, crew of the ship.

1. Introducción

El Convenio OIT n. 180 de 1996, sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques¹, supone un avance muy significativo en la regulación del tiempo de trabajo de la gente de mar, ya que hasta entonces los Convenios internacionales existentes sobre esta materia lo hacían de forma muy dispersa con gran cantidad de supuestos, con demasiada variedad en función de las categorías y con un tratamiento diferenciado en función de la estancia en puerto del barco; unas previsiones que cambian de forma significativa para ordenar el tiempo de trabajo de los marinos de tal forma que se contemplan los dos momentos fundamentales de convivencia en este especial centro de trabajo que es el barco, es decir, las horas de trabajo y las horas de descanso, y toda una serie de reglas que sirven de complemento para su aseguramiento.

Este documento sirve además como referente del Convenio OIT de 2006 sobre el trabajo marítimo², que incorpora este elemento temporal junto a otras circunstancias relativas a condiciones de trabajo y cumplimiento, que lo convierten desde entonces en el instrumento jurídico de referencia a nivel internacional sobre el trabajo de la gente de mar. De igual forma a nivel europeo la Directiva 1999/63/CE del Consejo relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar³; incorpora en su clausulado las mismas normas relativas al tiempo de trabajo y de descanso a bordo que establece el C180. Puede considerarse además que este Convenio sobre el que se basa la Directiva comunitaria ha venido a revisar los Convenios precedentes en la materia y a clarificar a nivel internacional toda esta difícil cuestión relativa a los horarios de trabajo, siendo a partir de entonces cuando empiezan a verse realmente los primeros frutos en lo referente a horas de trabajo de este grupo de trabajadores⁴.

El trabajo de la gente de mar se caracteriza por las especiales condiciones en las que se desenvuelve y ello obedece básicamente a dos razones, el

¹ Que entró en vigor en España el 7 de enero de 2004, y que se produce denuncia automática el 4 de febrero de 2011, no estando actualmente en vigor.

² Instrumento de Ratificación, BOE, 22 enero 2013, n. 19.

³ Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST).

⁴ O. FOTINOPOLOU BASURKO, *El dialogo social europeo y las Directivas sectoriales comunitarias de origen convencional. La Directiva 1999/63/CEE del Consejo relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar*, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, n. 22, pp. 135-155.

tipo de actividad y el lugar donde se desarrolla. Un tipo de actividad que merece un tratamiento especial por confluir en un medio tan singular como el mar y tener un carácter itinerante donde el tránsito por aguas internacionales suele ser un hecho más que frecuente que le da un carácter peculiar adicional. Siendo precisamente esa nota de movilidad que lo caracteriza la que le otorga ese tratamiento especial⁵.

La navegación por aguas jurisdiccionales internacionales implica su afectación por ordenamientos jurídicos de distintos países y por el orden internacional. En esta confluencia se recurre a la denominada ley del pabellón como solución más extendida en el panorama internacional, entendiendo por tanto que el buque forma parte del Estado correspondiente. Aunque hay que tener presente que esta circunstancia no siempre queda bien reconocida en el ámbito internacional, donde es frecuente recurrir a pabellones de conveniencia o registros abiertos que ofrecen una especial permisividad a la hora de aplicar unas reglas que no corresponden a las de un abanderamiento real, y donde el orden laboral también se ve comprometido.

Nuestro ordenamiento jurídico sigue la regla general y el Código Civil en su artículo 10.2, reconoce que los buques quedan sometidos a la ley del lugar de su abanderamiento. Además, a efectos laborales el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 1.5 sitúa como eje localizador donde se desenvuelve la actividad en el mar, el buque, considerándolo como centro de trabajo, entendiéndose situado en la provincia donde radique su puerto base.

La actividad en la que se centra este documento de la OIT sobre el trabajo marítimo es la que se desarrolla en los buques dedicados con carácter general a operaciones comerciales, dejando en cualquier caso y a criterio de la denominada autoridad competente la inclusión o no de otras actividades relacionadas como la pesca marítima comercial.

2. Horas de trabajo y de descanso de la gente de mar

La reglamentación del tiempo de actividad de los trabajadores en general ha sido una máxima de los agentes implicados en la ordenación de las condiciones de trabajo, una circunstancia que si cabe se acentúa en el panorama de la gente de mar, toda vez que las circunstancias que rodean

⁵ R.M. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, *El concepto de centro de trabajo en el ámbito marítimo*, en J.M. SOBRINO HEREDIA (dir.), *La toma de decisiones en el ámbito marítimo: su repercusión en la cooperación internacional y en las situaciones de la gente del mar*, Bomarzo, 2016, pp. 449-460.

la vida laboral de estos marinos no suele ser la habitual de otro tipo de trabajos. El C180 designa como gente de mar o marino a toda persona que la legislación del país de referencia o los convenios colectivos aplicables consideren como tal, y que sea parte contratada ostentando cualquier cargo que se desarrolle a bordo de un buque dedicado a la navegación marítima. Para estos sujetos trabajadores la nave o buque significa no solo el lugar de trabajo sino también aquel en el que han de convivir durante un periodo determinado de tiempo, lo que origina una mayor disciplina y dependencia que la que se da con carácter general para otros trabajadores por cuenta ajena y que consecuentemente ha supuesto el establecimiento de reglas especiales que han sido combinadas con las pautas generales⁶.

Por lo que van a coexistir en su desarrollo las dos franjas temporales de mayor significado en su rutina diaria, y por consiguiente las que de forma fundamental interesa delimitar, es decir, el relativo a las horas de trabajo y a las horas de descanso.

2.1. Horas de trabajo

El C180 regula el tiempo de trabajo de la gente de mar, recurriendo para ello a una doble escala: horas de trabajo y horas de descanso. Se trata de ordenar la actividad a bordo de los buques en su dimensión temporal lo que revierte significativamente en sus condiciones de trabajo.

La consideración de horas normales de trabajo de la gente de mar al igual que sucede para el resto de trabajadores según el C180 debe basarse en la jornada de trabajo de ocho horas, que, aunque el documento no lo aclare debe interpretarse que el referente temporal será de carácter ordinario diario.

La expresión horas de trabajo designa el tiempo durante el cual un marino está obligado a efectuar un trabajo para el buque. Y así, los criterios temporales que regula el C180 OIT, en su artículo 5.1, se establecen de la siguiente forma: «Los límites en relación con las horas de trabajo o de descanso serán los siguientes: (a) el número máximo de horas de trabajo no excederá de: (i) 14 horas por cada período de 24 horas; ni (ii) 72 horas por cada período de siete días; o bien (b) el número mínimo de horas de descanso no será inferior a: (i) diez horas por cada período de 24 horas; ni (ii) 77 horas por cada período de siete días».

⁶ J. GIL PLANAS, *La Jornada de trabajo en el mar*, en AA.VV., *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, Bomarzo, 2015, pp. 433-444.

Se parte para ello de un doble planteamiento que aparenta ser alternativo en cuanto a su cómputo temporal sobre el máximo de horas a trabajar o sobre el mínimo de horas a descansar. Pero que sin embargo se ha de alejar del equívoco de pretender realizar tan solo una de esas operaciones, y que debe obedecer más bien a una mala expresión del Convenio ya que no todas las horas de no trabajo son horas computables como de descanso, ni tampoco todas las horas de no descanso son horas necesariamente de trabajo⁷.

Con respecto a las horas máximas que se van a poder realizar por parte de este colectivo de trabajadores del mar hay que considerar que el período de referencia se organiza en dos niveles vinculados, por un lado el de veinticuatro horas y por otro el de siete días, de tal suerte que no podrán superarse las catorce horas en el primer caso, ni el tope semanal de setenta y dos horas. De esta manera se admiten jornadas diarias agotadoras de hasta catorce horas, pero no podría mantenerse ese ritmo de trabajo de forma constante durante todos los días ya que en tal caso superaría el segundo límite de carácter semanal. Lo que sí podría generarse en una distribución irregular de la jornada diaria siempre y cuando no se sobrepase el tope de horas impuesto para ambos períodos, y obviamente siempre y cuando se respeten los tiempos de descanso para idénticos períodos de referencia tal y como vienen establecidos en el mismo precepto.

No obstante, ha de tenerse en consideración la posibilidad excepcional que se le atribuye al capitán de la nave de exigir al personal la realización de las horas necesarias de trabajo en determinados casos, para tratar de garantizar la seguridad en la navegación o para auxiliar a otros barcos o personas. Una cuestión que permite alterar el horario normal de trabajo o de descanso hasta alcanzar de nuevo la normalidad, debiendo en cualquier caso ser compensadas posteriormente con tiempo suficiente de descanso. Siendo en cualquier caso responsabilidad del capitán la adopción de las medidas necesarias para garantizar el debido cumplimiento de las condiciones en materia horas de trabajo y de descanso de la tripulación a su cargo.

Estas previsiones en materia de tiempo de trabajo hay que relacionarlas en el ordenamiento jurídico español con el Reglamento de Jornadas Especiales⁸ (en adelante RJE), que ordena el tiempo de trabajo de la gente

⁷ J.I. GARCÍA NINET, *Horas de trabajo y descanso en el trabajo en el mar. (Exposición sistemática a partir del Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006)*, en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, n. 82, pp. 245-290.

⁸ Real Decreto 285/2002, de 22 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en lo relativo al

de mar. Y donde se prevé que no podrán realizar una jornada total diaria superior a doce horas, incluidas las horas extraordinarias, salvo las mismas excepciones previstas en el C180 en supuestos de fuerza mayor motivados por cuestiones de seguridad o auxilio, en cuyo caso el tope lo marca la propia situación de necesidad. También es posible prolongar ese tiempo de trabajo inicialmente previsto de doce horas en otros casos determinados de urgencia, siempre y cuando la jornada total resultante no exceda de catorce horas por cada período de veinticuatro horas, ni de setenta y dos horas por cada período de siete días, es decir, respetando la misma regla general que recoge el C180 en cuanto a número máximo de horas de trabajo.

Existe además una regla especial en el C180 sobre la actividad laboral de los jóvenes marinos, de tal forma que los menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos de noche, entendiendo el documento por el término noche aquel que abarca un período de al menos nueve horas consecutivas, que incluya el intervalo comprendido entre la medianoche y las cinco de la mañana. En este sentido hay que considerar el debido cumplimiento de este precepto en nuestra normativa nacional, ya que por un lado el Estatuto de los Trabajadores establece como regla general la prohibición del trabajo nocturno a todos los trabajadores menores de dieciocho años, entendiendo como trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana (arts. 6.2 y 36.1); y por otro el RJE en su disposición adicional cuarta reconoce que cuando se trate de menores en buque de la marina mercante la prohibición anterior sobre trabajar de noche ha de extenderse algo más, ya que se va a considerar como nocturno el trabajo realizado entre las diez de la noche y las siete de la mañana. Luego como puede apreciarse la franja horaria nocturna se extiende todavía más que la prevista en el convenio internacional, alargándose algo más tanto al inicio como al final, y siempre cubriendo los tramos previstos a estos efectos en el C180, lo que sin duda eleva aún más el nivel de protección del marino menor de edad en relación a los trabajos de noche.

2.2. Horas de descanso

El tiempo de descanso sigue el mismo criterio que el de trabajo recurriendo igualmente al doble marco de referencia diario y semanal, con la particularidad de establecer ahora un mínimo en vez de un máximo para

trabajo en la mar.

fijar el número de horas que han de respetarse. Así, se establece el derecho a disfrutar de un descanso mínimo de diez horas por cada período de veinticuatro horas y setenta y siete por cada período de siete días.

Esta regla general viene acompañada de algunas precisiones en su desarrollo, de esta forma, se admite la posibilidad de fraccionar los descansos en dos períodos como máximo siempre que uno de ellos sea al menos de seis horas ininterrumpidas y el intervalo entre dos períodos consecutivos no exceda de catorce horas. Lo que viene a significar la opción de un descanso partido en dos veces siempre que no se distancien más allá de lo razonable para que el trabajador disponga de un tiempo de recuperación suficiente.

De igual forma se tiene en consideración la importancia del descanso cuando se contempla el posible cumplimiento de ejercicios relacionados con la seguridad y salvamento que puedan contemplar las normas marítimas tanto nacionales como internacionales, en cuya realización se deberá velar para que afecte lo menos posible al derecho al descanso y evitar así la fatiga del marino.

Otra previsión hace referencia a una situación particular que puede generarse y es aquella en la que el trabajador se encuentra en período de descanso, pero en fase de disponibilidad por si se produce llamada, quiere ello decir que aun estando de descanso no dispone de libertad absoluta para administrar su tiempo libre y por consiguiente ha de estar no solo localizable sino disponible para su incorporación inmediata, por si llegado el caso fuese requerido. Lo que, al margen de otras posibles consideraciones salariales por su estado de alerta para el trabajo, se ha de tener en consideración un periodo de descanso añadido de carácter compensatorio por si definitivamente se produce la llamada.

Al igual que en el análisis del tiempo de trabajo, interesa conectar esta regulación internacional con nuestra normativa interna sobre las jornadas especiales de trabajo en lo relativo al trabajo en la mar (RJE).

En esta reglamentación no se establece como en el C180 el tiempo mínimo de descanso, sino que para tratar de garantizar ese mismo derecho del trabajador se prevé la delimitación del descanso entre jornadas. Se considera a estos efectos como tiempo de descanso «aquel en que el trabajador esté libre de todo servicio». La norma distingue en su regulación entre marina mercante y de pesca, aunque interesa centrar la materia en la primera para detectar como en estos casos el descanso mínimo entre jornadas ha de ser de ocho horas, y de doce cuando el buque se halle en puerto.

Se excepcionan situaciones en puerto de necesidad en las que se permite reducir el descanso a ocho horas y en casos de fuerza mayor donde no se

marcan límites. También se establecen reglas en la organización de los turnos de guardia, donde debe tenerse en cuenta que no podrán durar más de cuatro horas y que a cada guardia le debe suceder un descanso ininterrumpido de ocho horas.

Se aprecia una diferenciación en cuanto al tiempo de descanso que va a variar en función de si el buque se encuentra navegando o en puerto, considerando como tal el tiempo en que el personal permanezca en tierra o a bordo por su propia voluntad. Siguiendo en cualquier caso esta reglamentación y a diferencia del C180 el criterio del descanso entre jornadas para tratar de garantizar el derecho al descanso del trabajador, una divergencia entre ambas normas que hace que se plantee la necesidad de actualizar el RJE a una realidad social y laboral de hoy en día⁹.

Además, existe una previsión en el RJE para que en los convenios colectivos se pueda acordar un fraccionamiento del descanso en los mismos términos que el artículo 5 del C180, es decir, un máximo de dos períodos donde uno al menos ha de ser de seis horas ininterrumpidas y sin que medie más de catorce horas entre los dos.

3. Registro de jornada

El control del tiempo de trabajo es una cuestión de garantía en el ámbito laboral para tratar de corregir un desequilibrio entre las previsiones iniciales y la realidad cotidiana que se origina en muchos centros de trabajo donde no se refleja el exceso de jornada que en no pocas ocasiones y sobre todo en determinados sectores de actividad se viene produciendo. Esta realidad genera una situación de inseguridad jurídica fundamentalmente para el trabajador, pero también para el empresario, por lo que se imponen medidas que sirvan para registrar la jornada del trabajador y que garanticen un correcto cumplimiento de las normas y que a su vez permitan su control y verificación por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Todo ello encuentra un reconocimiento muy reciente en nuestro país en un paquete de medidas que trata de corregir este desfase relacionado con la jornada de trabajo¹⁰.

Sin embargo, estos mecanismos de control ya contaban con registros específicos para trabajadores con jornadas especiales de trabajo como es el

⁹ J.M. GÓMEZ MUÑOZ, *Rerisitando las jornadas especiales de trabajo de la mano de Manuel Ramón Alarcón*, en AA.VV., *Los grandes debates actuales en el derecho del trabajo y la protección social: estudios en recuerdo del profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel*, CARL, 2016, pp. 301-315.

¹⁰ Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

caso de los trabajadores del mar. Y es que en estos casos la coincidencia en un mismo lugar o centro de trabajo como es el buque, de los períodos de trabajo y de descanso obliga aún más a establecer unas medidas de control que permitan registrar el correcto cumplimiento de las normas existentes y así garantizar el derecho al descanso de este colectivo.

El C180 establece la obligación de colocar en un lugar fácilmente accesible un cuadro normalizado de la organización de trabajo a bordo en el idioma común de trabajo en el buque y en inglés, en el que se hará constar al menos para cada cargo: a) el programa de servicio en el mar y en los puertos y b) el número máximo de horas de trabajo o el número mínimo de horas de descanso que correspondan según la disposiciones legales y reglamentarias y los convenios colectivos aplicables según el Estado del pabellón. También exige individualizar los registros de las horas diarias de trabajo o de descanso, que posibilite el control del cumplimiento de las disposiciones aplicables existentes, debiendo recibir y firmar una copia de sus registros y que también ha de ser rubricada por el capitán o la persona que éste designe. Dicha documentación habrá de realizarse igualmente en modelo normalizado y en los mismos idiomas que los anteriores, debiendo estar a disposición para su registro según las normas correspondientes de cada Estado.

En el caso español tal y como indica el RJE, los registros serán cumplimentados diariamente por el trabajador y firmados semanalmente por el capitán o persona en quien delegue dicha función, y por el propio trabajador a quien mensualmente se le hará entrega de una copia de su registro. Estos registros pueden ser consultados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, debiendo el naviero conservar dichos registros durante un período de tres años.

Sin embargo, pese a todas las previsiones anteriores hay que valorar otras situaciones partiendo para ello de la anunciada ley del pabellón que es aquella que debe marcar el sometimiento a las normas de un Estado determinado, una circunstancia que se ve minimizada por el mal uso que se da en el transito internacional donde es frecuente que se recurra a situaciones de escasa o nula vinculación como los pabellones de conveniencia e incluso a relaciones más complejas como el doble o múltiple abanderamiento. Estas facilidades que ofrecen algunos territorios en las matriculaciones de barcos están directamente relacionadas con la aplicación de normas más *light* que permiten prestar servicios en este tipo de buques en pésimas condiciones laborales. Una de esas manifestaciones se traslada a la ausencia de medios para controlar las condiciones de

trabajo en los buques¹¹; lo que inexorablemente incide de forma negativa en todas las medidas de control y registro que se han planteado en relación al tiempo de trabajo de la gente de mar.

4. La incidencia de la dotación del buque

La presencia de una plantilla determinada repercute directamente en la organización de la actividad de cualquier empresa y consecuentemente en sus condiciones de trabajo, de igual forma la tripulación de una nave debe ser suficiente en número y cualificación para un correcto desempeño de las tareas propias a bordo, lo que sin duda va a afectar al tiempo de trabajo y de descanso de cada uno de estos trabajadores. Esta dotación mínima no es posible establecerla con carácter general por lo que ha de ser fijada por la autoridad competente para cada embarcación en función de las características de la misma y la actividad marítima que se pretenda desarrollar, todo ello tratando de alcanzar los niveles necesarios de seguridad.

Al determinar esos niveles de dotación del buque además de garantizar la seguridad del barco ha de tenerse en cuenta otro factor fundamental que va a afectar a las condiciones de trabajo y es que debe equiparse de un personal suficiente como para evitar o reducir al mínimo el exceso de horas de trabajo, garantizar un descanso suficiente y también para evitar otro factor singular que las normas marítimas reconocen como característico de esta actividad como es la fatiga de la gente de mar. Y es que asegurando el disfrute de un descanso suficiente se limita con ello la fatiga, que constituye un factor que incide negativamente en la seguridad y eficacia de las operaciones que se realizan en el buque¹².

Se ha de entender que en la fijación de los niveles de dotación la autoridad competente ha de tener en cuenta el exceso de horas de trabajo conforme al artículo 4 (C180), de ocho horas diarias, y no conforme al artículo 5 (C180) que marca un máximo puntual de ocho horas en un día¹³.

Por lo que la fijación de la tripulación mínima ha de ajustarse a criterios de seguridad, suficiencia y eficiencia, que sirvan para cubrir de forma

¹¹ X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Aspectos laborales y de seguridad social en los pabellones de conveniencia*, en *Civitas*, 2001, n. 108, pp. 909-927.

¹² M. MIÑARRO YANINI, *Acercamiento a las disposiciones sobre niveles de dotación y protección de la seguridad y salud a bordo de los buques contenidas en el Convenio de la OIT sobre trabajo marítimo*, 2006, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2009, n. 82, pp. 341-355.

¹³ J. LOURO RODRÍGUEZ, *Trabajo a bordo y siniestralidad laboral: condiciones de seguridad y salud en los buques mercantes*, Universidade da Coruña, 2005, p. 86.

equilibrada la realización de las tareas necesarias a bordo. Una dotación mínima que tal como prevé la disposición adicional quinta del RJE, es susceptible de ser revisada si así lo estimase conveniente la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones y que habrá de poner en conocimiento de la autoridad competente a los efectos oportunos.

5. Conclusiones

La actividad marítima se desarrolla sometida a una serie de elementos que la van a condicionar sobremanera, ya que tanto los elementos externos como la climatología, el medio marino en el que se desenvuelve, los desplazamientos más o menos largos, la navegación en muchas ocasiones por aguas internacionales o la llegada a puertos de distintos territorios, hacen que tenga unas características ciertamente peculiares, pero además, desde una perspectiva laboral, la singularidad se manifiesta por confluir en un mismo espacio (el buque), tanto el desarrollo de la jornada de trabajo como el lugar que sirve de descanso, al menos durante determinados períodos más o menos largos de tiempo. Todo ello qué duda cabe precisa de una serie de reglas de funcionamiento más exigentes que las que se aplican a otros ámbitos de actividad, ya que la combinación tiempo de trabajo y de descanso en este peculiar centro de trabajo van a marcar la especialidad de sus condiciones laborales.

Los Convenios de la OIT anteriores al C180 que ordenaban las horas de trabajo a bordo de los buques, lo hacían bajo criterios muy dispersos con demasiadas posibles situaciones aplicables, con distintas variables en función de las categorías profesionales, con distinciones específicas en base a la estancia en puerto o no, en definitiva, faltos de una precisión necesaria que garantizase el correcto cumplimiento de la norma. El C180 marca un punto de inflexión en la regulación del factor temporal en el sector marítimo, y es que establece una serie de reglas en materia de ordenación del tiempo de trabajo para la gente de mar, que van a limitar el tiempo de actividad bajo una doble escala fijando tanto las horas de trabajo como las horas de descanso, acompañado a su vez de una serie de reglas de carácter necesario que permiten asegurar su correcta aplicación tratando de garantizar unas condiciones laborales especiales en las que se desenvuelve los trabajadores del mar. Las reglas sobre horas de trabajo y de descanso que establece este Convenio son adoptadas posteriormente y en su integridad por el Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006, que se convierte a partir de entonces en el instrumento jurídico internacional

de referencia sobre condiciones de trabajo para la gente de mar. Las normas que se regulan este tiempo de trabajo y de descanso en el C180 vienen reconocidas en una doble escala general que aparenta ser alternativa pero que, superando una cuestión meramente literal, en realidad se traduce en una doble limitación tanto en un número máximo de horas de trabajo, como en un número mínimo de horas de descanso, y tomando en ambos casos como referencia temporal un período de veinticuatro horas y otro de siete días. Estas reglas fundamentales vienen acompañadas de otras singulares que pretenden asegurar ese derecho al descanso que corresponde a todo trabajador pero que se incrementa en el medio marítimo donde se hace preciso valorar tanto la seguridad del barco como de los propios sujetos trabajadores debiendo evitar en todo caso la fatiga del marino. No sería siempre posible cumplir con estos tiempos de trabajo y de descanso si además no existiesen otras normas sobre registros específicos de jornadas de trabajo totalmente imprescindibles para su control y verificación, unas normas de registro que se anticipan en su regulación a las que actualmente se exigen para todo tipo de trabajador. Por último, es ineludible hacer referencia a las reglas sobre la dotación del barco y su incidencia laboral ya que es necesario que la autoridad competente fije para cada buque una dotación mínima que limite el exceso de horas de trabajo y garantice el derecho a un descanso suficiente de estos trabajadores del mar.

6. Bibliografía

CARRIL VÁZQUEZ X.M., *Aspectos laborales y de seguridad social en los pabellones de conveniencia*, en *Civitas*, 2001, n. 108, pp. 909-927

FOTINOPOLOU BASURKO O., *El diálogo social europeo y las Directivas sectoriales comunitarias de origen convencional. La Directiva 1999/63/CEE del Consejo relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2000, n. 22, pp. 135-155

GARCÍA NINET J.I., *Horas de trabajo y descanso en el trabajo en el mar. (Exposición sistemática a partir del Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006)*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2009, n. 82, pp. 245-290

GIL PLANAS J., *La Jornada de trabajo en el mar*, en AA.VV., *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, Bomarzo, 2015, pp. 433-444

GÓMEZ MUÑOZ J.M., *Revisitando las jornadas especiales de trabajo de la mano de Manuel Ramón Alarcón*, en AA.VV., *Los grandes debates actuales en el derecho del trabajo y la*

protección social: estudios en recuerdo del profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, CARL, 2016, pp. 301-315

LOURO RODRÍGUEZ J., *Trabajo a bordo y siniestralidad laboral: condiciones de seguridad y salud en los buques mercantes*, Universidade da Coruña, 2005

MIÑARRO YANINI M., *Acerca de las disposiciones sobre niveles de dotación y protección de la seguridad y salud a bordo de los buques contenidas en el Convenio de la OIT sobre trabajo marítimo*, 2006, en *Rivista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2009, n. 82, pp. 341-355

RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO R.M., *El concepto de centro de trabajo en el ámbito marítimo*, en J.M. SOBRINO HEREDIA (dir.), *La toma de decisiones en el ámbito marítimo: su repercusión en la cooperación internacional y en las situaciones de la gente del mar*, Bomarzo, 2016, pp. 449-460

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la protección de la maternidad 2000 (núm. 183)

Aránzazu DE LAS HERAS GARCÍA*

RESUMEN: Desde sus inicios, y a lo largo de los 100 años de su existencia, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha considerado central la protección de las situaciones relacionadas con la maternidad, llevando a cabo una acción normativa, también política, que ha cristalizado en la adopción de los Convenios núm. 3 (1919); 103 (1952) y 183 (2000), a los que acompañan las Recomendaciones núm. 95 (1952) y 191 (2000). En estos instrumentos normativos, a cuyo comentario se dedican las siguientes páginas, se refleja la evolución experimentada en la protección de la maternidad, desde unos planteamientos exclusivamente protectores hasta su consideración como condición para la no discriminación en el empleo, siendo el reto de futuro conseguir el doble objetivo de proteger la salud y garantizar los derechos que se derivan del empleo, para permitir que hombres y mujeres trabajen conjuntamente en pie de igualdad.

Palabras clave: Convenios OIT, maternidad, licencias, prestaciones, no discriminación, corresponsabilidad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Normas OIT de interés para la protección de la maternidad y el apoyo a los trabajadores con responsabilidades familiares. 3. Convenios OIT sobre la protección de la maternidad. 3.1. Convenio sobre la protección de la maternidad, núm. 3 (1919). 3.2. Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), núm. 103 (1952). 3.3. Convenio sobre la protección de la maternidad, núm. 183 (2000). 3.3.1. Campo de aplicación. 3.3.2. Licencia de maternidad. 3.3.3. Prestaciones. 3.3.4. Protección del desempleo y no discriminación. 3.3.5. Lactancia. 4. Consideraciones finales. 5. Bibliografía.

* Doctora en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Profesora de políticas de igualdad e integración, Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA), España.

Maternity Protection Convention 2000 (No. 183)

ABSTRACT: Since its inception, and throughout the 100 years of its existence, the International Labor Organization (ILO) has considered the protection of maternity-related situations central, carrying out a normative, also political, action that has crystallized in the adoption of ILO Conventions No. 3 (1919); 103 (1952) and 183 (2000), which are accompanied by Recommendations No. 95 (1952) and 191 (2000). These normative instruments, to which the following pages are dedicated, reflect the evolution experienced in maternity protection, from exclusively protective approaches to their consideration as a condition for non-discrimination in employment, being the challenge of the future to achieve the double objective of protecting health and guaranteeing the rights derived from employment, to allow men and women to work together on an equal footing.

Key Words: ILO Conventions, maternity, leaves, benefits, non-discrimination, joint responsibility.

1. Introducción

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la protección de la maternidad de las mujeres en el trabajo ha tenido una importancia fundamental desde su fundación en 1919. El Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3) estuvo entre los primeros instrumentos que se adoptaron. En 1952, este convenio fue revisado para tener en cuenta la evolución de la legislación y de las prácticas nacionales, especialmente por lo que se refería a la seguridad social. Desde entonces, las grandes transformaciones producidas, cuya fuerza expansiva ha continuado hasta nuestros días, se han traducido en el incremento notabilísimo de la participación de las mujeres en los mercados de trabajo, reforzándose las funciones económicas de estas tanto en la familia como en la sociedad.

Este incremento de la presencia femenina en el mercado laboral se ve acompañado de otro dato no menos importante: cada vez más mujeres pasan sus años de crianza de los hijos como trabajadoras asalariadas. La protección de la maternidad adquiere una nueva dimensión en este contexto: ya no solo es importante para que las mujeres mantengan o recobren la salud y puedan volver al trabajo, sino que además es indispensable para suplir los ingresos que corresponden a sus períodos de permiso, garantizando el bienestar de la propia mujer, del hijo y de toda la familia. Sin embargo, el que las tasas de empleo femenino hayan crecido no ha ido acompañado ni de un aumento en la calidad de los empleos - comparadas con los hombres, las mujeres tienen que soportar normas de contratación desiguales, retribuciones inferiores por trabajos de igual valor, desiguales oportunidades de formación, promoción y readaptación - ni de garantías para que las madres potenciales o actuales no se enfrenten por tal circunstancia a la amenaza de no acceder a un empleo, perder su trabajo, ver interrumpidos sus ingresos o tener que hacer frente a diversos peligros para su salud, por las escasas precauciones que se adoptan para defender su empleo y los derechos que de él se derivan.

En este contexto, la protección especial aportada a las mujeres trabajadoras durante el embarazo y después del parto se contempla como una condición para la no discriminación en el empleo, siendo el reto al que se enfrentan los Estados miembros de la OIT garantizar que, en este siglo XXI, la protección de la maternidad consiga el doble objetivo de proteger la salud y garantizar los derechos que se derivan del empleo, para permitir, precisamente, que hombres y mujeres trabajen conjuntamente en pie de igualdad.

La atención (ocupación y preocupación) que la OIT ha otorgado, a lo

largo de sus 100 años de existencia, a la protección de la maternidad, se ha traducido a nivel normativo en la adopción de 3 convenios: Convenio núm. 3 (1919); Convenio núm. 103 (1952) y Convenio núm. 183 (2000), a los que acompañan las Recomendaciones núms. 95 (1952) y 191 (2000). Sin embargo, pese a que estos instrumentos han sido el vehículo para ampliación del ámbito de protección de la maternidad, orientando la política y acción de los Estados, pretendiendo asimilar los cambios que en este tiempo se han ido operando, apartándose de planteamientos exclusivamente protectores y centrándose en un enfoque basado en la igualdad de derechos en el empleo, la respuesta de los países no se ha traducido en tantas ratificaciones como cabría esperar ni en el caso del Convenio núm. 3 (1919) con 34, ni en el del Convenio núm. 103 (1952), con 41, ni en el más actualizado Convenio núm. 183 (2000) con 38 ratificaciones -entre las que no se encuentra España-.

A lo largo de las páginas siguientes se efectuará un análisis evolutivo-comparativo de estos tres convenios y, con apoyo en un estudio efectuado por la propia OIT de la legislación de una muestra de 185 países, se expondrá la situación en la que se encuentra la protección de la maternidad y los retos de futuro a los que se enfrentan, si bien de manera bien distinta, los países en desarrollo y emergentes y los países desarrollados.

2. Normas OIT de interés para la protección de la maternidad y el apoyo a los trabajadores con responsabilidades familiares

Ya desde inicios del siglo XX aparecen sucesivas normas, acuerdos y pactos internacionales en los que la preocupación por los problemas de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo empieza a ser un tema central y que determinan la existencia de un cuerpo jurídico internacional que, iniciado en torno a la mujer, a su protección y más tarde a su igualdad, bascula hacia un concepto más amplio fundamentado en la equidad en el mercado de trabajo y en la necesidad de no discriminar en general¹.

La apuesta inicial de la OIT se orientó hacia la igualdad de hombres y mujeres, para conceder una legislación protectora a las trabajadoras por las duras condiciones de trabajo (largas jornadas, a menudo sin interrupción y

¹ M. TOMEI, M.^aL. VEGA-RUIZ, *La discriminación de la mujer en el lugar del trabajo, Nuevas tendencias en materia de discriminación por motivos basados en la maternidad y en el acoso sexual*, en *Rivista Latinoamericana de Derecho Social*, enero-junio de 2007, n. 4, pp. 149-174.

en condiciones insalubres) de la industria de la época². Posteriormente la OIT trata el tema de la maternidad tanto en convenios exclusivos como en convenios de temas afines como es el caso de los convenios que citamos a continuación³:

- Convenio sobre la protección de la maternidad, núm. 3 (1919).
- Convenio sobre igualdad de remuneración, núm. 100 (1951) y la correspondiente Recomendación (núm. 90).
- Convenio sobre la seguridad social (normas mínimas), núm. 102 (1952).
- Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), núm. 103 (1952), cerrado a la ratificación, por la entrada en vigor del Convenio núm. 183; y su Recomendación (núm. 95), sustituida por la Recomendación núm. 191.
- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), núm. 111 (1958) y la correspondiente Recomendación (núm. 111).
- Convenio sobre la política del empleo, núm. 122 (1964).
- Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, núm. 130 (1969) y Recomendación sobre desarrollo de los recursos humanos, núm. 150 (1975).
- Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177).
- Convenio sobre el personal de enfermería, núm. 149 (1977).
- Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, núm. 156 (1981) y la correspondiente Recomendación (núm. 165).
- Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, núm. 157 (1982).
- Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, núm. 158 (1982).
- Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, núm. 175 (1994).
- Convenio sobre la protección de la maternidad, núm. 183 (2000) y la correspondiente Recomendación (núm. 191).
- Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, núm. 189 (2011) y la correspondiente Recomendación (núm. 201).

² I. RODRÍGUEZ MANZANO, *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, desarrollo y paz*, Madrid, 2008, p. 37.

³ A. CRUZ, *Buenas prácticas y desafíos en relación con el Convenio sobre la protección de la maternidad, núm. 183 (2000) y con el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, núm. 156 (1981): Estudio comparativo*, Oficina Internacional del Trabajo, Oficina para la Igualdad de Género, Ginebra: OIT, 2013, Documento de trabajo, 2/2012.

Estas normas, en su mayoría, proponen medidas con cierto nivel de flexibilidad lo que facilitará la transposición a las distintas legislaciones nacionales, llegando incluso, para facilitar aún más la implantación, a poder excluir a determinados colectivos de trabajadores que por sus características concretas harían una implantación de mínimos o incluso podrían llegar a impedirla. Se permite incluso una implantación gradual y atendiendo a las particularidades del trabajo realizado o a las características del mercado de trabajo de un determinado Estado⁴.

Además, tienen en cuenta la internacionalización lo que supone medidas que puedan ser adoptadas por países con distinta cultura, historia, régimen jurídico, religión y nivel de desarrollo económico.

A continuación, se analizarán los convenios relativos específicamente a la maternidad.

3. Convenios OIT sobre la protección de la maternidad

3.1. Convenio sobre la protección de la maternidad, núm.3 (1919)

El Convenio núm. 3, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, adoptado en Ginebra el día 29 de octubre de 1919 y con entrada en vigor el 13 de junio de 1921, representa el primer intento internacional por establecer normas mínimas de protección en favor de la madre trabajadora que presta servicios en empresas industriales o comerciales. Su objetivo era establecer derechos básicos y generales para proteger a la madre y al hijo⁵.

Al inicio del convenio se delimita el ámbito de aplicación definiendo “mujer” e “hijo” en los siguientes términos: “mujer” comprende a toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad o nacionalidad, casada o no; “hijo” comprende a todo hijo, legítimo o no. Es importante reflejar estas definiciones en cuanto a que, como será analizado a continuación, estos términos van ampliando su espectro a conceptos más genéricos.

En dicho convenio se reconoce el derecho de la mujer a no trabajar durante un periodo de 6 semanas después del parto, así como a percibir en ese tiempo una prestación suficiente para su manutención y la de su

⁴ E. CAAMANÓ ROJO, *Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII, Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2009, pp. 175-214.

⁵ E. CAAMANÓ ROJO, *op. cit.*

hijo que será satisfecha por el Tesoro público o se pagará por un sistema de seguro. Se le reconoce también asistencia gratuita de un médico o de una comadrona, así como, “si amamanta a su hijo”, dos descansos de media hora para permitir la lactancia (nótese, la circunscripción del derecho a la lactancia natural).

Se indica también que en el periodo de ausencia de la mujer con motivo de la maternidad (tanto durante el embarazo como en el parto y periodo posterior de descanso) será ilegal el despido, tratando de evitar que la disminución de la capacidad laboral expulse a las mujeres del mercado laboral dejándolas sin medios de subsistencia.

3.2. Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), núm. 103 (1952)

El Convenio núm. 103, relativo a la protección de la maternidad (revisado en 1952), cuya entrada en vigor se produjo el 7 septiembre 1955, está cerrado a la ratificación por la entrada en vigor del Convenio núm. 183 y su Recomendación núm. 95 sustituida por la núm. 191 (que serán objeto de análisis posteriormente).

Se amplía el ámbito de aplicación comprendiendo también a las mujeres que trabajan en empresas no industriales y agrícolas y a las asalariadas que trabajen en su domicilio.

En dicho convenio el término “mujer” comprende a toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad, nacionalidad, raza o creencia religiosa, casada o no, y el término “hijo” a todo hijo nacido de matrimonio o fuera de matrimonio. Se amplía así la casuística a la raza y creencia religiosa y se modifica el término “legítimo” por nacido dentro o fuera del matrimonio.

Se amplía el derecho de la mujer a no trabajar durante un periodo de 12 semanas por lo menos, (frente a los 6 anteriores) aunque estableciéndose la necesidad de que una parte del descanso sea tomada obligatoriamente después del parto no siendo esta nunca inferior a 6 semanas.

En relación a la prestación percibida por la mujer durante este tiempo, ya no se limita a un abstracto “suficiente” sino que se concreta en que deben ser en dinero y prestaciones médicas.

Se mantiene la gratuitidad de la asistencia médica, pero incorpora un, quizá controvertido, párrafo en el que se establece que “la libre elección de médico y la libre elección entre un hospital público o privado deberán ser respetadas”.

En relación con la lactancia, se observa que el término utilizado (“lactar”)

permite entender una ampliación a medios artificiales (además, de la lactancia natural). Por otra parte, en cuanto a la concreción temporal de las interrupciones y su duración por este motivo se deja a las legislaciones nacionales mayor margen de regulación al no circunscribirlo a dos descansos de media hora sino a uno o varios períodos, lo cual no tiene por qué representar necesariamente un avance.

Por último, se incide también en que en el periodo de ausencia de la mujer con motivo de la maternidad (tanto durante el embarazo como en el parto y periodo posterior de descanso) el despido será ilegal.

La Recomendación núm. 95 (1952), de protección de la maternidad, que acompañó al convenio, estableció algunas orientaciones interesantes⁶, como que el descanso por maternidad pudiera extenderse hasta las 14 semanas o que las interrupciones por lactancia deberían tener una duración diaria conjunta de al menos hora y media. También desarrolló la protección contra el despido, señalando que debería extenderse no solo durante la ausencia por maternidad, sino 1 mes después de haber terminado aquella. Para la recomendación, la protección debería comenzar en el momento en el que el empresario es informado oficialmente de la existencia del embarazo y no es incompatible con la utilización de causas justas de despido no relacionadas con el embarazo mismo, como puede ser la terminación del contrato o las faltas disciplinarias graves. Finalmente, este instrumento abordó con detalle la protección de la salud de la mujer embarazada, planteando soluciones de nuevo novedosas, como el derecho de las madres que realicen trabajos peligrosos para su salud a ser transferidas, sin pérdida de remuneración, a otro puesto compatible con su estado. Derecho que se propone extender también a los casos individuales en que se certifique médicaamente que un cambio de la naturaleza del trabajo es necesario para salvaguardar la salud de la madre o de su hijo.

3.3. Convenio sobre la protección de la maternidad, núm. 183 (2000)

El Convenio núm. 183, relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado) 1952, cuya entrada en vigor se produjo el 7 de febrero de 2002, es el último adoptado sobre la cuestión

⁶ L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *La OIT y los grupos vulnerables. Especial atención a la vulnerabilidad de género y a la protección de la infancia*, en Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, mayo de 2007, n. 434, pp. 123-151.

que nos ocupa, logrando actualizar y renovar la normativa mínima sobre protección a la maternidad y fijando un nuevo escenario en torno al cual los Estados deberán ir adaptando sus respectivas legislaciones internas. Por su parte, la Recomendación núm. 191 que lo acompaña introduce aspectos que, como orientaciones, van más allá de lo dispuesto convencionalmente en materia de duración de la licencia (ampliación a 18 semanas; prolongación por parto múltiple) y licencias relacionadas (para los casos de fallecimiento, enfermedad u hospitalización de la madre, licencia parental y por adopción), importe de la prestación (igual a la totalidad de las ganancias anteriores o de las que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones), extensión de la cobertura sanitaria (médica y farmacéutica), financiación enteramente pública y un catálogo de medidas sobre seguridad y salud tanto de la mujer embarazada o lactante como de su hijo en el lugar de trabajo. Analizaremos a continuación, de forma más detallada, los aspectos regulados por el Convenio núm. 183.

3.3.1. Campo de aplicación

El convenio, con la definición de su ámbito, establece el principio de no discriminación, aplicándose, por tanto, sin reserva a todas las mujeres si están empleadas en cualquier tipo de empresa u ocupación (sin distinguir, como hacia el precedente, sectores ni ramas) e incluyendo las formas atípicas⁷ de trabajo dependiente. Además, permite a los países excluir total o parcialmente a categorías limitadas de trabajadores cuando la aplicación del convenio a las mismas plantee problemas especiales de particular importancia.

No obstante establecer un ámbito de aplicación aparentemente muy amplio, la realidad no se corresponde con el enunciado convencional y ello básicamente por dos razones. Primero, y aunque técnicamente no formen parte de la definición del ámbito de aplicación, porque este se reduce cuando quedan al margen mujeres empleadas que no cumplen los requisitos de admisibilidad que las legislaciones nacionales establecen para acceder a la protección por maternidad: edad; nivel de ingresos; residencia; tipos de empresa en función de su volumen o con características no contempladas en la normativa -economía de plataforma-; categoría a la

⁷ El Informe OIT [El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas](#), de 14 de noviembre de 2016, relaciona cuatro categorías generales de formas atípicas de empleo: (1) empleo temporal; (2) trabajo a tiempo parcial; (3) trabajo temporal a través de agencia y otras relaciones de trabajo multipartitas; y (4) relaciones de trabajo encubiertas y empleo por cuenta propia económicamente dependiente.

que pertenece la trabajadora -autónoma, trabajadora doméstica, etc.- o el tipo de trabajo que lleva a cabo -a tiempo parcial, eventual, subcontratada, temporera, etc.. Y segundo, y así se hace constar en el Informe OIT 2014⁸, porque gracias a la “cláusula de exclusión” que el propio convenio admite, muchos países especifican las categorías de trabajadoras no cubiertas por la licencia de maternidad remunerada, generalmente: trabajadoras autónomas -en particular, trabajadoras familiares-; trabajadoras domésticas (la OIT calcula que 15,6 millones de trabajadoras domésticas carecen del derecho legal a protección de maternidad); trabajadoras agrícolas (en al menos 27 países se las excluye legalmente de forma explícita); mujeres que realizan un trabajo atípico (a tiempo parcial, temporal o eventual) -también en países desarrollados como Japón, donde la ley permite la exclusión de las trabajadoras a tiempo parcial o Canadá donde ocurre lo mismo con las trabajadoras ocasionales-; mujeres de PYMES y trabajadoras migrantes.

Si bien, tal como indica el informe referido, ha habido cambios positivos dado que cada vez la legislación de más países protege a mujeres pertenecientes a esas categorías excluidas, especialmente trabajadoras domésticas (en al menos 54 países estas trabajadoras domésticas gozan de la protección de leyes relativas a la licencia de maternidad en las mismas condiciones que las demás trabajadoras) y microemprendedoras (por ejemplo en Brasil, desde 2010, toda microemprendedora puede registrarse para ganar acceso a la atención médica, a la licencia de maternidad remunerada y a otras prestaciones, mediante una única cotización a la seguridad social, medida que permite la formalización de una cifra estimada en 3 millones de trabajadoras), sin embargo la protección de la maternidad sigue siendo una tarea pendiente por lo que respecta a las mujeres en empleos informales⁹ o atípicos.

⁸ Informe OIT titulado [La maternidad y la paternidad en el trabajo: La legislación y la práctica en el mundo](#), de 13 de mayo de 2014, donde se recogen los resultados de un estudio que examina la legislación y la práctica a nivel nacional en materia de maternidad y paternidad en el trabajo en 185 países y territorios incluyendo las licencias, las prestaciones, la protección del empleo, la protección de la salud, las disposiciones relativas a la lactancia en el trabajo y el cuidado de los hijos.

⁹ Con arreglo a la definición de la OIT contenida en la Recomendación 204, sobre la transición de la economía informal a la economía formal, “economía informal” hace referencia a todas las actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que -en la legislación o en la práctica- están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto.

3.3.2. Licencia de maternidad

Las mujeres a las que se aplique este convenio tienen derecho a una licencia de maternidad de una duración de al menos 14 semanas (2 más que las previstas en los convenios anteriores) -distribuidas de la manera que se establezca a nivel nacional, pero siempre respetando el disfrute obligatorio de 6 semanas tras el parto-, con el único requisito de que presenten un certificado médico o cualquier otro certificado apropiado, conforme se establezca en la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto.

Esta licencia debe prolongarse en dos casos: en caso de error con respecto a la fecha del parto, es decir, cuando este tiene lugar después de la fecha prevista, en cuyo caso la licencia prenatal debe prolongarse hasta la fecha efectiva del parto, sin reducir la duración de la licencia obligatoria después del parto; y en caso de enfermedad, cuando esta es consecuencia del embarazo o del parto, donde la duración máxima podrá ser estipulada según lo determinen la legislación y la práctica nacionales.

Conforme al Informe OIT 2014 de los 185 países analizados:

- el 53% (98 países) cumple con la duración de la licencia de 14 semanas como mínimo;
- 42 países cumplen o superan la licencia recogida como propuesta en la Recomendación núm. 191, que acompaña al convenio, de 18 semanas;
- 60 países conceden una licencia de entre 12 y 13 semanas, inferior a la establecida en el Convenio 183 pero prevista en los convenios anteriores;
- solo el 15% (27 países) concede menos de 12 semanas.

La tendencia observada (con datos hasta 2013) confirma que ningún país ha reducido la duración obligatoria de la licencia, registrándose la media regional más breve en los países de Oriente Medio (9,2 semanas) y la más prolongada en los de Europa oriental, Asia central (casi 27 semanas) y en las economías desarrolladas (21 semanas). Sin embargo, la prolongación de los períodos de licencia no parece que vaya a producirse y ello porque, aunque afectando de manera desigual a los países en desarrollo y desarrollados, alargar la “salida del mercado” de las madres comprometería las oportunidades de estas de reintegrarse a la vida activa y de participar efectivamente en la vida de la empresa y en la actividad económica. La opción, por tanto, pasa por articular mecanismos que hagan posible la corresponsabilidad de hombres y mujeres en el cuidado de los hijos (licencia parental; servicios de guardería de 0 a 3 años; flexibilidad de horarios, etc.).

3.3.3. Prestaciones

El convenio contempla y obliga a que la licencia de maternidad se acompañe de prestaciones en dinero y médicas.

Respecto a la cuantía de la prestación pecuniaria, y con base en el principio de que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado, los países podrán utilizar métodos distintos para su fijación pero, cuando tomen para su cálculo ganancias anteriores, el monto de esta no deberá ser inferior a 2/3 de las ganancias anteriores de la mujer -o una cantidad comparable si se utilizan otros métodos para calcular las prestaciones-. Para los casos en que la mujer no reúna las condiciones exigidas para causar la prestación, tendrá derecho a percibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de asistencia social, siempre que cumpla las condiciones de recursos exigidas para su percepción. Por lo que se refiere a las prestaciones médicas, el convenio especifica que deberán comprender la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia después del parto, así como la hospitalización cuando sea necesario.

El Informe OIT 2014, a partir del análisis de la situación a este respecto en 167 países comparables, concluye que:

- el 45% (74 países) concede prestaciones pecuniarias equivalentes al menos de 2/3 de las ganancias anteriores de la mujer durante un mínimo de 14 semanas;
- 61 países conceden una cuantía equivalente al 100% de las anteriores durante 14 semanas por lo menos;
- en 93 países (alrededor del 55%) la licencia por maternidad no es remunerada, o se paga una cuantía inferior a 2/3 de las ganancias anteriores o se paga durante un periodo inferior a las 14 semanas.

La financiación de las prestaciones deberá correr a cuenta de un seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos, no recayendo personalmente sobre los empleadores la obligación de costearlas directamente (excepto cuando así esté previsto en la legislación o práctica nacionales de un Miembro antes de la fecha de adopción de este convenio por la Conferencia Internacional del Trabajo, o se acuerde posteriormente a nivel nacional) dado que esto desincentivaría la contratación de mujeres en edad de procrear e incidiría negativamente en la promoción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

El repetido Informe OIT 2014 pone de manifiesto que las fuentes más

comunes de financiación de las prestaciones pecuniarias por maternidad son: los seguros sociales vinculados al empleo (régimen contributivo); los empleadores (sistema denominado “responsabilidad del empleador”); o una combinación de los dos. De los 185 países estudiados:

- el 58% (107 países) concede las prestaciones pecuniarias por maternidad mediante sistemas de seguridad social nacional;
- el 25% (47 países -con tendencia a disminuir-), el pago de las prestaciones corre exclusivamente por cuenta del empleador;
- en el 16 % (29 países), el costo se reparte entre el empleador y la seguridad social;
- en 2 países (1%) no se pagan prestaciones.

La OIT procura asistencia técnica (sobre todo a países del continente africano) con el propósito de promover el paso gradual del sistema de responsabilidad del empleador al de seguridad social.

3.3.4. Protección del desempleo y no discriminación

El convenio prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia por maternidad, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un periodo que ha de determinarse en la legislación nacional, pero no de manera absoluta puesto que puede hacerlo por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. 145 países de los 165 sobre los que, según el Informe OIT 2014, se disponía de información, cuentan con leyes que prohíben la discriminación por razón de maternidad.

El convenio dispone medidas que refuerzan esa protección:

- Inversión de la carga de la prueba. Incumbe al empleador demostrar que los motivos del despido no están relacionados con las situaciones descritas. De los 144 países sobre los que se cuenta con información (Informe OIT 2014), el 38% (54 países) tiene disposiciones legales en este sentido, el 60% (86 países) no especifica nada al respecto y en el resto la carga de la prueba incumbe a la trabajadora.
- Derecho garantizado a la mujer de retornar, al término de la licencia de maternidad, al mismo puesto de trabajo o a uno equivalente con la misma remuneración. De 164 países de los que se dispone información, 64 ofrecen garantías legales para que esto se lleve a cabo, sin embargo la mayoría (82 países) no lo hacen.
- Mandato a los Miembros de adoptar medidas apropiadas para

garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo. Sobre un estudio de 155 países, 144 contaban con leyes que prohibían la discriminación en el empleo por razones de sexo únicamente, o por razones de sexo como elemento añadido a otros vinculados con la maternidad o el embarazo. En 43 países se mencionaba explícitamente la maternidad o el embarazo como causas de discriminación prohibidas (Informe OIT 2014).

- Prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo. El Informe OIT 2014 constata que esta prohibición no ha sido ampliamente recogida por las legislaciones nacionales. De 141 países, solo 47 han formulado disposiciones explícitas o implícitas en tal sentido.

3.3.5. Lactancia

Las interrupciones para lactancia en el lugar de trabajo se vienen contemplando desde el Convenio 3 (1919) ampliéndose en el 103. El Convenio 183 además de contemplar el derecho de la mujer a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para esta tarea, deja a las legislaciones y prácticas nacionales la determinación del periodo en que se autorizan las interrupciones para la lactancia o la reducción diaria del tiempo de trabajo, el número y la duración de esas interrupciones y las modalidades relativas a la reducción diaria del tiempo de trabajo que, siempre, deben contabilizarse como tiempo de trabajo y remunerarse en consecuencia.

El Informe OIT 2014 pone de relieve que en todas las regiones se presta apoyo a la lactancia mediante la legislación, previéndose en el 75% de los países (al menos 121 de 160) interrupciones con o sin remuneración para las madres lactantes, o una reducción de la jornada laboral. No obstante, el 24% de los países estudiados (39) carece de disposiciones en esta materia. Además, casi 2/3 partes de los países (75) que cuentan con disposiciones al respecto permiten que la lactancia se prolongue entre 6 y 23 meses. De ellos, 57 conceden un año como mínimo y solo 6 conceden dos años para la lactancia natural.

La Recomendación 191 que acompaña al convenio, sugiere que existan en el lugar del trabajo o cerca del mismo instalaciones higiénicas para la lactancia materna, sin embargo, las legislaciones han sido poco receptivas a recoger esta materia (50 de 159 países sobre los que se tiene información -Informe 2014-) y los que lo recogen hacen recaer el coste sobre el empleador y/o (29 de ellos) supeditan la obligación a que la empresa tenga contratado un número mínimo de mujeres.

4. Consideraciones finales

En la actualidad, la mayoría de los países cuentan con leyes que protegen la maternidad en el trabajo, ofreciendo, a través de la correspondiente licencia al menos 14 semanas de descanso, con derecho a prestaciones económicas no inferiores a 2/3 de las ganancias anteriores de la mujer y financiadas con cargo a fondos públicos. Los estándares fijados por la OIT en los convenios analizados en este trabajo avanzan positivamente, sin embargo, en especial en los países en vías de desarrollo, la mayoría de las trabajadoras carece de suficiente protección en este ámbito. Si a ello se une la debilidad en la garantía del cumplimiento de los convenios OIT y que, aun existiendo legislaciones nacionales que los asumen, no siempre se procede a su aplicación efectiva, la discriminación de la mujer por razón de maternidad se presenta como un problema a escala mundial aún sin resolver.

Como se desprende del análisis hasta ahora efectuado, y dejando a un lado el hecho biológico de la maternidad y su protección específica, es imprescindible que los hombres y las mujeres se acojan por igual a los permisos relacionados con la familia. Solo de esta forma, forzando la corresponsabilidad, será posible que la conciencia social asuma una comprensión equitativa respecto a la situación de los hombres y las mujeres en el ámbito laboral. Teniendo en cuenta que la OIT no tiene normas sobre la licencia de paternidad sería deseable introducir el derecho a este permiso al objeto de fomentar un reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares, y de permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos, en línea con lo que establece la reciente Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, cuyo considerando 11 determina que el desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional contribuye a la imposibilidad o a la ralentización en la desaparición de los estereotipos y

las diferencias de género en materia laboral y familiar.

Al margen de que se evidencie que en los 100 años de existencia de la OIT se ha producido una paulatina mejora en la protección de la maternidad y de que se atisbe una inclinación de dicha organización a considerar necesario un tratamiento tuitivo conjunto de todos los aspectos relativos a la protección familiar, como evidencia el Informe OIT 2014 donde se tratan de forma unitaria la maternidad y la paternidad a pesar de la inexistencia de un convenio relativo a esta, sin embargo sigue siendo necesario avanzar en la corresponsabilidad como medio de superar desigualdades y, en definitiva, alcanzar la justicia social que fundamenta la existencia de la Organización Internacional de Trabajo.

5. Bibliografía

CAAMAÑO ROJO E., *Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII, 2do Semestre de 2009

CRUZ A., *Buenas prácticas y desafíos en relación con el Convenio sobre la protección de la maternidad, núm. 183 (2000) y con el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, núm. 156 (1981): Estudio comparativo*, Oficina Internacional del Trabajo, Oficina para la Igualdad de Género, Ginebra: OIT, 2013, Documento de trabajo, 2/2012

FERNÁNDEZ VILLAZÓN L.A., *La OIT y los grupos vulnerables. Especial atención a la vulnerabilidad de género y a la protección de la infancia*, en Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 2007, n. 434, pp. 123-151

RODRÍGUEZ MANZANO I., *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, desarrollo y paz*, Madrid, 2008

TOMEI M., VEGA-RUIZ M.^aL., *La discriminación de la mujer en el lugar del trabajo, Nuevas tendencias en materia de discriminación por motivos basados en la maternidad y en el acoso sexual*, en Revista Latinoamericana de Derecho Social, enero-junio de 2007, n. 4

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre la seguridad y la salud en la agricultura 2001 (núm. 184)

Carlota María RUIZ GONZÁLEZ*

RESUMEN: El Convenio OIT núm. 184, que comprende el objeto de estudio del presente trabajo, aborda la prevención y protección de la seguridad y salud en el ámbito específico de la agricultura. Sus principios se sustentan, ineludiblemente, en los contenidos más amplios establecidos en la materia por otros instrumentos jurídicos precedentes de la OIT, sin embargo, su aprobación responde al propósito de adoptar un enfoque coherente y específico para el preciso sector productivo agrícola. Su propuestas reguladoras se organizan en torno a tres aspectos fundamentales: la delimitación del ámbito de aplicación del Convenio a partir del término agricultura, la identificación la propuesta de concretas medidas de prevención y protección de los trabajadores en cuanto al manejo de maquinaria, transporte de materiales y animales, y gestión de productos químicos, y finalmente la especial referencia a los trabajadores jóvenes, temporales y trabajadoras.

Palabras clave: Agricultura, seguridad y salud, protección.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Ámbito subjetivo de aplicación. 3. Estructura del sistema de protección y prevención de riesgos laborales en el sector agrario. 3.1. Derechos y deberes impuestos a las partes interesadas. 3.2. Medidas de prevención y protección en el sector agrícola. 4. Conclusiones finales. 5. Bibliografía.

* Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura.

Safety and Health in Agriculture Convention 2001 (No. 184)

ABSTRACT: ILO Convention No. 184, which includes the object of study of this work, addresses the prevention and protection of safety and health in the specific field of agriculture. Its principles are based, inescapably, on the broader contents established in the matter by other previous legal instruments of the ILO, however, its approval responds to the purpose of adopting a coherent and specific approach for the precise agricultural production sector. Its regulatory proposals are organized around three fundamental aspects: the delimitation of the application scope of the Agreement starting from the agriculture term, the proposal of concrete measures of prevention and protection of the workers regarding the machinery handling, transport of materials and animals, and chemical products management, and finally the special reference to young, temporary and hardworking workers.

Key Words: Farming, security and health, protection.

1. Introducción

La prevención y riesgos laborales en el sector agrario constituye un aspecto complejo en el mundo del trabajo. Su relevancia resulta indiscutible desde el momento que dicho sector “emplea a más de un tercio de la fuerza de trabajo mundial”, “es la segunda fuente de empleo más importante del mundo después del sector de los servicios” y además es el “sector más importante para el empleo de la mujer en muchos países”¹.

Esta circunstancia es sobradamente conocida por la OIT que ha mostrado siempre una especial sensibilidad y atención a la prevención de riesgos laborales, ocupando un lugar significativo entre sus Convenios y Recomendaciones que abordan de forma directa la seguridad e higiene en el trabajo². A nivel nacional la prueba se basa en el reconocimiento que realiza en su exposición de motivos la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuando afirma que su aprobación responde a los compromisos asumidos por España con la Organización a partir de la ratificación del Convenio núm. 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo.

No obstante, y pese al amplio entramado normativo existente en la materia, este trabajo sólo tiene por objeto el análisis del Convenio OIT núm. 184, de 5 de junio de 2001, relativo a la seguridad y salud en la agricultura³. Cuyo contenido, pese a la no ratificación por España del Convenio, se encuentra ciertamente incorporado al ámbito de la prevención de riesgos en el sector agrario por vías legislativa y convencional.

¹ OIT, *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre Seguridad y Salud en la Agricultura*, 2011, p. 6.

² Algunos de los Convenios OIT, ratificados por España, y con repercusión en la prevención de riesgos laborales en el sector agrario son, por ejemplo: Convenio OIT núm. 10 de 1921 sobre la edad mínima para trabajar en la agricultura (no se encuentra en vigor a consecuencia de la denuncia automática producida por la ratificación del Convenio OIT núm. 138 sobre la edad mínima en el trabajo de 1973); Convenio OIT núm. 129 sobre la Inspección de Trabajo en la agricultura de 1969; Convenio OIT núm. 141 sobre las organizaciones de trabajadores rurales y su función en el desarrollo económico y social de 1975; o el Convenio OIT núm. 187, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo de 2006. Un comentario sobre ellos puede verse en A.R. Trillo García, *Los Convenios de la OIT sobre el trabajo en el campo y su protección social*, en AA.VV., *Protección social de los trabajadores en el campo en el estado social autonómico: Aspectos laborales y de seguridad social*, Laborum, Murcia, 2019, p. 15 y ss.

³ Un análisis sobre el Convenio puede leerse en E. GONZÁLEZ-POSADA, *La prevención de riesgos laborales en el sector agrario*, en AA.VV., *Reformas Socio-Laborales en el Sector Agrario: Seguimiento de su Impacto y Propuestas para la continuación del proceso*, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 363 y ss.

2. Ámbito objetivo de aplicación

La exposición de motivos del Convenio OIT núm. 184 justifica su adopción en la necesidad de “adoptar un enfoque coherente” de la seguridad y salud en el ámbito concreto de la agricultura, proponiendo así una especialización respecto del precedente, y ambicioso, Convenio OIT núm. 155 que regula la materia respecto de “todas las ramas de actividad económica” (artículo 1). Por ese motivo, lo primero que realiza la norma es delimitar su ámbito de aplicación. En concreto, prescribe su artículo 1 que el término agricultura comprenderá “las actividades agrícolas y forestales realizadas en explotaciones agrícolas, incluidas la producción agrícola, los trabajos forestales, la cría de animales y la cría de insectos, la transformación primaria de los productos agrícolas y animales por el encargado de la explotación o por cuenta del mismo, así como la utilización y el mantenimiento de maquinaria, equipo, herramientas e instalaciones agrícolas y cualquier proceso, almacenamiento, operación o transporte que se efectúe en una explotación agrícola, que estén relacionados directamente con la producción agrícola”, no alcanzando, por el contrario, dicha expresión las actividades de agricultura de subsistencia, los procesos industriales que utilizan productos agrícolas como materia prima, y la explotación industrial de los bosques (artículo 2), y autorizándose al Estado, en última instancia, para excluir de la aplicación del Convenio a aquellas otras explotaciones agrícolas o categorías de trabajadores que planteen problemas especiales de singular importancia (artículo 3).

A la luz de esta delimitación el Convenio estructura, sobre la base de 29 artículos, los principios que deberán inspirar a las legislaciones nacionales en la elaboración de sus políticas preventivas y de protección de los trabajadores en el ámbito agrícola, contenido que se complementa con la Recomendación OIT núm. 192, sobre la seguridad y salud en la agricultura. Al comentario de sus textos se dedican las páginas que siguen.

3. Estructura del sistema de protección y prevención de riesgos laborales en el sector agrario

En el propósito de prevenir accidentes y daños para la salud que sean consecuencia del trabajo en la agricultura, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, el Convenio se articula

en torno a dos bloques de actuación: los derechos y deberes impuestos a las partes interesadas (Estados miembros, trabajadores y empresarios), y el catálogo de medidas de protección y prevención a adoptar en el concreto ámbito de la agricultura.

3.1. Derechos y deberes impuestos a las partes interesadas

Tomando nota de los principios y criterios ya establecidos en otros instrumentos normativos de la OIT sobre la materia, el Convenio en sus artículos 4 y ss. viene a establecer un catálogo de derechos y obligaciones que asisten a las partes interesadas -Estado, empresarios y trabajadores- en el ámbito de la seguridad y salud en la agricultura.

A) Respecto al primero de los sujetos, los Estados miembros, el Convenio les provee de diversas categorías de deberes. En primer lugar, el artículo 6 les impone la obligación de formular, poner en práctica y examinar periódicamente una política nacional en materia de seguridad y salud en este sector (debiendo designar la legislación nacional la autoridad responsable de su aplicación⁴, definir los derechos y obligaciones de los empleadores y trabajadores, y establecer los mecanismos de coordinación entre autoridades y órganos competentes para el sector agrícola) y garantizar la existencia de un sistema, apropiado y conveniente, de inspección de los lugares de trabajo agrícolas, que disponga de medios adecuados; En segundo lugar, les asigna el deber de establecer servicios de bienestar y alojamiento, cuando por la índole del trabajo los trabajadores deban vivir temporal o permanentemente en la explotación (artículo 19)⁵; y finalmente, en tercer lugar, les atribuye el deber de implantar un método de aseguramiento de los trabajadores, por un régimen de seguro o seguridad social, contra los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, tanto mortales como no mortales, así como contra invalidez y otros riesgos relacionados con el trabajo (artículo 21)⁶.

⁴ Entre sus atribuciones se encontraran: la identificación de los principales problemas, el establecimiento de prioridades de acción, la prescripción de medidas de prevención y control de los riesgos profesionales (teniendo en consideración los progresos tecnológicos y los conocimientos sobre la materia, la necesidad de protección del medio ambiente, etc.), o la elaboración de directivas destinadas a los empleadores y los trabajadores (artículo 3 Recomendación OIT núm. 192).

⁵ Concreta la Recomendación que los empleadores deberán poner a disposición de los trabajadores, entre otros, suministro de agua potable, instalaciones para guardar y lavar la ropa, instalaciones para la comida, instalaciones de aseo y sanitarias o transporte relacionado con el trabajo (artículo 10).

⁶ Un comentario sobre el origen y la evolución de la protección social de los trabajadores

Estas atribuciones, cabe resaltar, no vienen a suponer particulares exigencias respecto de lo prescrito por la LPRL para todos las ramas de actividad, incluida lógicamente la agrícola, por cuanto que la Ley ya impone el deber de elaborar una política de prevención en el interés de mejorar las condiciones de trabajo y elevar el nivel de seguridad de los trabajadores, define los derechos y obligaciones de los sujetos interesados, atribuye funciones de análisis y estudio de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, funciones de vigilancia y control de la normativa a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, instaura como principio básico de la estrategia preventiva la participación de las empresas y trabajadores en su planificación, organización y control, o atribuye a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo el asesoramiento a las Administraciones Públicas en la formulación de esas políticas de prevención. Asimismo, en materia de Seguridad Social las carencias y debilidades del sistema actualmente se encuentran más evolucionadas tras el proceso de reformas simplificadoras y racionalizadoras llevadas a cabo en el régimen de protección social de este colectivo, que culminó con la integración de los trabajadores agrarios en el Régimen General de la Seguridad Social mediante Ley 28/2011, de 22 de septiembre.

B) En cuanto a los empleadores el Convenio les impone, teniendo en cuenta esa política anterior, el triple deber de realizar evaluaciones de los riesgos para garantizar que todas las actividades, lugares de trabajo, maquinaria, etc. sean seguros y respeten las normas de seguridad y salud prescritas; proporcionar a los trabajadores una formación adecuada y apropiada, así como instrucciones comprensibles en materia de seguridad y de salud, y cualquier orientación o supervisión necesaria, en especial sobre los peligros y riesgos relacionados con su labor y las medidas que deben adoptarse para su protección, teniendo en cuenta su nivel de instrucción y las diferencias lingüísticas; y, adoptar medidas inmediatas para suspender cualquier operación que suponga un peligro inminente y grave para la seguridad y salud, y para evacuar a los trabajadores como convenga (artículo 7)⁷.

en el sector agrario puede verse en J.L. MONEREO PÉREZ, J. ROMERO CORONADO, *El nuevo régimen de protección social del trabajo agrario. Ley 28/2011, op. cit.*, p. 183 y ss.

⁷ Las medidas sobre seguridad y salud deberá incluir, conforme prescribe el artículo 5 de la Recomendación OIT núm. 192: servicios de seguridad y salud, medidas para hacer frente a accidentes y emergencias, medidas referidas a trabajadores sensibles (jóvenes, mujeres embarazadas y en período de lactancia, trabajadores de edad avanzada), medidas para asegurar la adaptación de la tecnología a las condiciones climáticas, organización del trabajo y prácticas laborales, etc.

Estas obligaciones (evaluación, formación y adopción de medidas) también se encuentran incorporados en nuestro Ordenamiento Jurídico por la LPRL y el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), de modo que nuestra legislación ya imponía, con carácter previo al Convenio, la obligación de integrar la prevención en el sistema de gestión empresarial a través del documento denominado “plan de prevención” para cuya implementación el empresario cuenta con dos de los tres instrumentos mencionados (artículos 15 y 16 LPRL): la evaluación de los riesgos de la empresa y del puesto de trabajo (artículo 7.a Convenio) y la planificación de la actividad preventiva (artículo 7.b Convenio)⁸. Es importante señalar en cuanto a los factores de riesgo, que la Recomendación OIT núm. 192 contiene un catálogo ejemplificativo de los mismos⁹, los cuales han sido tomados en consideración en sus estudios, junto a otros muchos, por el Instituto Nacional de la Seguridad y Salud en el Trabajo y respecto de los que la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo ha formulado en algunos de sus documentos propuestas de medidas para evitarlos¹⁰.

En lo referido a la formación de los trabajadores (artículo 7.b Convenio), también la legislación nacional desglosa el contenido de esa información a suministrar, que deberá ser: de carácter teórico-práctico, suficiente y adecuada, en materia preventiva, continua (tanto en el momento de la contratación, como cuando se produzcan cambios en las funciones desempeñadas), deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si

⁸ Un comentario sobre el plan de prevención, evaluación de riesgos y planificación de actividades preventivas puede verse en C. SALCEDO BELTRÁN, G. GARCÍA GONZÁLEZ, *La prevención de riesgos laborales en el campo*, *op. cit.*, p. 195.

⁹ Entre ellos, cita la Recomendación: productos y desechos químicos peligrosos, los agentes biológicos tóxicos, infecciosos, los vapores tóxicos, las sustancias o agentes cancerígenos, el ruido y las vibraciones, las temperaturas extremas, las radiaciones solares, etc. (artículo 4).

¹⁰ Los riesgos que con mayor frecuencia concurren en el sector agrario son: Riesgos de seguridad (vinculados al empleo de maquinaria, instrumentos y herramientas agrícolas que pueden producir aplastamientos, cortes, atropellamientos, etc.); Riesgos higiénicos (estrés térmico, riesgo químico, etc.); y, riesgos ergonómicos y psicosociales (asociados al carácter manual de la tarea y que pueden generar sobreesfuerzos, carga física y mental, trastornos musculoesqueléticos, etc.). Un análisis más profundo puede consultarse en el *Documento relativo al estudio de la situación de la prevención de riesgos laborales en el Sector Agrario en materia de vigilancia de la salud, maquinaria agrícola, utilización de productos fitosanitarios, trabajos en invernaderos, y propuestas de medidas para su mejora de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo* (INSST), 2005.

fuerá necesario, y deberá impartirse, siempre que sea posible, dentro de la jornada de trabajo (artículos 19 LPRL y 19.4 ET). Al respecto cabe precisar que la formación preventiva de los trabajadores agrícolas constituye una obligación de compleja implementación en la empresa, pues las peculiaridades de este trabajo como la estacionalidad, temporalidad, rotación de los puestos de trabajo, edad avanzada de alguno de los trabajadores, nacionalidad o escasa formación, hacen que en este sector dicho deber deba configurarse muy cuidadosamente para que cumpla su fin preventivo, por ejemplo mediante el empleo de un alto contenido gráfico, pictogramas, material audiovisual o repetición periódica¹¹.

Particular interés también muestra el Convenio sobre ciertos colectivos de trabajadores, entre ellos, los especialmente sensibles a determinados riesgos, en relación a los que impone una obligación de prevención reforzada a las empresas determinado como mínimo los 18 años de edad para desempeñar un trabajo en la agricultura, edad que podrá autorizarse su reducción a los 16 años, a condición de que se imparta una formación adecuada y de que se proteja plenamente su salud y seguridad (artículo 16)¹²; los trabajadores temporales y estacionales que deberán recibir la misma protección que la concedida a los trabajadores empleados de forma permanente (artículo 17)¹³; o las trabajadoras agrícolas en lo referido a embarazo, lactancia o salud reproductiva (artículo 18). Sin embargo, nada novedoso se aporta sobre ellos, pues estas especiales observaciones preventivas ya están contenidas en los artículos 25 y ss. LPRL y artículo 19 ET respecto de todos los trabajadores, con independencia de su actividad laboral, así como en numerosos Convenios colectivos (por ejemplo, el del Sector de campo de Extremadura 2016).

C) Por último, el Convenio OIT núm. 184, presta atención a los trabajadores agrícola, que constituyen uno de los pilares fundamentales de la prevención de riesgos laborales en el ámbito empresarial. En este

¹¹ Coindicen al respecto la doctrina jurisprudencial y doctrinal, entre otros, por ejemplo SSTSJ de Cataluña de 15 de junio de 2016 (Rec. 3041/2016 y de Andalucía (Granada), de 23 de febrero de 2017 (Rec. 2270/2016) y C. BELTRÁN, G. GARCÍA GONZÁLEZ, *La prevención de riesgos laborales en el campo*, en AA.VV., *Protección social de los trabajadores en el campo en el estado social autonómico: Aspectos laborales y de seguridad social*, Laborum. Murcia, 2019, p. 200.

¹² Véase al respecto, también, los artículos 11 y ss. de la Recomendación núm. 192.

¹³ Su fundamento legal se encuentra en el denominado principio de asimilación de tutela, que deriva directamente del art. 1 de la Directiva del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal.

sentido, estos trabajadores tendrán derecho a: ser informados y consultados sobre cuestiones de seguridad y salud, incluso sobre los riesgos derivados de las nuevas tecnologías; participar en la aplicación de las medidas de seguridad y salud; escoger a sus representantes en la materia y a sus representantes en los comités de seguridad y salud; y, a apartarse de cualquier peligro derivado de su actividad laboral cuando tengan motivos razonables para creer que existe un riesgo inminente y grave para su seguridad debiendo señalarlo de inmediato a su supervisor. Estos derechos, igualmente, no suponen ninguna atribución particular respecto de los ya reconocidos por la LPRL, sin embargo, valga afirmar que conseguir su efectividad en el sector agrícola no resulta nada fácil, principalmente por las singularidades del empleo, citadas con anterioridad. Es por ello que con la finalidad de subsanar estos impedimentos la negociación colectiva ha implementado ciertos mecanismos representativos que facilitan la efectiva participación de estos trabajadores en el ámbito preventivo. Por ejemplo, se han creado órganos específicos o comisiones a nivel sectorial provincial o autonómico especializadas en materia preventiva (Convenio colectivo del sector agropecuario de Cataluña 2018), delegados de prevención territoriales (Convenio colectivo del campo de Albacete 2017-2019) o la atribución de un crédito horario adicional a los delegados de prevención (Convenio colectivo agrícola, forestal y pecuario para la Región de Murcia 2016-2018)¹⁴.

En resumen, como podrá apreciarse de la comparación anterior, el contenido ofrecido por el Convenio OIT núm. 184 constituye una práctica trascipción de lo ya articulado por el Convenio OIT núm. 155 y la LPRL.

3.2. Medidas de prevención y protección en el sector agrícola

El segundo bloque de contenidos del Convenio comprende un elenco de medidas de prevención y protección a adoptar, con carácter general, en el sector agrario teniendo en cuenta el tamaño de la explotación y la naturaleza de la actividad. Estas disposiciones se recogen en los artículos 9 y ss., y se centran en los siguientes aspectos:

a) Seguridad de la maquinaria y ergonomía. Respecto de la que el Convenio impone el deber de establecer que la maquinaria, el equipo, incluido el de protección personal, los utensilios y las herramientas

¹⁴ Pueden verse más ejemplos en C. SALCEDO BELTRÁN, G. GARCÍA GONZÁLEZ, *La prevención de riesgos laborales en el campo, op. cit.*, p. 197.

utilizados en la agricultura cumplan con las normas nacionales de seguridad y salud, y se instalen, mantengan y protejan adecuadamente. Debiendo adoptarse las medidas necesarias para asegurar que los fabricantes, importadores y proveedores cumplan con esas normas y brinden información adecuada y apropiada, con inclusión de señales de advertencia de peligro, en los idiomas oficiales¹⁵, y la utilización de estos instrumentos de prestación, únicamente, para los trabajos para los que fueron concebidos y por personas capacitadas, y competentes¹⁶.

b) Manipulación y transporte de materiales. Para cuya protección y prevención se implantan específicos requisitos establecidos sobre la base de una evaluación de los riesgos, de normas técnicas y de un dictamen médico, teniendo en cuenta todas las condiciones pertinentes en que se realiza el trabajo. Igualmente se establece el deber de no permitirse a ningún trabajador que manipule o transporte manualmente una carga que, debido a su peso o a su naturaleza, pueda poner en peligro su seguridad o su salud.

c) Gestión racional de los productos químicos. En relación a los cuales se predica la misma regulación anterior debiendo adoptarse medidas, que prevean criterios específicos para la importación, clasificación, embalaje y etiquetado de los productos químicos utilizados en la agricultura, y para su prohibición o restricción, así como un sistema apropiado para la recolección, el reciclado y la eliminación en condiciones seguras de los desechos químicos, los productos químicos obsoletos y los recipientes vacíos de productos químicos, con el fin de evitar su utilización para otros fines y de eliminar o reducir al mínimo los riesgos para la seguridad, la salud y el medio ambiente¹⁷. De la misma forma se deberá asegurar la existencia de medidas de prevención y protección sobre la utilización de productos químicos y la manipulación de los desechos químicos en la explotación¹⁸.

¹⁵ En relación a esas medidas la Recomendación establece el deber de adoptar medidas que aseguren la selección o la adaptación apropiada de la tecnología, la maquinaria y el equipo, con inclusión del equipo de protección personal, teniendo en cuenta las condiciones locales de los países usuarios, y las repercusiones ergonómicas y el efecto de las condiciones climáticas (artículo 6).

¹⁶ Una descripción del peligro, evaluación del riesgo, eliminación del peligro y propuestas de sistemas y procedimientos de trabajo seguro puede consultarse en el *Repertorio de recomendaciones prácticas...*, op.cit., p. 74.

¹⁷ Las medidas previstas tendrán que abarcar entre otras cosas: un equipo y ropa de protección personal, formación continua, o eliminación de los productos químicos que ya no sean necesarios (artículo 7 Recomendación núm. 192).

¹⁸ Estas medidas deberán, entre otras cosas, cubrir: a) la preparación, manipulación, aplicación, almacenamiento y transporte de productos químicos; b) las actividades

d) Manejo de animales y protección contra los riesgos biológicos. Regulados en el artículo 14 del Convenio, que impone el deber de asegurar que riesgos como los de infección, alergias o intoxicación en el marco de la manipulación de agentes biológicos se eviten o reduzcan al mínimo y que en las actividades con ganado y otros animales, así como en las actividades en criaderos o establos, se cumplan las normas en materia de seguridad y salud¹⁹, e

e) Instalaciones agrícolas. Cuya construcción, mantenimiento y reparación deberá realizarse de conformidad con lo establecido en legislación nacional y los requisitos de seguridad y salud²⁰.

Estos aspectos a proteger han sido desarrollados de manera exhaustiva tanto por numerosas disposiciones legislativas, nacionales²¹ e internacionales²², como por vía convencional, concurriendo además en algunos casos con notas técnicas de prevención emitidas por el INSHT²³. Entre ellos, por ejemplo, resulta de indudable importancia la prevención en la maquinaria, pues esta actividad requiere necesariamente de su empleo, y su antigüedad, falta de homologación de muchas herramientas, y reciclaje o venta de maquinaria agrícola usada, dificulta muchísimo el efectivo cumplimiento de este deber. A lo que se añade la dispersión de la

agrícolas que impliquen la dispersión de productos químicos; c) el mantenimiento, reparación y limpieza del equipo, etc. (artículo 13 Convenio OIT núm. 184).

¹⁹ Entre las medidas deberán figurar las relativas al control y examen veterinario de los animales, manipulación de agentes biológicos, suministro de ropa protección y productos desinfectante, señales de alerta, etc. (artículo 8 Recomendación n. 192).

²⁰ La Recomendación en el artículo 9 refiere algunos ejemplos de las normas técnicas a incluir, entre ellas, barandas de seguridad, cercas, espacios confinados, etc. (artículo 9).

²¹ Por citar algunas disposiciones nacionales: RD 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de equipos de trabajo; RD 1644/2008, de 10 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para comercialización y puesta en servicio de las maquinarias; RD 1702/2011, de 18 de noviembre, de inspecciones periódicas de los equipos de aplicación de productos fitosanitarios, etc.

²² Por citar algunas, Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo; Directiva 90/269/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores; Directiva 91/676/CEE, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura.

²³ Entre otras, NTP 771: Agricultura: prevención de riesgos biológicos; NTP 652 y 653: Sensibilización laboral por exposición a ácaros (I y II); NTP 571: Exposición a agentes biológicos: equipos de protección individual; NTP 441: Tóxicos para la reproducción masculina; NTP 199: Reconocimientos médicos de trabajadores expuestos a plaguicidas, NTP 143: Pesticidas: clasificación y riesgos principales, etc.

normativa aplicable, la dificultad de control o la ausencia de incentivos públicos suficientes para su renovación, elementos que deben ser impulsados a fin de facilitar el cumplimiento de esta obligación preventiva²⁴.

4. Conclusiones finales

De lo expuesto con anterioridad puede concluirse, pese a la no ratificación del Convenio OIT núm. 184 por España, que su contenido se encuentra en gran medida incorporado en la prevención de riesgos en el sector agrícola español. No obstante son evidentes, como resalta el Convenio, las peculiares condiciones en las que se desarrolla el trabajo en el campo, lo que ha justificado, y sigue justificando, el establecimiento de un régimen jurídico preventivo singular, que tiene su resultado en la extensa y continua proliferación de disposiciones legales, convencionales y notas técnicas de prevención sobre la materia.

De otra parte, se considera necesaria la superación de tópicos como que el trabajo en el campo constituye un tipo de prestación de carácter eminentemente familiar, carente de riesgos, o que constituye un trabajo que puede ser desempeñado por cualquier trabajador sin experiencia o cualificación. Pues sólo admitiendo las particularidades de este tipo de prestación, y su correlativa necesidad de especial prevención, es como se podrá conseguir disminuir la siniestralidad laboral en la agricultura, alcanzando así, en definitiva, una mayor eficacia de las estrategias preventivas diseñadas.

5. Bibliografía

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ E., *La prevención de riesgos laborales en el sector agrario*, en AA.VV., *Reformas Socio-Laborales en el Sector Agrario: Seguimiento de su Impacto y Propuestas para la continuación del proceso*, Aranzadi, Navarra, 2013

MONEREO PÉREZ J.L., ROMERO CORONADO J., *El nuevo régimen de protección social del trabajo agrario. Ley 28/2011*, en AA.VV., *Reformas Socio-Laborales en el Sector Agrario: Seguimiento de su Impacto y Propuestas para la continuación del proceso*, Aranzadi, Navarra, 2013

²⁴ Documento relativo al estudio de la situación de la prevención de riesgos laborales..., *op.cit.*, p. 15.

1452

SALCEDO BELTRÁN C., GARCÍA GONZÁLEZ G., *La prevención de riesgos laborales en el campo*, en AA.VV., *Protección social de los trabajadores en el campo en el estado social autonómico: Aspectos laborales y de seguridad social*, Laborum, Murcia, 2019

TRILLO GARCÍA A.R., *Los Convenios de la OIT sobre el trabajo en el campo y su protección social*, en AA.VV., *Protección social de los trabajadores en el campo en el estado social autonómico: Aspectos laborales y de seguridad social*, Laborum. Murcia, 2019, pp. 15 y ss.

Web sites

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C184

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R192

https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_159460/lang--es/index.htm

https://www.insst.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Comision/GruposTrabajo/sect_agro05.pdf

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre el trabajo marítimo 2006 (MLC, 2006)

Silvio BOLOGNA*

RESUMEN: El ensayo analiza el Convenio sobre trabajo marítimo de 2006, y pone de manifiesto su originalidad dentro del marco de las fuentes de la OIT: en primer lugar, el Convenio sistematiza el entonces fragmentado panorama de convenios y recomendaciones sobre derechos de los trabajadores marítimos. Además, la intervención normativa de 2006 se caracteriza por su efectividad, sobre todo en lo que se refiere al derecho a la repatriación y a los controles por parte del Estado del Puerto y del Estado del Pabellón, no limitados a los buques que enarbolen bandera de un Estado ratificador. De todas formas, algunas criticidades siguen persistiendo, como la falta de reconocimiento del derecho de huelga y la genericidad del derecho al *shore leave*.

Palabras clave: OIT, trabajo marítimo, *level playing field*, trato no menos favorable, inspecciones, Estado del Pabellón, Estado del Puerto.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Perfiles históricos. 3. Estructura y alcance. 4. Implementación doméstica del Convenio y papel de las partes sociales. 5. Las previsiones sustantivas: 5.1. Campo de aplicación subjetivo y objetivo. 5.2. Contratación, colocación y contrato de trabajo. 5.3. Salario, tiempo de trabajo y derecho al descanso. 5.4. Repatriación. 6. Los procedimientos de control: las obligaciones del Estado del Puerto y del Estado de Pabellón. 6.1. Las responsabilidades del Estado del Pabellón. 6.2. Las responsabilidades del Estado del Puerto. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

* Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo, Universidad de Palermo (silvio.bologna@unipa.it).

Maritime Labour Convention 2006 (MLC, 2006)

ABSTRACT: The essay analyses 2006 Convention on maritime work, and it highlights its original characteristics within ILO sources: firstly, the Convention systemises the fragmented scenario of conventions and recommendations on maritime workers' rights. Secondly, it is characterised by a strong effectiveness, especially having regard to repatriation and to Flag State and Port State controls, not limited to ships flying a flag of a ratifying State. In any case, some weaknesses persist, such as the lack of recognition of the right to strike and a very generic regulation of shore leave.

Key Words: ILO, maritime work, level playing field, no less favourable treatment, inspections, Flag State, Port State.

1. Introducción

La Convención OIT sobre trabajo marítimo ha sido adoptada en el marco de la 94^a Conferencia Internacional del Trabajo y ha entrado en vigor el 20 de agosto 2013, y representa una fundamental herramienta internacional para responder a los desafíos del comercio marítimo: en primer lugar, establece condiciones decentes y mínimas de trabajo frente a una competición desenfrenada debida principalmente a las “banderas de conveniencia”; en segundo lugar, crea un *level playing field* entre las empresas del sector del comercio marítimo, para evitar que la única vía para competir sea la disminución de los derechos por parte de los actores económicos del sistema (armadores y sociedades de suministro de mano de obra).

2. Perfiles históricos

Desde una perspectiva histórica, la Convención lleva a cabo un proceso progresivo de protección universal de los trabajadores marítimos empezado en la época colonial, sobre todo en el contexto del imperio británico: en 1876 el diputado liberal de la *House of Commons* Samuel Plimsoll propuso una modificación del *Merchant Shipping Act*, que establecía que los marítimos que hubiesen suscrito un contrato eran obligados a navegar también si el barco no fuera seguro para la navegación, o si fuera sobrecargado. Tras un largo debate, en 1894 el parlamento inglés modificó la ley introduciendo un modelo regulatorio que aún representa las bases de las futuras convenciones internacionales del trabajo¹: de hecho, la nueva ley preveía que los trabajadores marítimos tuviesen que firmar un acuerdo escrito con el armador, conteniente la naturaleza y la duración del viaje, las horas de trabajo, las tareas y el salario. Por fin, según la ley era obligatoria la presencia de un médico a bordo si el equipaje fuese superior a las cien unidades.

De todas formas, las intervenciones antedichas se desarrollaron en el marco del imperio británico: es sólo en 1899 que, durante la Conferencia Marítima Internacional de Washington, se adoptó la primera convención para prevenir las colisiones en la mar. El evento “detonador” de un sistema de protección transnacional fue el naufragio del *Titanic* durante su

¹ F. PINIELLA, J.M. SILOS, F. BERNAL, *Who Will Give Effect to the ILO's Maritime Labour Convention, 2006*, en *International Labour Review*, 2013, vol. 152, n. 1, p. 60; L. CAREY, *The Maritime Labour Convention: the Seafarer and the Fisher*, en *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, 2013, vol. 31, n. 1, p. 15.

viaje inaugural en 1912: en 1914 en Londres se celebró la primera cumbre sobre seguridad marítima (*International Conference on Maritime Safety*), culminada en la adopción de la Convención sobre la seguridad de la vida en la mar, que nunca entró en vigor por el estallido del primer conflicto mundial.

Con la institución de la OIT, en 1919, se asistió a un renovado interés para los derechos laborales marítimos: la Comisión sobre Legislación Laboral Internacional, encargada de elaborar el texto provisional de la parte XIII del Tratado de Versalles, tenía que predisponer un listado de “cláusulas laborales” para facilitar el trabajo de la futura organización internacional. En este contexto la delegación estadounidense de la Unión Internacional de Marinos propuso la adopción de una cláusula, según la cual el marinero de un barco comercial habría tenido el derecho de dejar la embarcación si la misma se encontrara en un puerto seguro². Lamentablemente la propuesta fue rechazada por la oposición del Reino Unido, entonces la mayor potencia comercial mundial, y fue remplazada por una solución compromisoria³, que preveía genéricamente que «La Comisión considera que los asuntos específicos relativos a las ventajas mínimas para los marítimos tienen que ser abarcados dentro de una cumbre específica destinada únicamente a los asuntos de los marítimos»⁴.

En 1920 el Consejo de Administración de la OIT decidió que la segunda cumbre internacional de la OIT fuera dedicada específicamente a los trabajadores marítimos: su agenda incluía la aplicación a los marítimos de la Convención de Washington que limitaba a 48 las horas de trabajo por semana, de la convención que vedaba la contratación de los menores de catorce años, y consideraba además la posibilidad de redactar un código internacional de los marítimos.

Hasta 2006 la OIT había adoptado algo como 65 convenios en materia (y un número equivalente de recomendaciones), que daban lugar a un panorama muy fragmentado y poco adecuado a proteger los derechos fundamentales de los trabajadores frente al nuevo comercio global⁵: de hecho, desde finales de los setenta el comercio marítimo se caracteriza cada vez más por equipajes multiculturales, por un recurso masivo a banderas de conveniencia⁶, por la contratación de los marinos por parte

² ILO, *Official Bulletin*, vol. 1, Apr. 1919-Aug. 1920, p. 223.

³ P. BOLLÉ, *The ILO's New Convention on Maritime Labour: An Innovation Instrument*, en *International Labour Review*, 2006, vol. 145, n. 1-2, p. 136.

⁴ ILO, *op. cit.*, p. 218.

⁵ P. CHAUMETTE, *El Convenio sobre el trabajo marítimo, cuarto pilar del Derecho internacional marítimo*, en *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, 2009, vol. 82, p. 67.

⁶ Por bandera de conveniencia se entiende aquel buque que enarbola el pabellón de un

de agencias que tienen su sede legal en un Estado diferente del pabellón del barco, y por la tendencia en externalizar los servicios de inspección y certificación. En este contexto de rápidos cambios muchos de los convenios vigentes fueron adoptados en la primera mitad del siglo XX, y no se ajustaban a la situación actual de la industria mercante.

Todos estos desafíos no podían ser solucionados rápidamente, dado que cada convención faltaba de mecanismos para rápidas modificaciones⁷: también enmiendas técnicas marginales daban lugar a procedimientos muy largos de revisión, ya que tenían que ser tratados durante la Sesión Marítima de la Conferencia Internacional del Trabajo; y entraban en vigor tras varios años debido al número mínimo de ratificaciones previsto por cada “herramienta”.

Por lo tanto, en 2001 la Oficina de la Organización Internacional del Trabajo empezó un proceso de reforma de la regulación del trabajo marítimo: sobre todo gracias al apoyo de Francia y Noruega se adoptó una resolución el 26 de enero de 2001 en el marco de la Comisión Paritaria Marítima, conocida como «Acuerdo de Ginebra»⁸, donde se afirmaba expresamente que «la elaboración de un instrumento que reúna, en la medida de lo posible, los instrumentos existentes de la OIT en un texto unificado deberá constituir una prioridad para el sector marítimo, de modo que las normas respondan mejor a las necesidades de todos los actores de este sector». Las recomendaciones contenidas en el Acuerdo fueron empujadas y evaluadas positivamente sobre todo por los armadores, que esperaban que un semejante proceso habría determinado costes uniformes del trabajo⁹.

Por consecuencia, en marzo de 2001 el Consejo de Administración de la OIT instituyó el Grupo de Trabajo Tripartito de Alto nivel sobre normas en materia de trabajo marítimo, cuyos trabajos acabaron con la adopción del Convenio sobre el Trabajo Marítimo el 23 de febrero de 2006, a

país diferente al de su propietario bajo el pago de una tarifa. Como ha sido puesto de manifiesto por la International Transport Workers' Federation, el uso de las banderas de conveniencia es finalizado al pago de salarios muy bajos y a turnos de trabajos sin descansos adecuados que llevan a condiciones de extremo estrés y cansancio en la tripulación. Entre los países “banderas de conveniencia” hay que mencionar – entre otras cosas – Lebanon, Liberia y Belice: véase International Transport Workers' Federation, *Flags of Convenience*.

⁷ P. BOLLÉ, *op. cit.*, p. 139.

⁸ Véase la Resolución sobre el examen de los instrumentos marítimos pertinentes de la OIT, Anexo 3 del Informe del Grupo de Trabajo Tripartito de alto nivel sobre normas marítimas internacionales, Ginebra 2001, documento TWGMLS/2001/1, p. 50 ss.

⁹ A.X.M. NTSOVAS, *The Maritime Labour Convention*, en *International Legal Materials*, 2014, vol. 53, n. 5, p. 933; L. CAREY, *op. cit.*, p. 18.

finales de la 94^a sesión marítima de la Conferencia Internacional del Trabajo¹⁰: es importante destacar el largo consenso político sobre el nuevo convenio, ya que fue aprobado con 314 votos a favor, sólo 4 abstenciones y sin votos contrarios, llevando a cabo un impresionante proceso de negociación en el que fueron involucrados algo como 900 delegados de los trabajadores, armadores globales y 100 gobiernos¹¹.

En virtud del consenso general logrado, la doctrina a la unanimidad considera el Convenio en comento como el 4º pilar de regulación del transporte marítimo¹², junto a la normativa adoptada por la Organización Marítima Internacional, agencia especializada de Naciones Unidas creada en 1948 y responsable de la seguridad del transporte marítimo, de la eficiencia de la navegación y de la protección del medio-ambiente marítimo: SOLAS, Convenio internacional para la Seguridad de la Vida Humana en la Mar de 1974; STCW, Convenio Internacional de Formación, Titulación y Guardias para la gente de mar de 1978; y por fin MARPOL, Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques de 1973.

El Convenio ha entrado en vigor el 20 de agosto de 2013, cumpliendo con el requisito mínimo de 30 ratificaciones por parte de Estados miembros de la OIT representantes al menos 33% del arqueo bruto de la flota mercante mundial, según lo establecido por el mismo Convenio.

3. Estructura y alcance

El Convenio se caracteriza por su estructura «revolucionaria»¹³, muy diferente sea de las convenciones internacionales en general, sea de las “herramientas” específicas de la OIT. Más en detalle, por cada título el documento se organiza en tres partes interconectadas, es decir: a) artículos

¹⁰ Todos los documentos sobre el proceso de consolidación pueden ser consultados al siguiente enlace:

www.ilo.org/public/english/dialogue/sectors/sectors/miriti/consol.htm.

¹¹ P. CHAUMETTE, *op. cit.*, p. 72.

¹² P. BOLLÉ, *op. cit.*, p. 141; F. PINIELLA, J.M. SILOS, F. BERNAL, *op. cit.*, p. 76; A. CHARBONNEAU, P. CHAUMETTE, *The ILO Maritime Labour Convention 2006: An Example of Innovative Normative Consolidation in a Globalized Sector*, en *European Labour Law Journal*, 2010, vol. 1, n. 3, p. 334; S. RUANO ALBERTOS, S. VICENTE PALACIO, *Adapting European Legislation to the Maritime Labour Convention 2006 Regulations in Relation to the State Responsibilities of Both the Flag State and the Control of Ships by Port State Control*, *Beijing Law Review*, 2013, vol. 4, n. 4, p. 141.

¹³ M.I. RIBES MORENO, *La labor de la Organización Internacional del Trabajo respecto a la marina mercante*, en *Revista general de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 2018, n. 51, p. 140.

que establecen principios y obligaciones generales; b), regulaciones contenientes derechos y obligaciones de los trabajadores marinos y obligaciones de los Estados miembros; c) y el Código, donde se encuentran las reglas analíticas¹⁴. El modelo regulatorio es un híbrido de *hard law* y *soft law*, que se complementan recíprocamente: de hecho, cada asunto empieza por la regulación aplicable, detallada por las cláusulas del código, divididas a su vez en estándares obligatorios (Parte A) y líneas-guías opcionales (Parte B).

En particular, el Estado que haya ratificado el Convenio se obliga a respetar el contenido de las regulaciones de manera correspondiente a la parte A del código; además, en el proceso de implementación de las anteriores tendrá que tomar en cuenta las cláusulas no obligatorias de la parte B que proporcionan detalles técnicos¹⁵.

En otras palabras, la búsqueda del trabajo decente se persigue con un *mix* razonable de codificación napoleónica y costumbres de derivación británica, en el esfuerzo de reunir bajo un mínimo denominador común culturas regulatorias distintas. La tensión hacia la flexibilidad razonable logra su grado más alto con el principio de «equivalencia sustancial»¹⁶: un Estado miembro, si no está en las condiciones de implementar los derechos y principios resultantes de la Parte A del código puede – si el Convenio no lo prohíbe expresamente – implementar la misma parte A a través de medidas equivalentes¹⁷. En otras palabras, a los Estados se otorga mucha más discrecionalidad que antes para transponer principios y obligaciones en legislación y praxis nacionales¹⁸. De todas formas, en el proceso de implementación doméstica los Estados miembros tienen que respetar los derechos mencionados en la Declaración OIT sobre Principios Fundamentales y Derechos en el Trabajo¹⁹.

Las diferencias entre artículos y regulaciones de un lado, y código del otro se reflejan también en el procedimiento de enmienda: los primeros dos pueden ser modificados sólo por una Conferencia General, con arreglo al Art. 19 de la Constitución de la OIT, de manera muy similar a la revisión de los convenios; mientras que el código puede ser cambiado utilizando el

¹⁴ J.M. SERVAIS, *International Labour Law*, Wolters Kluwer, the Hague, 2017, p. 251.

¹⁵ Art. VI.

¹⁶ I. CHRISTODOULOU-VAROTSI, *Critical Review of the Consolidated Maritime Labour Convention (2006) of the International Labour Organization: Limitations and Perspectives*, en *Journal of Maritime Law and Commerce*, 2012, vol. 43, n. 4, pp. 474-475; A.X.M. NTSOVAS, *The Maritime Labour Convention, op. cit.*, p. 934.

¹⁷ Art. VI.

¹⁸ P. BOLLÉ, *op. cit.*, p. 140.

¹⁹ Art. III.

procedimiento simplificado descrito por el Art. XV del Convenio.

La aplicación del Convenio es monitorizada continuamente por un Comité Tripartito Especial, instituido por el Consejo de Administración de la OIT con competencias sobre estándares marítimos internacionales, y compuesto por delegados de los Estados que hayan ratificado el Convenio y representantes de los armadores y de la gente de mar²⁰.

A nivel sistemático el Convenio se ordena en cinco títulos: requisitos mínimos para el trabajo marino (I); condiciones de empleo (II); alojamiento, instalaciones de esparcimiento, alimentación y servicio de fonda (III); protección de salud, atención médica, bienestar y protección en materia de seguridad social (IV); cumplimientos y aplicación de las disposiciones (V).

4. Implementación domestica del Convenio y papel de las partes sociales

La Convención apuesta por un método participativo en lo que se refiere a su transposición a nivel nacional: por ejemplo, en materia de salud y seguridad y accidentes (Regulación 4.3), se considera que Cada Estado miembro tendrá que desarrollar y promover líneas-guías nacionales tras consultaciones con las organizaciones representativas de los armadores y de los marinos. Además, la legislación tendrá que ser revisada periódicamente en consulta con las antedichas organizaciones²¹.

La búsqueda del consenso social es constante, también si en el ordenamiento interno faltan los cuerpos intermedios: en este caso, cada derogación, excepción u otras medidas flexibles del convenio donde se requiere un previo envolvimiento de las partes sociales, pueden ser decididas únicamente si el Estado miembro consulte con el especial comité tripartito establecido por el Consejo de Administración de la OIT²².

5. Las previsiones sustantivas

Como dicho antes, el Convenio no se ha limitado a actualizar la normativa internacional sobre trabajadores marítimos: de hecho, ha refundido en un

²⁰ Art. XII del Convenio.

²¹ Estándar A4.3.3.

²² Art. XIII del Convenio.

único texto en torno a cien entre convenios y recomendaciones adoptados por la OIT entre 1920 y 1996, suprimiendo contradicciones y disposiciones obsoletas²³. Del rayo de acción del Convenio sólo quedan excluidos el Convenio sobre documentos de identidad de la gente de mar (C185) y el Convenio sobre las Pensiones de la gente de mar (C71). Por razones de economía expositiva, se ha decidido centrarse solo en algunas de sus áreas temáticas: campo de aplicación, derechos básicos de los trabajadores marinos y procedimientos de cumplimientos y aplicación de las disposiciones.

5.1. Campo de aplicación subjetivo y objetivo

En primer lugar, el Convenio se distingue por el campo de aplicación unificado²⁴: en este sentido, hay que poner en evidencia la noción amplia e inclusiva de trabajador marino, ya que el texto se limita a establecer que sus reglas se aplican «a toda la gente de mar»²⁵, salvo que se disponga expresamente otra cosa, sin hacer referencia a tareas o funciones específicas; entonces, las condiciones fijadas por el Convenio se aplicarán también al capitán del barco, a los cocineros y al médico de bordo, a los trabajadores autónomos e interinos, es decir a todos los miembros del equipaje²⁶. La opción universalista es sin dudas innovadora, dado que las convenciones antecedentes se diferenciaban una de otra por el rayo definitorio de trabajador marítimo²⁷.

Siempre razonando *ratione personae*, el Convenio especifica a nivel sectorial la acción de la OIT por la abolición del trabajo infantil: los menores de 16 años no pueden ser contratados o trabajar a bordo de buques²⁸; además,

²³ El art. X del Convenio menciona expresamente todos los convenios anteriores que han sido revisados. Los estados que no ratificasen el MLC, 2006, seguirían obligados por los convenios existentes que hubiesen ratificado, aunque estos últimos quedarán cerrados a nuevas suscripciones. En doctrina véase M. GRIGOLI, *La convenzione sul lavoro marittimo*, Bari, Cacucci, 2007, p. 19; J.A. MANTEROLA, *Convenio marítimo 2006. Mucho más que un convenio para los trabajadores de la mar*, en *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, 2009, vol. 82, p. 40.

²⁴ M.I. RIBES MORENO, *La labor de la Organización Internacional del Trabajo*, *op. cit.*, p. 142.

²⁵ Art. II.2.1.f.

²⁶ Como ha sido observado por la doctrina, en el marco de los trabajos preparatorios hubo presiones para excluir del campo de aplicación *ratione personae* los capitanes, debido al amplio margen de flexibilidad en el horario: véase J.A. GARCÍA NINET, 82, 245, *sub nota* 1.

²⁷ A. CHARBONNEAU, P. CHAUMETTE, *op. cit.*, p. 340.

²⁸ Regla 1.1.

en un surplus de protección queda prohibido el trabajo nocturno para los menores de 18 años: esta última regla es bastante elástica, ya que puede ser derogada si menoscaba en concreto la formación profesional y siempre que la autoridad competente decida que no se comprometa ni la salud ni la seguridad del trabajador²⁹.

Si se toma en cuenta la tipología de embarcaciones, el Convenio se aplicará a todos los buques que se dediquen establemente a actividades comerciales, sea públicos sea privados: quedan por lo tanto excluidos de su rayo de acción los buques de guerra y las unidades navales auxiliares, igual que los buques pesqueros³⁰ y los de construcción tradicional (i.e., *dhow*, juncos).

De todas formas, las autoridades competentes – previa consulta con las organizaciones de armadores y de gente de mar interesadas – intervendrán en caso de incertidumbre sobre la aplicación o menos del Convenio a una embarcación o a una categoría peculiar de buques³¹.

5.2. Contratación, colocación y contrato de trabajo

La regla 1.4 se propone ofrecer a los trabajadores marítimos un eficiente y bien regulado sistema de contratación: en primer lugar, el encuentro entre demanda y oferta de empleo no está supeditado a ningún costo. Además, en lo que se refiere a los servicios de contratación y colocación, la autoridad nacional competente tiene que supervisar y controlar de manera estrecha todos los operadores que actúen en su territorio, y velar por que existan mecanismos y procedimientos para investigar, si hay, las quejas necesarias sobre las actividades de los servicios antedichos.

En lo que atañe al contrato de trabajo, el Convenio quiere asegurar el cumplimiento de los deberes de buena fe y honradez, que presiden cada obligación: se prescribe la forma escrita *ad substantiam* de los acuerdos de empleo de la gente de mar, de tal manera que resulte que el vínculo obligacional haya sido aceptado libremente por el trabajador. En la óptica de la máxima circularidad y transparencia sobre condiciones contractuales, el acuerdo de empleo deberá ser firmado por el marino y por el armador; el libre consentimiento del marino, en calidad de contrayente débil y socialmente sub protegido, es tutelado a través de la posibilidad de

²⁹ Norma A1.1.

³⁰ Los derechos de los trabajadores pesqueros son regulados por el [Convenio C-188 sobre el trabajo en la pesca, 2007 \(núm. 188\)](#), que ha entrado en vigor el 17 de noviembre 2017.

³¹ Art. II.5.

examinar el acuerdo y pedir asesoramiento.

En lo que se refiere al contenido, si el contrato de empleo hace referencia a un convenio colectivo, un ejemplar de dicho convenio tendrá que encontrarse a bordo. Además, el acuerdo individual tiene que mencionar obligatoriamente -*inter alia*- las funciones desempeñadas por el interesado, el importe de los salarios o bien la fórmula empleada para determinarlos, y las condiciones para terminar la relación contractual: en este caso, el Estado miembro tendrá que establecer un plazo mínimo de preaviso, no inferior a siete días, para poner fin anticipadamente a un acuerdo de empleo³².

5.3. Salario, tiempo de trabajo y derecho al descanso

El Convenio fija el principio de periodicidad de la retribución, que debe ser erogada a intervalos no superiores a un mes, de conformidad con los convenios colectivos aplicables³³. Además, el trabajador tiene derecho a que se le entregue un estado de cuenta mensual que detalle analíticamente todas las componentes salariales (salario base, pagos supplementarios, etc.), y a que el armador le proporcione medios de transferencia de la remuneración a sus familiares y personas a cargo³⁴.

Con relación a los perfiles temporales de la prestación, el horario de trabajo es definido genéricamente como el tiempo durante el cual la gente de mar está obligada a efectuar un trabajo para el buque, mientras que las horas de descanso *a contrario* como el tiempo no comprendido en las horas de trabajo, con excepción de las pausas breves³⁵.

La flexibilidad sobre duración máxima del tiempo de trabajo es considerable: a pesar de proclamaciones enfáticas, como la necesidad de que los Estados miembros consideren la fatiga relacionada con la seguridad de la navegación, el número máximo de horas de trabajo es fijado en 72 por semana y en 14 por día, con un número mínimo de horas de descanso par a 10 horas por cada período de 24 horas, y a 77 horas por cada período de siete días. De todas formas, estos límites muy laxos no se aplican en caso de situaciones de emergencia, como la seguridad del buque, de personas a bordo o de la carga, o para socorrer a otros buques o personas que corran peligro en el mar: en todos estos supuestos, el capitán tiene derecho de suspender los horarios normales de trabajo o de

³² Norma A2.2.

³³ Regla 2.2.

³⁴ Norma A2.2.

³⁵ Norma A2.3, a) y b).

descanso. La potestad derogatoria en las manos del comandante parece razonable y coherente con un cuadro normativo, que tiene que asegurar la salud y la seguridad de quien esté a bordo o se encuentre en otros buques en situaciones de riesgo, contemperando los derechos fundamentales de los trabajadores con la obligación universal de prestar socorro en la mar. En lo que se refiere a la esfera del descanso, la gente de mar tiene derecho a vacaciones anuales pagadas de un mínimo de 2,5 días civiles por mes de empleo, de los que quedan excluidas las ausencias del trabajo justificadas (i.e., enfermedad). Además, considerado que los marineros pasan incluso meses lejos de sus hogares, deberán concederse permisos para bajar a tierra (el así llamado *shore leave*), compatiblemente con las exigencias operativas³⁶.

Por fin, el derecho de repatriación es reconocido y tutelado por la Regla 2.5: la fundamentación de este derecho estriba en la extrema vulnerabilidad del trabajador marino, que muchas veces se encuentra miles y miles de kilómetros lejos de su lugar de residencia, con el riesgo de ser abandonado por el armador sin tener suficientes recursos económicos. Hoy en día, el derecho a ser repatriado no determina ningún coste por el trabajador, y es automático al verificarse alternativamente las siguientes condiciones: cuando el acuerdo de empleo expire mientras éste se encuentre en el extranjero (i.e., contrato a tiempo definido); si el acuerdo es terminado por el armador o bien por causas justificadas³⁷ por la gente de mar; por fin, cuando la gente de mar no pueda seguir desempeñando sus funciones en el marco del acuerdo de empleo que haya suscrito o no pueda esperarse que las cumpla en circunstancias específicas³⁸.

Desde 2017, para que la repatriación sea efectiva y no implique costes a cargo del trabajador, cada Estado miembro tendrá que desarrollar medidas que aseguren – para los buques que enarbolen su pabellón – un sistema de adecuada garantía financiera (i.e., seguro, prestación de seguridad social, fondo...), comprobado a bordo por un certificado u otra prueba documental redactados o traducidos al inglés. De todas formas, si el armador no se hace cargo de la repatriación o no tiene recursos suficientes, la tutela será otorgada en primera instancia por el Estado del Pabellón; en caso de no hacerlo, por el Estado de nacionalidad del trabajador marino³⁹.

A nivel teleológico, las cláusulas sobre repatriación son la manifestación

³⁶ Regla 2.4.

³⁷ El requisito de la justa causa no estaba contemplado por el precedente convenio en materia.

³⁸ Norma A2.5.1.

³⁹ Norma A2.5.1

más alta de la obligación de cada Estado miembro de asegurar el respeto de los *core labour standard* en la parte en que prevén la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio⁴⁰: de hecho, yendo más allá de una visión superficial, la esclavitud puede consistir, por ejemplo, en el rechazo de repatriar el empleado por parte del armador si no termina sus tareas, o bien en exigir cualquier anticipo para sufragar la operación, o en deducir dicho costo de la retribución.

5.4. Seguridad social

En materia de seguridad social, los trabajadores marinos tienen derecho a un nivel de protección no menos favorable que lo que gozan los trabajadores en tierra⁴¹: el principio paritario cubre la atención médica y las prestaciones de enfermedad, de desempleo, de vejez, por lesiones profesionales, familiares, de maternidad, de invalidez y de supervivencia⁴². El Convenio se fundamenta en una lógica promocional y gradualista, dado que en el momento de la ratificación el nivel de protección asegurado por cada Estado miembro tendrá que cubrir por lo menos tres de las ramas antedichas.

6. Los procedimientos de control: las obligaciones del Estado del Puerto y del Estado del Pabellón

Las novedades del Convenio no estriban sólo en la obra de recopilación y sistematización del conjunto de fuentes internacionales sobre trabajo marítimo: la otra grande innovación es representada por la certificación, ya conocida por el derecho de la navegación, y hoy en día utilizada en el marco de las verificaciones de las condiciones de trabajo y vida a bordo de los buques⁴³. En resumidas cuentas, el legislador internacional individua en el proceso de certificación la herramienta principal para asegurar el

⁴⁰ Art. 3.b). En doctrina véase A. OLUKAYODE OLALEKAN, *Maritime Labour Convention 2006: Implications for Seafarers after a Decade*, en *Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence*, 2017, vol. 8, n. 2, p. 128.

⁴¹ Regla 4.5.

⁴² Norma A4.5.

⁴³ A. LEFRANÇOIS, *La certificazione del lavoro marittimo: nuove sfide per gli Stati di bandiera e gli Stati di scalo*, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2008, n. 11, p. 1097; A.X.M. NTSOVAS, *The enforcement procedures of the Maritime Labour Convention 2006*, en J. LAVELLE (ed.), *The Maritime Labour Convention. International Labour Law Redefined*, Informa Law, 2014, p. 158.

respeto de las cláusulas del Convenio por parte de los Estados ratificadores y evitar procesos de *dumping social*: el sistema de controles y *compliance* del título V es fundamentado en dos documentos, es decir el Certificado de Trabajo Marítimo y la Declaración de Conformidad, que reflejan las obligaciones del Estado del Pabellón y son el punto de partida de la acción inspectora del Estado del Puerto⁴⁴.

A través de la dialéctica entre certificado y declaración, y la consiguiente responsabilización del Estado del Puerto, el Convenio intenta ir más allá del principio de soberanía nacional, problema “clásico” de los tratados plurilaterales, para establecer efectivos mecanismos universales de control. En este sentido hay que decir que, en algunas áreas del globo existen ya mecanismos avanzados de control de cumplimientos de los requisitos internacionales, como a nivel europeo con el Memorándum de Entendimiento de París de 1982⁴⁵. Lamentablemente, no se trata de una praxis universal⁴⁶, dando lugar a una geometría variable de la efectividad del Convenio.

6.1. Las responsabilidades del Estado del Pabellón

La regla 5.1 establece que cada Estado miembro implemente las obligaciones previstas por el Convenio en lo que se refiere a los buques que batán su bandera⁴⁷: más en concreto, el Estado debe poner en marcha un sistema de inspección y certificación de las condiciones de trabajo marítimo, que culminan en la entrega del Certificado de Trabajo Marítimo (CTM)⁴⁸.

Hay que observar que se pueden utilizar también organizaciones debidamente reconocidas para llevar a cabo las inspecciones y expedir el certificado⁴⁹: el Estado del Pabellón puede designar como autoridad competente no sólo el servicio estatal, sino también una organización privada bajo la doble *conditio sine qua non* de satisfacer requisitos de

⁴⁴ El mecanismo prefigurado por el Convenio no es totalmente nuevo, ya que se inspira en precedentes convenios, como el 147/1976 y el 178/1996.

⁴⁵ Tras el desastre marítimo del «Amoco Cádiz» el 29 de febrero 1982 las autoridades de varios Estados europeos adoptaron el Memorándum de Entendimiento sobre el control de los buques por el Estado del puerto, para prevenir accidentes causados por buques con bajos niveles de seguridad, a través de la inspección de buques extranjeros que se encuentran en los puertos de los países que lo suscriben.

⁴⁶ A. LEFRANÇOIS, *op. cit.*, p. 1099.

⁴⁷ Regla 5.1.

⁴⁸ Regla 5.1.1 par. 2.

⁴⁹ Regla 5.1.2.

competencia e independencia y de tener un número suficiente de inspectores cualificados. No cabe duda de que -frente a la genericidad de los requisitos antedichos- hay el riesgo de que los Estados puedan elegir en el mercado de las sociedades de certificación entidades poco serias y exigentes, frustrando la lucha contra el *dumping* social con una verdadera heterogénesis de los fines⁵⁰. Al respecto, la normativa del Convenio es muy vaga, y no se pronuncia sobre eventuales conflictos de intereses entre los armadores y las sociedades de certificación, que pueden actuar sea como asesores privados sea como organizaciones reconocidas por el Estado del Pabellón.

La entrega del CTM no es siempre obligatoria, ya que se aplica únicamente a los buques de arqueo bruto igual o superior a 500 que efectúen viajes internacionales, y de arqueo bruto igual o superior a 500 que enarbolen el pabellón de un Miembro y operen desde un puerto, o entre puertos, de otro país⁵¹.

A nivel de contenido, el CTM debe mencionar que las condiciones de trabajo y vida de la tripulación han sido inspeccionadas y que son conformes a los requisitos de las medidas nacionales que implementan el Convenio. Además, el CTM tiene que ser complementado con una Declaración de Conformidad Laboral Marítima (DCLM), indicante las disposiciones nacionales que dan cumplimiento al Convenio; y las medidas adoptadas en concreto por el armador para garantizar la efectividad de dichas disposiciones a bordo del buque⁵². Ambos documentos, con su traducción al inglés, deben exponerse a bordo en un lugar visible y accesible y ser a disposición de la tripulación.

El CTM es concedido por un período que no puede exceder los cinco años: dado que tiene una duración bastante larga, su validez es supedita a la efectuación por lo menos de una inspección intermedia que garantice el cumplimiento de la normativa nacional actuadora del Convenio⁵³. Por fecha de vencimiento anual se entiende el día y el mes que correspondan, cada año, a la fecha de expiración del CTM: cuando la inspección para la renovación haya concluido dentro de los tres meses que preceden a la fecha de expiración del certificado en vigor, el nuevo CTM será válido a partir de la fecha de finalización de la inspección por un período no

⁵⁰ A. LEFRANÇOIS, *op. cit.*, p. 1099-1100.

⁵¹ Si bien podrá expedirse de manera voluntaria la certificación a otros buques.

⁵² Regla 5.1.3.4.

⁵³ Norma A5.1.3.2: si se pone en marcha una sola inspección intermedia y el período de validez del certificado de trabajo marítimo es de cinco años, dicha inspección deberá efectuarse entre la segunda y tercera fechas de vencimiento anuales del certificado de trabajo marítimo.

superior a cinco años, a partir de la fecha de expiración del CTM en vigor. El Convenio contempla la posibilidad de otorgar también un certificado provisional⁵⁴ para una duración no superior a seis meses en hipótesis limitadas, para no frustrar la *ratio protectora* del mismo CTM: los certificados *ad interim* serán expedidos a los buques nuevos en el momento de su entrega, cuando un buque cambia de pabellón o cuando un armador se hace cargo de la explotación de un buque que es nuevo para dicho armador.

Las inspecciones a bordo pueden ser dispuestas no sólo *ex officio* por la autoridad competente, sino también en consecuencia de una queja oficial presentada por la tripulación o parte de esta: el respeto de los estándares internacionales, antes materia simplemente técnica, se convierte en un asunto donde las partes sociales y los trabajadores desempeñan un papel central en cuanto contrapoder. De hecho, todo Estado miembro tiene que exigir que los buques que enarbolen su pabellón cuenten con herramientas eficaces para tramitar las quejas de la tripulación⁵⁵; además, en la óptica de la máxima efectividad se prohíbe expresamente cualquier forma de discriminación o acción hostil («hostigamiento») contra de los marinos por haber presentado una queja que no sea manifiestamente abusiva o malintencionada. Por fin, a todos los marinos deberá proporcionarse una copia de los procedimientos de tramitación de quejas aplicables a bordo del buque⁵⁶.

Las quejas a bordo no son una cuestión simplemente doméstica, sino representan el *trait d'unión* entre las acciones llevadas a cabo por el Estado de Pabellón y las desarrolladas por el Estado del Puerto: de hecho, la gente de mar podrá tramitar sus quejas antes las autoridades habilitadas en el Estado del Puerto.

6.2. Las responsabilidades del Estado del Puerto

Según lo previsto por el párrafo 4 del art. V, cada Estado miembro es autorizado a comprobar el respeto de la Convención a bordo de las naves que enarbolen un pabellón de otro Estado miembro: la presencia a bordo de CTM y DCLM, expedidos por el Estado del Pabellón, justifican modalidades de control limitadas a la mera verificación de su material existencia; en este sentido la Norma 5.2.1 par. 2 establece que cada Estado

⁵⁴ Norma A5.1.3.

⁵⁵ Regla 5.1.5.

⁵⁶ Norma A5.1.5.4.

firmante tiene que considerar los antedichos papeles como garantía del respeto de la Convención. Este sistema tiene la indudable ventaja, para los armadores, de acelerar los trámites burocráticos disminuyendo costes relacionados con la estancia prolongada en el puerto⁵⁷.

De todas formas, el Estado del Puerto puede poner en marcha un procedimiento de inspección “sustantivo” en casos limitados: los documentos requeridos no se presentan, no están en regla o su contenido es falso; hay motivos claros para creer que las condiciones de trabajo y de vida a bordo del buque no se ajustan a las disposiciones del Convenio; hay razones fundadas para estimar que se ha cambiado el pabellón del buque con el fin de sustraerlo al cumplimiento de las disposiciones del Convenio; hay una queja en la que se alega que ciertas condiciones específicas de trabajo y de vida a bordo del buque no están en conformidad con las disposiciones del Convenio mismo⁵⁸. En todos los antedichos supuestos las autoridades competentes del Estado del Puerto irán más allá del control formal de los documentos y siempre que las condiciones a bordo se consideren *prima facie* deficientes y menoscaben la salud y la seguridad de la gente de mar; o si el funcionario opine que las criticidades presentes constituyan una violación del Convenio.

Cuando, tras una inspección más detallada, resulte un incumplimiento de la norma internacional, los servicios inspectores son obligados a señalar las deficiencias al capitán del buque y a asignarle un plazo para la rectificación. Además, si resulta en concreto que la violación es sistemática o que menoscabe claramente la seguridad y la salud de la gente de mar, los funcionarios del Estado del Puerto tienen facultad de prohibir la navegación al buque hasta que no se eliminen las deficiencias o hasta que el armador no acepte un plan de acción para rectificar las faltas de conformidad⁵⁹.

La parte realmente innovadora, en la sistemática de los controles, es representada por el principio del trato no menos favorable (*no less favourable treatment*)⁶⁰: el Estado del Puerto tendrá que asegurar que los buques de los Estados, que no hayan ratificado el Convenio, no reciban un trato más favorable que los buques que enarbolan el pabellón de Estados que sí lo hayan ratificado⁶¹.

⁵⁷ MORENO I.M., *EL CTM06 y las cuestiones laborales en la supervisión de la seguridad marítima*, 2012, vol. 32, p. 15.

⁵⁸ Norma A5.2.1.

⁵⁹ Norma A5.2.1.

⁶⁰ A. OLUKAYODE OLALEKAN, *op. cit.*, p. 131; P. BOLLÉ, *op. cit.*, p. 141; L. CAREY, *op. cit.*, p. 26.

⁶¹ Art. V.7.

La cláusula, que rompe con el principio de reciprocidad del Convenio MARPOL de 1973, concretiza la vocación universalista de la normativa OIT, para evitar que la falta de ratificación incentive varios armadores a poner en marcha procesos de concurrencia desleal haciendo recurso a banderas de conveniencia⁶²: si el Estado del Pabellón no ha ratificado el Convenio, el buque -que enarbole su bandera y por lo tanto carezca los certificados- puede ser sujeto al procedimiento de inspección⁶³.

En cualquier caso, la paridad de tratamiento -en cuanto principio y no regla incondicionada- presenta unos límites: en última instancia, los controles son remitidos a la voluntad política del Estado del Puerto, y al valor atribuido al sintagma «motivos razonables». Además, si un Estado fuera muy rígido en las inspecciones, los buques de Estados que no hayan ratificado el Convenio podrían decidir de cambiar ruta y pasar por puertos de Estados más flexibles, dejando no resuelto el problema del *dumping social*.

Por fin, el Estado del puerto es responsabilizado en lo que se refiere a la dimensión del *welfare*, y no simplemente en la fase represiva o *ex post* de los controles: todo miembro deberá impulsar el desarrollo de instalaciones de bienestar en puertos apropiados del país y determinar, previa consulta con las organizaciones de armadores y de gente de mar interesadas, qué puertos deben considerarse apropiados; contextualmente, tendrá que desarrollar la creación de comisiones *ad hoc* que examinen regularmente la medida de los servicios. De todas formas, la intervención estatal en esta rama no es obligatoria, ya que es simplemente promovida.

7. Conclusiones

El Convenio de 2006 sobre trabajo marítimo ha representado una fuerte innovación en el panorama de las fuentes de la OIT: en primer lugar, a nivel sistemático constituye la única fuente reguladora de los derechos de los trabajadores marítimos, acabando con una tradición muy poco eficaz de numerosos convenios y recomendaciones, que intervenían sobre aspectos muy técnicos con un lenguaje a veces poco claro. En este sentido, la opción de mezclar *hard* y *soft law* con el trinomio artículos, regulaciones y código orienta con sencillez los poderes públicos nacionales en el desarrollo de las medidas de implementación.

⁶² G. EXARCHOPOULOS, P. ZHANGB, N. PRYCE-ROBERTSA, M. ZHAOA, *Seafarers' welfare: A critical review of the related legal issues under the Maritime Labour Convention 2006*, en *Marine Policy*, 2018, vol. 93, p. 63.

⁶³ P. BOLLÉ, *op. cit.*, p. 142.

En lo que se refiere a las técnicas de tutela, la responsabilización del Estado del Puerto con un sistema potencialmente universal de controles - formalizado con la regla del trato no menos favorable- permite mitigar políticas de *dumping social* por parte de Estados y armadores, que dejan de ser incentivados a no ratificar el Convenio o a recurrir a banderas de conveniencia.

Last but not least, en los últimos años se han hecho sensibles progresos en las herramientas de protección de los marinos: la enmienda más significativa ha sido introducida en 2017, siendo institucionalizada la obligación por los armadores de constituir un sistema de garantía financiera para la repatriación de los trabajadores y en caso de muerte o discapacidad prolongada.

De todas formas, a pesar de una evaluación globalmente positiva del Convenio, debida también al elevado número de ratificaciones, hay perfiles críticos que persisten y que necesitarían un proceso de reforma: *de jure condendo*, se podrían detallar más analíticamente las tareas que pueden ser desempeñadas por las sociedades privadas de inspección, para que no sean alternativas y plenamente fungibles al Estado, y debilitar la *ratio* de los controles.

En segundo lugar, el Convenio presta poca atención a la efectividad de los *shore leave*, universales sólo en la carta, ya que algunos Estados, como Australia o Estados Unidos, supeditan su gozo a un visado de breve duración, a consta del trabajador⁶⁴. Parece difícil que el derecho de bajada de los marinos durante las escalas de los buques pueda ser simplificado, frente a las razones de seguridad internacional que han sido evaluadas predominantes sobre los límites de extranjería por la misma OIT: el Convenio C185 de 2003 sobre *shore leave*, bajo la preocupación de otros atentados terroristas tras el 11 de septiembre, ha endurecido los requisitos para la entrega del documento de identidad de la gente de mar, herramienta que facilita el permiso para bajar a tierra⁶⁵.

Quizás, el asunto más problemático es la ausencia del derecho de huelga en el catálogo de las situaciones jurídicamente protegidas: derechos fundamentales regulados por el Convenio, como el número máximo de horas laborables o la periodicidad de las retribuciones, gozarían mucha más efectividad si el derecho al conflicto colectivo fuese reconocido⁶⁶. Por supuesto, la protección internacional de la huelga va más allá del sector

⁶⁴ L. CAREY, *op. cit.*, pp. 23-24.

⁶⁵ M.I. RIBES MORENO, *La labor de la Organización Internacional del Trabajo*, *op. cit.*, pp. 130-131.

⁶⁶ P.J. BAUER, *op. cit.*, p. 655.

marítimo, al no ser regulada expresamente por los convenios OIT⁶⁷ y al no formar parte de los *core labor standards*: las tradiciones reguladoras (o prohibidoras) son muy distintas entre Estados incluso de la misma área del globo, y un proceso de progresiva institucionalización tiene que empezar necesariamente a través de convenios generalistas.

8. Bibliografía

- BAUER P.J., *The Maritime Labour Convention: An Adequate Guarantee of Seafarer Rights, or and Impediment to True Reforms*, en *Chicago Journal of International Law*, 2008, vol. 8, n. 2, pp. 643-659
- BOLLÉ P., *The ILO's New Convention on Maritime Labour: An Innovation Instrument*, en *International Labour Review*, 2006, vol. 145, n. 1-2, pp. 135-142
- CAREY L., *The Maritime Labour Convention: the Seafarer and the Fisher*, en *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, 2017, vol. 31, n. 1, pp. 14-36
- CHARBONNEAU A., CHAUMETTE P., *The ILO Maritime Labour Convention 2006: An Example of Innovative Normative Consolidation in a Globalized Sector*, en *European Labour Law Journal*, 2010, vol. 1, n. 3, pp. 332-345
- CHAUMETTE P., *El Convenio sobre el trabajo marítimo, cuarto pilar del Derecho internacional marítimo*, en *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, 2009, vol. 82, pp. 65-76
- CHRISTODOULOU-VAROTSI I., *Critical Review of the Consolidated Maritime Labour Convention (2006) of the International Labour Organization: Limitations and Perspectives*, en *Journal of Maritime Law and Commerce*, 2012, vol. 43, n. 4, pp. 467-489
- EXARCHOPOULOS G., ZHANG P., PRYCE-ROBERTSA N., ZHAOA M., *Seafarers' welfare: A critical review of the related legal issues under the Maritime Labour Convention 2006*, en *Marine Policy*, 2018, vol. 93, pp. 62-70
- GARCÍA NINET J.A., *Horas de trabajo y descanso en el trabajo en el mar (Exposición sistemática a partir del Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006)*, en *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, 2009, vol. 82, pp. 245-290
- GRIGOLI M., *La convenzione sul lavoro marittimo*, Cacucci, Bari, 2007

⁶⁷ Los convenios OIT 87 y 98 sobre libertad y actividad sindical no contienen previsiones explícitas sobre el reconocimiento del derecho de huelga. De todas formas, en marzo de 2015 se ha logrado un acuerdo dentro del Consejo de Administración de la OIT, donde se ha afirmado el derecho de los trabajadores y de los empresarios de poner en marcha formas de conflicto colectivo para proteger sus legítimos intereses: las condiciones para la legitimidad de la huelga son examinadas caso por caso: CIT (104^a sesión 2015), Actas Provisionales n. 14, Ginebra OIT, 2015, par. 39. En doctrina véase J.M. SERVAIS, *op. cit.*, pp. 109-112.

LEFRANÇOIS A., *La certificazione del lavoro marittimo: nuove sfide per gli Stati di bandiera e gli Stati di scalo*, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2008, n. 11, pp. 1097-1102

LEEUWEN VAN J., *The regionalization of maritime governance: Towards a polycentric governance system for sustainable shipping in the European Union*, en *Ocean & Coastal Management*, 2015, vol. 117, pp. 23-31

LUCI C., *The Maritime Labour Convention, 2006: The Seafarer and the Fisher*, *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, 2017, vol. 31, n. 1, pp. 14-36

MANTEROLA J.A., *Convenio marítimo 2006. Mucho más que un convenio para los trabajadores de la mar*, en *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, 2009, vol. 82, pp. 39-43

NTOVAS A.X.M., *The enforcement procedures of the Maritime Labour Convention 2006*, en J. LAVELLE (ed.), *The Maritime Labour Convention. International Labour Law Redefined*, Informa Law, 2014, pp. 161-180

NTOVAS A.X.M., *The Maritime Labour Convention*, en *International Legal Materials*, 2014, vol. 53, n. 5, pp. 933-936

OLUKAYODE OLALEKAN A., *Maritime Labour Convention 2006: Implications for Seafarers after a Decade*, en *Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence*, 2017, vol. 8, n. 2, pp. 125-134

PINIELLA F., SILOS J.M., BERNAL F., *Who Will Give Effect to the ILO's Maritime Labour Convention, 2006*, en *International Labour Review*, 2013, vol. 152, n. 1, pp. 59-83

RIBES MORENO M.I., *EL CTM06 y las cuestiones laborales en la supervisión de la seguridad marítima*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, n. 32, pp. 1-17

RIBES MORENO M.I., *La labor de la Organización Internacional del Trabajo respecto a la Marina Mercante*, en *Revista de Relaciones Laborales*, 2018, n. 39, pp. 120-151

RUANO ALBERTOS S., VICENTE PALACIO S., *Adapting European Legislation to the Maritime Labour Convention 2006 Regulations in Relation to the State Responsibilities of Both the Flag State and the Control of Ships by Port State Control*, en *Beijing Law Review*, 2013, vol. 4, n. 4, pp. 141-146

SERVAIS J.M., *International Labour Law*, Wolters Kluwer, the Hague, 2017

Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO

Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo 2006 (núm. 187)

Belén del Mar LÓPEZ INSUA*

RESUMEN: La garantía efectiva del “Trabajo Decente” del hombre comienza por asegurar que las condiciones de trabajo respeten la seguridad y salud del trabajador, así como su dignidad. En este sentido, los Convenios y Recomendaciones de la OIT han diseñado un estándar mínimo de garantías y contenidos esenciales del derecho a la seguridad y salud en el trabajo. Especial relevancia adquiere aquí el Convenio núm. 187 de la OIT sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, puesto que con la finalidad de promover una efectiva cultura preventiva, el Convenio impone que los Estados ratificantes desarrollos, en consultas con las organizaciones de empleadores y trabajadores más representativas, políticas, sistemas y programas nacionales de seguridad y salud en el trabajo. Evidentemente, la mayor o menor implicación que los Estados logren en esta materia dependerá de las distintas legislaciones nacionales que desarrollen las políticas de seguridad y salud que marca la OIT para la garantía de un trabajo decente.

Palabras clave: Trabajo decente, salud, seguridad, derecho a la vida y prevención de riesgos laborales.

SUMARIO: 1. Seguridad y salud en el trabajo: la acción de la OIT tras 100 años desde su nacimiento. 2. El reto del Convenio de la OIT núm. 187 (2006) sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo: el derecho a un trabajo decente. 3. De la protección de la seguridad y salud en el trabajo a través del Convenio 187 de la OIT a su efectiva implantación a nivel comunitario y nacional. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Profesora Contratada Doctora (Acreditada como Titular de Universidad) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.

Promotional Framework for Occupational Safety and Health Convention 2006 (No. 187)

ABSTRACT: The effective guarantee of “Decent Work” for men begins with ensuring that working conditions respect the worker’s safety, health and dignity. In this regard, the ILO Conventions and Recommendations have designed a minimum standard of guarantees and essential content of the right to safety and health at work. Of particular relevance here is Convention No. 187 on the promotional framework for occupational safety and health, since in order to promote an effective preventive culture, the Convention requires ratifying States to develop, in consultation with the most representative employers' and workers' organizations, national occupational safety and health policies, systems and programmes. Clearly, the greater or lesser degree of State involvement in this area will depend on the different national legislations that develop the ILO's health and safety policies for ensuring decent work.

Key Words: Decent work, health, safety, right to life and prevention of occupational risks.

“... la ley debe bastar como fuente completa de soluciones jurídicas, al menos en nuestra civilización moderna. Cuando se admite este postulado, es natural y necesario que se busque que el texto legal produzca mucho más de lo que en él pusieron sus autores, cuya voluntad es manifiestamente impotente para llenar enteramente el orden jurídico necesario a las necesidades de la vida”

Francisco Gény¹

1. Seguridad y salud en el trabajo: la acción de la OIT tras 100 años desde su nacimiento

Con motivo del mandato recogido en el Protocolo Anexo a la Parte XIII del Tratado de Versalles (firmado el 28 de junio de 1919) nace la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a fin de mejorar las condiciones de trabajo y erradicar aquellas situaciones de injusticia, miseria y privaciones. El objetivo, por tanto, no era otro que el de restablecer “la armonía universal” que tanto había puesto en peligro el concepto de “justicia social”. De este modo, la OIT aspira a garantizar el derecho a un trabajo decente.

En esa línea de actuación, la OIT viene desde entonces prestando una especial atención a los temas relacionados con la seguridad, higiene y salud en el trabajo. La razón de esta preocupación por regular los temas de Prevención de Riesgos Laborales aparece en un contexto en donde el número de accidentes de trabajo y enfermedades (profesionales o no) se hace, cada vez, más patente en las empresas. Por lo que la necesidad de reducir la magnitud de esas lesiones, enfermedades y muertes se erige, en uno de los principales ejes de actuación de la OIT, desde la firma de su misma Constitución. Es por ello que, en el Anexo III de la Constitución, la OIT se compromete a fomentar programas que permitan “proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones”. Y es que se tiene muy presente que el impacto que todos estos incidentes puede ocasionar en la salud del trabajador no sólo afecta negativamente a la productividad de las empresas, sino también al desarrollo económico y social².

¹ F. GENY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Estudio preliminar *El pensamiento científico jurídico de Gény* a cargo de JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, Granada, Comares, 1999, p. 207.

² Véase el Instrumento de Ratificación del Convenio núm. 187 de la OIT, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, hecho en Ginebra el 31 de mayo de 2006 (BOE de 4 de agosto de 2009).

Con el surgimiento de la industrialización aparecieron, a nivel internacional, las primeras normas protectoras las cuales estaban centradas en limitar el trabajo de menores y mujeres. A buen ejemplo: el Convenio de la OIT núm. 3 (1919) sobre el empleo de las mujeres antes y después del parto, el Convenio de la OIT núm. 4 (1919) sobre el trabajo nocturno de las mujeres en la industria, el Convenio de la OIT núm. 6 (1919) sobre el trabajo nocturno de los niños en la industria, el Convenio de la OIT núm. 7 (1919) sobre la edad mínima de admisión de los niños en el trabajo marítimo y el Convenio de la OIT núm. 16 (1921) sobre el examen médico de menores empleados en buques.

Paulatinamente, estas incipientes normas fueron mostrándose insuficientes para hacer frente a la mejoras de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, ya que hacían referencia a un colectivo muy específico (mujeres y niños). Por otra parte, los procesos de comercialización y de competencia internacional dieron paso al surgimiento de una normativa muy desigual, entre los distintos países, que motivó finalmente la aparición de la iniciativa privada para así hacer frente a todos estos riesgos presentes en el trabajo. Sin embargo, ya por entonces las agrupaciones de trabajadores se hicieron eco de la necesidad de fijar una normativa más uniforme³ y enfocada hacia la protección de los trabajadores frente a los riesgos específicos, a saber: Convenio de la OIT núm. 13 (1921) sobre cerusa, Convenio de la OIT núm. 27 (1929) sobre la indicación del peso en los fardos transportados por barco, Convenio de la OIT núm. 115 (1960) sobre protección contra las radiaciones, Convenio de la OIT núm. 119 (1963) sobre protección de la maquinaria, Convenio de la OIT núm. 127 (1967) sobre el peso máximo de carga transportada por un trabajador, Convenio de la OIT núm. 136 (1971) sobre el benceno, Convenio de la OIT núm. 137 (1973) sobre trabajo portuario, Convenio de la OIT núm. 139 (1974) sobre el cáncer profesional, Convenio de la OIT núm. 148 (1977) sobre la contaminación del medio ambiente de trabajo (aire, ruido y vibraciones) y el Convenio de la OIT núm. 162 (1986) sobre seguridad y salud en el asbesto.

De igual modo, también se publicó toda una serie de convenios sobre seguridad e higiene en el trabajo que se centraban en sectores específicos de actividad, entre los que destacan: el Convenio de la OIT núm. 28 (1932) sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes, el Convenio de la OIT núm. 62 (1937) sobre las prescripciones

³ S. RUANO ALBERTOS, *Fuentes (I): La salud laboral en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo*, en AA.VV. (I. GARCÍA NINET dir. y J. BARCELÓ FERNÁNDEZ, S. MORENO CÁLIZ coords.), *Manual de Prevención de Riesgos Laborales (Seguridad, higiene y salud en el trabajo)*, 4^a Edición, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 49-52.

de seguridad en la edificación, el Convenio de la OIT núm. 73 (1946) sobre examen médico de la gente del mar, el Convenio de la OIT núm. 92 (1949) sobre alojamiento de la tripulación, el Convenio de la OIT núm. 120 (1964) sobre higiene en comercio y oficinas, el Convenio de la OIT núm. 126 (1966) sobre alojamiento a bordo de barcos pesqueros, el Convenio de la OIT núm. 134 (1970) sobre prevención de accidentes de trabajo de la gente del mar, el Convenio de la OIT núm. 152 (1979) sobre seguridad e higiene en los trabajadores portuarios, el Convenio de la OIT núm. 164 (1987) sobre protección de la salud de la gente del mar, el Convenio de la OIT núm. 167 (1988) sobre seguridad y salud en la construcción, el Convenio de la OIT núm. 170 (1990) sobre seguridad y salud de los productos químicos, el Convenio de la OIT núm. 174 (1993) sobre la prevención de los accidentes industriales mayores, el Convenio de la OIT núm. 176 (1995) sobre seguridad y salud en las minas, el Convenio de la OIT núm. 184 (2001) sobre seguridad y salud en la agricultura, el Convenio de la OIT núm. 188 (2007) sobre el trabajo en la pesca y el Convenio de la OIT núm. 189 (2011) sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos. Finalmente, se publican toda una serie de convenios genéricos referidos a la regulación de la prevención de riesgos laborales y los organismos de prevención, destacan los siguientes: el Convenio de la OIT núm. 81 (1947) sobre inspección de trabajo, el Convenio de la OIT núm. 155 (1985) sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, el Convenio de la OIT núm. 161 (1985) sobre los servicios de salud en el trabajo y el Convenio de la OIT núm. 187 (2006) sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo.

Especial mención merece, igualmente, el Convenio de la OIT núm. 155 (1981) sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo⁴, en donde se especifica (en su Parte I) que el campo de aplicación del mismo se extiende a todos los sectores de actividad económica, incluyendo la Administración Pública. En el apartado dedicado a los “Principios de una política nacional” (Parte II) se aclara que el objeto de este convenio no es otro que el de “prevenir accidentes y daños para la salud que guarden relación con la actividad laboral”.

A través de todo este catálogo de convenios, aunque también de recomendaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, la OIT pretende tomar conciencia del potencial de las instituciones con capacidad

⁴ Para un estudio más exhaustivo ver A. GARRIGUES GIMÉNEZ, *La atención legislativa a la prevención de los riesgos laborales: el Derecho Internacional, el Derecho Comunitario y el Derecho Interno*, en AA.VV. (J.L. MONEREO PÉREZ, M. P. RIVAS VALLEJO dirs. y M. D. GARCÍA VALVERDE coord.), *Tratado de Salud Laboral. Tomo I. Aspectos jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2012, pp. 98-103.

para actuar a escala mundial y así movilizar a las fuerzas de la globalización para intervenir, de una manera positiva, en materia de Prevención de Riesgos Laborales. En efecto, el objetivo no es otro que marcar la diferencia y potenciar un marco uniforme para la protección de la Seguridad e higiene en el trabajo de todas las naciones. Precisamente, en este punto, reside el principal punto débil de la organización, pues el nulo poder coactivo que despliegan los convenios y recomendaciones que aprueba la OIT determina que no resulten de obligado cumplimiento. Ahora bien, una vez ratificados y publicados los convenios de la OIT, pasarán a formar parte del derecho interno, por lo que los Estados habrán de cumplir las medidas que sean necesarias para hacer efectivas las disposiciones de los mismos (art. 96.1 de la Constitución Española). La eficacia directa que despliegan los Convenios de la OIT han servido de inspiración para un gran número de normas de carácter interno⁵. En este sentido, cabe cita la misma Exposición de motivo de la Ley 31/1995, por la que se aprueba la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en la nación española, en donde se pone de relieve que: “(...) nuestro propios compromisos contraídos con la Organización Internacional del Trabajo a partir de la ratificación del Convenio 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, enriquecen el texto legal al incorporar sus prescripciones y darles el rango legal adecuado dentro de nuestro sistema jurídico”.

2. El reto del Convenio de la OIT núm. 187 (2006) sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo: el derecho a un trabajo decente

A través la característica estructura organizativa y tripartita de la OIT (compuesta por trabajadores, empleadores y gobiernos) se pretende iniciar la labor de protección de la seguridad, salud e higiene en el trabajo a nivel mundial. Aparte, cabe señalar que la OIT cuenta con recursos y con el mandato global de coordinación y de intercambio de conocimientos entre los distintos países. Por lo que, la garantía del “trabajo decente” para todos en el siglo XXI se erige en un objetivo fundamental a alcanzar a través del Marco Promocional para la seguridad y salud de 2006, que forma parte de la Estrategia Global de la OIT sobre SST3, adoptada por

⁵ A. GARRIGUES GIMÉNEZ, *La atención legislativa a la prevención de los riesgos laborales: el Derecho Internacional, el Derecho Comunitario y el Derecho Interno*, op.cit., p. 105.

la Conferencia Internacional del Trabajo en 2003⁶.

Todas estas ideas surgieron durante la 91^a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo que se celebró en 2003, en donde se discutió acerca de cómo alcanzar un enfoque integrado de las actividades normativas de la OIT en el campo de la Seguridad y Salud en el Trabajo. Pese a encontrarse vigente el Convenio núm. 155 de la OIT, se llega a la conclusión de que resulta necesario elaborar un nuevo instrumento normativo de carácter promocional de la Seguridad y Salud en el Trabajo. Con este propósito en mente, fue entonces cuando se preparó un Informe que tuvo como base las fuentes existentes en la OIT y las respuestas vertidas por los Estados miembros durante encuestas realizadas durante los años anteriores a 2003. A este respecto, se establece cuatro importantes retos⁷:

A) A este primer reto se le denominó “Trabajo decente-trabajo sin riesgo”. Aquí se hace referencia a la necesidad de una voluntad política más sólida para mejorar los estándares de seguridad y salud en el trabajo. De ahí la necesidad de “aumentar la sensibilización general sobre la importancia de la Seguridad y Salud en el Trabajo”. Aunque a menudo existe una legislación sobre la materia, muchos países no le otorgan la capacidad suficiente para producir efectos, puesto que no dotan a las leyes de mecanismos de aplicación y ejecución adecuados. Por todo ello, resultan necesarios tanto recursos adecuados, como la disposición para ocuparse del seguimiento de los progresos. Si la prevención de riesgos laborales ocupa un lugar destacado en la lista de prioridades políticas, será entonces objeto de exámenes, revisiones y ajustes continuos.

B) El segundo reto aparece dedicado a la “cultura de la seguridad”. Se trata de mejorar la sensibilización sobre cuestiones preventivas y de higiene en el trabajo, lo cual se relaciona estrechamente con la preocupación por la educación. Debe establecerse una cultura de la prevención en el lugar de trabajo para que las medidas de seguridad y salud laboral avancen de manera significativa. En efecto, aún cuando gobiernos, empresas y sindicatos actúen correctamente, seguirán produciéndose accidentes si los trabajadores presentan una escasa consideración por su propia seguridad. El proceso de formación y educación, unido a unas medidas disciplinarias eficaces, puede contribuir enormemente a alertar a los trabajadores sobre las amenazas para su

⁶ J.F. HUNT ORTIZ, *El papel histórico de la OIT en materia de Seguridad y Salud en el trabajo*, 2009

⁷ C. ANÍBAL RODRÍGUEZ, *Los Convenios de la OIT sobre Seguridad y salud en el trabajo: una oportunidad para mejorar las condiciones y el medio ambiente de trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, pp. 163-166.

bienestar. Aparte, cabe tener presente que si se lleva a cabo un cambio sobre la seguridad perceptible para la plantilla, dicha transformación podrá influir a su vez en las empresas y en los gobiernos para que éstos adopten posiciones más proactivas.

C) El tercer punto clave se refiere a los “Programas nacionales de seguridad y salud en el trabajo: la situación en la práctica”. Este punto conecta inevitablemente con el segundo ya expuesto de “cultura nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo”. Se pretenden conseguir aquí mejores oportunidades para la educación y la formación en el puesto de trabajo. Evidentemente, la educación aumentará necesariamente a medida que se acelere el ritmo del progreso tecnológico. Por su parte, la formación sobre seguridad técnica que se requiere en la mayoría de los sectores puede resultar muy compleja. Por ello, resulta preciso que se impliquen todo en esta materia, es decir, desde los distintos Gobiernos, hasta los trabajadores y empresarios. Principalmente, los centros de formación profesional, los gobiernos y las propias empresas deberán ser el motor en esta materia, por lo que habrán de intervenir en la educación de los trabajadores a fin de evitar que se produzcan accidentes innecesarios y se contraigan enfermedades.

D) En cuarto lugar, se hace mención a la necesidad de que la prevención de riesgos laborales penetre en todas las capas sociales. Ninguna entidad puede afrontar, por sí misma, todos los retos que implica la seguridad y salud en el trabajo. Si todas las partes (gobiernos, empresas y trabajadores) colaboran entre sí de una manera sinérgica, el potencial de progreso será ilimitado. Por todo ello, los organismos internacionales, como la OIT, cumplen un importante papel que desempeñar coordinando y facilitando las alianzas necesarias para alcanzar tales objetivos.

Tras el análisis de los cuatro grandes retos, se establecen ahora tres importantes compromisos que habrán de cumplir los Estados firmantes de este Convenio núm. 187 (2006) de la OIT sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo.

El primero de ellos se refiere a “la mejora continua de la seguridad y salud en el trabajo” a fin de prevenir las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo mediante el desarrollo de una política, unos sistemas y programas nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores. El segundo, viene referido a la necesidad de adoptar medidas activas con miras a conseguir de forma progresiva un medio ambiente de trabajo seguro y saludable mediante un sistema nacional y programas nacionales de seguridad y salud en el trabajo, teniendo en cuenta los principios recogidos en los instrumentos de la OIT pertinentes para el marco promocional de la

seguridad y salud en el trabajo. Y, finalmente, el tercero se centra en la consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, quienes deberán examinarse periódicamente las medidas que podrían adoptarse para ratificar los convenios pertinentes de la OIT en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Una vez fijados los compromisos, el Convenio analiza específicamente tres temas fundamentales para el logro de sus objetivos, es decir: la política nacional, el sistema nacional y el programa nacional.

El primero de estos objetivo “la política nacional” ya aparece definido en el artículo 4 del Convenio Nº 155 de la OIT de 1981, en donde se insiste en la obligación de los Estados miembros de promover un ambiente de trabajo seguro y saludable, mediante la elaboración de una política nacional que promueva e impulse, en todos los niveles pertinentes, el derecho de los trabajadores a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable. A partir de esta política nacional, se deberán entonces promover los principios básicos de la acción preventiva, a saber: evaluar los riesgos o peligros del trabajo, combatir en su origen los riesgos o peligros del trabajo, desarrollar una cultura nacional de prevención en materia de seguridad y salud que incluya información, consultas y formación.

Por su parte, en lo que se refiere al segundo objetivo “el sistema nacional”, la OIT exige que, al menos, se incluya: la legislación, los convenios colectivos, una autoridad u organismo, o autoridades u organismos responsables de la seguridad y salud en el trabajo, todos los mecanismos para garantizar la observancia de la legislación nacional (incluidos los sistemas de inspección) y disposiciones para promover en el ámbito de la empresa la cooperación entre la dirección, los trabajadores y sus representantes, como un elemento esencial de las medidas de prevención relacionadas con el lugar de trabajo⁸.

Finalmente, el “programa nacional” (tercer objetivo), conforme establece el Convenio deberá buscar⁹: promover el desarrollo de una cultura nacional de prevención en materia de seguridad y salud; contribuir a la protección de los trabajadores mediante la eliminación de los peligros y riesgos del trabajo o su reducción al mínimo con miras a prevenir las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo y a promover la seguridad y salud en el lugar de trabajo; elaborar y reexaminar sobre la base de un análisis de la situación nacional en materia de seguridad y salud

⁸ C. ANÍBAL RODRÍGUEZ, *Los Convenios de la OIT sobre Seguridad y salud en el trabajo: una oportunidad para mejorar las condiciones y el medio ambiente de trabajo...*, op. cit., p. 167.

⁹ J.F. HUNT ORTIZ, *El papel histórico de la OIT en materia de Seguridad y Salud en el trabajo*, op. cit.

en el trabajo (que incluya un análisis del sistema nacional de seguridad y salud en el trabajo); incluir objetivos, metas e indicadores de progreso, de forma que todo Estado deberá ser apoyado, cuando sea posible, por otros programas y planes nacionales de carácter complementario, que ayuden a alcanzar progresivamente el objetivo de un medio ambiente de trabajo seguro y saludable.

3. De la protección de la seguridad y salud en el trabajo a través del Convenio 187 de la OIT a su efectiva implantación a nivel comunitario y nacional

Desde finales del siglo XVIII, a nivel europeo y nacional, se ha experimentado un notable esfuerzo legislativo en pro del reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de toda persona. Así es, ya desde las primeras Declaraciones sobre derechos humanos y de los ciudadanos, los derechos y libertades fundamentales a la vida e integridad física y psíquica vienen incorporándose como parte esencial y pilar fundamental de los sistemas constitucionales de todos los Estados comunitarios y sobre los cuales se sostienen otros derechos inherentes a toda persona¹⁰, tales como: la dignidad, la libertad, la igualdad, la justicia...etcétera.

En el ámbito comunitario se ha remarcado esa necesidad de mejora de las condiciones laborales para así respetar y proteger los derechos fundamentales implicados (vida, integridad física y psíquica y el derecho a la salud). En efecto, numerosos instrumentos normativos vienen acogiendo el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, entre otros: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950); la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1981 (firmada en Turín) y su versión revisada de 1996 (que entró en vigor en 1999 y que está sustituyendo gradualmente a la inicial de 1961)¹¹; la Declaración común del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea (5/4/1977) a favor del respeto de los derechos fundamentales (las instituciones comunitarias se comprometían a respetarlos en el ejercicio de sus competencias; los Estados miembros se adherirían a esta Declaración en 1978); la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), que recoge en

¹⁰ A. GARRIGUES GIMÉNEZ, *La prevención de riesgos laborales en el marco de la Constitución Europea*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2005, n. 57, pp. 359-360.

¹¹ J.L. MONEREO PÉREZ, *Derecho a la seguridad y salud en el trabajo*, en AA.VV. (C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ dirs. y coords.), *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 431-463.

un único texto sin precedente en la historia de la Unión el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de todas las personas que viven en su territorio (básicamente, recoge los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la Unión y en otros instrumentos, comunitarios e internacionales)¹².

Ahora bien, este derecho a la seguridad y salud en el trabajo no debe entenderse aisladamente, sino que por el contrario se vincula al derecho al trabajo. Y, más concretamente, al derecho al trabajo decente—referido descriptivamente como el derecho a condiciones equitativas, dignas y satisfactorias de trabajo— ha de vincularse necesariamente con el derecho al trabajo. Por lo tanto, no se trata de un derecho circunscrito, evidentemente, a la vertiente de la libertad profesional o, en su versión algo más restrictiva, al derecho a trabajar, sino que en él se integran derechos subjetivos diferenciados, aunque íntimamente vinculados y que aparecen consagrados en el art. 23.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH)¹³. En efecto, no sólo se ha asegurar un derecho al trabajo como simple libertad, sino que también, en una interpretación necesariamente sistemática y finalista del marco internacional regulador de los derechos humanos, lo que se garantiza es un derecho al trabajo (y sólo un derecho a trabajar) de un determinado modo y en concretas condiciones: un trabajo de calidad, donde deben quedar respetados los valores de salud, seguridad y dignidad de la persona que trabaja¹⁴, es decir, el conjunto de los derechos sociales y fundamentales en general del trabajador subordinado¹⁵.

¹² M.C. BARRANCO AVILÉS, *Artículo 2. Derecho a la vida*, en AA.VV. (C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ dirs. y coords.), *La Europea de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 23-40.

¹³ En esta línea, sea sitúa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otras normas concordantes. M.C. BARRANCO AVILÉS, *Derecho a la vida (art. 3 DUDH; art. 6 PIDCP; Protoc. N° 2)*, en AA.VV. (C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ dirs. y coords.), *El sistema universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014, pp. 1- 15.

¹⁴ J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ BERNAT, *Derecho a la dignidad en el trabajo (artículo 26)*, en AA.VV. (C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ dirs. y coords.), *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social europea*, Granada, Comares, 2017.

¹⁵ J.L. MONEREO PÉREZ, B.M. LÓPEZ INSUA, *La garantía internacional del derecho a un trabajo “decente”*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, n. 177, parte Estudio, p. 1 en su versión digital. AA.VV. (J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, A.L. DE VAL

Por lo que respecta al reconocimiento del derecho al trabajo en unas condiciones adecuadas de seguridad y salud en el trabajo, cabe precisar que tanto su formulación, como la garantía del mismo caminan en sintonía con el proceso de apertura europeo y comunitario a “lo social”. Es por ello que la recepción de este derecho se haya llevado a cabo, por lo general, en textos muy específicos, por cuanto en ellos se recogen “derechos sociales” que persiguen “mejorar el nivel de vida y promover el bienestar social” de las personas, facilitando así el progreso económico y social. En este sentido, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales (1989) ya se venía refiriendo a la “protección de la salud y de la seguridad en el medio de trabajo”, de un modo específico. De igual modo, la Carta opera una declaración genérica de este derecho, según la cual todo trabajador tiene derecho a disfrutar en su medio de trabajo de unas adecuadas condiciones de seguridad y salud, indicando que para hacer efectivo este derecho¹⁶, de una parte, los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para armonizar, en el progreso, las condiciones existentes (haciendo especial hincapié en los aspectos relativos a la formación, información y participación equilibrada de los trabajadores) y, de otra, también las normas sobre mercado interior contribuyen a la realización de este objetivo.

Posteriormente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (proclamada en Niza a finales del año 2000), da un paso más adelante al recoger en un único texto normativo todos los derechos fundamentales que, hasta entonces, se encontraban dispersos. De este modo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE refuerza el concepto de “ciudadanía de la Unión” y contribuye al fortalecimiento de la seguridad jurídica en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales¹⁷. La Carta ordena los derechos en ella reconocidos haciéndolos gravitar, bajo un criterio ontológico y en torno a seis valores fundamentales dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia. Precisamente, en el cuarto de esos capítulos y bajo la rúbrica “solidaridad” (artículo 31) se inscribe el derecho de todo trabajador “a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad”.

A nivel nacional el debate político relativo a la acción protectora de los riesgos profesionales, así como la garantía de la integridad y bienestar de los trabajadores llega con carácter renovado a la Constitución Española de 1978, pues con anterioridad, la regulación en materia de seguridad e

TENA, dirs. y B.M. LÓPEZ INSUA coord.), *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

¹⁶ M. RODRÍGUEZ-PÍNERO, *La Carta Social europea y la problemática de su aplicación*, en *Revista de Política Social*, 1978, n. 118.

¹⁷ J.L. MONEREO PÉREZ, *Derecho a la seguridad y salud en el trabajo...*, op. cit., pp. 437-459.

higiene el trabajo se encontraba dispersa a lo largo del ordenamiento jurídico. En efecto, el artículo 40.2 de la CE reconduce las medidas preventivas a la intervención pública, por lo que no sólo se limita con ello el poder de dirección del empresario, sino que también se asegura su integración en la regulación contractual de las relaciones laborales. Este mandato constitucional conlleva la necesidad de aplicar una política de protección de la salud y cultura preventiva que se desarrolla, más que por el acervo de normas constitucional, por la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. Gracias a esta Directiva Marco, el legislador comunitario desarrolla todo un marco jurídico general para el fomento de una cultura y política de prevención (dirigida tanto a trabajadores, como a empresarios) que tiene como resultado la transposición, al ordenamiento jurídico interno, de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)¹⁸. En efecto, tal y como expresa la misma Exposición de Motivos de la LPRL, el mandato constitucional tendente “(...) a desarrollar una política de protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados de su trabajo y encuentra en la presente Ley su pilar fundamental. En la misma se configura el marco general en el que habrán de desarrollarse las distintas acciones preventivas, en coherencia con las decisiones de la Unión Europea que ha expresado su ambición de mejorar progresivamente las condiciones de trabajo y de conseguir este objetivo de progreso con una armonización paulatina de esas condiciones en los diferentes países europeos”.

La LPRL se publica con el propósito de garantizar el derecho del trabajador a la seguridad y salud laboral y, por tanto, al trabajo decente. Para ello el planteamiento que hace la LPRL se hace con carácter objetivo, activo y dinámico, aspirando con ello crear una cultura preventiva y política adecuada e integrada en el ámbito de las relaciones laborales y profesionales. Pese al impacto de la LPRL y los cambios que en el nuevo enfoque repercute en la protección de estos derechos a través del artículo 53.3 de la CE, lo cierto es que los efectos no han sido tan relevantes como se esperaba¹⁹.

¹⁸ Para un conocimiento más exhaustivo de la evolución de la normativa social comunitaria en materia de Seguridad y Salud laboral véase R. CRISTÓBAL RONCERO, *La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Comunitario*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2004, n. 53.

¹⁹ C. MOLINA NAVARRETE, *El derecho a la Seguridad y Salud en el trabajo. El derecho a la mejora de las condiciones de trabajo. El derecho al descanso*, en AA.VV. (J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M.N. MORENO VIDA dirs.), *Comentario a la Constitución socio-*

El derecho al trabajo (artículo 35 de la CE) constituye aquí base jurídica sobre la que se asienta el modelo laboral de trabajo decente que defiende la Carta Magna, en sintonía con la LPRL y el resto de la normativa laboral. Así es, el Derecho al trabajo como parte de esta “Constitución laboral” aparece configurado como un derecho “dinámico”²⁰ que comprende no sólo su reconocimiento formal, sino también vinculado a la acción de los Poderes públicos de promover su realización efectiva y en condiciones de seguridad para todos los trabajadores.

En definitiva, la finalidad de los derechos sociales no es otra que la de satisfacer las necesidades básicas de los individuos, a través de la acción de los poderes públicos, para contribuir al bienestar intersubjetivo de acuerdo con las demandas sociales imperantes. En otras palabras, las normas de seguridad e higiene en el trabajo (en cuanto derecho público subjetivo de primer orden) habrán de adaptarse al contexto cultural, ideológico y dominante a fin de garantizar los derechos sociales fundamentales aquí implicados y que recoge la Carta Magna²¹.

4. Conclusiones

Una conjunción de factores está determinando que despiden, hoy día, las enfermedades psiquiátricas entre los trabajadores y, por ende, el surgimiento de riesgos psicosociales. Ello plantea dudas en torno al modelo de relaciones laborales, seguridad y salud en el trabajo y, por ende, la misma noción de trabajo decente²². La idea fuerza que impera legislativamente es la de lucha contra la lacra del absentismo laboral para reducir los gastos que soporta la Seguridad Social, en lugar de fomentar la consecución de un buen ambiente de trabajo. Se busca incrementar la productividad, a costa de poner en peligro la salud de los trabajadores. Es por ello que, el Comité de Protección Social Europeo ya se haya pronunciado lamentando las consecuencias negativas que esta situación puede provocar en los trabajadores (entre las que se encuentran el

económica de España, Granada, Comares, 2002, pp. 1395-1405. Así pues, la seguridad industrial, por un lado y la higiene en el trabajo, por otro, han seguido caminos distintos que, hoy por hoy, confluyen de cara a un tratamiento unitario de la materia.

²⁰ J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *Los derechos fundamentales en la Constitución Española*, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, 1999, n. 105, 1999, pp. 9-14.

²¹ C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *Derecho a la vida e integridad personal; la seguridad y salud en el trabajo...*, op. cit., p. 94.

²² AA.VV. (J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, A.L. DE VAL TENA, dirs. y B.M. LÓPEZ INSUA coord.), *El trabajo decente*, op. cit.

suicidio)²³. En efecto, el “presentismo” laboral (acudir al puesto de trabajo enfermo o incapacitado) acarrea, a la larga, más efectos negativos que positivos para las empresas. Y, además, hace descender la productividad y la calidad de la actividad profesional que en ellas se presta. De ahí que los trabajadores empleen los períodos vacaciones para recuperarse de sus enfermedades, en lugar de descansar²⁴. Los procesos de IT se alargan en el tiempo, se cronifican las enfermedades²⁵ e, incluso, se repiten con facilidad, por lo que las empresas se ven obligadas a contratar a otros trabajadores para sustituir a aquellos enfermos durante los procesos de IT²⁶.

A pesar de los múltiples instrumentos normativos existentes (a nivel europeo y nacional), así como el marco de referencia que se crea con el Convenio núm. 187 de la OIT sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, lo cierto es que no resulta suficiente para alcanzar un derecho al trabajo decente. Así es, las nuevas formas de trabajo flexible a través de las nuevas tecnologías de la información (el teletrabajo), el trabajo en plataformas digitales y el trabajo a domicilio pueden poner en serio riesgo la salud del trabajador. Esencialmente este lance se hace mayor en mujeres que en hombres, pues son todavía mayoritariamente ellas las que se encargan del cuidado y el mantenimiento del hogar familiar. Aunque en un principio pudiera parecer que ello facilita la conciliación de la vida familiar y laboral (así como la inserción de colectivos marginados en el mundo laboral, a saber: los discapacitados), lo cierto es que ello puede provocar también una sobrecarga laboral. Por supuesto, debe tenerse en cuenta el volumen de tareas, nivel de responsabilidad, la libertad individual para regular el ritmo de trabajo, etcétera. Sin embargo, ya se encuentran trabajadores que han desarrollado problemas de falta de distinción entre el trabajo y la vida familiar y social. Lo que, al término, ante un proceso que le supera mentalmente (y

²³ Véase el informe titulado [*Sick pay and sickness benefit schemes in the EU SPC background report*](#).

²⁴ B.M. LÓPEZ INSUA, *Vacaciones e IT: perspectiva comunitaria y española*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2013, n.º 10, pp. 243-263. Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 192/2003, de 27 de octubre (RTC 2003, 92) y 324/2006, de 20 de noviembre (RTC 2006, 324).

²⁵ B.M. LÓPEZ INSUA, *Trabajo decente y prestaciones ante situaciones de necesidad (II). Incapacidad para trabajar*, en AA.VV. (J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, A.L. DE VAL TENA, dirs. y B.M. LÓPEZ INSUA, coord.), *El Trabajo Decente*, Granada, Comares, 2018.

²⁶ C. GARCÍA DE CORTAZAR NEBREDA, *La Incapacidad Laboral temporal en la Unión Europea. Panorama desde el puente*, en AA.VV. (F. ORTIZ CASTILLO director editorial y coordinador y G. RODRÍGUEZ INIESTA, B.M. LÓPEZ INSUA coords.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 1084-1089.

dependiendo, por supuesto, del estado mental, el nivel de exigencia y la personalidad) podrían padecer el trabajador una situación de estrés, ansiedad, depresión, etcétera. Muy relacionado con este dato se encuentra el concepto de interrupción y pausa en el trabajo, el cual tiene mayor probabilidad de producirse en los teletrabajadores y trabajadores a domicilio. Entiendo, por lo tanto, que una combinación satisfactoria entre el trabajo y la vida socio-familiar exige separar claramente el lugar de trabajo y una serie de normas comunes acordadas en relación con la concentración no interrumpida del trabajo. Ciertamente, la empresa ostenta ahí un poder esencial para la prevención, detección de estos riesgos y la garantía de un trabajo en condiciones de calidad²⁷ que eviten cualquier situación de peligro y riesgos para los derechos fundamentales a la vida e integridad (física y psíquica) del trabajador.

En definitiva, lo más coherente con la “lógica de la justicia social” y el “derecho a un trabajo decente” es proteger al trabajador desde el ámbito legislativo y empresarial de la prevención de riesgos laborales con todas sus consecuencias lógico-jurídicas en la esfera de las responsabilidades preventivas, reparadoras y sancionadoras. Evitando así situaciones conflictivas que pudieran determinar, finalmente, una violación flagrante de los derechos fundamentales a la vida e integridad física y psíquica del trabajador. La empresa está obligada a adoptar medidas preventivas desde el inicio de la actividad laboral, por lo que en el momento que se percate de la aparición de un riesgo psicosocial deberá actuar en consecuencia a través de las distintas evaluaciones de riesgo y adopción de medidas. De esa forma, el trabajo se podrá efectuar la prestación de servicios en condiciones de seguridad y se alcanzará el objetivo último por el que se creó el Convenio núm. 187 de la OIT sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo.

5. Bibliografía

ANÍBAL RODRÍGUEZ C., *Los Convenios de la OIT sobre Seguridad y salud en el trabajo: una oportunidad para mejorar las condiciones y el medio ambiente de trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009

AA.VV. (J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, A.L. DE VAL TENA, dirs. y B.M. LÓPEZ INSUA coord.), *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018

²⁷ Se debe realizar un estudio de viabilidad teniendo en cuenta cuestiones personales, de espacio y relacionadas con el trabajo (esto es, trabajos basados en proyectos, interrupciones frecuentes...etcétera). Para ello, la empresa debe pasar unos criterios de selección y procedimientos claramente determinados.

AA.VV. (J. VIDA SORIA dir. y J.L. MONEREO PÉREZ coord.), *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales. Programa formativo para el desempeño de las funciones de nivel básico*, Valladolid, Lex Nova, 2014

BARRANCO AVILÉS MªC, *Derecho a la vida (art. 3 DUDH; art. 6 PIDCP; Protoc. N° 2)*, en AA.VV. (C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ dirs. y coords.), *El sistema universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014

BARRANCO AVILÉS Mª.C., *Artículo 2. Derecho a la vida*, en AA.VV. (C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ dirs. y coords.), *La Europea de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012

CRISTÓBAL RONCERO R., *La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Comunitario*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 53, 2004

GARCÍA DE CORTAZAR NEBREDA C., *La Incapacidad Laboral temporal en la Unión Europea. Panorama desde el puente*, en AA.VV. (F. ORTIZ CASTILLO director editorial y coordinador y G. RODRÍGUEZ INIESTA, B.M. LÓPEZ INSUA coords.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017

GARRIGUES GIMÉNEZ A., *La atención legislativa a la prevención de los riesgos laborales: el Derecho Internacional, el Derecho Comunitario y el Derecho Interno*, en AA.VV. (J.L. MONEREO PÉREZ, MªP. RIVAS VALLEJO dirs. y MªD. GARCÍA VALVERDE coord.), *Tratado de Salud Laboral. Tomo I. Aspectos jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2012

GENY F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Estudio preliminar *El pensamiento científico jurídico de Gény* a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 1999

LÓPEZ INSUA B.M., *Trabajo decente y prestaciones ante situaciones de necesidad (II). Incapacidad para trabajar*, en AA.VV. (J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, A.L. DE VAL TENA, dirs. y B.M. LÓPEZ INSUA, coord.), *El Trabajo Decente*, Granada, Comares, 2018

LÓPEZ INSUA B.M., *Vacaciones e IT: perspectiva comunitaria y española*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 10, 2013

MOLINA NAVARRETE C., *El derecho a la Seguridad y Salud en el trabajo. El derecho a la mejora de las condiciones de trabajo. El derecho al descanso*, en AA.VV. (J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, MªN. MORENO VIDA dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002

MONEREO PÉREZ J.L, FERNÁNDEZ BERNAT J.A., *Derecho a la dignidad en el trabajo (artículo 26)*, en AA.VV. (C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ dirs. y

coords.), *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social europea*, Granada, Comares, 2017

MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSUA B.M., *La garantía internacional del derecho a un trabajo “decente”*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, n. 177

MONEREO PÉREZ J.L., C. MOLINA NAVARRETE C., *La caracterización general de la prevención de riesgos laborales: conceptos y fundamentos jurídico-críticos del “nuevo” modelo de acción preventiva*, en AA.VV. (J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE dirs. y S. OLARTE ENCABO, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS coords.), *Tratado de Prevención de Riesgos Laborales. Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 2015

MONEREO PÉREZ J.L., *Derecho a la seguridad y salud en el trabajo*, en AA.VV. (C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ dirs. y coords.), *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social europea*, Granada, Comares, 2017

RODRÍGUEZ-PIÑERO M., *La Carta Social europea y la problemática de su aplicación*, *Revista de Política Social*, 1978, n. 118

RUANO ALBERTOS S., *Fuentes (I): La salud laboral en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo*, en AA.VV. (I. GARCÍA NINET dir. y J. BARCELÓ FERNÁNDEZ, S. MORENO CÁLIZ coords.), *Manual de Prevención de Riesgos Laborales (Seguridad, higiene y salud en el trabajo)*, 4^a Edición, Barcelona, Atelier, 2017

SAN MARTÍN MAZZUCCONI C., *Derecho a la vida e integridad personal; la seguridad y salud en el trabajo*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, n. 108

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA J.J., *Los derechos fundamentales en la Constitución Española*, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, 1999, n. 105, 1999

Convenio sobre el trabajo en la pesca 2007 (núm. 188)

Victoria RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN*

RESUMEN: El trabajo a bordo de buques pesqueros presenta unas singularidades propias que le caracterizan y diferencian del que pueda llevarse a cabo en cualquier otro sector. De ahí la necesidad de una norma específicamente dedicada a regular de manera integral las condiciones de trabajo en una industria que cuenta en la actualidad con más de cuarenta millones de trabajadores en el mundo. El Convenio n. 188 sobre el trabajo en la pesca (2007), que se hizo esperar más tiempo del que hubiera sido deseable, fue adoptado con el objeto de garantizar que los pescadores gozasen de condiciones de trabajo decentes a bordo de los buques pesqueros. En este artículo se ofrece un análisis de dicho instrumento normativo con el fin de determinar sus virtudes y carencias, todo ello a la luz de los retos que plantean las específicas condiciones del trabajo marítimo-pesquero.

Palabras clave: Buque pesquero, condiciones de trabajo, acuerdo de trabajo, seguridad y salud, Seguridad Social.

SUMARIO: 1. La gestación del Convenio n. 188 de la OIT: antecedentes y aprobación del texto. 2. El ámbito de aplicación del Convenio. 2.1. La vocación universal del instrumento convencional. 2.2. Las cláusulas de flexibilidad y sus implicaciones. 3. Requisitos mínimos para trabajar a bordo de buques pesqueros. 3.1. La edad mínima de acceso. 3.2. El examen médico. 4. Las condiciones de servicio. 4.1. Las horas de descanso. 4.2. El acuerdo de trabajo del pescador. 4.3. La repatriación. 4.4. La remuneración de los pescadores. 5. La salud y Seguridad Social en el sector marítimo-pesquero. 5.1. La atención médica. 5.2. Seguridad y salud en el trabajo y prevención de accidentes laborales. 5.3. El derecho a la Seguridad Social. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada.

Work in Fishing Convention 2007 (No. 188)

ABSTRACT: Work on board fishing vessels has significant singularities which characterize and distinguish it from that which is carried out in any other sector. Hence, the need of a standard relating specifically and in a comprehensive manner the working conditions in an industry that currently employs more than forty million workers around the world. Convention n. 188 concerning work in the fishing sector (2007), whose adoption took longer than desirable, has the objective to ensure that fishers have decent conditions of work on board fishing vessels. This paper provides an analysis of this ILO standard-setting instrument in order to identify its strengths and weaknesses, all this in the light of the challenges that the specific working conditions in the sea fishing sector pose.

Key Words: Fishing vessel, working conditions, work agreement, safety and health, social security.

1. La gestación del Convenio n. 188 de la OIT: antecedentes y aprobación del texto

Abordar la preocupación de la Organización Internacional del Trabajo por las condiciones de trabajo en el sector pesquero obliga a remontarse a sus primeros años de historia. Ya en la primera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo del 1919 se acordó someter el tema del tiempo de trabajo de los pescadores al estudio de una reunión marítima. La cuestión fue finalmente incluida en el orden del día de la segunda reunión marítima de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 1920, y en la que se adoptó la Recomendación número 7, sobre las horas de trabajo en la industria de la pesca¹. Este instrumento, el primero que se formaliza en el sector pesquero, recomendaría la limitación de las horas de trabajo de todos los trabajadores empleados en la pesca.

No deja de llamar la atención que el interés por los trabajadores en la pesca resultase anterior a la dispensada a los trabajadores del mar, si bien cayó en el desánimo por el camino, siendo finalmente la actividad normativa dedicada a estos últimos mucho más intensa². Y es que no fue hasta el año 1959 cuando se adoptaron medidas jurídicamente vinculantes en lo relativo a la actividad laboral a bordo de buques pesqueros. En concreto, fueron tres los convenios aprobados ese año en el ámbito concreto del trabajo marítimo-pesquero: el Convenio n. 112 sobre la edad mínima de admisión al trabajo de los pescadores, el Convenio n. 113 sobre el examen médico de los pescadores, así como el Convenio n. 114 sobre el contrato de enrolamiento de los pescadores. Siete años más tarde se aprobaría, además de la Recomendación n. 126 sobre la formación profesional de los pescadores, el Convenio n. 125 sobre los certificados de competencia de los pescadores y el Convenio n. 126 sobre el alojamiento a bordo de los buques pesqueros.

En el año 2005 se adoptó la Recomendación n. 196 sobre el trabajo en el sector pesquero, que resultó reemplazada en el 2007 por la Recomendación n. 199 sobre el trabajo en la pesca. Fue en ese mismo año cuando se gestó por fin la aprobación de un Convenio dedicado

¹ X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Preámbulo*, en AA.VV. (P. CHAUMETTE, O. FOTINOPPOULOU BASURKO dirs.), *Estudio técnico-jurídico del Convenio 188 sobre el trabajo de la pesca (2007) de la Organización Internacional del Trabajo. ¿Están garantizadas unas condiciones de trabajo decentes?*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 44 y 45.

² Sobre el interés de la OIT por las relaciones de trabajo en el mar, consúltense O. FOTINOPPOULOU BASURKO, *Los convenios y recomendaciones de la OIT sobre la gente de mar: análisis de su implementación en España*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, n. 112, pp. 147 y 148.

globalmente al trabajo en la industria de la pesca, poniendo en evidencia un inmerecido retraso que la propia OIT había reconocido tiempo atrás³. La norma objeto de comentario nació con el propósito –imperantemente necesario si se tiene en cuenta que el trabajo marítimo-pesquero se hallaba excluido de la mayor parte de la normativa existente– de garantizar que los pescadores gozasen de condiciones de trabajo decentes a bordo de los buques pesqueros en lo que atañe a requisitos mínimos, condiciones de servicio, seguridad y salud, atención médica y Seguridad Social. Al tiempo, el Convenio sirve para revisar los Convenios n. 112, 113, 114 y 126, al objeto de actualizarlos y de abarcar a un mayor número de pescadores.

El Convenio n. 188 entró en vigor el 16 de noviembre de 2017, doce meses después de la fecha en la que fue ratificado por diez miembros: Angola, Argentina, Bosnia-Herzegovina, Congo, Estonia, Francia, Lituania, Marruecos, Noruega y Sudáfrica. En la actualidad, el listado de Miembros signatarios se compone de catorce Estados, tras incorporarse a la lista Namibia, Reino Unido, Senegal y Tailandia.

El Convenio sobre el trabajo en la pesca pretende garantizar los postulados del trabajo decente en un colectivo cuya importancia no sólo se mide desde el punto de vista estratégico, sino también cuantitativo. Las estadísticas oficiales indican que unos 40,3 millones de personas participaron en el sector primario de la pesca de captura en 2016, de las cuales alrededor del 14% eran mujeres⁴. No es infrecuente que estos trabajadores, a menudo inmersos en formas de trabajo infantil o forzoso, se vean expuestos a jornadas de extensa duración y afronten unas condiciones de trabajo degradantes o peligrosas que llegan a entrañar riesgos a su seguridad o incluso a sus vidas. Lo anterior, unido a la divergencia de condiciones en que se desarrolla la industria pesquera en los distintos países del mundo, hacía necesaria la existencia de normas mínimas al respecto⁵.

³ En la 28^a. reunión marítima de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1946, se adoptó una resolución en la que se denuncia la “poca atención” que el Departamento Marítimo de la Oficina Internacional del Trabajo había dedicado a la industria pesquera e insta a la realización de los estudios necesarios a fin de considerar la posibilidad de adoptar una Carta Internacional de los Trabajadores en Pesquería. Resolución citada en OIT, *Las condiciones de trabajo en la industria pesquera*, Estudios y Documentos. Nueva Serie, número 30, Ginebra, 1952.

⁴ FAO, *El estado mundial de la pesca y la acuicultura 2018. Cumplir los objetivos de desarrollo sostenible*, Roma, 2018, p. 6.

⁵ En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2017/159 del Consejo, de 19 de diciembre de 2016, aplica el Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio n. 188 celebrado el 21 de mayo de 2012 entre la Confederación General de Cooperativas Agrarias de la Unión Europea, la Federación Europea de Trabajadores del Transporte y

2. El ámbito de aplicación del Convenio

2.1. La vocación universal del instrumento convencional

Las disposiciones del Convenio n. 188 resultan aplicables a todos los pescadores y todos los buques pesqueros dedicados a operaciones de pesca comercial (art. 2.1). En este extremo radica un destacable atributo del instrumento que se comenta en estas líneas, pues no deja fuera a las embarcaciones de pequeñas dimensiones. La aplicación del Convenio no queda condicionada, pues, al tamaño del buque pesquero en cuestión, o al nivel tecnológico del mismo, sino a su participación en actividades propias de la pesca comercial. En todo caso, relacionar buque y pesca comercial deviene, desde la perspectiva del instrumento de la OIT, en una reiteración teniendo en cuenta que los términos buque pesquero o buque designan, en la letra de la norma, “toda nave o embarcación, cualesquiera sean su clase o su régimen de propiedad, que se utilice o esté destinada a ser utilizada en la pesca comercial” (art. 1.g). Por su parte, la expresión “pesca comercial” goza de una acepción amplia, ya que se consideran incluidas en la misma todas las operaciones de pesca, inclusive la pesca en ríos, lagos o canales, con excepción de la pesca de subsistencia y de la pesca deportiva. Luego poco importa si dichas actividades de naturaleza comercial -y, por tanto, con ánimo de lucro- tienen lugar en espacios de agua dulce o salada.

Otra de las palabras claves de este instrumento normativo es la de pescador, definida como “toda persona empleada o contratada, cualquiera que sea su cargo, o que ejerza una actividad profesional a bordo de un buque pesquero, incluidas las personas que trabajen a bordo y cuya remuneración se base en el reparto de las capturas” (art. 1. e). Con el inciso “cualquiera que sea su cargo”, la definición no solo quiere incluir la función tradicional, sino también acoger cualquier otra como pudiera ser el procesamiento de pescado a bordo del buque. Asimismo, el concepto acoge tanto a aquellos trabajadores por cuenta ajena como a los que ejercen dichas actividades de forma autónoma⁶. En todo caso, el precepto

la Asociación de las Organizaciones Nacionales de Empresas Pesqueras de la Unión Europea.

⁶ No en vano, son varias las ocasiones en que el Convenio se refiere a los trabajadores autónomos en este contexto marítimo-pesquero. Así, el art. 19 concreta la inaplicación de determinadas disposiciones a “los propietarios de embarcaciones pesqueras que las explotan por sí solos”, mientras que el art. 34 reconoce el derecho a la protección de

también contiene un criterio delimitador excluyente, al dejar fuera a los prácticos, el personal naval, otras personas al servicio permanente de un gobierno o el personal de tierra que realice trabajos a bordo de un buque pesquero y los observadores pesqueros. La prestación de servicios a bordo del buque aparece, así, como el componente determinante en la definición que proporciona el Convenio. No se demanda una forma contractual específica o una duración determinada o no en la prestación de tales servicios.

2.2. Las cláusulas de flexibilidad y sus implicaciones

El art. 2.1 del Convenio n. 188, justamente antes de proclamar que éste se aplica a todos los pescadores y todos los buques pesqueros que se dediquen a operaciones de pesca comercial, contiene un inciso que matiza “salvo que en el presente Convenio se disponga otra cosa”. No hay que avanzar mucho en la lectura del articulado del Convenio para encontrar una de las concreciones de esta posibilidad. En particular, el art. 2.3 habilita a cualquier Estado Miembro, previa celebración de consultas, a extender, total o parcialmente, a los pescadores que trabajen a bordo de embarcaciones más pequeñas la protección prevista en el Convenio para los pescadores que trabajen a bordo de buques de eslora igual o superior a 24 metros. Esta referencia expresa a la capacidad náutica de las embarcaciones podría chocar con la ausencia de atención a las dimensiones de las mismas que el Convenio mantiene al definir el ámbito de aplicación en el art. 2.1. Pero lo cierto es que el Convenio n. 188 incorpora a lo largo de su articulado determinadas previsiones o requisitos específicos a aquellos buques pesqueros de eslora igual o superior a 24 metros para exigirles demandas más estrictas⁷.

Por su parte, el art. 3 hace igualmente uso de la salvedad que introduce el art. 2.1 al permitir, en su primer apartado, que los Miembros puedan excluir de la aplicación del Convenio, o de ciertas disposiciones del mismo, a las embarcaciones pesqueras dedicadas a operaciones de pesca en ríos, lagos o canales, así como a algunas categorías limitadas de pescadores o buques pesqueros. Eso sí, tales excepciones a la aplicación *universal* del Convenio solo quedan avaladas en aquellos supuestos en que

Seguridad Social aludiendo a los asalariados y a los trabajadores por cuenta propia.

⁷ Es el caso de los arts. 10 y 12, en materia de examen médico; el art. 14, en materia de dotación y horas de descanso; el art. 30, en materia de atención médica; el art. 32, en materia de seguridad y salud en el trabajo; o el art. 41, en cuanto a cumplimiento y control de aplicación del Convenio.

dicha aplicación presente problemas especiales y de fondo, atendiendo a las condiciones de servicio específicas de los pescadores o a las operaciones de los buques pesqueros. La disposición referida llama a la particularidad del caso concreto, rehuyendo de cualquier generalidad en la definición de la cláusula de exclusión. En todo caso, de la letra de la norma no solo parece inferirse una pretendida excepcionalidad de la medida en cuanto a los motivos en que se fundamente, sino también desde el punto de vista del tiempo en el que esté vigente dicha exclusión. Este y no otro es el propósito que arroja el precepto cuando insta a los Miembros a “extender progresivamente” los requisitos del Convenio a las categorías de pescadores y buques pesqueros que hayan sido excluidos de la aplicación del mismo.

Se advierte, así, que el Convenio comentado en esta contribución no pretende presentarse como una herramienta rígida sino, por el contrario, trata de mostrarse dúctil y flexibilizar su aplicación ante las divergencias nacionales. Muy probablemente, el objetivo de una amplia ratificación del Convenio justifique estas modulaciones admitidas en el ámbito de aplicación del instrumento normativo. En este sentido, se ha apuntado como uno de los principales retos de esta regulación a la caracterización misma de una industria que abarca desde los buques factoría más sofisticados, hasta botes pesqueros a una escala mucho menor, incluido un conjunto diverso de normas existentes y factores geográficos complejos. Así pues, aunque era importante mantener unas reglas lo más elevadas que fuera posible, se hacía igualmente necesario establecer unas normas mínimas alcanzables, donde antes no había ninguna⁸.

Luego si bien el Convenio abarca los buques de cualquier tamaño dedicados a la pesca comercial, con el propósito de proteger el mayor número posible de pescadores, al elaborar el Convenio los mandantes tripartitos de la OIT reconocieron que los diversos tipos de buques pesqueros y de operaciones pesqueras, y las diferencias entre los países, exigían cierta flexibilidad en su aplicación⁹.

Con esta misma lógica, el art. 4 permite una aplicación progresiva o gradual, pero solo referida a determinadas disposiciones¹⁰ y a aquellos buques pesqueros de eslora inferior a 24 metros; o que permanezcan hasta

⁸ ITF, *El Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007, de la OIT: Una guía para los sindicatos*, Londres, p. 10.

⁹ OIT, *Las cláusulas de flexibilidad del Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188)*, Working Paper No. 315, Ginebra, p. 4.

¹⁰ Primer y tercer apartado del art. 10 (examen médico), art. 15 (lista de tripulantes), art. 20 (acuerdo de trabajo del pescador), art. 33 (evaluación de los riesgos en relación con la pesca) y art. 38 (protección por enfermedad, lesión o muerte relacionadas con el trabajo).

siete días en el mar; o que naveguen habitualmente a distancias inferiores a 200 millas náuticas desde la línea de costa del Estado del pabellón; o bien que no estén sujetos al control por el Estado del puerto. La flexibilidad concedida a un Miembro en virtud del art. 4 no equivale a una exención, pero brinda a un Estado tiempo suficiente para superar el problema que haya surgido en cuanto a la infraestructura y los recursos institucionales¹¹.

La aplicación progresiva del Convenio aparece, pues, considerablemente acotada tanto desde el punto de vista de los preceptos concernidos como de los buques pesqueros afectados y de los pescadores que trabajan a bordo. Pero también los supuestos en los que cabe invocar la opción que plantea el precepto están claramente limitados, pues se exige que no resulte inmediatamente posible para un determinado Miembro la aplicación de “todas las medidas” establecidas en el Convenio debido a “problemas especiales y de fondo a raíz del desarrollo insuficiente de la infraestructura o las instituciones”. Como hacía el precepto anterior, el art. 4 requiere para su eficacia de motivaciones re conducibles a casos concretos y específicos, dotados de cierta enjundia bien por causas institucionales bien por motivos de infraestructura.

Otro ejemplo de la vocación de flexibilidad en la aplicación del Convenio n. 188 se constata en su art. 5, el cual permite utilizar una base de medida distinta, siempre previa celebración de consultas. En concreto, el precepto contempla la posibilidad de usar la eslora total o máxima en lugar de la eslora, con arreglo a la tabla de equivalencias prevista en el Anexo I¹². Del mismo modo, se permite utilizar el arqueo bruto en vez de la eslora o de la eslora total o máxima, según en este caso las equivalencias contempladas en el Anexo III¹³.

¹¹ OIT, *Manual para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo a bordo de los buques pesqueros*, 2011, p. 68.

¹² Una eslora total o máxima de 16,5 metros equivale a una eslora de 15 metros, mientras que una eslora total o máxima de 26,5 metros es equivalente a una eslora de 24 metros y una eslora total o máxima de 50 metros equivale a una eslora de 45 metros.

¹³ Un arqueo bruto de 75 es equivalente a una eslora de 15 metros o una eslora total o máxima de 16,5 metros, un arqueo bruto de 300 equivale a una eslora de 24 metros o una eslora total o máxima de 26,5 metros, siendo un arqueo bruto de 950 equivalente a una eslora de 45 metros o una eslora total o máxima de 50 metros.

3. Requisitos mínimos para trabajar a bordo de buques pesqueros

3.1. La edad mínima de acceso

La aspiración a una prestación de servicios ajena al empleo de mano de obra infantil está presente en el Convenio n. 188. No es de extrañar, si se tiene en cuenta que la lucha contra el trabajo infantil caracteriza buena parte de los esfuerzos de la OIT y que precisamente en el sector de la pesca se han observado algunas de las peores formas de trabajo infantil¹⁴. Además, implicando en sí mismo el trabajo en la pesca condiciones de peligrosidad específicas, se comprenderá sin necesidad de mayor argumentación el riesgo añadido para la salud y seguridad de los menores y la necesidad de protegerlos en este contexto¹⁵. No es por ello casual que uno de los primeros convenios que se aprobó en el ámbito de la industria pesquera fuese el Convenio n. 112 sobre la edad mínima de admisión al trabajo de los pescadores, que estableció dicha edad a los 15 años.

El art. 9 del Convenio n. 188, que es el que interesa a efectos del presente trabajo, sitúa en los 16 años la edad mínima para trabajar a bordo de un buque pesquero. Pero también habilita a la autoridad competente a autorizar una edad mínima de 15 años para las personas que no estén sujetas a la enseñanza obligatoria y participen en una formación profesional en materia de pesca, al igual que permite autorizar a las personas de 15 años trabajos livianos durante las vacaciones escolares.

En todo caso, el Convenio eleva a 18 años la edad mínima para desempeñar actividades que, por su naturaleza o las circunstancias en que se realicen, puedan resultar peligrosas para la salud, la seguridad o la moralidad de los jóvenes. Si bien, cabe que la legislación nacional autorice la realización de tales actividades a partir de los 16 años a condición de que se proteja plenamente la salud, la seguridad y la moralidad de los jóvenes y hayan completado con anterioridad al embarque una formación básica en materia de seguridad.

Aunque el precepto se inscribe en el loable propósito de luchar contra la

¹⁴ OIT, *Condiciones de trabajo en el sector pesquero*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2003, p. 27.

¹⁵ El trabajo en la pesca coincide con buena parte de aquellas características que la Recomendación n. 190 sobre las peores formas de trabajo infantil enumera para ilustrar actividades que tendrían acogida bajo la expresión “las peores formas del trabajo infantil”. Señaladamente, los trabajos que se realizan con maquinaria y equipos peligrosos, o que conllevan el transporte manual de cargas pesadas; los trabajos realizados en un medio insalubre en el que los niños estén expuestos a temperaturas o niveles de ruido o de vibraciones perjudiciales para la salud; así como los trabajos que implican condiciones difíciles, como los horarios prolongados o nocturnos.

explotación infantil, no han dejado de detectarse déficits en su articulación. Y es que se abstiene de determinar conceptos tales como “trabajos livianos” o “actividades peligrosas”, lo que ha sido considerado un vacío que deja un margen excesivamente amplio de concreción a los Estados y un riesgo a una aplicación atomizada del Convenio¹⁶.

3.2. El examen médico

La importancia del reconocimiento médico en el trabajo marítimo-pesquero se constata al tener en cuenta que uno de los primeros convenios que se aprobaron en el ámbito de este sector versaba precisamente sobre dicho extremo. Se trataba, en concreto, del Convenio n. 113 sobre el examen médico de los pescadores, de 1959. Como ya hiciera este instrumento -si bien en aquel caso circunscrito a la pesca en agua salada-, el art. 10 del Convenio n. 188 establece inicialmente una prohibición absoluta, a saber, la del trabajo a bordo de un buque pesquero por parte de pescadores sin certificado médico válido que acredite su aptitud para desempeñar sus tareas. Luego el trabajo en la pesca requiere como condición imprescindible acreditar la aptitud -en términos sanitarios- de los pescadores para realizar un trabajo que requiere un gran esfuerzo físico. La incapacidad para asegurar que la salud de un pescador sea adecuada para prestar servicios puede traducirse en accidentes y lesiones para el pescador, para las demás personas a bordo y, potencialmente, para el propio buque¹⁷.

Sin embargo, a renglón seguido de la disposición referida, comienzan las excepciones a la regla general en ella contenida sobre la base de criterios como la seguridad y la salud de los pescadores, el tamaño del buque, los medios de asistencia médica y de evacuación disponibles, la duración del viaje, la zona de actividades y el tipo de operación de pesca¹⁸. La gran cantidad de elementos a tomar en consideración en la limitación del

¹⁶ Véase al respecto O. FOTINOPOLOU BASURKO, *Edad mínima*, en AA.VV. (P. CHAUMETTE, O. FOTINOPOLOU BASURKO dirs.), *Estudio técnico-jurídico del Convenio 188 sobre el trabajo de la pesca (2007) de la Organización Internacional del Trabajo. ¿Están garantizadas unas condiciones de trabajo decentes?*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 117.

¹⁷ OIT, *Manual para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo a bordo de los buques pesqueros*, 2011, p. 67.

¹⁸ Tales exenciones no se aplicarán a los pescadores que trabajen en buques pesqueros de eslora igual o superior a 24 metros o que permanezcan habitualmente más de tres días en el mar. En casos de urgencia, la autoridad competente puede permitir que un pescador trabaje a bordo de tales buques durante un período de duración limitada y específica en espera de la obtención de un certificado médico (art. 10.3).

impacto de la regla del examen médico obligatorio hace que la eficacia de ésta quede en buena parte mermada. Lo que en principio parece una norma garantista termina convirtiéndose, a fuerza de las excepciones consentidas, en papel mojado. Lo que se agrava si se tiene en cuenta que, como se vio líneas arriba, el Convenio habilita la aplicación progresiva de dicha disposición cuando existan problemas especiales y de fondo por el desarrollo insuficiente de la infraestructura o las instituciones (art. 4.1).

Sea como fuere, la legislación que adopten los Estados Miembros debe prever la naturaleza de los exámenes médicos¹⁹, la forma y contenido de los certificados médicos, la frecuencia de los exámenes médicos y el período de validez de los certificados médicos, así como el derecho de una persona a ser examinada de nuevo por otro personal médico independiente, en el caso de que se le niegue un certificado o se le impongan limitaciones respecto del trabajo que puede realizar (art. 11). Este listado no es exhaustivo, pues culmina mencionando expresamente la regulación de “otros requisitos pertinentes”.

4. Las condiciones de servicio

4.1. Las horas de descanso

La primera Recomendación que aprobó la OIT en el sector marítimo-pesquero fue la número 7, sobre las horas de trabajo en la industria de la pesca, en 1920. Esta materia, entonces tratada en dicho instrumento, carece desafortunadamente de regulación en el Convenio n. 188, que solo se refiere específicamente a las horas de descanso. Se echa en falta, pues, la regulación de los demás componentes del tiempo de trabajo. Lo que resulta cuando menos sorprendente teniendo en cuenta que en la industria pesquera las jornadas prolongadas constituyen una característica común y supone un agravio comparativo con respecto al Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006, que sí prevé, entre otros extremos, un número máximo de horas de trabajo.

Es el particular interés en la reducción o prevención de la fatiga el que está detrás de la atención específica -y, se insiste, exclusiva- a las horas de descanso en el Convenio n. 188. Tras proclamar el art. 13 el derecho de los pescadores a períodos de descanso regulares y suficientes para

¹⁹ En la determinación de la naturaleza del examen, el párrafo sexto de la Recomendación n. 199 llama a tomar en consideración la edad de la persona que ha de ser examinada y la naturaleza de las tareas a desempeñar.

preservar su seguridad y salud, el siguiente precepto matiza el caso de los buques que permanezcan más de tres días en el mar, en el que la autoridad competente ha de fijar el número mínimo de horas de descanso. En concreto, dicho descanso no debe resultar inferior a 10 horas por cada período de 24 horas y 77 horas por cada período de 7 días.

Ahora bien, el análisis completo de la regulación del descanso en el trabajo marítimo-pesquero requiere reparar en la flexibilidad que -de nuevo- introduce el Convenio n. 188 al respecto. Y es que permite introducir excepciones temporales a los recién mencionados límites “en casos concretos y limitados” que no llega a determinar, ni siquiera a título ilustrativo, como tampoco especifica el alcance de los “períodos de descanso compensatorios” que se debe otorgar a los pescadores en dichos supuestos. Según se advierte, y constituye una característica dominante en el articulado del convenio, el instrumento comentado no sólo se vale de numerosas excepciones a las reglas generales que terminan por reducir su eficacia, sino que en muchas ocasiones define las excepciones a través de fórmulas laxas o ambiguas que conceden una excesiva ductilidad a la aplicación del convenio y posterga cualquier regulación uniforme en el trabajo en la pesca. No en vano, el art. 14.3 permite a la autoridad competente incluso la fijación de requisitos alternativos a los que se acaban de señalar. Requisitos alternativos que deben ser, según el Convenio, “sustancialmente equivalentes” y han de evitar poner en peligro la seguridad y la salud de los pescadores. El concepto de equivalencia sustancial como elemento de flexibilidad es explicado en las Pautas sobre la inspección por el Estado del pabellón de las condiciones de vida y de trabajo a bordo de los buques pesqueros, de forma que puede haber “desviaciones de detalle entre la legislación nacional pertinente u otras medidas y los requisitos del Convenio”, si bien los Estados deben comprometerse a garantizar que se respetan los objetivos que se buscan en el Convenio²⁰.

4.2. El acuerdo de trabajo del pescador

Si la importancia de una materia convencional se midiese por la cantidad de preceptos dedicados a la misma, podría considerarse el acuerdo de trabajo como la parte más relevante del Convenio n. 188. Desde el art. 16 hasta el 20, incluyendo el Anexo II, contienen la regulación al respecto

²⁰ OIT, *Las cláusulas de flexibilidad del Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188)*, Working Paper No. 315, Ginebra, p. 24.

tratando de asegurar la existencia de un acuerdo formal y claro sobre las condiciones de servicio y proporcionar más información y documentación sobre el trabajador²¹. La expresión “acuerdo de trabajo” tiene una vocación amplia si se tiene en cuenta, *ex. art. 1.f), que abarca el contrato de trabajo, el contrato de enrolamiento -único sobre el que se centraba el Convenio n. 114 de 1959- y cualquier otra forma similar de acuerdo o de contrato que rija las condiciones de los pescadores a bordo de un buque.*

El acuerdo debe resultar comprensible para los pescadores (art. 16). El precepto no aclara, como habría sido deseable, si dicha cualidad pasa por una traducción de su contenido en los casos en que el trabajador hable una lengua distinta -lo que no es infrecuente dado el elevado número de trabajadores migrantes en el sector-. Es al propietario del buque pesquero a quien compete asegurarse de que cada pescador tenga un acuerdo de trabajo escrito, firmado conjuntamente por el pescador y el propietario del buque pesquero o un representante autorizado de éste (art. 20), lo que ayuda a luchar contra la precariedad laboral que prevalecía hasta hace poco en las relaciones laborales de determinadas actividades de pesca que se formalizaban a través de contratos verbales²².

En el Anexo II se especifican los datos mínimos que deben incluirse en cualquier acuerdo de trabajo, listado que permite aseverar la semejanza que media a este respecto entre el Convenio ahora comentado y el Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006. Más allá de los elementos de identificación de las partes, o la función que compete al pescador, resulta destacable la exigencia de hacer constar el viaje que se vaya a emprender; los víveres que se suministrarán al pescador; su salario o, si fuera remunerado a la parte, el porcentaje de su participación en especie y el método adoptado para el cálculo del mismo, así como el salario mínimo que pudiera haberse convenido; las condiciones de terminación del acuerdo; la protección del pescador en caso de enfermedad, lesión o muerte relacionadas con su trabajo; las vacaciones anuales pagadas o la fórmula empleada para calcularlas; las prestaciones de salud y de Seguridad Social que correspondan al pescador; su derecho a la repatriación; la referencia, cuando proceda, al convenio colectivo; así como los períodos mínimos de descanso.

Asimismo, se insta a los Miembros a garantizar que el pescador pueda

²¹ OIT, *Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188): Todos a bordo*, Documento temático para debate en el Foro de diálogo mundial para la promoción del Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188), Ginebra, 15 a 17 de mayo de 2013/Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Actividades Sectoriales, 2013, p. 20.

²² A. LÓPEZ-ARRANZ, *Los desafíos del sector pesquero y su tratamiento por la OIT*, en *Lan Harremanak*, 2018, n. 39, p. 95.

examinar las cláusulas del acuerdo de trabajo y pedir asesoramiento al respecto antes de la celebración del mismo; la conservación, cuando proceda -de nuevo una cláusula de flexibilidad-, de un registro con la relación de los servicios del pescador en el marco del acuerdo de trabajo; junto a los medios para solucionar los conflictos relativos al acuerdo de trabajo del pescador, sin que el precepto los concrete o precise (art. 17). A cada pescador debe facilitársele una copia de su acuerdo de trabajo, la cual ha de llevarse a bordo y ponerse a su disposición.

4.3. La repatriación

El Convenio n. 188 constituye el instrumento que regula por primera vez en la historia de la OIT la repatriación específicamente en el ámbito pesquero, y lo hace en concreto en su art. 21.

Esta materia estaba regulada desde hacía tiempo, si bien en el ámbito de los trabajadores del mar. El Convenio n. 166 sobre la repatriación de la gente de mar (revisado), de 1987, revisó un convenio anterior adoptado en 1926 y estableció los derechos de repatriación de la gente del mar, previendo que la protección del Convenio podía ser extendida a los pescadores. Sin embargo, dicho Convenio fue revisado por el Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006, que excluye a los buques pesqueros²³.

Quizá tantos años carentes de una regulación específica al respecto elevó mucho las expectativas en la exhaustividad de la misma, pero lo cierto es que el precepto resulta algo escueto. Más allá de los supuestos en que procede dicha repatriación²⁴, o la atribución al propietario del buque del costo de la misma, salvo incumplimiento grave -que tampoco se concreta- de las obligaciones por parte del pescador²⁵, el precepto rehúye de detallar las condiciones en que procede ejecutar la repatriación. Es más, remite a los Estados miembros, y además sin un contenido mínimo de partida, la determinación concreta de las circunstancias exactas que dan a los pescadores el derecho a la repatriación y los destinos a los que pueden ser

²³ OIT, *Manual para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo a bordo de los buques pesqueros*, 2011, p. 99.

²⁴ Cuando el acuerdo de trabajo del pescador haya vencido o haya sido denunciado por causas justificadas, cuando los pescadores se vean incapacitados para prestar sus servicios en virtud del acuerdo de trabajo o no quepa esperar que presten dichos servicios habida cuenta de las circunstancias.

²⁵ Si bien el art. 21.5 precisa que “la legislación nacional no menoscabará ningún derecho del propietario de un buque pesquero a recuperar el costo de la repatriación con arreglo a lo dispuesto en acuerdos contractuales suscritos por terceras partes”.

repatriados. Por tanto, no se establece cuál debe ser el lugar específico de destino, si por ejemplo el de residencia, el previsto en un Convenio Colectivo, o el previsto en el acuerdo de trabajo. Ni siquiera se prevé expresamente, como sería deseable, la posible opción por parte del pescador entre los diferentes destinos establecidos.

En cualquier caso, sí se precisan las consecuencias a la falta de autorización por parte del propietario del buque. Ante dicha omisión, el Miembro cuyo pabellón enarbole el buque ha de adoptar las medidas necesarias para la repatriación del pescador y se reconoce el derecho a reclamar al propietario el reembolso de los gastos. La doctrina ha ensalzado la aspiración garantista de dicha previsión²⁶, en la medida en que exonerá al pescador de recurrir contra el empresario que incumple, siendo el Estado miembro el que anticipa el pago de la repatriación, subrogándose en los derechos y acciones del pescador afectado.

4.4. La remuneración de los pescadores

En un Convenio que se propone instaurar condiciones de trabajo decentes a bordo de los buques pesqueros no podía faltar una atención particular a normas mínimas de salario, elemento crucial en toda relación laboral. Tal y como se ha apuntado²⁷, existen dos sistemas fundamentales de remuneración en la industria pesquera: el sistema de remuneración fija, en el que el salario se fija en función de un período determinado, y el de remuneración proporcional, en el cual los pescadores obtienen un porcentaje de los ingresos o beneficios brutos de la expedición de pesca de que se trate. Conforme a este sistema, las ganancias de la captura se utilizan, en primer lugar, para cubrir los gastos de la explotación del buque y, a continuación, los beneficios netos se distribuyen entre el propietario del buque pesquero y los pescadores según una fórmula previamente acordada, generalmente en función de categorías jerárquicas. A veces se utiliza una combinación de los dos sistemas, de forma que los pescadores perciben un salario mínimo bajo que se complementa con una

²⁶ X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Repatriación*, en AA.Vv. (P. CHAUMETTE, O. FOTINOPOLOU BASURKO dirs.), *Estudio técnico-jurídico del Convenio 188 sobre el trabajo de la pesca (2007) de la Organización Internacional del Trabajo. ¿Están garantizadas unas condiciones de trabajo decentes?*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 171 y 172.

²⁷ OIT, *Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188): Todos a bordo*, Documento temático para debate en el Foro de diálogo mundial para la promoción del Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188), Ginebra, 15 a 17 de mayo de 2013/Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Actividades Sectoriales, 2013, p. 4.

remuneración proporcional a las capturas o con primas.

El salario a la parte es el tradicionalmente empleado en el trabajo marítimo-pesquero²⁸. No en vano, en la misma definición de pescador que utiliza el Convenio se hace referencia específica a este sistema. Si bien puede ser motivador y favorecer un espíritu de equipo al permitir que todos los pescadores reciban una parte de los resultados de su trabajo, no es menos cierto que plantea riesgos, pues puede incitarles a aceptar condiciones de trabajo desfavorables, adoptar prácticas poco seguras o asumir jornadas de trabajo excesivamente prolongadas²⁹.

El Convenio n. 188 enuncia el salario como uno de los contenidos mínimos que debe recoger el acuerdo de trabajo de los pescadores. En concreto, el Anexo II insta a fijar el importe del salario del pescador o, si fuera remunerado a la parte, el porcentaje de su participación en especie y el método adoptado para su cálculo, o el importe de su salario y el porcentaje de su participación y el método adoptado para el cálculo de ésta si fuera remunerado mediante una combinación de ambos métodos, así como el salario mínimo que pudiera haberse convenido. Más allá de ésta, el Convenio no contiene referencia alguna a salario mínimo, ni siquiera reconducido a términos de suficiencia, como tampoco alude a las técnicas para cuantificar el salario, a los medios de pago, o a las consecuencias de los retrasos indebidos o los impagos. Faltan, pues, muchos extremos por concretar. Teniendo en cuenta la relevancia del salario, es más que reprochable la parquedad de la que adolece al respecto el Convenio n. 188, máxime si se compara la regulación en ella contenida con la que se recoge en el Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006.

Son solo dos los artículos dedicados a la remuneración de los pescadores. El art. 23 asienta la periodicidad en el pago del mismo al señalar que todo Miembro debe garantizar que los pescadores sean “remunerados mensualmente o según otro intervalo regular”. Al fijar el principio del pago regular de salarios, destinado a limitar los efectos más perniciosos de los sistemas de salario a la parte, el Convenio pretende precisamente apartarse de los modelos de un salario exclusivamente a la parte³⁰.

²⁸ X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Algunas de las especificidades más problemáticas del trabajo en el mar realizado a bordo de embarcaciones pesqueras*, en Revista Galega de Economía, 2006, vol. 15, n. 1, p. 9.

²⁹ OIT, *La seguridad y la salud en las industrias pesqueras*, Informe para el debate de la Reunión tripartita sobre la seguridad y la salud en las industrias pesqueras, Ginebra, 1999, p. 36.

³⁰ J. CABEZA PEREIRO, *El salario a la parte en la pesca. Entre costumbre y autonomía colectiva*, en AA.Vv. (J. CABEZA PEREIRO, E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ coords.), *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, Bomarzo, Albacete, 2015, p. 417.

De conformidad con el art. 24, todo Miembro debe exigir que los pescadores dispongan de medios para transferir a sus respectivas familias, sin costo alguno -se entiende que los costes corren a cargo del propietario del buque- la totalidad o parte de las remuneraciones percibidas, inclusive los anticipos.

5. La salud y Seguridad Social en el sector marítimo-pesquero

5.1. La atención médica

Las singularidades propias del trabajo en la industria pesquera hacen necesario garantizar asistencia sanitaria en supuestos, en nada infrecuentes, en que acontecen accidentes o advieren enfermedades. En este sentido, se ha llegado a afirmar que el riesgo de accidentes a bordo es inherente a la naturaleza de las operaciones de pesca³¹. Lo que se complica teniendo en cuenta que, en casos de trabajo en alta mar, los pescadores pueden encontrarse lejos de cualquier atención médica profesional.

Los buques pesqueros deben, así, llevar a bordo equipo y suministros médicos apropiados -obligación que queda configurada en términos excesivamente ambiguos, solo se prescribe que esta cualidad quedará a expensas de criterios como el número de pescadores a bordo, la zona de operaciones y la duración del viaje- para el servicio del buque³²; han de tener a bordo por lo menos a un pescador formado en materia de primeros auxilios; al tiempo que deben estar equipados para efectuar comunicaciones por radio o por satélite con personas o servicios en tierra que puedan proporcionar asesoramiento médico. Por su parte, los pescadores tienen derecho a recibir tratamiento médico en tierra y a ser desembarcados en caso de sufrir lesiones o enfermedades graves.

5.2. Seguridad y salud en el trabajo y prevención de accidentes laborales

La pesca se considera la ocupación más peligrosa del mundo, con más de 24.000 víctimas al año³³, de manera que se producen cada año

³¹OIT, *La seguridad y la salud en las industrias pesqueras*. Informe para el debate de la Reunión tripartita sobre la seguridad y la salud en las industrias pesqueras, Ginebra, 1999, p. 22.

³² El párrafo 35 de la Recomendación n. 199 alude a la conveniencia de una lista de los equipos y suministros médicos que deberían llevar a bordo los buques pesqueros.

³³ OIT, *Reunión tripartita sobre la seguridad y la salud en las industrias pesqueras*, Ginebra, 13-17

aproximadamente ochenta muertes por cada cien mil pescadores³⁴. Factores como las inclemencias meteorológicas, el aislamiento geográfico o la fatiga, inciden decididamente en el trabajo en la pesca y suponen frecuentes riesgos a la seguridad y salud de los trabajadores. A los que se suman los riesgos propios de las artes de pesca, de la misma captura, el constante peligro de incendio, hundimiento y cualquier otra incidencia propia del medio marino³⁵, sin olvidar los factores de riesgo psicosocial³⁶. Dado que se ha estimado que la mitad de los accidentes mortales en la industria pesquera se deben a sucesos del buque pesquero, la reducción de tales accidentes pasa por garantizar la seguridad del mismo buque³⁷. En este sentido, se requiere la participación tanto del propietario, como del capitán o patrón y de los propios pescadores (art. 8). El primero tiene la responsabilidad global de asegurar que el capitán o patrón disponga de los medios necesarios para cumplir las obligaciones derivadas del Convenio. El capitán o patrón, por su parte, es responsable directo de la seguridad de los pescadores embarcados y de la seguridad operacional del buque, lo que implica una función de supervisión a fin de garantizar que los pescadores desarrollen sus labores en condiciones óptimas de seguridad y salud. Por último, los pescadores han de cumplir las órdenes lícitas del capitán o patrón y las medidas aplicables en materia de seguridad y salud. Se echa en falta alguna referencia al derecho de los pescadores a negarse a ejecutar trabajos que impliquen un peligro grave e inminente para su salud o vida. El Convenio ordena la adopción de medidas relativas a la seguridad y la salud de los pescadores, incluida la exigencia de llevar a cabo evaluaciones de los riesgos relacionados con el trabajo a bordo de los buques -lo que ha sido ensalzado como el “valor añadido” de este instrumento de la OIT³⁸- y la formación de los pescadores (art. 31). En concreto, la evaluación de

de diciembre de 1999.

³⁴ FAO, *El sector pesquero y la seguridad en el mar*, Comité de Pesca, Roma, 9-13 de julio de 2018, 33º período de sesiones.

³⁵ OIT, *La seguridad y la salud en las industrias pesqueras*, Informe para el debate de la Reunión tripartita sobre la seguridad y salud en las industrias pesqueras, Ginebra, 1999, p. 18.

³⁶ A. ITUARTE ZELAIA, A. APELLANIZ GONZÁLEZ, *Introducción al estudio de los factores de riesgo psicosocial en trabajadoras y trabajadores del sector pesquero*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2017, p. 105.

³⁷ OMI, *Código de seguridad para pescadores y buques pesqueros, Parte A, Directrices prácticas de seguridad e higiene*, Londres, 2006.

³⁸ OIT, *Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188): Todos a bordo*, Documento temático para debate en el Foro de diálogo mundial para la promoción del Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188), Ginebra, 15 a 17 de mayo de 2013/Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Actividades Sectoriales, 2013, p. 18.

los riesgos en relación con la pesca debe llevarse a cabo “con la participación de los pescadores o de sus representantes” (art. 33). El precepto desoye, en este extremo, lo aconsejado en el párrafo 46.2.a) de la Recomendación n. 199, que sí alude a la participación de “todos los trabajadores”, sin plantearla a modo alternativo con respecto a la de los representantes de éstos.

En todo caso, de bien poco serviría enunciar las responsabilidades que recaen para conseguir mayores niveles de seguridad si no se articulase igualmente un sistema de control del cumplimiento de las obligaciones referidas. De ahí que el art. 40 del Convenio se refiera expresamente al deber de todo Estado Miembro de controlar los buques que enarbolen su pabellón, procediendo a las inspecciones, la presentación de informes, la supervisión, los procedimientos de tramitación de quejas, la aplicación de sanciones y las medidas correctivas apropiadas y necesarias, siempre de conformidad con la legislación nacional. Por su parte, el art. 44 establece una importante cláusula de trato no más favorable. En concreto, todo Miembro debe aplicar el Convenio de manera que pueda asegurarse de que los buques pesqueros que enarbolan el pabellón de cualquier Estado que no haya ratificado el Convenio no reciban un trato más favorable que los buques pesqueros que enarbolan el pabellón de cualquier Miembro que lo haya ratificado. Lo que constituye una importante garantía de eficacia del instrumento de la OIT, en tanto en cuanto cualquier embarcación pesquera, incluso aquella que enarbole el pabellón de un Estado que no sea signatario del Convenio, puede ser sometida a las inspecciones acometidas por las autoridades de Estados que sí han procedido a dicha ratificación con el objeto de asegurar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Convenio. De hecho, ya se ha producido la primera inmovilización de una embarcación pesquera en virtud del Convenio n. 188 cuando, tras la correspondiente inspección llevada a cabo en Sudáfrica, se detectara un incumplimiento de las disposiciones del instrumento de la OIT, fundamentalmente en materia de seguridad y salud de la tripulación³⁹.

Junto al Convenio objeto de comentario, destaca como instrumento dedicado a la mejora de la seguridad de los pescadores en el mar el Acuerdo de Ciudad del Cabo de 2012 sobre la aplicación de las disposiciones del Protocolo de Torremolinos de 1993, relativo al Convenio internacional de Torremolinos para la seguridad de los buques pesqueros, de 1977. Este Acuerdo entrará en vigor doce meses después de

³⁹ Puede consultarse la noticia en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_634689/lang--es/index.htm.

la fecha en la que al menos 22 Estados, cuyo conjunto total de buques de pesca que operen en alta mar, con eslora igual o superior a 24 metros, sea de al menos 3.600, hayan expresado su consentimiento para quedar vinculados por él.

5.3. El derecho a la Seguridad Social

Tradicionalmente excluidos de los instrumentos sobre Seguridad Social - señaladamente, el Convenio n. 102-, los pescadores consiguen en este Convenio ver satisfechas una de sus principales demandas⁴⁰. Sobre la base de la extensión de la Seguridad Social a todas las personas, como elemento central del mandato de la OIT, el Convenio n. 188 asigna a los Estados miembros la obligación de garantizar que los pescadores que residen habitualmente en su territorio, así como las personas a su cargo, tengan derecho a beneficiarse de la protección de la Seguridad Social en condiciones no menos favorables que las que se apliquen a los demás trabajadores (art. 34). Lo cual era necesario, teniendo en cuenta que la naturaleza particular de la relación de trabajo de los pescadores les excluye con frecuencia de la cobertura brindada por los regímenes contributivos de Seguridad Social y que aquellos pescadores contemplados en tales regímenes de Seguridad Social tal vez tengan problemas para cotizar debido a la naturaleza irregular de su empleo y de sus ingresos⁴¹.

El precepto, que instaura este mandato siempre teniendo en cuenta lo previsto por la legislación nacional, establece el principio de igualdad de trato, mientras que el siguiente llama a la consecución progresiva de una Seguridad Social completa para todos los pescadores que residen habitualmente en el territorio del Miembro en cuestión.

También de manera novedosa, se reconoce expresamente protección a los pescadores en caso de enfermedad, lesión o muerte relacionadas con el trabajo, protección que puede garantizarse bien mediante un sistema basado en la responsabilidad de los propietarios de buques pesqueros, bien a través de un régimen de seguro obligatorio o de indemnización de los trabajadores, u otros regímenes -se entiende, de responsabilidad del

⁴⁰ El Convenio n. 56 sobre el seguro de enfermedad de la gente de mar y el Convenio n. 70 sobre la Seguridad Social de la gente de mar, revisado por el Convenio n. 165 sobre la Seguridad Social de la gente de mar abordan los derechos en materia de Seguridad Social de los pescadores. Estos convenios fueron revisados por el Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006, el cual excluye a los buques pesqueros.

⁴¹ OIT, *Manual para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo a bordo de los buques pesqueros*, 2011, p. 153.

Estado-. En cuanto a la modalidad de protección, se apunta tanto a la atención médica como a la indemnización correspondiente.

En ausencia de normativa interna de aplicación, el art. 39 asigna al propietario del buque la responsabilidad de sufragar los gastos por concepto de atención médica durante el tratamiento médico en un país extranjero y hasta la repatriación del pescador. Únicamente, en los supuestos en que la lesión no se haya producido en el servicio del buque, la enfermedad haya sido disimulada en el momento de la contratación o la enfermedad resulte imputable a una falta intencional del pescador, el propietario queda exento de la referida responsabilidad, quedando a cargo del Estado cuyo pabellón enarbola el buque en cuestión.

6. Conclusiones

El Convenio de la OIT n. 188, que entró en vigor el 16 de noviembre de 2017, aspira a garantizar los postulados del trabajo decente en un colectivo cuya importancia no sólo se mide desde el punto de vista estratégico, sino también cuantitativo. Las estadísticas oficiales indican que unos 40,3 millones de personas participaron en el sector primario de la pesca de captura en 2016. No es infrecuente que estos trabajadores, a menudo inmersos en formas de trabajo infantil o forzoso, se vean expuestos a jornadas de extensa duración y afronten unas condiciones de trabajo degradantes o peligrosas que llegan a entrañar riesgos a su seguridad o incluso a sus vidas. Lo anterior, unido a la divergencia de condiciones en que se desarrolla la industria pesquera en los distintos países del mundo, hacía necesaria la existencia de normas mínimas al respecto.

La gestación de este instrumento normativo de la OIT supone en sí mismo un destacable avance, principalmente teniendo en cuenta que sus disposiciones resultan aplicables a todos los pescadores y todos los buques pesqueros dedicados a operaciones de pesca comercial. La aplicación del Convenio no queda condicionada, pues, al tamaño del buque pesquero en cuestión, o al nivel tecnológico del mismo, sino a su participación en actividades propias de la pesca comercial.

Sin embargo, también es cierto que el Convenio n. 188 presenta numerosas cláusulas de flexibilidad que llevan a concluir que la norma no pretende presentarse como una herramienta rígida sino, por el contrario, trata de mostrarse dúctil ante las divergencias nacionales. Muy probablemente, el objetivo de una amplia ratificación del Convenio justifique estas modulaciones admitidas en el ámbito de aplicación del instrumento normativo. En este sentido, uno de los principales retos de

esta regulación radica en la caracterización misma de una industria que abarca desde los buques factoría más sofisticados hasta botes pesqueros a una escala mucho menor, incluido el conjunto diverso de normas existentes y factores geográficos complejos. Así pues, aunque era importante mantener unas reglas al nivel más elevado posible, se hacía igualmente necesario establecer unas normas mínimas alcanzables, capaces de colmar el vacío hasta entonces existente.

7. Bibliografía

AA.VV. (P. CHAUMETTE, O. FOTINOPOLOU BASURKO dirs), *Estudio técnico-jurídico del Convenio 188 sobre el trabajo de la pesca (2007) de la Organización Internacional del Trabajo. ¿Están garantizadas unas condiciones de trabajo decentes?*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018

CABEZA PEREIRO J., *El salario a la parte en la pesca. Entre costumbre y autonomía colectiva*, en AA.VV. (J. CABEZA PEREIRO, E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ coords.), *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, Bomarzo, Albacete, 2015

CARRIL VÁZQUEZ X.M., *Algunas de las especificidades más problemáticas del trabajo en el mar realizado a bordo de embarcaciones pesqueras*, en *Revista Galega de Economía*, 2006, vol. 15, n. 1

FAO, *El estado mundial de la pesca y la acuicultura 2018. Cumplir los objetivos de desarrollo sostenible*, Roma, 2018

FAO, *El sector pesquero y la seguridad en el mar*, Comité de Pesca, Roma, 9-13 de julio de 2018, 33º período de sesiones

FOTINOPOLOU BASURKO O., *Los convenios y recomendaciones de la OIT sobre la gente de mar: análisis de su implementación en España*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, n. 112

ITTF, *El Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007*, OIT: Una guía para los sindicatos, Londres

ITUARTE ZELAIA A., APELLANIZ GONZÁLEZ A., *Introducción al estudio de los factores de riesgo psicosocial en trabajadoras y trabajadores del sector pesquero*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2017

LÓPEZ-ARRANZ A., *Los desafíos del sector pesquero y su tratamiento por la OIT*, Lan Harremanak, 2018, n. 39

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Las condiciones de trabajo en la industria pesquera, Estudios y Documentos. Nueva Serie*, número 30, Ginebra, 1952

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La seguridad y la salud en las industrias pesqueras. Informe para el debate de la Reunión tripartita sobre la seguridad y la salud en las industrias pesqueras*, Ginebra, 1999

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Condiciones de trabajo en el sector pesquero*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2003

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Las cláusulas de flexibilidad del Convenio sobre el trabajo en la pesca*, 2007, n. 188, Working Paper No. 315, Ginebra

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Manual para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo a bordo de los buques pesqueros*, 2011

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188): Todos a bordo*, Documento temático para debate en el Foro de diálogo mundial para la promoción del Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188), Ginebra, 15 a 17 de mayo de 2013/Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Actividades Sectoriales, 2013

OMI, *Código de seguridad para pescadores y buques pesqueros, Parte A, Directrices prácticas de seguridad e higiene*, Londres, 2006

Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos 2011 (núm. 189)

Raquel VELA DÍAZ*

RESUMEN: El Convenio n. 189 y la Recomendación n. 201 de 2011, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, otorgan un marco internacional de protección de los derechos laborales y de Seguridad Social básicos, sin precedentes, para un sector laboral cuyos derechos y garantías se han situado en la retaguardia de los derechos reconocidos a trabajadores de numerosos sectores laborales. Con la aprobación de esta norma internacional se pretenden corregir las deficiencias protectoras de un trabajo tradicionalmente infravalorado e invisible, realizado principalmente por mujeres, y en una amplia proporción, por mujeres migrantes. Partiendo de la evolución y el recorrido que desde una perspectiva histórica ha experimentado la protección de estas personas trabajadoras en el marco de la OIT, el presente trabajo analiza las principales premisas de protección laboral y social contenidas en dicho Convenio, reflexionando a su vez sobre el estado de ratificación del mismo por los estados miembros de la OIT.

Palabras clave: OIT, trabajadores/as domésticos, normas internacionales del trabajo, trabajo doméstico, derechos laborales.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Ratificación del Convenio n. 189 por los países miembros de la OIT: un largo camino por recorrer. 3. Evolución y recorrido de la protección de los trabajadores domésticos en el marco de la OIT: una perspectiva histórica. 4. El Convenio n. 189: breve análisis de sus principales contenidos. 4.1. Algunas consideraciones previas. 4.2. Ámbito de aplicación. 4.3. Un reconocimiento a los derechos de representación: libertad sindical y de asociación y negociación colectiva. 4.4. Limitación del tiempo de trabajo. 4.5. La remuneración de los servicios prestados. 4.6. Derecho a la seguridad y salud en el trabajo. 4.7. Los derechos de Seguridad Social. 4.8. Tutela judicial y tutela administrativa. 5. Bibliografía.

* Profesora Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Acreditada Profesora Contratada Doctora. Universidad de Jaén (España).

Domestic Workers Convention 2011 (No. 189)

ABSTRACT: The Convention No. 189 and the Recommendation No.201 of 2011, on domestic workers, provide an international framework for the protection of basic labour and social security rights, unprecedented, for a sector of employment whose rights and guarantees have been placed behind the lines of recognized rights to workers in many labour sectors. With the adoption of this international standard, it's trying to correct the protective deficiencies of a traditionally undervalued and invisible work, principally done by women, and mostly, by migrant women. Starting from the evolution and the way that from a historical perspective has experienced the protection of these workers in the framework of the ILO, this paper analyses the main premises of labour and social protection of this Convention, also reflecting on the state of ratification of the same by the ILO member States.

Key Words: ILO, domestic workers, international labour standards, domestic work, labour rights.

1. Introducción

La prestación remunerada de labores de atención, limpieza y cuidados en el ámbito doméstico es una de las ocupaciones más importantes para millones de trabajadores, en su mayoría mujeres, en todo el mundo. En este sentido, tal y como ha puesto de manifiesto la OIT en diversos estudios, el empleo doméstico ocupa una porcentaje significativo de la población activa. Representa el 4 por ciento de la fuerza de trabajo a nivel mundial, con una importancia mayor en los países en desarrollo y emergentes que oscila entre el 5 y el 9 por ciento, y un 2 por ciento en los países industrializados, representando además el 7,5 por ciento del empleo femenino asalariado en todo el mundo¹.

Sin embargo, tradicionalmente y a pesar de su creciente importancia económica y social, el trabajo remunerado del hogar se caracteriza por ser una de las formas de empleo más precarias, inseguras, desprotegidas y peor remuneradas, y a su vez, considerada en un importante número de países dentro de la economía informal. Los déficits de trabajo decente a los que deben enfrentarse las personas empleadas de hogar son consecuencia de su vulnerabilidad jurídica y social. Se les excluye, ya sea *de jure o de facto*, de la protección efectiva de la legislación laboral y de los regímenes de seguridad social en numerosos países, tanto industrializados como en vías de desarrollo².

En junio de 2011, la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT adoptó el Convenio nº 189 junto con la Recomendación nº 201 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, lo que constituyó la primera norma internacional del trabajo formulada por la OIT destinada a este colectivo específico de personas trabajadoras. De ahí que estos recientes instrumentos se hayan calificado de históricos, si bien, hubiera sido recomendable una aprobación menos tardía.

La adopción de esta norma internacional ha supuesto el primer reconocimiento con carácter universal de un trabajo tradicionalmente ejercido por uno de los sectores más vulnerables de la población – trabajadoras, y en una importante proporción, trabajadoras migrantes –, que trata de impulsar la promoción y protección de los derechos laborales y de Seguridad Social de este colectivo de trabajadoras y trabajadores, estableciendo un marco de acciones y medidas orientadas a fortalecer las

¹ OIT, *Los trabajadores domésticos en el mundo: estadísticas mundiales y regionales y alcance de la protección jurídica*. Resumen Ejecutivo, 2013; OIT, *Protección social del trabajo doméstico. Tendencias y estadísticas*, Documentos de Política de Protección Social, 2016, n. 16, p. 4.

² OIT, *Trabajo decente para los trabajadores del servicio doméstico. Hacia una nuevas normas internacionales del trabajo*, en *Trabajo*, 2010, n. 68, p. 4.

leyes, políticas e instituciones correspondientes de los distintos países. Por ello, el texto convencional plasma respecto de estas trabajadoras y trabajadores la prioridad de la OIT formulada en la última etapa (caracterizada por un desarrollo económico descontrolado y deshumanizado, globalización y crisis económica), de promover condiciones de trabajo decentes. Ante el posicionamiento economicista de las políticas nacionales y supranacionales que, otorgan al progreso económico clara prioridad sobre la protección del trabajo, la noción de trabajo decente tiene por objeto promover condiciones de trabajo aceptables, dignas y adecuadas para los trabajadores, tomando como referente básico el principio constitucional de la OIT de que el trabajo no es una mercancía. De ahí que el Convenio 189 de la OIT lleve en su propia rúbrica la referencia al trabajo decente en este sector de actividad³. El Convenio y la Recomendación de la OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos proporcionan, por tanto, un marco internacional, sin precedentes, de normas mínimas específicas para este ámbito con las que tratar de corregir las deficiencias históricas que caracterizan este sector laboral, complementando así otros instrumentos aplicables de la OIT y de las Naciones Unidas⁴.

2. Ratificación del Convenio n. 189 por los países miembros de la OIT: un largo camino por recorrer

Aunque como hemos afirmado, la adopción del Convenio 189 resulta fundamental para impulsar la necesaria protección de los derechos laborales y de Seguridad Social básicos del colectivo de personas trabajadoras del ámbito doméstico, la efectividad real de esta norma internacional depende en gran medida del propio legislador nacional, lo que constituye un reto para los Estados y sus sistemas de protección sociolaboral. Dicho de otro modo, resulta necesario trasladar esta norma a las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Organización Internacional del Trabajo.

Por ello, no se puede cuestionar ni la importancia ni la oportunidad que supone para la construcción por parte de los países de un régimen protector de derechos sociales a favor de este grupo de personas que

³ M. MIÑARRO YANINI, *Formas esclavas de trabajo y servicio del hogar familiar: delimitación conceptual, problemática específica y propuestas*, en *Relaciones Laborales*, 2014, n. 10, pp. 77-78.

⁴ M. OELZ, *El Convenio y la Recomendación de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Una oportunidad para la justicia social*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2014, vol. 133, n. 1, p. 162.

prestan sus servicios en el ámbito doméstico, favoreciendo así que emerjan de la invisibilidad que las caracteriza y dignificando este sector laboral⁵.

A este respecto, el art. 21.2 del Convenio OIT 189 prevé que la entrada en vigor del mismo se produzca “*doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General*”. Tras la ratificación de Uruguay y de Filipinas el 14 de junio y el 5 de septiembre de 2012, respectivamente, el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos entró en vigor definitivamente el 5 de septiembre de 2013. A partir de ese momento, el Convenio entraría en vigor para cada Estado miembro doce meses después de la fecha de registro de su ratificación, tal y como especifica el art. 21.3.

En la actualidad son 29 los países miembros que se han ido sumando a este proceso de ratificación: Mauricio en el año 2012; Nicaragua, Italia, Bolivia, Paraguay, Sudáfrica, Guyana, Alemania y Ecuador en el año 2013; Costa Rica, Argentina, Colombia, Irlanda y Suiza en el año 2014; Finlandia, República Dominicana, Bélgica, Chile, Panamá y Portugal en el año 2015; Jamaica en el año 2016; Guinea en el año 2017; Brasil, Granada y Perú en el año 2018; y finalmente, Suecia y Madagascar en el año 2019⁶.

Aunque como se puede comprobar se ha producido un aumento progresivo del número de países que han suscrito el Convenio 189, cabe señalar que el número total de estados Miembros de la OIT es de 187, lo que significa que todavía hay 158 países que no han ratificado esta norma. Resulta incomprensible el reducido número de países que lo han ratificado ocho años después de su aprobación, con una clara ausencia de la mayoría de los países desarrollados, teniendo en cuenta que el ámbito protector del Convenio no se caracteriza por un elevado nivel de exigencia para los ordenamientos jurídicos nacionales.

En este sentido, las recomendaciones de la Unión Europea al respecto son claras, puesto que insta a los Estados miembros de la Unión a que procedan a su ratificación. Para ello, la Comisión Europea presentó en marzo de 2013 una propuesta de Decisión del Consejo que autoriza a los Estados miembros a la ratificación del Convenio. En esta misma línea cabe mencionar también la Decisión del Consejo de la UE de 28 de enero

⁵ C. GRAU PINEDA, *De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos*, en *Lex Social*, 2019, vol. 9, n. 2, p. 69.

⁶ Dado que el Convenio entra en vigor para cada país Miembro transcurridos doce meses después de la fecha de registro de su ratificación, en Granada entrará en vigor el 12 de noviembre de 2019, en Perú el 26 de noviembre de 2019, en Suecia el 4 de abril de 2020 y en Magadascar el 11 de junio de 2020.

de 2014, publicada el 1 de febrero de 2014. De esta forma, el Consejo de la Unión ha seguido los pasos dados por la Comisión Europea y el Parlamento Europeo a favor del Convenio, que han instado a los Estados miembros a ratificarlo y aplicarlo con urgencia⁷.

Esta postura de la UE respecto del Convenio 189 se muestra coherente con los contenidos de la Carta Social Europea y con los de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, especialmente en lo que se refiere a “unas condiciones de trabajo justas y equitativas y a la protección social”.

3. Evolución y recorrido de la protección de los trabajadores domésticos en el marco de la OIT: una perspectiva histórica

Aunque la necesidad de protección jurídica de las personas empleadas de hogar se planteó de manera temprana en la historia del Derecho del Trabajo⁸, este colectivo de trabajadores no se benefició de la expansión progresiva de las políticas sociales y laborales que han caracterizado la evolución socioeconómica desde la revolución industrial. Por el contrario, los derechos y las garantías de las trabajadoras y trabajadores domésticos se han situado en la retaguardia de los derechos y garantías disfrutadas por trabajadores de numerosos sectores laborales. Esta realidad llevó a la propia OIT a concluir en 1970 que «en su conjunto, la mayoría de trabajadores domésticos parecen estar sobrecargados de trabajo e insuficientemente remunerados y protegidos»⁹.

El reconocimiento de esta realidad social ha supuesto que la situación de mayor vulnerabilidad laboral de este colectivo de personas trabajadoras haya estado incluida en la agenda de la OIT desde hace ya varias décadas. Así, desde sus primeros tiempos la OIT reconoció la necesidad de mejorar la situación de estos trabajadores adoptando en 1948 una resolución

⁷ Sin embargo, países europeos como Francia o España que se encuentran entre los que más empleo doméstico generan en Europa y en los que un gran número de estos puestos son desempeñados por mujeres de origen inmigrante, siguen sin ratificar el Convenio. Si bien, las normativas de ambos países cumplen con la práctica totalidad de los requisitos establecidos por el Convenio 189, pudiendo ser ratificado sin necesidad de realizar modificaciones de conjunto de su actual normativa, aunque en ambos países deben abordarse determinadas cuestiones aún pendientes de equiparar de forma definitiva. *Vid. ILO, Domestic workers across the world: Global and regional statistics and the extent of legal protection*, 2013.

⁸ A modo de ejemplo, la Ley sobre el Contrato del Personal Doméstico de Austria, de 1920, es uno de los primeros ejemplos de legislación laboral sobre el trabajo doméstico.

⁹ OIT, *Situación y condiciones de empleo de los trabajadores domésticos en los hogares privados: Estudio de la OIT*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 1970, vol. 82, n. 4, pp. 433-444.

relativa a las condiciones de empleo de los trabajadores domésticos¹⁰. En 1965 adoptó otra resolución en la que se instaba a la adopción de medidas normativas también en esta esfera, reconociendo la «urgente necesidad de establecer un nivel de vida mínimo compatible con el respecto de la persona y de la dignidad humanas esenciales para la justicia social», en beneficio de los trabajadores domésticos, tanto en los países desarrollados, como en vías de desarrollo¹¹. En el año 1970 la OIT publicó el primer estudio relativo a la condición de los trabajadores domésticos en el mundo, en el que se puso de manifiesto que los trabajadores domésticos estaban «especialmente desprovistos de protección jurídica y social, sujetos a la explotación», haciéndose caso omiso durante mucho tiempo en la mayor parte de los países de sus «intereses legítimos y bienestar». A su vez, en el marco del Programa de Trabajo Decente se contempla también la necesidad de visibilizar y dignificar éste importante sector laboral de la economía.

En definitiva, todas estas investigaciones constituyeron la base para la futura adopción de un instrumento normativo internacional sobre la regulación del empleo de las trabajadoras y trabajadores domésticos.

De manera paralela, la cuestión de la inclusión de éste colectivo de trabajadores en el ámbito de aplicación de las normas internacionales del trabajo, se planteó ya en las etapas iniciales de la labor de la OIT. Distintos Convenios sobre seguridad social adoptados por la Organización en los decenios de 1920 y 1930 sobre aspectos como el seguro de enfermedad, el de invalidez o el de vejez, estaban específicamente pensados para dar cobertura al “servicio doméstico”. Sin embargo, a medida que la actividad normativa de la OIT fue evolucionando, fueron cada vez más los instrumentos que los excluyeron de su ámbito de aplicación¹². Esta exclusión se debía sobre todo a que las normas se centraban en determinados sectores como el comercio o la industria¹³, entre otros, o a que la norma se limitaba a los trabajadores empleados por “establecimientos”, de forma que dejaba fuera a los trabajadores cuyos empleadores eran particulares u hogares¹⁴.

¹⁰ *Vid.* Actas de las Sesiones de la 31^a Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, Apéndice XVIII, p. 529.

¹¹ *Vid.* el Boletín Oficial de la OIT, julio de 1965, supl. I, pp. 19-20.

¹² Como los relativos a la protección de la maternidad, el trabajo nocturno, los accidentes del trabajo y las horas de trabajo.

¹³ Es el caso de los primeros convenios sobre las horas de trabajo (Convenio n. 1 de 1919 sobre las horas de trabajo (industria) y Convenio n. 30 de 1930 sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas)) o la protección de la maternidad (Convenio n. 3 de 1919 sobre la protección de la maternidad).

¹⁴ M. OELZ, *op. cit.*, pp. 164-165.

Aunque la OIT continuó en ésta línea de adoptar normas para ocupaciones y sectores concretos -tales como los trabajadores en hoteles y restaurantes, los trabajadores portuarios, el personal de enfermería, los trabajadores del transporte por carretera o los trabajadores a domicilio- comenzó a abandonarse la idea de elaborar una norma referida de forma específica a las trabajadoras y trabajadores domésticos. Además, continuaron en aumento los convenios de la OIT con cláusulas que permitían a los Estados ratificantes la exclusión de determinados grupos de trabajadores de su ámbito de aplicación, figurando entre ellos los trabajadores domésticos¹⁵.

Por tanto, lo anteriormente señalado nos lleva a concluir que el conjunto de normas internacionales del trabajo elaboradas por la OIT antes de 2011, solo abordaron las condiciones de los trabajadores domésticos de forma parcial, pues aunque diversos Convenios y Recomendaciones de la OIT se aplicaban de manera formal a las personas trabajadoras del sector doméstico, no tenían en cuenta ni las características específicas de su relación laboral, ni sus especiales necesidades de protección. Una realidad que ha supuesto que estas normas no hayan sido suficientes para ofrecer una buena orientación a los Estados Miembros, de cara a mejorar sus leyes y sus políticas públicas en relación con la regulación normativa del sector laboral del empleo doméstico.

Dicho de otro modo, las normas internacionales del trabajo existentes hasta ese momento, no ofrecían directrices adecuadas sobre la manera de garantizar una protección significativa para las personas trabajadoras del servicio doméstico, ya que, o no trataban el contexto específico en el que se presta este tipo de servicio, o permitían su exclusión explícita. Por este motivo, la decisión de debatir una norma sobre el trabajo decente para las personas empleadas de hogar en la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2010, vino a reconocer que este colectivo de personas trabajadoras es real, y tiene en cuenta el hecho de que la gran mayoría de estas trabajadoras en el mundo globalizado está constituida por mujeres, y de manera muy significativa, por mujeres migrantes. Comenzó a fraguarse así una norma internacional específica para las trabajadoras y trabajadores del servicio doméstico, que para ser eficaz, tendría que reafirmar las garantías con que ya cuenta este colectivo conforme a las normas vigentes

¹⁵ Estas cláusulas de flexibilidad aparecían en normas internacionales que regulaban cuestiones de gran interés para estos trabajadores, como el Convenio n. 131 de 1970 sobre la fijación de salarios mínimos, el Convenio n. 132 de 1970 sobre las vacaciones pagadas (revisado), el Convenio n. 138 de 1973 sobre la edad mínima, el Convenio n. 155 de 1981 sobre seguridad y salud de los trabajadores de 1981 o el Convenio n. 171 de 1990 sobre el trabajo nocturno.

de la OIT, además de reconocer la particularidad de su relación de empleo y de disponer las normas específicas para convertir tales derechos en realidad¹⁶.

4. El Convenio n. 189: breve análisis de sus principales contenidos

4.1. Algunas consideraciones previas

El Convenio 189 y la Recomendación 201 de 2011 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos establecen los ámbitos básicos en los cuales las personas trabajadoras de este sector deberían gozar de protección laboral y social. Así, dicho Convenio estipula las normas mínimas a nivel mundial sin alterar las normas más favorables para este colectivo de personas que puedan existir, tanto en el marco de otros Convenios internacionales sobre el trabajo, como de las propias legislaciones nacionales. Se considera así que el Convenio adopta el valor de las grandes declaraciones de principios al garantizar, respecto a los trabajadores domésticos, la prestación de sus servicios en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana¹⁷.

En definitiva, el Convenio 189 promueve una regulación estatal que garantice para la persona que trabaja al servicio del hogar familiar, condiciones mínimas de trabajo y protección social equiparables al resto de trabajadores, y a su vez, el establecimiento de un sistema de protección judicial y de tutela administrativa que lo permita.

Antes de hacer referencia a algunas de las principales premisas contenidas en el Convenio 189, conviene resaltar de manera previa la especial protección que el Convenio otorga a determinados colectivos. Por un lado, la protección de los niños frente al trabajo doméstico, y por otro lado, la de los trabajadores domésticos migrantes.

Respecto al primero de ellos, la especial preocupación de la OIT por la abolición efectiva del trabajo infantil queda también reflejada en el Convenio 189 y su Recomendación 201, tal y como se desprende del art. 3 del Convenio. Si bien, de manera más concreta el art. 4 presta una especial atención a la protección de los menores de edad, recogiendo dos medidas para ello. En primer lugar, contempla la obligación por parte de los países

¹⁶ OIT, *Trabajo decente para los trabajadores del servicio doméstico. Hacia una nuevas normas internacionales del trabajo*, cit., p. 6.

¹⁷ R. QUESADA SEGURA, *La dignificación del trabajo doméstico. El Convenio nº 189 de la Organización Internacional del Trabajo, 2011*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, n. 27, pp. 2-4.

miembros de fijar una edad mínima acorde con las disposiciones establecidas en dos de los Convenios Fundamentales: el Convenio 138 sobre la edad mínima y el Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, edad que, en todo caso, «no podrá ser inferior a la edad mínima establecida en la legislación nacional para los trabajadores en general». En segundo lugar, los Estados miembros deberán adoptar medidas para asegurar que el trabajo efectuado por los trabajadores domésticos menores de 18 años, pero mayores de la edad mínima para el empleo, no los prive de la escolaridad obligatoria ni comprometa sus oportunidades para acceder a la enseñanza superior o a una formación profesional. Se trata así de impedir que el no acceder a la educación limite sus oportunidades de acceso a otro tipo de empleos más cualificados, y no queden abocados al trabajo doméstico durante su vida.

Respecto a la protección de los trabajadores domésticos migrantes, junto a las reglas generales contenidas en el texto del Convenio, se establecen ciertas reglas dirigidas de forma explícita a la protección del citado colectivo, recogidas en el art. 8 y en el art. 15¹⁸. La primera disposición establece una serie de medidas que deberán adoptar los Estados miembros dirigidas a garantizar un sistema de protección contra el fraude, la trata de personas y las prácticas abusivas. La principal medida para ello es el deber de que las legislaciones nacionales garanticen la existencia real de un contrato de trabajo que incluya las condiciones de empleo señaladas en el art. 7. Por su parte, el art. 15 recoge un conjunto de medidas contra las prácticas abusivas que puedan realizar las agencias de empleo privadas. Para ello, el Convenio obliga a los Estados miembros a adoptar medidas dirigidas a determinar las condiciones de funcionamiento de las mismas, así como a garantizar que se establezcan mecanismos y procedimientos de control que eviten presuntos abusos y prácticas fraudulentas. Estas disposiciones se ven reforzadas, a su vez, en el párrafo 26 de la Recomendación 201.

Al hilo de estas consideraciones, resulta de especial interés resaltar que el Convenio 189 recoge de manera clara en su misma denominación la existencia de una perspectiva de género que impregna todo su contenido, como no podía ser de otro modo, pues habla de “las trabajadoras y los trabajadores domésticos” y reconoce, como acabamos de señalar en los párrafos anteriores, que el trabajo doméstico lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de

¹⁸ Ampliamente en R.C. OLIVEIRA DO PRADO, *El Convenio 189 de la OIT sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos: antecedentes y efectos respecto de las trabajadoras domésticas migrantes*, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2012, pp. 125-134.

comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos¹⁹.

4.2. Ámbito de aplicación

El art. 2.1 del Convenio 189 de la OIT establece un carácter universal del mismo, al señalar que «se aplica a todos los trabajadores domésticos». Contiene, por tanto, una declaración de extensión globalizada, si bien, admite determinadas excepciones. Se pretende así contrarrestar la deficiente cobertura ofrecida a este colectivo de personas trabajadoras en otras normas internacionales del trabajo.

Respecto a las excepciones, el art. 2.2 contempla la posibilidad de que los Estados que ratifiquen este Convenio puedan excluir de su ámbito de aplicación de forma total o parcial a determinadas categorías de trabajadores domésticos.

Las categorías de trabajadores que pueden ser parcial o totalmente excluidos son las siguientes: en primer lugar, aquellas para las que esté previsto otro tipo de protección que al menos sea equivalente. Parece que se refiere a aquellas categorías que por su especialización puedan ser objeto de un régimen específico (por ejemplo los chóferes de coches particulares). En segundo lugar, aquellas categorías limitadas de trabajadores respecto de las cuales se planteen problemas especiales de carácter sustantivo. Si bien se deja en este caso un amplio margen de acción a los Estados ratificantes, el art. 2.3 viene a contrarrestar un poco ésta facultad, pues establece que todo Miembro que se acoja a esta opción, en la primera memoria relativa a la aplicación del Convenio que presente, debe indicar toda categoría particular de trabajadores excluidos en virtud de ésta posibilidad, así como las razones de tal exclusión, y en las memorias subsiguientes, deberá especificar todas las medidas que se hayan podido adoptar con el fin de extender la aplicación del Convenio a los trabajadores interesados.

Por otro lado, de acuerdo con el art. 1, la expresión “trabajador doméstico” designa a toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo, y la expresión “trabajo doméstico” como aquel trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos. Esta definición se complementa con la exclusión contenida en el apartado c) de dicho

¹⁹ C. GRAU PINEDA, *op. cit.*, p. 68.

precepto, al puntualizar que aquella persona que realice trabajo doméstico «únicamente de forma ocasional o esporádica, sin que este trabajo sea una ocupación profesional, no se considerará trabajador doméstico».

De ambas definiciones y de la exclusión referida, se deducen las notas que caracterizan el contrato de trabajo doméstico de acuerdo a la norma internacional. Por un lado, la prestación debe realizarse “en el marco de una relación de trabajo”, por tanto, de una relación profesional. Ello implica que deben darse las notas generales que caracterizan la relación de trabajo por cuenta ajena: voluntariedad, ajenidad, retribución y dependencia. Esto supone dejar fuera del ámbito de aplicación del Convenio 189 las relaciones de trabajo en las que falte alguno de los presupuestos configuradores de su naturaleza jurídico laboral²⁰. Por otro lado, el trabajo se debe de prestar “en un hogar u hogares o para los mismos”. Podría entenderse así que queda fuera de su ámbito de aplicación la relación laboral concertada por personas jurídicas, aunque su objeto sea la prestación de labores domésticas, teniendo en cuenta que la referencia se hace siempre al representante de un hogar familiar, tratándose por tanto de una persona física.

4.3. Un reconocimiento a los derechos de representación: libertad sindical y de asociación y negociación colectiva

El art. 3 del Convenio 189 reconoce para los trabajadores domésticos un conjunto de derechos de representación que son fundamentales en el trabajo. Para ello, insta a los Estados miembros para que adopten medidas encaminadas a respetar, promover y hacer realidad la libertad de asociación y la libertad sindical, así como el derecho de negociación colectiva. Ello implica, de acuerdo con el apartado tercero del citado precepto, que los Estados deben proteger el derecho tanto de los trabajadores, como de los empleadores de este sector a constituir las organizaciones, federaciones y confederaciones que estimen convenientes, así como el derecho a afiliarse libremente.

A pesar de este reconocimiento que supone un impulso a la dignificación del sector, cabe recordar que en la mayoría de los países la organización colectiva y la representación de trabajadores y empleadores de dicho ámbito no han sido significativas, por ello, estas disposiciones son especialmente trascendentales, puesto que en este tipo de contrato ha

²⁰ R. QUESADA SEGURA, *op. cit.*, p. 7. Quedan así excluidos los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad.

primado la naturaleza individualista basada esencialmente en la voluntad de las partes, en especial, la voluntad del titular del hogar familiar, con un amplio margen de libertad para la fijación de las condiciones de trabajo. En esta misma línea, otras disposiciones del Convenio establecen la necesidad de mantener consultas con estas organizaciones de representación para la aplicación de políticas dirigidas a la promoción del trabajo decente para este colectivo de trabajadores (arts. 2.2, 13.2, 15.2 y 18).

4.4. Limitación del tiempo de trabajo

Suele ser habitual que los empleados domésticos queden excluidos de las disposiciones legislativas relativas al tiempo de trabajo aplicables al resto de trabajadores. Por ello, resulta de especial relevancia que el texto del Convenio contemple la necesidad de incluir unos límites razonables para las horas de trabajo, así como unos períodos de descanso también adecuados.

En relación al tiempo de trabajo, el art. 10.1 contempla la necesidad de aplicar medidas de igualdad en relación a las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los períodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas. El precepto permite, sin embargo, la aplicación de estas medidas con diferentes grados de intensidad, pues añade que las mismas deben aplicarse «en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, teniendo en cuenta además las especiales características del trabajo doméstico».

Por este motivo, los apartados segundo y tercero del art. 10 introducen dos reglas básicas para que, pese a las posibles singularidades introducidas en la regulación de esta relación laboral por parte de los países, se garanticen unos derechos mínimos. Por un lado, asegurar que el periodo de descanso semanal sea de al menos 24 horas consecutivas. Por otro lado, que los períodos durante los cuales los trabajadores no disponen libremente de su tiempo pero deben permanecer a disposición del hogar para responder a posibles requerimientos de sus servicios, «sean considerados como horas de trabajo, en la medida en que se determine en la legislación nacional o en convenios colectivos o con arreglo a cualquier otro mecanismo acorde con la práctica nacional». En este sentido, la Recomendación 201 recoge en su párrafo 9 algunas sugerencias en cuanto a la reglamentación de estos períodos de disponibilidad laboral, por ejemplo, el establecimiento de un número de horas máximo y la indicación de cómo se han de remunerar.

Respecto a los trabajadores domésticos que residen en el hogar familiar donde prestan sus servicios y de acuerdo con el art. 9.2, no están obligados a permanecer en el mismo o a acompañar a miembros del hogar durante los períodos de descanso diarios y semanales o durante las vacaciones anuales.

4.5. La remuneración de los servicios prestados

Con el fin de alcanzar una equiparación en materia retributiva respecto a otros trabajadores por cuenta ajena, el Convenio lo aborda desde una doble vertiente, por un lado, la garantía de un salario mínimo, y por otro lado, la limitación del pago en concepto de prestaciones en especie.

En relación a la garantía del salario mínimo, el art. 11 señala que todo Estado miembro «deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos se beneficien de un régimen de salario mínimo, allí donde ese régimen exista». Se introduce así un derecho retributivo de carácter mínimo necesario en un sector caracterizado precisamente por su baja remuneración, si bien es un derecho difícil de garantizar, especialmente en aquellos países donde no existe un salario mínimo establecido²¹.

Respecto a la limitación del salario en especie, el art. 12.2 viene a proclamar una equiparación del pago en concepto de prestaciones en especie respecto al resto de los trabajadores, con el fin de que no se aplique un régimen menos favorable. Para ello, el precepto introduce algunas precisiones para garantizar su cumplimiento. En primer lugar que los pagos en especie se hagan con el acuerdo del trabajador. En segundo lugar, que el salario en especie proporcionado por el empleador se destinen al uso y beneficio personal del trabajador, atribuyéndoles un valor monetario justo y razonable. Debe existir por tanto una proporción adecuada entre la cantidad descontada del salario en metálico y la remuneración en especie recibidas por el trabajador. Se trata de una cuestión sin duda de trascendencia en un sector donde tradicionalmente el alojamiento y la manutención de los empleados han representado una proporción muy elevada del salario, lo que ha supuesto una forma encubierta de reducir el salario en metálico de los mismos²².

Finalmente, el art. 12.1 establece un conjunto de garantías dirigidas a

²¹ Ampliamente en M. OELZ, *Remuneración en el trabajo doméstico*, OIT – Nota de información sobre trabajo doméstico, 2011, n. 1.

²² R. VELA DÍAZ, *Empleo, trabajo y protección social de las mujeres extranjeras en España: un enfoque de género de la política migratoria*, Comares, 2014, pp. 267-270.

asegurar al trabajador el cobro efectivo de la retribución, mediante el cumplimiento de una serie de condiciones por parte del empleador. Para ello se establecen una serie de pautas sobre la forma y el tiempo de pago, así como sobre el medio de pago del salario. No se establece, sin embargo, ninguna regla de garantía en cuanto a la documentación del abono del salario.

4.6. Derecho a la seguridad y salud en el trabajo

El art. 13.1 señala que de conformidad con la legislación y práctica nacionales, los Estados miembros tienen la obligación de adoptar medidas eficaces para asegurar la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito doméstico. Medidas que en virtud del art. 13.2 podrán aplicarse de manera progresiva por los países ratificantes, en consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores.

La disposición reconoce que las medidas de seguridad y salud en el trabajo que se adopten se deberán adaptar a «las características específicas del trabajo doméstico», por tanto, deben adaptarse a las labores realizadas en el hogar, teniendo en cuenta los posibles riesgos y peligros asociados a dichas labores. Dado que el contenido del citado precepto presenta algunas carencias, la Recomendación 201 viene a suplirlas en los siguientes términos: instando a los Estados a identificar esos riesgos y peligros, con el fin de eliminarlos o reducirlos al mínimo para prevenir accidentes y enfermedades; recomendando el establecimiento de un sistema de inspección y de sanciones adecuado en caso de infracción de la legislación laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo; y por último, proponiendo la realización de reconocimientos médicos a los trabajadores domésticos respetando el principio de confidencialidad y privacidad de los mismos²³.

4.7. Los derechos de Seguridad Social

Una de las principales dificultades en el ámbito del empleo doméstico es sin duda conseguir un sistema de protección social adecuado y con carácter universal. Para ello, el art. 14.1 del Convenio 189 recoge una disposición decisiva y esencial en los siguientes términos: «Todo Miembro, teniendo debidamente en cuenta las características específicas

²³ §§ 19 y 4 de la Recomendación OIT n. 201.

del trabajo doméstico y actuando en conformidad con la legislación nacional, deberá adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad».

Puesto que el hacer efectivo este principio pueda requerir un tiempo, el art. 14.2 permite una aplicación progresiva de estas medidas de seguridad social reconocidas, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores y con las organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y de sus empleadores, cuando tales organizaciones existan.

Aunque la mayor o menor cobertura de seguridad social va a depender de los riesgos sociales previstos en las legislaciones nacionales, la acción protectora en este ámbito debe de abarcar un conjunto de prestaciones, especialmente las derivadas de la maternidad por tener una mención expresa en el texto del Convenio, aunque también deberían garantizarse la asistencia sanitaria, la jubilación, la incapacidad, la protección familiar, etc., teniendo en cuenta a su vez, las prestaciones que puedan derivarse de contingencias profesionales.

En definitiva, lograr una cobertura efectiva de seguridad social para los empleados domésticos plantea un importante desafío para esta Norma. Un reto que la OIT debe también trasladar a las legislaciones nacionales impulsando que las mismas pongan en marcha procedimientos administrativos simplificados, campañas de información, incentivos fiscales, que pueden constituir instrumentos eficaces para reducir la informalidad en este sector y ampliar así la cobertura de seguridad social²⁴.

4.8. Tutela judicial y tutela administrativa

El reconocimiento del derecho del trabajador doméstico para acceder a los tribunales en igualdad de condiciones que las previstas para los demás trabajadores contenido en el art. 16, constituye una de las garantías de mayor relevancia recogidas en esta norma internacional. El precepto proclama que todo Estado miembro debe adoptar las medidas oportunas de conformidad con la legislación y la práctica nacionales para asegurar que los trabajadores domésticos tengan acceso al ámbito protector judicial

²⁴ Por su especial trascendencia, véase una ampliación de las recomendaciones de la OIT en materia de Seguridad Social en el § 20 de la Recomendación n. 201.

existente. Por tanto implica el acceso, bien a la jurisdicción social en aquellos Estados donde exista esta especialización, bien a la tutela judicial general. Incluso contempla la posibilidad de acceso a las vías extrajudiciales de resolución de conflictos laborales.

Por otro lado y en relación a la tutela administrativa, el art. 17 plantea la obligación de que todo Estado Miembro debe establecer mecanismos de queja y medios eficaces y accesibles para asegurar el cumplimiento de la legislación nacional relativa a la protección de los trabajadores domésticos. Igualmente debe formular y poner en práctica medidas relativas a la inspección de trabajo, la aplicación de las normas y las sanciones, prestando debida atención a las características especiales del trabajo doméstico, en conformidad con la legislación nacional. A este respecto, el citado precepto matiza que se deben especificar las condiciones en base a las cuales se podrá autorizar el acceso al domicilio del hogar, dentro del respeto a la privacidad.

5. Bibliografía

GRAU PINEDA C., *De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos*, en *Lex Social*, 2019, vol. 9, n. 2

ILO, *Domestic workers across the world: Global and regional statistics and the extent of legal protection*, 2013

MIÑARRO YANINI M., *Formas esclavas de trabajo y servicio del hogar familiar: delimitación conceptual, problemática específica y propuestas*, en *Relaciones Laborales*, 2014, n. 10

OELZ M., *El Convenio y la Recomendación de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Una oportunidad para la justicia social*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2014, vol. 133, n. 1

OELZ M., *Remuneración en el trabajo doméstico*, OIT – Nota de información sobre trabajo doméstico, 2011, n. 1

OIT, *Protección social del trabajo doméstico. Tendencias y estadísticas*, Documentos de Política de Protección Social, 2016, n. 16

OIT, *Los trabajadores domésticos en el mundo: estadísticas mundiales y regionales y alcance de la protección jurídica. Resumen Ejecutivo*, 2013

OIT, *Trabajo decente para los trabajadores del servicio doméstico. Hacia una nuevas normas internacionales del trabajo*, en *Trabajo*, 2010, n. 68

OIT, *Situación y condiciones de empleo de los trabajadores domésticos en los hogares privados: Estudio de la OIT*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 1970, vol. 82, n. 4

OLIVEIRA DO PRADO R.C., *El Convenio 189 de la OIT sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos: antecedentes y efectos respecto de las trabajadoras domésticas migrantes*, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2012

QUESADA SEGURA R., *La dignificación del trabajo doméstico. El Convenio nº 189 de la Organización Internacional del Trabajo*, 2011, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, n. 27

VELA DÍAZ R., *Empleo, trabajo y protección social de las mujeres extranjeras en España: un enfoque de género de la política migratoria*, Comares, 2014

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a
redaccion@adaptinternacional.it



ADAPT **Internacional.it**

Construyendo juntos el futuro del trabajo