

# 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

**Lourdes Mella Méndez**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Santiago de Compostela*

## Extracto

Este estudio analiza el impacto de algunos de los más importantes convenios de la OIT sobre retribución, tiempo de trabajo, seguridad y salud y terminación del contrato en el ordenamiento laboral español. En general, las garantías previstas en los convenios y recomendaciones de la OIT son respetadas por nuestro Estatuto de los Trabajadores (ET) e, incluso, mejoradas en muchos aspectos. Así, en cuanto a los salarios, se observan las reglas que limitan el pago en especie o garantizan la libertad del trabajador de disponer de su retribución de la manera que estime conveniente, así como un sistema de salario mínimo justo o medidas de protección de los créditos laborales para su cobro preferente o a través de una institución de garantía. En cuanto al tiempo de trabajo, si bien el número de horas de jornada laboral en nuestro ET está por debajo del permitido por la OIT, otros aspectos son mejorables, como el de las horas extraordinarias voluntarias y su retribución sin recargo obligatorio. Por lo que se refiere al descanso mínimo semanal de 24 horas cada periodo de 7 días, fijado en los convenios de la OIT (y mejorado en medio día por el ET), cabe reflexionar sobre su dificultad de cumplimiento en determinados sectores profesionales (hostelería, comercio), tal y como denuncian los sindicatos. Por lo demás, nuestro ordenamiento cumple sobradamente con las prescripciones de la OIT en materia de seguridad y salud, lo que resulta discutible que se pueda asegurar con igual determinación en materia de seguridad en el empleo, especialmente en la defensa previa frente al despido de un trabajador ordinario.

**Palabras clave:** convenios; retribución; tiempo de trabajo; seguridad y salud; terminación del contrato.

Fecha de entrada: 03-04-2019 / Fecha de aceptación: 03-04-2019

**Cómo citar:** Mella Méndez, L. (2019). 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. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 434, 57-95.



# The impact of ILO conventions related to salary, working time, health and safety and termination of the employment contract in Spanish law: critical issues

Lourdes Mella Méndez

## Abstract

This paper analyses the impact of some of the most important ILO conventions on pay, working time, safety and health and termination of the contract in the Spanish labour law. In general, the guarantees provided for in the ILO conventions and recommendations are respected by our Worker's Statute (WS) and even improved in many aspects. Thus, regarding salaries, the rules limiting payment in kind or guaranteeing the worker's freedom to dispose of his remuneration in the manner he deems appropriate, as well as a fair minimum wage system or measures to protect labour credits for preferential collection or through a guarantee institution are observed. Regarding working time, although the number of working hours in our WS is below that allowed by the ILO, other aspects can be improved, such as voluntary overtime and its compensation without mandatory surcharge. As regards the minimum weekly rest of twenty-four hours each seven-day period, fixed in the ILO conventions (and improved by the WS in half a day), it is worth reflecting on its difficulty of compliance in certain professional sectors (hostelry, trade), as the trade unions denounce. For the rest, our legal framework more than meets the requirements of the ILO in terms of safety and health, which is arguable that it can be ensured with equal determination in terms of job security, especially in the previous defence of an ordinary employee against the disciplinary dismissal.

**Keywords:** conventions; salary; working time; health and safety; termination of the contract.

**Citation:** Mella Méndez, L. (2019). The impact of ILO conventions related to salary, working time, health and safety and termination of the employment contract in Spanish law: critical issues. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 434, 57-95.





## Sumario

1. Convenios sobre retribución
  2. Convenios sobre tiempo de trabajo
    - 2.1. Convenios sobre jornada laboral
    - 2.2. Convenios sobre descansos mínimos
  3. Convenios sobre seguridad y salud en el trabajo
    - 3.1. Sobre el Convenio núm. 155 (1981), de 22 de junio, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo
    - 3.2. Sobre el Convenio núm. 187 (2006), de 15 de junio, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo
  4. Convenios sobre seguridad en el empleo: el Convenio núm. 158 (1982), de 22 de junio, sobre la terminación de la relación de trabajo
- Referencias bibliográficas

**Nota:** este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación del MINECO (España) titulado «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).

Unas primeras palabras para agradecer la invitación del equipo director de la prestigiosa *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* a participar en este número especial dedicado a reflexionar sobre el impacto de la normativa de la OIT en el ordenamiento español. Dada la limitación de espacio impuesta y la amplitud de los bloques temáticos asignados, el enfoque seguido por la autora debe limitarse, necesariamente, a analizar algunos puntos críticos sobre los convenios más importantes en aquellos.

## 1. Convenios sobre retribución

En relación con los salarios y, en concreto, su protección, cabe destacar tres grandes convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): el Convenio núm. 95 (1949), sobre la protección del salario; el Convenio núm. 131 (1970), relativo a la fijación de salarios mínimos; y el Convenio núm. 173 (1992), sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador.

El Convenio núm. 95 OIT se dirige a proteger el salario con una serie de prescripciones mínimas, que, hoy en día, forman parte de su régimen jurídico en la mayoría de los países que lo han ratificado, incluido el nuestro. Para este convenio, el salario se define 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 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 (art. 1 convenio).

De manera similar, el ordenamiento español considera salario:

[...] la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo (art. 26.1 ET).

Llama aquí la atención la referencia a estos periodos de descanso que, en cuanto forman parte de la jornada laboral<sup>1</sup>, también son remunerados. Como principales garantías del salario, cabe comentar las siguientes:

1. La preferencia por un sistema de pago en efectivo y moneda de curso legal, prohibiéndose el pago con pagarés, vales, cupones o en cualquier otra forma que se considere representativa de aquella moneda. Con todo, la autoridad nacional puede permitir el pago del salario por cheque contra un banco o por giro postal, cuando las circunstancias lo aconsejen o el trabajador preste su consentimiento (art. 3 convenio). En este sentido, nuestro ET prevé que el empresario podrá efectuar el pago «en moneda de curso legal o mediante cheque u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito, previo informe al comité de empresa o delegados de personal» (art. 29.4 ET).
2. Las limitaciones al pago del salario en especie. Así, se establece que, por un lado, las prestaciones en especie deben ser apropiadas al uso personal del trabajador y su familia, redundando en su beneficio, lo que impide el utilizar como medio de pago las «bebidas espirituosas» o las «drogas nocivas». Por otro lado, el valor atribuido a estas prestaciones debe ser «justo y razonable» (art. 4 convenio). Cumpliendo con esta última exigencia, el derecho español establece dos reglas: a) en ningún caso, «el salario en especie podrá superar el 30 % de las percepciones salariales del trabajador»; y b) aquel no puede aminorar «la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional» (art. 26.1, párr. 2.º, ET)<sup>2</sup>; por lo que dicha cuantía debe percibirse en dinero en su totalidad (García y Burriel, 2014). Como nada se indica sobre la prohibición del uso de determinados bienes para el pago en especie, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR)<sup>3</sup> solicitó, en 2007, al Gobierno que indicase las medidas (diferentes de las disposiciones de la legislación fiscal) adoptadas para garantizar que, cuando se pague en especie, las prestaciones usadas sirvan para el uso personal y sean de interés del trabajador, y que el valor que se les atribuya sea justo y razonable. Además, se incide especialmente en la necesidad de aclarar si las disposiciones legales prohíben el pago del salario con bebidas alcohólicas o drogas nocivas, a la vez que se pide una copia de los convenios colectivos en vigor que permiten el pago parcial del salario en especie, así como sentencias judiciales sobre este asunto.

<sup>1</sup> *Vid.* el segundo epígrafe de este estudio.

<sup>2</sup> Disposición adicional vigésima tercera de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. El artículo 8.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, reitera la primera regla para estos trabajadores.

<sup>3</sup> Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2007, Publicación: 97.ª reunión CIT (2008).

El Gobierno contesta que las dos reglas indicadas sobre el salario mínimo suponen un marco normativo más protector que el previsto en el Convenio núm. 95 OIT<sup>4</sup>. Asimismo, se añade que, aunque la legislación laboral no contiene disposiciones relativas a la valoración del salario en especie, la prestación en especie que reciba el trabajador ha de ser siempre cuantificable en términos monetarios. Para ello, los empresarios y los jueces acuden a las reglas de valoración del trabajo en especie de la legislación relativa al impuesto sobre la renta de las personas físicas, que sigue el criterio del valor de la prestación en el mercado. El Gobierno añade que, en todo caso, el valor asignado o convenido entre empresario y trabajador deberá ser razonable y útil para satisfacer las necesidades de la persona y de su familia, incrementando su patrimonio personal. En caso contrario, se trataría de retribuciones de carácter extrasalarial, como las percepciones por concepto de ayuda escolar y guarderías o de ayuda de comidas, que el artículo 26.2 del ET expresamente excluye del concepto de salario. Por último, el Gobierno confirma que, aunque no existe ninguna disposición legal que, expresamente, prohíba el pago del salario con bebidas alcohólicas o drogas nocivas, a la vista de lo recién expuesto, cabe concluir que estas sustancias no reúnen los requisitos para ser aceptadas como prestaciones salariales en especie<sup>5</sup>.

Con posterioridad (en 2017), el Gobierno español envió su memoria anual sobre la aplicación de este Convenio núm. 95 OIT, incluyendo su respuesta a observaciones realizadas previamente por los sindicatos y los empresarios sobre el salario en especie. La Comisión de Expertos toma nota de la indicación de CC.OO. relativa a que la percepción del salario en especie resulta compleja y problemática, y, a veces, es difícil determinar el valor de lo percibido, lo que incrementa la judicialización del asunto, principalmente en demandas por despido a efectos de calcular la indemnización correspondiente<sup>6</sup>. A efectos de determinar el valor en metálico de las prestaciones en especie, los jueces acuden a la legislación relativa al impuesto sobre la renta de las personas físicas, lo que la Comisión de Expertos puede comprobar en las diversas sentencias enviadas junto con la memoria.

3. La libertad del trabajador para disponer de su salario en la manera que estime conveniente. Así, se exige que el empresario pague directamente aquel al trabajador, salvo indicación en contrario (art. 5 Convenio núm. 95 OIT), y que no coarcte su libertad de disposición sobre tal cuantía en modo alguno (art. 6 Convenio núm. 95 OIT). En este sentido, de existir economato en la empresa, no se le podrá obligar a hacer uso del mismo, pero, si dicho uso resulta necesario (por no existir otros servicios similares cerca), las mercancías y servicios prestados deben ofre-

<sup>4</sup> Cfr. Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2012, Publicación: 102.<sup>a</sup> reunión CIT (2013).

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2018, Publicación: 108.<sup>a</sup> reunión CIT (2019).

cerse a precios justos y razonables, pues el mencionado economato no debe explotarse con el fin de obtener un lucro, sino en beneficio de los trabajadores (art. 8 Convenio núm. 95 OIT). En este punto, la CEACR solicitó al Gobierno español información sobre la adopción de medidas para garantizar que las mercancías y servicios suministrados por el empleador lo sean a precios justos y razonables<sup>7</sup>. La respuesta aclara que la actual normativa española cumple las exigencias de la OIT, pues los precios de venta en los economatos laborales son los de costo, pudiendo añadir solamente los correspondientes al precio de adquisición, gastos de transportes y arbitrios municipales y provinciales. Se excluyen los gastos de administración de locales, ya que dicha administración es a cargo de la empresa, quien debe anticipar los medios económicos para su desenvolvimiento. Cuando los economatos son colectivos, las cargas se reparten de forma proporcional dependiendo del número de trabajadores de cada empresa<sup>8</sup>.

4. La fijación de reglas claras y favorables para el trabajador sobre tiempo y lugar de pago del salario. El tiempo de pago debe ser a intervalos regulares, determinados por la legislación nacional, contrato colectivo o laudo arbitral. De manera similar, cuando termine el contrato, el ajuste final de los salarios debidos al trabajador debe hacerse dentro de un plazo razonable (art. 12.1 y 2 Convenio núm. 95 OIT). Nuestro ordenamiento cumple con esta garantía, al menos en lo relativo a la regularidad, en cuanto el artículo 29.1, párrafo primero, del ET establece que la liquidación y el pago del salario se harán puntualmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres, sin que el periodo de tiempo para abonar «las retribuciones periódicas y regulares» pueda «exceder de 1 mes». Además, se realizan continuos controles por la Inspección de Trabajo para evitar las infracciones en materia de salarios, que, en la mayoría de los casos, consisten en situaciones de impago total o parcial o retraso en el pago, debido, generalmente, a la falta de liquidez de las empresas en crisis<sup>9</sup>. Con todo, una gran parte de los contenciosos en materia de salario no son tratados por los servicios de la Inspección de Trabajo, sino directamente por los tribunales laborales. La Comisión de Expertos solicita, en 2012, al Gobierno que siga luchando contra ese tipo de infracciones, y, asimismo, proporcione información sobre la aplicación del Convenio núm. 95 OIT en este punto, incluyendo el número y resultado de las actividades de la Inspección de Trabajo y sentencias de los tribunales<sup>10</sup>. Dicha petición se reitera en

<sup>7</sup> Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2007, Publicación: 97.ª reunión CIT (2008).

<sup>8</sup> Cfr. Decreto de 21 de marzo de 1958, Decreto 1830/1962, de 5 de julio, Decreto 1019/1963, de 2 de mayo, Real Decreto 2396/1976, de 1 de octubre, Real Decreto 1883/1978, de 26 de julio, y Real Decreto 762/1979, de 4 de abril.

<sup>9</sup> La Comisión toma nota de que, de 2007 a 2011, el número de visitas de inspección aumentó un 7,23 %, mientras que el número de infracciones observadas en ese periodo aumentó el 101,79 %, el importe de las sanciones impuestas se incrementó en un 165 % y el número de trabajadores afectados aumentó un 425,89 %.

<sup>10</sup> Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2012, Publicación: 102.ª reunión CIT (2013).

2018, con el matiz de que también se incluya información sobre los mecanismos que, desde 2012, se hayan establecido para resolver, de manera ágil, las reclamaciones salariales en los referidos tribunales<sup>11</sup>. Asimismo, se recaba información sobre las diversas campañas de inspección que tienen una incidencia directa en el control de los salarios, como son las dirigidas a la vigilancia de la contratación a tiempo parcial, horas extraordinarias y subcontratación y cesión ilegal.

Respecto de la necesidad de que el ajuste final de los salarios se haga en un plazo razonable tras la extinción del contrato (art. 12.2 convenio), la CEACR también solicitó (en 2007) al Gobierno datos sobre las disposiciones legales o de otro tipo que prevén el ajuste final de los salarios debido dentro de ese plazo<sup>12</sup>. En este punto, el artículo 49.2 del ET establece que «el empresario, con ocasión de la extinción del contrato, al comunicar a los trabajadores la denuncia, o, en su caso, el preaviso de la extinción del mismo, deberá acompañar una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas», denominado finiquito. Como se aprecia, la norma española mejora el convenio OIT, al exigir que la citada propuesta ya acompañe la comunicación de la denuncia o preaviso de extinción. Con todo, será importante que, finalmente, el pago efectivo de lo debido se haga en un plazo razonable.

Por lo demás, el artículo 13.1 del Convenio núm. 95 OIT prevé que el pago del salario en efectivo se haga los días laborables y en el lugar de trabajo u otro próximo, a menos que otros se consideren más adecuados. Asimismo, en su número 2, se prohíbe expresamente el pago del salario en tabernas y establecimientos similares, incluido en tiendas y centros de distracción, excepto para las personas allí empleadas. Todo ello con el fin (un poco paternalista) de proteger al trabajador de caer en la tentación de un mal uso de su salario. Como se apuntó, en nuestro ordenamiento, la liquidación y el pago del salario se harán puntualmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres (art. 29.1 ET). Con todo, la CEACR toma nota de que la actual regulación ya no prevé (a diferencia de la anterior) que el pago: a) deba realizarse durante la jornada laboral o inmediatamente después, y en el lugar de trabajo, y b) no pueda tener lugar durante los días de descanso o en los lugares de ocio, bares, cafeterías o tiendas. La Comisión muestra su preocupación al respecto y solicita al Gobierno español que indique las medidas adoptadas para garantizar la aplicación del convenio en este punto<sup>13</sup>. La modificación de la legislación española obedece al hecho de que, hoy en día, lo habitual es el pago por transferencia bancaria.

<sup>11</sup> Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2018, Publicación: 108.ª reunión CIT (2019).

<sup>12</sup> Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2007, Publicación: 97.ª reunión CIT (2008).

<sup>13</sup> *Ibid.*

En otro orden de cosas, el artículo 1 del Convenio núm. 131 (1970) deja claro que los Estados miembros que lo ratifiquen deben establecer, de acuerdo con las organizaciones representativas de empresarios y trabajadores, «un sistema de salarios mínimos que se aplique a todos los grupos de asalariados». Los salarios mínimos, que «tendrán fuerza de ley» y «no podrán reducirse» (art. 2.1 convenio), deben fijarse teniendo en cuenta, en la medida de lo posible: 1) las necesidades de los trabajadores y de sus familias, habida cuenta del nivel general de salarios en el país, el costo de vida, las prestaciones de Seguridad Social y el nivel de vida relativo de otros grupos sociales; y 2) los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo (art. 3 convenio).

El ordenamiento español cumple con estas reglas al prever el artículo 27 del ET que: 1) el Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, anualmente, el salario mínimo interprofesional (SMI), de acuerdo con el índice de precios de consumo (IPC), la productividad media nacional alcanzada, el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional y la coyuntura económica general; 2) cabe una revisión semestral cuando no se cumplan las previsiones sobre el citado índice de precios, la cual no afectará a la estructura ni cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel; y 3) el SMI, en su cuantía, es inembargable.

Un tema polémico en nuestro ordenamiento, y sobre el que se pronunció la CEACR en diversas ocasiones, fue el de la congelación y escasa cuantía del SMI durante los peores años de la crisis económica. Tras 6 años de incrementos superiores al crecimiento del IPC, el Gobierno justifica, en 2012, la necesidad de congelar dicho salario en el hecho de que, si bien el número de trabajadores afectados directamente por su cuantía es reducido, el aumento de cada punto porcentual del SMI supone un impacto general en los salarios de unos 57 millones de euros sobre el presupuesto del Estado, debido a la relación directa entre dicha cuantía y la base mínima de cotización a la Seguridad Social. La CEACR considera, entonces, que la crisis económica no puede servir de excusa para renunciar al objetivo de un salario mínimo que corresponda al 60 % del salario medio, el porcentaje considerado equitativo por la Carta Social Europea. La citada Comisión espera que el Gobierno se esfuerce en tener en cuenta las necesidades de los trabajadores y de sus familias (y no solo los objetivos de política económica) en los próximos reajustes anuales del salario mínimo y negocie, en igualdad, con los interlocutores sociales sobre este asunto<sup>14</sup>.

Con todo, la posición del Gobierno español de contención de la subida del SMI fue apoyada, en cierta manera, por la Organización Internacional de Empleadores (OIE) y la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), las cuales enviaron comentarios a la CEACR en julio de 2013, y esta se los reenvió al mencionado Gobierno. La OIE y la CEOE,

<sup>14</sup> Observación (CEACR) - Adopción: 2012, Publicación: 102.ª reunión CIT (2013).

por un lado, ratifican la idea del Gobierno de la conexión del SMI con la base de referencia utilizada para el cálculo de las cotizaciones a la Seguridad Social, afectando, por tanto, a la parte de esas cotizaciones a cargo de los empleadores. Por otro lado, aquellas destacan que, aunque el SMI solo afecta los trabajadores sin convenio colectivo, un aumento del mismo puede conducir a demandas generalizadas de incrementos salariales, a elevaciones del umbral del coste laboral con fines de negociación colectiva y a ejercer una presión salarial al alza en muchas categorías de trabajadores. Así las cosas, las organizaciones empresariales terminan recordando la necesidad de ser consultadas antes de aprobar nuevas subidas del SMI. El Gobierno responde que el artículo 27 del ET obliga a consultar tanto a dichas organizaciones de empleadores como a las de los trabajadores antes de fijar el salario mínimo<sup>15</sup>.

Pasados los peores años de la crisis económica en España, se retoman los incrementos del SMI, por ejemplo, en un 1, 8, 4 y 22,3% en 2016, 2017, 2018 y 2019, respectivamente, llegando a los actuales 900 euros. En 2017, el Gobierno informa a la CEACR de que, para determinar la nueva cuantía, se toma en cuenta la mejora de las condiciones generales de la economía, lo que favorece, también, su competitividad, acompasando así la evolución de los salarios con el proceso de recuperación del empleo. Para la CEOE y la OIE, este incremento puede tener efectos negativos en cuanto al acceso al mercado laboral. Sin embargo, para CC.OO. y UGT, a pesar de esos incrementos (al menos, hasta 2017), el SMI seguía estando por debajo de los niveles requeridos por la justicia social. La CEACR sigue insistiendo en que la participación de los interlocutores sociales en la fijación del salario mínimo sea real y no se limite a un mero trámite, con el fin de atender a todos los intereses<sup>16</sup>.

Finalmente, cabe referirse –aun brevemente– al Convenio núm. 173 (1992), sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, cuyo artículo 1 aclara que el término «insolvencia» designa aquellas situaciones en las que se abre «un procedimiento relativo a los activos de un empleador, con objeto de pagar colectivamente a sus acreedores» (art. 1.1). Ahora bien, también puede incluir «otras situaciones en que no puedan pagarse los créditos laborales a causa de la situación financiera del empleador», como sucede cuando el monto de su activo sea insuficiente «para justificar la apertura de un procedimiento de insolvencia» (art. 1.2). En tales casos, los Estados nacionales deben proteger los créditos laborales de los trabajadores por medio de un privilegio (arts. 5 a 8 Convenio núm. 173 OIT) o una institución de garantía (arts. 9 a 13 *ibid.*) o ambas vías. Nuestro ordenamiento laboral regula estas dos vías de protección en los artículos 32 y 33 del ET; en el primero, se listan los créditos laborales para ser cobrados, con preferencia, respecto a los de otros acreedores en situaciones de no concurso; en el segundo, se crea el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), como institución autónoma de garantía que abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario.

<sup>15</sup> Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2013, Publicación: 103.ª reunión CIT (2014).

<sup>16</sup> Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2017, Publicación: 107.ª reunión CIT (2018).

Con todo, los sindicatos españoles enviaron –en 2017– observaciones críticas a la CEACR en relación con la protección de los créditos laborales en caso de procedimientos concursales<sup>17</sup>. Según CC.OO., estos procedimientos –establecidos por diversas reformas de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (LC)– disminuyen la protección de los mencionados créditos. Así, se indica que: 1) el mero inicio de la negociación de estos acuerdos paraliza el patrimonio del deudor e impide el pago de los créditos laborales; 2) la conclusión de estos acuerdos permite efectuar reducciones en los créditos laborales o aplazamientos de su pago hasta en 10 años, y 3) durante la negociación de esos acuerdos, los trabajadores no tienen acceso a la cobertura del FOGASA, y, si el acuerdo preconcursal disminuye el crédito a pagar, no se prevé que aquel asuma la responsabilidad del mismo<sup>18</sup>. Por su parte, el Gobierno responde que: 1) la situación preconcursal de la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos no supone un estado legal de insolvencia; 2) la empresa garantiza los créditos laborales a través del acuerdo extrajudicial, y 3) en el supuesto de posterior declaración de concurso, los créditos laborales estarán garantizados por el FOGASA. Ante ello, la CEACR solicita al Gobierno que indique las medidas adoptadas para dar una protección eficaz a los créditos laborales en aquellos casos en los que se concluyen acuerdos concursales que no cuentan con el consentimiento de los trabajadores y que perjudican el pago de sus créditos laborales, una vez establecida la insolvencia del empleador.

De otro lado, en la misma memoria, el Gobierno responde a una previa solicitud directa de información de la CEACR<sup>19</sup> –y a una crítica sindical– sobre si, en nuestro ordenamiento, los créditos laborales gozan de un rango de privilegio más elevado que la mayoría de los demás créditos privilegiados ex artículo 8.1 del convenio. Para el Gobierno, en el marco del procedimiento concursal, en caso de liquidación, los créditos laborales pueden ser considerados créditos contra la masa concursal (art. 84.2, párr. 1.º, LC), créditos con privilegio especial sobre los objetos elaborados por los trabajadores interesados (art. 90.1, párr. 3.º, LC) o créditos de privilegio general (art. 91 LC), y estos privilegios les confieren una preferencia de cobro sobre otros créditos privilegiados. Además, cuando la empresa concursada no disponga del activo suficiente para la liquidación de los créditos laborales, estos están protegidos mediante el FOGASA.

En fin, en cuanto a la protección de los créditos laborales por una institución de garantía como el FOGASA, cabe señalar que CC. OO. informó a la CEACR de diversas quejas. En primer lugar, del retraso en la resolución de los procedimientos<sup>20</sup>, a lo que el Gobierno responde que ello fue debido a la grave crisis económica sufrida entre 2008 y 2014, que produjo un aumento importante de solicitudes. Con todo, se aclara que se está ante un proceso

<sup>17</sup> Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2018, Publicación: 108.ª reunión CIT (2019).

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2012, Publicación: 102.ª reunión CIT (2013).

<sup>20</sup> El artículo 28.7 del Real Decreto 505/1985, sobre la organización y el funcionamiento del FOGASA, prevé un plazo de 3 meses.

de modernización y refuerzo de los medios materiales y humanos de dicha institución<sup>21</sup>. En segundo lugar, CC. OO. y UGT estiman que el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, reduce las garantías de los créditos salariales en caso de insolvencia del empleador. Y ello porque: 1) el FOGASA solo cubre los créditos laborales por un monto del doble del SMI, sobre un máximo de 120 días, cuando antes el tope era el triple del SMI, por un máximo de 150 días; 2) el límite de las indemnizaciones cubiertas en caso de despido o terminación del contrato sigue fijado en 1 año de salario, pero el salario diario que servía de base para el cálculo ahora es del doble (no del triple) del SMI; y 3) en el marco de los procedimientos de quiebra, el monto de las indemnizaciones cubiertas por el FOGASA se calculará sobre una base de 20 días de salario por año de servicio, con un límite de 1 año de salario, sin perjuicio de que el salario diario que servía de base para el cálculo pueda exceder del doble del SMI (antes el triple del SMI)<sup>22</sup>.

Sin embargo, el Gobierno entiende que el nuevo régimen de protección de los créditos laborales por el FOGASA no es algo desconocido, sino similar al que ya se aplicaba hasta 2006 (antes de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo), si bien incorpora la mejora de la cobertura de las indemnizaciones por extinción de contratos temporales. La reducción de los topes relativos a la cuantificación de las prestaciones se justifica en la imposibilidad de incrementar los recursos del FOGASA a través del aumento de las cotizaciones empresariales. En conclusión, la legislación nacional es, en todo caso, más protectora que el Convenio núm. 173 OIT<sup>23</sup>.

## 2. Convenios sobre tiempo de trabajo

El tiempo de trabajo es un elemento estratégico para el adecuado equilibrio de las posiciones de las partes de la relación laboral, pues para el empresario resulta fundamental el trabajo continuo durante un mínimo de horas al día, a la semana, al mes o al año, por debajo del cual no hay productividad, y para el trabajador es básico el establecimiento de un límite máximo de jornada, a partir del cual debe garantizarse el descanso necesario, tanto por razones de salud como de conciliación. Sin una intervención reguladora externa, la tendencia natural del empresario, como se vio durante los siglos XIX y XX (con jornadas de 10 y 12 horas diarias), es la de apropiarse de la fuerza de trabajo el mayor tiempo posible, con la idea de obtener una mayor productividad; sin embargo, estudios posteriores han venido demostrando que esta mayor productividad no necesariamente depende del número de horas, sino que hay otros factores también determinantes.

<sup>21</sup> Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2018, Publicación: 108.<sup>a</sup> reunión CIT (2019).

<sup>22</sup> Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2012, Publicación: 102.<sup>a</sup> reunión CIT (2013).

<sup>23</sup> *Ibid.*

A la hora de examinar la normativa de la OIT relativa al tiempo de trabajo, cabe focalizarse en los dos aspectos básicos: jornada de trabajo y tiempo de descanso.

## 2.1. Convenios sobre jornada laboral

Respecto de la jornada laboral, resultan de especial interés dos convenios: el Convenio núm. 1 (1919), 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 núm. 30 (1930), sobre las horas de trabajo en el comercio y oficinas.

Uno de los primeros objetivos de estos convenios es el de la limitación de la jornada de trabajo, entendida, según el artículo 2 del Convenio núm. 30 OIT, como «el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador», excluyéndose los descansos durante los cuales no se produce tal puesta a disposición. Pues bien, para aquellos, dicha jornada no podrá superar las 8 horas al día ni las 48 horas a la semana, salvo en supuestos excepcionales que, en ambos casos, se detallan a continuación<sup>24</sup>. De este modo, la OIT combinó los dos principios de duración máxima diaria y semanal (8 y 48 horas) como una limitación legal a las horas de trabajo en el sector industrial, del comercio y oficinas. La combinación de los dos principios se explica por el hecho de que un solo día de 8 horas daría como resultado una semana de 56 horas, si se trabajase durante 7 días a la semana. Por el contrario, una semana de 48 horas asegura que las horas promedio de trabajo no excedan las 8 por día y que la semana no supere los 6 días laborables. Esta limitación de días laborables también implica un reconocimiento implícito de un periodo mínimo de 24 horas de descanso a la semana<sup>25</sup>.

Por lo que respecta al ordenamiento español, la limitación del tiempo de trabajo y el disfrute de tiempos de descanso también ha sido una preocupación temprana del legislador, pues ya el artículo 40.2 de la Constitución española (CE) establece la garantía del «descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral». Y, por su parte, el artículo 34.1 del ET prevé que la duración de la jornada de trabajo, que será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, tendrá «una duración máxima de 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual». Este máximo se concreta en 8 horas diarias en semanas laborables de 5 días, lo que supone un total de 1.826 horas y 27 minutos de trabajo, en cómputo anual<sup>26</sup>. Este tope máximo se configura con carácter de derecho

<sup>24</sup> Por su parte, el artículo 6 de la Directiva comunitaria 2003/88/CE, de 4 de noviembre, que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, exige que la duración media del trabajo no exceda de 48 horas (incluidas las horas extraordinarias) por cada periodo de 7 días.

<sup>25</sup> *Estudio general relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*: «Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro». CIT, 107.ª reunión, 2018. Informe de la CEACR (arts. 19, 22 y 35 Constitución), p. 9.

<sup>26</sup> Acuerdo interconfederal de 1983 (BOE de 1 de marzo de 1983).

necesario relativo, por lo que los convenios colectivos y contratos solo lo pueden modificar para mejorarlo para el trabajador (lo que implica que sea a la baja), pero no empeorarlo (aumentándolo). En relación con la idea del cómputo anual de la jornada, el artículo 34.2 del ET establece que, mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de aquella a lo largo del año. En ausencia de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 % de la jornada de trabajo, siempre respetando los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y se dé un preaviso mínimo de 5 días al trabajador para que conozca el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella. En todo caso, el tiempo de trabajo efectivo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo (art. 34.5 ET).

En principio, la valoración de la normativa española resulta positiva, por resultar más favorable que la de la OIT, pues el número máximo de horas de trabajo al año en aquella está muy por debajo del permitido por esta última. En este sentido, repárese en que los periodos de descanso (vacaciones anuales, los 14 días festivos y el descanso semanal de día y medio ininterrumpido) están comprendidos dentro de las horas de trabajo «efectivo». Por cierto, la referencia a la semana de 40 horas supone un guiño al Convenio núm. 47 (1935), sobre las cuarenta horas semanales, que, aún no ratificado por España, se convierte en una clara fuente de inspiración para el legislador español. Dicho convenio 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». De ahí, la necesidad de repartir el poco trabajo existente, implantando la regla de las 40 horas a la semana, siempre que tal principio no implicase una disminución del nivel de vida de los trabajadores<sup>27</sup>.

Ahora bien, cabe cierto espacio para la crítica en cuanto el artículo 34 del ET no establece un límite máximo absoluto para la jornada señalada, ni con carácter diario ni semanal. En efecto, aunque el artículo 34.3, párrafo segundo, del ET prevé que «el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a 9 diarias» (permitido si otros días se trabajan menos de 8)<sup>28</sup>, cabe que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario. En efecto, salvo en el caso de los trabajadores menores de 18 años, es posible que por convenio o acuerdo colectivo se supere el límite máximo de las 9 horas de trabajo diario, con la única exigencia de respetar el descanso entre jornadas y el semanal de día y medio. Así, observando tales descansos, resulta posible pensar en un hipotético caso de que la jornada diaria alcance hasta las 12 horas y la semanal las 66,

<sup>27</sup> *Estudio general relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, p. 9.

<sup>28</sup> En este concreto punto, el ET mejora (a la baja) el máximo de las 10 horas de trabajo diario permitido en caso de distribución irregular de la jornada semanal (art. 10 Convenio núm. 30 OIT).

lo cual, de producirse, vulneraría el máximo de 48 horas fijado por la OIT. Si, además, tenemos en cuenta la posibilidad de acumular el descanso semanal durante un periodo de 14 días (art. 37.1 ET), podría darse la situación de que un trabajador estuviese prestando servicios durante un máximo de 12 horas durante 7 días consecutivos, o sea, 84 en una semana y 48 la siguiente (Salido y Barceló, 2015, p. 217). Por supuesto, estos máximos están muy lejos de los ya indicados por la OIT, por lo que su Comisión de Expertos todavía sigue subrayando –en 2018– la importancia de la jornada diaria de 8 horas y de la semanal de 48 horas «como una norma legal para la duración del trabajo», con el fin «de brindar protección contra la fatiga indebida, y de garantizar un tiempo de ocio razonable y oportunidades de esparcimiento y de vida social a los trabajadores». La Comisión recuerda que, «al fijar límites a las horas de trabajo, el Gobierno también debería tener en cuenta la salud y la seguridad de los trabajadores y la importancia del equilibrio entre la vida laboral y la vida privada»<sup>29</sup>.

Por lo que respecta al tiempo de trabajo extraordinario, los convenios de la OIT admitieron, desde el principio, ciertos supuestos en los que puede ser necesaria su realización, excediendo así la jornada ordinaria inicialmente fijada. Tales supuestos se relacionan con situaciones justificadas y graves en las que resulta necesario atender al interés de la empresa, pues, en ellas, concurre: 1) un accidente o un grave peligro de que este ocurra; 2) una necesidad de realizar trabajos urgentes en las máquinas o instalaciones o trabajos especiales, como inventarios o balances; 3) una urgencia de prevenir la pérdida de materias percederas o evitar que se comprometa el resultado técnico del trabajo; 4) un caso de fuerza mayor, o, en fin, 5) una urgencia de afrontar un aumento de trabajo extraordinario debido a circunstancias especiales, siempre que no quepa esperar que el empresario recurra a otras medidas (arts. 3 y 7.2 Convenios núms. 1 y 30 OIT). En el caso español, el artículo 35.1 del ET comienza definiendo las horas extraordinarias como «aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior (art. 34 ET)». Y, en su número 3, también hace referencia a unas horas extraordinarias por circunstancias justificadas, en concreto «para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes», las cuales no se tendrán «en cuenta a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas», sin perjuicio de su compensación como tales (horas extraordinarias).

En este punto, nuestro ordenamiento observa la normativa de la OIT; sin embargo, el precepto no se queda ahí, sino que, por un lado, establece un régimen de horas extraordinarias voluntarias hasta un tope máximo de 80 al año, reducido en proporción para los trabajadores a tiempo parcial (art. 35.2 ET), y, por otro, permite la posibilidad de que estas horas extraordinarias se conviertan en obligatorias cuando su realización se «haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo, dentro de los límites» ya indicados

<sup>29</sup> *Estudio general relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, p. 21.

(art. 35.4 ET). Esta posibilidad de realizar horas extraordinarias voluntarias ha suscitado mayor duda respecto de su encaje en los convenios de la OIT, los cuales siempre exigen la concurrencia de una situación, previamente determinada, de extrema gravedad para su justificación. Con todo, en la actualidad, la posibilidad en cuestión se entiende amparada en la necesidad de dar flexibilidad a las empresas que buscan soluciones rápidas para aumentos de trabajos muy diversos (Salido y Barceló, 2015, p. 235).

Respecto del tope elegido (80 horas al año), este parece adecuado para los objetivos perseguidos. En este sentido, cabe señalar que, si bien en los mencionados convenios no se prevé, específicamente, el número máximo de horas extraordinarias, la Comisión de Expertos hace hincapié en la importancia fundamental «de fijar límites legales claros a las horas extraordinarias diarias, semanales y anuales», y de mantener el número de horas extraordinarias permitidas dentro de parámetros «razonables», que tengan en cuenta tanto «la salud y el bienestar de los trabajadores como las necesidades de productividad de los empleadores»<sup>30</sup>. En este punto, el legislador español, por un lado, incumple la fijación de límites diarios y semanales<sup>31</sup>, pues solo establece uno anual; por otro, deja claro que el Gobierno podrá suprimir o reducir el número máximo de horas extraordinarias por tiempo determinado, con carácter general o para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales, pero solo con el fin de «incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en situación de desempleo» (art. 35.2, párr. 3.º, ET), sin referencias a la necesidad de proteger la salud de un concreto colectivo.

En cuanto al cómputo del número máximo de horas (80), resulta relevante la indicación del legislador español de que, dentro del mismo, «no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los 4 meses siguientes a su realización» (art. 35.2, párr. 2.º, ET). Tal justificación se basa en que, en cómputo anual, unas horas que nacen como extraordinarias, después, al compensarse con descanso en ese tramo temporal, se convierten en ordinarias.

En cuanto a la retribución, el legislador español establece que, mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto al respecto, juega la segunda opción, debiendo disfrutarse el descanso compensatorio «dentro de los 4 meses siguientes a su realización» (art. 35.1 ET). Como es sabido, la obligación

<sup>30</sup> *Estudio general relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, p. 58. Así se insiste en que la Comisión observa «que, en ciertos países, se establecen límites semanales, pero no límites diarios, y que, en algunos casos, no se establece límite alguno», como sería el caso español. A este respecto, «la Comisión quiere recordar que los convenios establecen un doble límite, diario y semanal, y que este límite es acumulativo y no alternativo», p. 67.

<sup>31</sup> A los diarios se refiere el artículo 7.3 del Convenio núm. 30 OIT.

legal del recargo retributivo de las horas extraordinarias<sup>32</sup> se eliminó en 1995<sup>33</sup>, y, desde entonces, aquel es meramente opcional (aquellas se pueden abonar igual que las ordinarias o con un recargo a determinar libremente), al igual que la posibilidad de compensar las referidas horas con tiempo de descanso retribuido. Como es sabido, los convenios de la OIT examinados exigen que la hora extraordinaria se abone siempre con un recargo del 25 % respecto del salario de la hora ordinaria (arts. 6.2 y 7.3 Convenios núms. 1 y 30 OIT, respectivamente). Por lo tanto, la Comisión enfatiza la importancia de la remuneración de las horas extraordinarias y de su pago con una tasa superior a la de las horas ordinarias, «en todos los casos, incluso cuando se otorgue tiempo libre compensatorio»<sup>34</sup>. Desde este punto de vista, el legislador español incumple la normativa de la OIT.

Tanto por razones de creación de empleo como de salud de los trabajadores afectados, el control del número máximo de horas realizadas resulta básico. En este sentido, los convenios de la OIT exigen inscribir en un registro, según lo dispuesto en la normativa de cada país, «todas las horas extraordinarias efectuadas» (art. 8.1 c) Convenio núm. 1 OIT) e, incluso, el importe de su remuneración (art. 11.2 c) Convenio núm. 30 OIT). Y, cumpliendo con tal indicación, el artículo 35.5 del ET prevé que, «a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente». Por lo tanto, *a priori* y en cuanto a la anotación de las horas extras, parece que el derecho interno cumple con la exigencia internacional. El requisito del registro va referido a toda la jornada, incluida la ordinaria, lo que permitirá llevar un mejor control de los tiempos máximos realizados en los periodos de referencia. Con todo, esta obligación de registro parece insuficiente para acabar con el fraude de las horas extraordinarias. Así, la Comisión de Expertos muestra preocupación por las observaciones de las organizaciones sindicales de trabajadores, en la medida en que denuncian que, en sus países, los empleados trabajan demasiadas horas en detrimento de su salud y bienestar. Entre ellas se halla CC. OO., según la que, a menudo, «las horas extraordinarias no se pagan en España» y «los trabajadores realizan largas jornadas de trabajo»<sup>35</sup>.

De hecho, tan verdad es esa crítica que el actual Gobierno acaba de aprobar 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 trabajo, con la idea de reforzar el control horario en todos los casos, y no solo las horas extras. En este sentido, el artículo 10 del real decreto-ley añade un nuevo apartado 9 al artículo 34 del ET, en el que se establece que «la

<sup>32</sup> Previsto en el artículo 40 del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, que, como mínimo, establecía el 75 % de recargo sobre el valor de una hora ordinaria (salvo el trabajo en el mar).

<sup>33</sup> Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

<sup>34</sup> *Estudio general relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, p. 61.

<sup>35</sup> *Estudio general relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, pp. 56-57.

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, sin perjuicio de la flexibilidad horaria». Este registro se organizará y documentará según lo previsto en la negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario, previa consulta con los representantes de los trabajadores. La empresa debe conservar los registros realizados durante 4 años, durante los cuales deben permanecer a disposición de los trabajadores, sus representantes y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>36</sup>.

Según la exposición de motivos del citado real decreto-ley, las reglas sobre limitación de la jornada laboral son de derecho necesario y deben respetarse, pues la realización de un tiempo de trabajo superior a la jornada laboral establecida incide de manera sustancial en la precarización del mercado de trabajo, afectando al tiempo de trabajo (dificultando la conciliación familiar) y al salario, y, consecuentemente, a las cotizaciones sociales, que se ven mermadas al no pagar por la jornada real. Pues bien, una de las circunstancias que ha provocado abusos en la realización de la jornada ha sido la ausencia legal de una obligación clara, por parte del empresario, de registrar la misma con carácter general (y no solo cuando se realizan horas extras voluntarias, según el art. 35.5 ET). En este sentido, se pronunció la Audiencia Nacional, al afirmar que el registro de la jornada diaria –que no de horas extraordinarias– es «el requisito constitutivo para controlar los excesos de jornada» (Sentencia 4313/2015, de 4 de diciembre). Aunque el Tribunal Supremo (TS) entendió, respecto del mismo caso, que, en ese momento, no existía en nuestro país esa obligación legal de registro, «y los tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario», aquel aprovechó la ocasión para pronunciarse sobre la conveniencia de una reforma legislativa que clarificase «la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias» (STS 1275/2017, de 23 de marzo). Además, la sentencia argumenta que «la falta de llevanza, o incorrecta llevanza del registro, no se tipifica por la norma como infracción de forma evidente y terminante, lo que obliga a una interpretación restrictiva y no extensiva» del artículo 7.5 del Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, sobre infracciones y sanciones en el orden social. Ahora esto se corrige y dicho precepto es modificado por el artículo 11 del real decreto-ley para incluir, como infracción grave, la transgresión de las normas relativas al «registro de jornada».

A la vista de los antecedentes expuestos, la Audiencia Nacional expresa sus dudas acerca de la conformidad de la normativa española con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la orde-

<sup>36</sup> El artículo 34.7 del ET también se modifica para establecer que «el Gobierno, a propuesta de la persona titular del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas», podrá establecer, entre otras cosas, «especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran».

nación del tiempo de trabajo. Y, efectivamente, en las recientes conclusiones del abogado general de 31 de enero de 2019<sup>37</sup> (asunto C-55/18), se afirma que la normativa europea impone «a las empresas la obligación de implantar un sistema de cómputo de la jornada laboral efectiva de los trabajadores a tiempo completo que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectivamente, a realizar horas extraordinarias». Por lo tanto, el registro de la jornada ordinaria, aunque excede la exigencia de los citados convenios OIT, resulta necesario, tanto por la ineficacia del control limitado a las horas extras como por la normativa europea citada.

## 2.2. Convenios sobre descansos mínimos

En materia de descansos, cabe reparar en los convenios de la OIT sobre descanso semanal y vacaciones anuales. Respecto del primero, los convenios de referencia son el núm. 14 (1921), sobre la aplicación del descanso semanal en las empresas industriales, y el núm. 106 (1957), relativo al descanso semanal en el comercio y en las oficinas. Según dichos convenios, salvo las excepciones que se indican a continuación, todo el personal empleado en cualquier empresa deberá disfrutar, en el curso de cada periodo de 7 días, de un descanso que comprenda, como mínimo, 24 horas consecutivas. Siempre que sea posible, dicho descanso: 1) deberá concederse al mismo tiempo para todo el personal de la empresa (arts. 2 y 6.1 a 3 Convenios núms. 14 y 106 OIT, respectivamente); 2) deberá coincidir con los días consagrados al descanso por la tradición o las costumbres del país o la región; y 3) debe respetar las tradiciones y las costumbres de las minorías religiosas (art. 6.4 Convenio núm. 106 OIT).

Como es sabido, nuestro ordenamiento jurídico no solo aplica, sino que mejora este descanso mínimo semanal en medio día. Así, el artículo 37.1 del ET establece que:

[...] los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por periodos de hasta 14 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.

En todo caso, los menores de 18 años tendrán un descanso semanal mejorado que será, como mínimo, de 2 días ininterrumpidos, lo que pretende facilitar su descanso y desarrollo personal. En cuanto al nivel de cumplimiento de este descanso mínimo de día y medio, la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO. (FSC-CC.OO.) denuncia que, en España, el descanso semanal no se cumple en el comercio y la hostelería, pues los trabajadores

<sup>37</sup> CC.OO./Deutsche Bank SAE. <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2018.152.01.0008.01.ENG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2018.152.01.0008.01.ENG)>.

de esos sectores descansan 1 solo día a la semana; además, en los centros de llamadas, el disfrute de dicho descanso es irregular, ya que «este no siempre coincide con el día de descanso tradicional»<sup>38</sup>.

De otro lado, los convenios en cuestión son conscientes de las complejidades de las empresas y sectores profesionales y dejan la puerta abierta a que las autoridades nacionales fijen excepciones a ciertos aspectos del régimen general del descanso semanal. Mientras que el Convenio núm. 14 OIT contiene una sola disposición en la que se regulan las excepciones en términos muy generales<sup>39</sup>, el otro convenio es más detallado. Así, el artículo 7.1 del Convenio núm. 106 OIT prevé que, cuando la naturaleza del trabajo (por ejemplo, los jueces o enfermeros), la índole de los servicios suministrados por el establecimiento (*v. gr.*, lugares de entretenimiento público, hoteles, restaurantes o servicios básicos), la importancia de la población que haya de ser atendida o el número de personas ocupadas sea tal que las disposiciones del artículo 6 no puedan aplicarse, el Gobierno de cada país podrá adoptar regímenes especiales de descanso semanal para determinadas categorías de personas o de establecimientos, «habida cuenta de todas las consideraciones sociales y económicas pertinentes». Esta última matización es importante, pues busca reconciliar la necesidad de proteger a los trabajadores con las exigencias en materia de funcionamiento de la empresa o del sector de que se trate. En todo caso, el descanso mínimo para cada periodo de 7 días será el equivalente al del citado artículo 6.

Respecto de esta posibilidad de establecer ampliaciones o reducciones en el descanso mínimo, así como fijar regímenes de descanso alternativos para actividades concretas, el artículo 37.1, párrafo segundo, del ET remite a lo dispuesto en el artículo 34.7 de igual texto legal. De acuerdo con este último, corresponde al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, establecer dichas ampliaciones o limitaciones (aparte de en la jornada) en la ordenación y duración de los descansos, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que, por sus peculiaridades, así lo requieran. Los factores comúnmente tomados en consideración son el interés público, el proceso continuo, el comercio, las condiciones estacionales y locales, la distancia geográfica y el sistema de trabajo por turno. Estos regímenes especiales se hallan en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, por el que se regulan las jornadas especiales de trabajo.

Sea como fuere, tanto en el régimen general como en los especiales, el punto más polémico de ajuste del derecho español con el contenido de los referidos Convenios núms. 14 y 106 OIT se halla en la posibilidad prevista en aquel de acumular el referido descanso

<sup>38</sup> *Estudio general relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, p. 91.

<sup>39</sup> El artículo 4.1 del Convenio núm. 14 OIT establece que «cada miembro podrá autorizar excepciones totales o parciales (incluso suspensiones y disminuciones de descanso) a las disposiciones del artículo 2, teniendo en cuenta especialmente cualesquiera consideraciones oportunas de orden económico y humanitario».

mínimo semanal por periodos de hasta 14 días (art. 37.1 ET), lo que podría llevar a incumplir la regla básica de la OIT de «un descanso mínimo de 24 horas ininterrumpidas por cada 7 días de trabajo». En este sentido, la CEACR solicitó a España, en un primer momento, información y, después, la adopción de las medidas necesarias para garantizar el exacto cumplimiento de esa regla (Camps, 2014, p. 30)<sup>40</sup>, pues, a su entender, esta puede quedar anulada por la posibilidad de acumulación prevista en el mencionado precepto estatutario o por las reglas particulares que se establezcan en los regímenes especiales para determinados sectores<sup>41</sup>. Además, en diferentes ocasiones, las denuncias de los sindicatos españoles (CC.OO. y UGT) han confirmado esa imposibilidad del descanso mínimo y, por lo tanto, la vulneración de la normativa de la OIT<sup>42</sup>.

Así, en este punto, resulta de interés comentar la reclamación presentada por el Foro Judicial Independiente de España en la que se alegaba el incumplimiento por nuestro ordenamiento del Convenio núm. 106, en cuanto se vulneraba la exigencia de que los jueces españoles disfrutasen de un periodo mínimo de descanso equivalente a un mínimo de 24 horas de descanso por cada 7 días trabajados<sup>43</sup>. En la reclamación, la mencionada asociación profesional consideraba que los artículos 60.3 c) y 61.1, 2 y 4 del Reglamento 1/2005, sobre los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales<sup>44</sup>, afectan al derecho de los jueces al descanso semanal, pues prevén que, en los partidos judiciales con un solo juzgado de primera instancia e instrucción, el titular del juzgado debe encontrarse en condiciones de disponibilidad y localización continua durante 12 días consecutivos, sin posibilidad de descansar al término del servicio de guardia. Y aunque se prevé que el juez titular puede beneficiarse de un descanso compensatorio en el transcurso del mes (como consecuencia del exceso de horas trabajadas fuera del horario del servicio de guardia), este se condiciona a que «no haya actuaciones pendientes ni señalamientos» (art. 60.3 c).

A este respecto, el Comité de Expertos de la OIT considera que el hecho de que se condicione la concesión del descanso semanal compensatorio a que no haya actuaciones pendientes ni audiencias programadas, y que pueda dejarse sin efecto el régimen de

<sup>40</sup> Estas solicitudes y observaciones tuvieron lugar, por ejemplo, en 1995, 2000, 2004 o, en fin, 2008. La Comisión de Expertos de la OIT también mostró preocupación por la posibilidad de que el empresario pueda modificar sustancialmente la jornada de trabajo y los descansos compensatorios ex artículo 41 del ET.

<sup>41</sup> Respecto de estos sectores especiales (por ejemplo, comercio u hostelería), la Comisión de Expertos advierte que es necesario que los convenios colectivos que regulan estos aspectos (ex art. 6 RD 1561/1995) también respeten las reglas de los Convenios núms. 14 y 106 OIT.

<sup>42</sup> Así, la FSC-CC.OO. denunció que, en el sector de comercio y hostelería, los descansos pueden acumularse varias semanas sin descanso. *Estudio general relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, p. 91.

<sup>43</sup> *Estudio general relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, p. 98.

<sup>44</sup> Aprobado por Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Última modificación en vigor a partir del 29 de octubre de 2013 (BOE-A-2013-11250).

ausencias en los casos en que su disfrute suponga una grave perturbación para el normal funcionamiento del juzgado afectado, puede plantear, en la práctica, una situación de no conformidad con el artículo 7.2 del citado convenio OIT, en cuanto al disfrute por parte de los titulares de estos juzgados de un equivalente de 24 horas de descanso por cada 7 días trabajados. La Comisión reitera que todas las categorías de trabajadores que se sometan a regímenes especiales por la naturaleza del trabajo que realizan deben recibir descanso compensatorio sin demora<sup>45</sup>.

Por su parte, ante estas solicitudes de la OIT, el Gobierno español llegó a admitir que, efectivamente, en algunos casos, puede que no se garantice 1 día de descanso cada 7, pero se argumenta que, en la semana siguiente, el descanso será de 3 días, lo que es acorde con la normativa europea de tiempo de trabajo. En efecto, aunque el artículo 5 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, reproduce la regla de la OIT de 24 horas de descanso mínimo cada 7 días, el artículo 16.1 permite a los Estados miembros ampliar los periodos de referencia para el descanso semanal hasta 14 días<sup>46</sup>. Sin embargo, la Comisión de Expertos de la OIT insiste en la necesidad de concordar la legislación española con lo dispuesto en los convenios aquí analizados, con independencia de lo que disponga la legislación europea. La solución para este desajuste entre la normativa internacional y la europea pasa por exigir al legislador español la realización de todos los esfuerzos necesarios para eliminar aquel, pues así lo exige el artículo 351, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>47</sup> (Camps, 2014, p. 33).

En otro orden de cosas, cabe referirse al otro relevante tiempo de descanso, cual es el de las vacaciones anuales pagadas. La importancia de estas es evidente en cuanto contribuyen a proteger la salud y el bienestar de los trabajadores, así como a facilitar su conciliación, lo que, en definitiva, aumenta su productividad. El primer instrumento sobre este periodo de descanso adoptado por la OIT fue el Convenio núm. 52 (1936), sobre las vacaciones pagadas, que se aplicaba a los trabajadores de la industria, el comercio y las oficinas, y fijaba en 6 días laborables la duración mínima de aquellas tras 1 año de trabajo continuado. Por su parte, el siguiente Convenio núm. 101 (1952), sobre vacaciones pagadas en la agricul-

<sup>45</sup> OIT: Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por España del Convenio núm. 106 (1957), sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la asociación profesional Foro Judicial Independiente, 328.ª reunión del Consejo de Administración, noviembre de 2016, documento GB.328/INS/17/9, párrafos 32 y 38.

<sup>46</sup> *Vid.* los mismos preceptos de la anterior Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

<sup>47</sup> Cuando los convenios internacionales «sean incompatibles con los tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común».

tura, delega en la legislación nacional la concreción de la duración de dicho descanso. Por último, el actual y revisado Convenio núm. 132 (1970), sobre las vacaciones anuales pagadas, sigue en esa línea de remitir la cuestión a la autoridad nacional. Así, tras establecer que «toda persona a quien se aplique el presente convenio» (trabajadores por cuenta ajena, salvo la gente de mar) tendrá derecho a aquellas con «una duración mínima determinada», se añade que la especificación de esta duración corresponde al Estado miembro que ratifique el convenio, lo que hará «en una declaración anexa a su ratificación» (art. 3.1 y 2), o en otra posterior, si hay una ulterior mejora (art. 3.4). Sea como fuere, las vacaciones no serán, en ningún caso, «inferiores a 3 semanas laborables por 1 año de servicios» (art. 3.3). En dicho periodo mínimo no computan «los días feriados oficiales o establecidos por la costumbre, coincidan o no con las vacaciones anuales» (art. 6.1 Convenio núm. 132 OIT).

Nuestro legislador estatal regula, escuetamente, la materia en el artículo 38 del ET, y mantiene esa tendencia de descentralizar la concreción de la duración de las vacaciones anuales retribuidas, que aquí se deja a lo «pactado en convenio colectivo o contrato individual» (art. 38.1 ET). Con todo, el legislador ya apunta dos reglas básicas sobre dicho descanso: una, la duración mínima no puede ser inferior a 30 días naturales, con lo que mejora el convenio<sup>48</sup>, y, la otra, la imposibilidad de su sustitución por compensación económica (art. 38.1 ET). Esta precisión ratifica la importancia de disfrutar del descanso *in natura*, lo que obedece a la necesidad de cuidar la salud del trabajador, y se vincula a lo dispuesto en el artículo 12 del convenio OIT, que declara nulos y sin efecto los acuerdos de renuncia a las vacaciones mínimas, sin o con algún tipo de compensación (art. 12 Convenio núm. 132 OIT). Con respecto al no disfrute por renuncia, la Comisión de Expertos toma nota de las observaciones formuladas por algunas organizaciones de trabajadores, como la FSC-CC.OO., que indica que, en España, a pesar de que la legislación no permite la renuncia al derecho a vacaciones, en la práctica, la rotación y la corta duración en la contratación impiden a los trabajadores de determinados sectores beneficiarse de aquel derecho<sup>49</sup>. Por lo tanto, conviene ser exigentes en este punto y garantizar la igualdad de trato de los trabajadores temporales con los indefinidos a efectos del disfrute del descanso anual (si bien en proporción), máxime teniendo en cuenta que, en nuestro ordenamiento, dicho disfrute no exige un periodo mínimo de prestación de servicios (art. 12.4 d) ET).

Otro aspecto de interés del citado convenio OIT sobre el que se pronuncia el legislador español es el de la competencia para precisar la fecha del disfrute de las vacaciones. Así, aquel atribuye, de manera unilateral, tal competencia al empleador, aun con previa consulta al trabajador afectado o sus representantes, y siempre que aquella «no se fije por reglamentos, contratos colectivos, laudos arbitrales o de otra manera compatible con la práctica nacional» (art. 10.1 Convenio núm. 132 OIT). La consulta al trabajador o su representante persigue tener

<sup>48</sup> Según el texto originario de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, «en ningún caso, la duración será inferior a 23 días naturales».

<sup>49</sup> *Estudio general relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, p. 142.

en cuenta no solo «las exigencias del trabajo», sino también «las oportunidades de descanso y distracción» del empleado (art. 10.2 Convenio núm. 132 OIT). Sin embargo, la necesidad de tener en cuenta el interés de ambas partes a la hora de determinar la fecha del descanso anual lleva al legislador español a ser más claro y exigir que «el periodo o periodos de su disfrute»<sup>50</sup> se concrete «de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido, en su caso, en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones» (art. 38.2 ET). Que el legislador español mejora la competencia unilateral que el convenio OIT concede al empresario queda claro cuando no hay consenso entre las partes, pues, entonces, aquel no puede imponer su criterio, sino que será la jurisdicción social la que establecerá, en un procedimiento sumario y preferente, la fecha del disfrute del descanso y su decisión será irrecurrible. Por lo demás, repárese en la importancia de los convenios colectivos que contienen disposiciones sobre vacaciones anuales pagadas, especialmente en cuanto suelen establecer condiciones más favorables que la legislación nacional.

Una cuestión especialmente conflictiva ha sido la de la coincidencia de un periodo vacacional con otro de incapacidad temporal o viceversa (Chacartegui, 2011, pp. 120 y ss.). Según el artículo 6.2 del Convenio núm. 132 OIT, aun bajo las condiciones que en cada país se acuerden, «los periodos de incapacidad de trabajo resultantes de enfermedad o de accidente no podrán ser contados como parte de las vacaciones pagadas». El objetivo perseguido por la OIT es el de garantizar el descanso anual en su totalidad y en unas condiciones adecuadas de salud que ayuden a su verdadero disfrute. En este punto, la versión originaria de nuestro ET (1980) no contenía ninguna aclaración, por lo que, durante varias décadas (años ochenta, noventa y dos mil), el cómputo o no de los periodos de incapacidad dentro del periodo de vacaciones anuales fue una cuestión muy controvertida en los tribunales españoles. De igual manera, la citada CEACR, durante ese periodo, formuló varias solicitudes al Gobierno español para que informase sobre la situación de ese cómputo y, en su caso, la adopción de las medidas correspondientes para garantizar el disfrute completo del periodo vacacional (Camps, 2014, pp. 20-21).

En las primeras respuestas, el Gobierno español informó sobre la posición jurisprudencial mayoritaria que diferenciaba dos situaciones, según que la incapacidad temporal sobreviniese antes del comienzo de las vacaciones (aunque ya fijada la fecha individual o colectivamente) o durante el momento de su disfrute. Mientras que en el primer supuesto había una mayor predisposición para cambiar la fecha de las vacaciones, en el segundo caso, no. En esta segunda tesitura, el trabajador seguía legalmente en situación de «vaca-

<sup>50</sup> Según la CEACR, se observa que, en algunos países, como en España, la legislación prevé la posibilidad de fraccionar las vacaciones anuales, pero no establece un periodo ininterrumpido mínimo de disfrute. A este respecto, se recuerda que, salvo si está previsto de otro modo en un acuerdo que vincule al empleador y al empleado, en caso de fraccionamiento de las vacaciones, «una de las fracciones deberá consistir, por lo menos, en 2 semanas laborables ininterrumpidas o 12 días laborables, sobre la base de 1 semana de trabajo de 6 días» (*Estudio general relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, p. 135).

ciones» y tenía que soportar el solapamiento de una incapacidad temporal que, en verdad, le podía impedir el pleno disfrute de aquellas, sin tener derecho a posponerlas (en todo o parte) para otro momento. Con todo, el Gobierno aclara que la negociación colectiva puede prever soluciones más favorables y reparadoras para estos supuestos. Ante tal situación, los sindicatos también se quejan ante la CEACR, para que esta presionase a aquel en orden a regular claramente la situación.

Ante tal presión de regulación clarificadora, a la que se debe sumar la necesidad de respetar el derecho comunitario (especialmente, el art. 7.1 Directiva 2003/88/CE<sup>51</sup>, de 4 de noviembre, sobre ordenación del tiempo de trabajo, y las abundantes sentencias interpretativas dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–)<sup>52</sup>, se aprovechó la aprobación de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, para añadir un párrafo segundo al apartado 3 del artículo 38 del ET<sup>53</sup> (aún vigente con leves cambios), según el que, cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa «coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo» previsto en los apartados 4, 5 y 7 del artículo 48, se tendrá:

[...] derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.

En esta línea, cabe destacar la STS de 24 de junio de 2009 (rec. 1542/2008)<sup>54</sup>, que insiste en que el artículo 10 del Convenio núm. 132 OIT alude a la necesaria coordinación de los intereses empresariales y de los trabajadores a los efectos de determinar el periodo vacacional, lo que obliga a defender los intereses de estos últimos en los supuestos en los que la incapacidad temporal aparece antes de las vacaciones ya fijadas y no hay perjuicio empresarial en el cambio de la fecha de estas; lo contrario comportaría «una subordinación

<sup>51</sup> «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un periodo de, al menos, 4 semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales».

<sup>52</sup> La STJCE de 18 de marzo de 2004 (asunto Merino Gómez, C-342/01) ya permitió compatibilizar las vacaciones con la baja por maternidad. Y, posteriormente, la STJUE de 20 de enero de 2009 (asuntos acumulados Schultz-Hoff y otros, C-350/06 y C-520/06) se refiere también al periodo de incapacidad temporal.

<sup>53</sup> Redacción dada por la disposición adicional decimoprimer.a.6.

<sup>54</sup> Se acoge, así, la doctrina de derecho comunitario establecida en la STJCE de 20 de enero de 2009, a la vez que se aparta de la posición mantenida con anterioridad en Sala General (SSTS de 3 de octubre y 20 de diciembre de 2007, recs. 5068/2005 y 75/2006). La doctrina de la sentencia es reiterada, entre otras, en las posteriores SSTS de 18 y 21 de enero (recs. 314/2009 y 546/2009, respectivamente), 4, 8 y 11 de febrero de 2010 (recs. 2288/2009, 1782/2009 y 1293/2009, respectivamente).

del derecho del trabajador, ajena a los límites impuestos por la necesaria protección de un interés constitucionalmente legítimo». Se estaría, así, ante una excepción al principio *pacta sunt servanda*, por tratarse de un acontecimiento posterior e imprevisto, que hace extremadamente oneroso para el trabajador mantener los términos iniciales del convenio individual o colectivo. De esta manera, dice el Alto Tribunal, incluso «podría reinterpretarse» el artículo 6.2 del Convenio núm. 132 OIT (los periodos de incapacidad de trabajo no podrán ser contados como parte de las vacaciones), en el sentido de que, producida la incapacidad temporal, «se debe presumir frustrada la funcionalidad de las vacaciones», por lo que estas deberán disfrutarse posteriormente.

Ahora bien, esta comentada sentencia todavía es restrictiva con los periodos de incapacidad temporal (por enfermedad común o maternidad) que surgen durante las vacaciones. Para el TS, en este caso, el tratamiento tiene que «ser distinto», pues se está ante «un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador»<sup>55</sup>. Con posterioridad, será la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (disp. final primera.4)<sup>56</sup>, la que añade un párrafo tercero al artículo 38.3 del ET, según el que:

[...] en el supuesto de que el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de 18 meses a partir del final del año en que se hayan originado.

De este modo, el legislador extiende la posibilidad del disfrute de las vacaciones fuera del correspondiente año natural (aunque en dicho año no se hubiere trabajado a consecuencia de la situación de incapacidad temporal) al otro supuesto de coincidencia de aquellas con una situación de incapacidad laboral (cuando esta sobrevenga durante el periodo de descanso), aunque con una clara limitación temporal (no más de 18 meses a partir del final del año en que las vacaciones se hayan originado). La STS (dictada en Pleno) de 3 de octubre de 2012 (rec. 249/2009)<sup>57</sup> confirma esta posibilidad, pues el tratar de modo distinto las situaciones de concurrencia entre vacaciones e incapacidad temporal, dependiendo del momento de inicio de esta última, solo cabría en aquellos supuestos en los que la baja no fuera ajustada a derecho por existir indicios de fraude (por ejemplo, cuando el periodo de vacaciones haya sido elegido por el trabajador a sabiendas de que, en tales fechas, iba a

<sup>55</sup> Se mantiene la jurisprudencia anterior, SSTS de 10 de noviembre de 2005 y 21 de marzo de 2006 (recs. 4291/2004 y 681/2005, respectivamente).

<sup>56</sup> En tal momento, ya la STJUE de 21 de junio de 2012 (C-78/11) había resuelto una cuestión prejudicial española y se había pronunciado sobre la necesidad de disfrutar las vacaciones en todo caso.

<sup>57</sup> También, en igual sentido, entre otras, las SSTS de 29 de octubre de 2012 (rec. 4425/2011), 17 de enero de 2013 (rec. 1744/2010), 20 de mayo de 2014 (rec. 2201/2013) y 4 de febrero de 2015 (rec. 2085/2013).

situarse en incapacidad temporal por tener programada una intervención sanitaria). Además, si el efecto laboral de la situación de incapacidad temporal es la suspensión del contrato, no cabe que computen como vacaciones unos días en que este estuvo suspendido por la baja médica del trabajador. Con posterioridad, dicha doctrina se consolida y se extiende a todo tipo de vacaciones, como las de Navidad (STS de 4 de julio de 2018, rec. 1619/2017), lo cual supone la interpretación más favorable para el trabajador, en consonancia con lo establecido en el Convenio núm. 132 OIT, sobre el disfrute del tiempo de descanso.

Un último apunte para indicar la importante interrelación que, en este tema de tiempos de trabajo y descanso, existe entre las normas internacionales y el derecho de la Unión Europea, lo que resulta lógico desde el momento en que este se inspira en aquellas<sup>58</sup>. Asimismo, cabe destacar el relevante papel jugado por los tribunales nacionales e internacionales en la interpretación de las normas y en la cobertura de lagunas.

### 3. Convenios sobre seguridad y salud en el trabajo

Una de las principales preocupaciones de la actividad normativa de la OIT, desde su mismo origen (1919), ha sido la de promover la seguridad y salud en el trabajo como elemento clave de la justicia social y, por ende, de la paz universal y permanente<sup>59</sup>, lo que hoy también coincide con uno de los elementos claves del denominado «trabajo decente». Para lograr dicho objetivo, la OIT ha adoptado múltiples convenios y recomendaciones sobre aspectos generales de la materia preventiva, los riesgos particulares y ciertas ramas de actividad.

#### 3.1. Sobre el Convenio núm. 155 (1981), de 22 de junio, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo

Los tres convenios generales más relevantes son el Convenio núm. 155 (1981), de 22 de junio, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo<sup>60</sup>; el Conve-

<sup>58</sup> La STJUE de 20 de enero de 2009, ya citada, reconoce expresamente que la Directiva 2003/88/CE, en lo que respecta a la distribución del tiempo de trabajo, «tuvo en cuenta los principios de la Organización Internacional del Trabajo».

<sup>59</sup> El preámbulo de la Constitución de la OIT dispone que la «protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo» es un elemento fundamental de la justicia social. Este derecho a un ambiente de trabajo seguro y saludable se reafirmó en la Declaración de Filadelfia de 1944 y en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada en la CIT, 97.ª reunión, de 10 de junio de 2008.

<sup>60</sup> Este convenio aparece complementado por la Recomendación núm. 164 (1981), homónima, y el Protocolo 155/2002.

nio núm. 161 (1985), de 25 de junio, sobre servicios de salud en el trabajo<sup>61</sup>, y el Convenio núm. 187 (2006), de 15 de junio, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo<sup>62</sup>. El primer y el tercer convenio han sido ratificados por España<sup>63</sup>, por lo que a ellos se dedica especial atención. Sin embargo, el segundo todavía no ha superado tal trámite, quizás porque se entiende suficiente la regulación actual, concretada, de modo principal, en los artículos 30 a 32 de la vigente Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), y en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención. Con todo, de producirse tal ratificación, cabría revisar con cuidado el ajuste de la normativa española a la de la OIT, pues, en algunos aspectos se aprecia cierta insuficiencia protectora, como sucede a la hora de gestionar la vigilancia de la salud del trabajador, lo que, en su caso, exigiría la adaptación de algunos preceptos de la normativa interna<sup>64</sup>.

Centrándonos en los convenios ratificados, una primera lectura de estos textos evidencia que su contenido ya se encuentra incluido en la normativa española o, en otros términos, que esta cumple sobradamente las exigencias de protección de aquellos, sin que sea necesario reclamar su aplicación directa en nuestro sistema jurídico. Si acaso, en tal supuesto, su alegación puede servir de complemento o refuerzo a la normativa interna. Y ello es así porque el sistema español de prevención de riesgos laborales siempre ha gozado de un nivel de protección importante, comenzando por la histórica Ordenanza general de seguridad e higiene en el trabajo de 9 de marzo de 1971, que supo sentar las bases y garantías de un sistema protector eficaz. Con posterioridad, dicho sistema fue mejorado al hilo del artículo 40.2 de la CE, que encomienda a los poderes públicos, como uno de los principios rectores de la política social y económica, el velar por la seguridad e higiene en el trabajo. Para dicha mejora, se tuvo en cuenta la necesaria adaptación del modelo español a las nuevas exigencias de la normativa de la OIT (particularmente, el Convenio núm. 155) y del ámbito europeo (en especial, la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo), y todo ello se concretó en la vigente LPRL y sus diversas normas reglamentarias.

En la exposición de motivos de dicha ley, se reconoce expresamente la influencia positiva del Convenio núm. 155 OIT, en cuanto enriquece «el contenido del texto legal al incorporar sus prescripciones y darles el rango legal adecuado dentro de nuestro sistema jurídico».

<sup>61</sup> *Vid.* la Recomendación núm. 171 (1984), homónima.

<sup>62</sup> *Cfr.*, también, la Recomendación núm. 197 (2006), homónima.

<sup>63</sup> La fecha del registro de ratificación del Convenio núm. 155 OIT es del 11 de septiembre de 1985.

<sup>64</sup> Así, por ejemplo, cabría modificar el artículo 22 de la LPRL para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio núm. 161 OIT, que exige que «la vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con el trabajo no deberá significar para ellos ninguna pérdida de ingresos, deberá ser gratuita y, en la medida de lo posible, realizarse durante las horas de trabajo». Como es sabido, el precepto interno guarda silencio sobre estos aspectos.

Como ejemplo de la influencia del Convenio núm. 155 OIT en nuestro derecho, cabe citar la inclusión en la LPRL de las obligaciones a imponer a fabricantes, importadores y suministradores de equipos de trabajo o sustancias, el derecho del trabajador a interrumpir su actividad en caso de peligro inminente y grave para su vida o salud, la coordinación de actividades, los derechos de consulta de los representantes de los trabajadores, las obligaciones de información y formación de estos y de los trabajadores en general, las sanciones disciplinarias y administrativas o, en fin, los principios generales que inspiran la política preventiva interna. Ahora bien, en este punto, cabe destacar algún matiz diferenciador entre nuestra LPRL y el citado Convenio núm. 155 OIT, en concreto, al hilo de lo dispuesto en su artículo 16, según el que el empresario debe asegurar que los lugares e instrumentos de trabajo, así como las medidas de protección, sean seguros para aquellos, «en la medida en que sea razonable y factible». Para la doctrina, dicho precepto establece uno de los principios caracterizadores de la deuda de seguridad del empresario con los trabajadores, que es el de la razonabilidad y factibilidad; entendida la primera –al menos, en el ordenamiento anglosajón– como razonabilidad económica y la segunda como factibilidad técnica (Purcalla y Preciado, 2015, pp. 193-194).

En nuestro ordenamiento, los artículos 14 y 15 de la LPRL configuran el deber empresarial de protección en términos más ambiciosos, pues la máxima general para el empresario es su deber de evitar todo riesgo y, si alguno no se puede evitar, evaluarlo para conocerlo y adoptar las medidas pertinentes. Asimismo, el trabajo debe adaptarse a la persona, en cuanto a la concepción de los puestos de trabajo, elección de los equipos y los métodos de trabajo, y tener en cuenta la evolución de la técnica a todos los efectos preventivos (evaluación de riesgos y adopción de medidas protectoras). Por lo tanto, dos cosas quedan claras: una, el legislador no incluye ninguna referencia a la razonabilidad económica de la prevención, por lo que no cabe su alegación para justificar la no observancia de los deberes ligados al deber preventivo. La otra, el criterio de la factibilidad técnica sí resulta relevante y lógico, pues la eficacia de la protección exige tener en cuenta la variable tecnológica, sus limitaciones y posibilidades y, consecuentemente, actualizar y modernizar los planes y medios de prevención conforme a los nuevos cambios que se van introduciendo en los puestos de trabajo.

Con todo, estos términos ambiciosos en el alcance de la protección no configuran el deber empresarial de prevención con carácter absoluto, sino relativo; el empresario debe hacer todo lo humanamente posible en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, pero la eliminación absoluta del riesgo se antoja imposible. De hecho, el propio legislador parece partir de tal posición cuando cita como principios a seguir el de «sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro» o «adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual», lo que parece aceptar –como mal menor– situaciones individuales de cierto peligro (letras f) y h) art. 15 LPRL). Sin duda, estos criterios introducen una cierta discrecionalidad en la actuación empresarial y, si se quiere, de inseguridad jurídica. Ahora bien, ello obedece a la necesidad de atender a la complejidad de cada situación y a los intereses de la empresa en su conjunto, a la hora de gestionar la prevención dentro de esta.

### 3.2. Sobre el Convenio núm. 187 (2006), de 15 de junio, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo

El nuevo Convenio núm. 187 (2006), de 15 de junio, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, en vigor en nuestro país desde el 5 de mayo de 2010<sup>65</sup>, supone un corolario del ya comentado Convenio núm. 155, si bien no constituye una revisión de ninguna de las normas (convenios o recomendaciones) anteriores, sino que pretende ser algo distinto y adicional. En efecto, este reciente convenio pretende reforzar la importancia de la prevención de los riesgos laborales desde un punto de vista programático y general.

Los rasgos básicos de dicho marco promocional son los siguientes: 1) Una actuación organizada y sistemática del Estado miembro en todos los niveles, especialmente el nacional, para promover la mejora continua de la seguridad y salud en el trabajo, de modo que se eviten las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por aquel. Así, el enfoque centrado en una política nacional de seguridad y salud en el trabajo, adoptado por el Convenio núm. 155, fue seguido por el ulterior Convenio núm. 187. 2) Dicha actuación debe llevarse a cabo por el Gobierno competente en cada nivel, en particular el estatal, en colaboración con las organizaciones más representativas de empresarios y trabajadores. La participación de los agentes sociales constituye un elemento central para la consecución del trabajo decente y un ambiente de trabajo seguro y saludable. 3) Los instrumentos de tal actuación coordinada se concretan en la elaboración, en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, de una «política nacional», un «programa nacional» y un «sistema nacional», con el objetivo de impulsar el surgimiento progresivo de una «cultura nacional de la prevención» en el referido ámbito, basada en la información, la formación y la educación permanentes de todos los sujetos vinculados a aquel. La política nacional de cada Estado miembro debe incluir unos principios básicos, como los de evaluar y combatir los riesgos en su origen; el programa nacional tiende a identificarse con un programa estratégico y temporal, que debe ser examinado periódicamente en el logro de sus metas. Y el sistema nacional se entiende como la infraestructura que posibilita la aplicación de la política y el programa nacional, e incluye, por ejemplo, el marco legal en la materia, los organismos responsables y de control del cumplimiento de aquel, los órganos consultivos tripartitos (en nuestro ordenamiento, la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo y los órganos similares de las comunidades autónomas), los servicios de información, los servicios de salud en el trabajo (en el ámbito español, los servicios de prevención, en su concepto más amplio), los de formación e investigación (en nuestro caso, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y otros equivalentes autonómicos), los de recopilación y análisis de datos relativos a accidentes y enfermedades profesionales y, en fin, mecanismos de apoyo para la mejora de esta materia en las pymes, microempresas y en la economía informal.

<sup>65</sup> Es decir, a los 12 meses del registro de su ratificación, el 5 de mayo de 2009, según el artículo 8.3 del mismo.

El ritmo creciente de ratificación del Convenio núm. 187 es una clara muestra del interés renovado en la prevención de los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales y en la mejora de las condiciones y medio ambiente de trabajo. Teniendo en cuenta la estrecha interdependencia entre los dos convenios analizados, debería promoverse la ratificación de ambos, conjuntamente.

Por lo que respecta al ajuste del ordenamiento español con este convenio, cabe señalar que aquel ya observa los principales aspectos de este desde hace tiempo, incluso desde la LPRL de 1995. Así, resulta significativa la mención que la exposición de motivos de esta hace a «la política en materia de prevención de riesgos laborales», y que define como un «conjunto de actuaciones de los poderes públicos dirigidas a la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo para elevar el nivel de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores», y que se articula con base en los principios de eficacia, coordinación y participación, «ordenando tanto la actuación de las diversas Administraciones públicas con competencias en materia preventiva como la necesaria participación en dicha actuación de empresarios y trabajadores, a través de sus organizaciones representativas» (apdo. 4, párr. 1.º). Además, el artículo 5 de la ley profundiza en los rasgos generales de esa política nacional. De otro lado, tratándose de una ley que persigue la prevención, ya entonces se considera fundamental el fomentar «una auténtica cultura preventiva», «mediante la promoción de la mejora de la educación en dicha materia en todos los niveles educativos» y la implicación de la sociedad en su conjunto (apdo. 4, párr. 2.º).

Como uno de los primeros instrumentos básicos de coordinación de todas las políticas adoptadas en el ámbito nacional, cabe mencionar el denominado «Plan de actuación para la mejora de la seguridad y salud en el trabajo y la reducción de los accidentes de trabajo», aprobado por el Gobierno en el año 2005, y que estuvo vigente 2 años, hasta que, entonces, se publicó la primera Estrategia española de seguridad y salud en el trabajo 2007-2012<sup>66</sup>. En general, estas estrategias nacionales actúan como marco de referencia de las políticas públicas que se adopten durante su vigencia en materia de seguridad y salud en el trabajo y, por lo tanto, orientan todas las actuaciones de las instituciones competentes con responsabilidades en aquella. Estas estrategias se justifican en que la prevención de los riesgos laborales se caracteriza por una legislación extensa, un elevado número de agentes intervinientes y un escenario en permanente cambio, por lo que es primordial disponer de un marco estratégico de referencia que establezca objetivos consensuados por todos los interlocutores y para el conjunto del Estado, relacionados con la mejora de la prevención y la disminución de los riesgos laborales.

Esta primera estrategia tuvo como objetivos generales el reducir la siniestralidad laboral y mejorar las condiciones de seguridad y salud en las empresas, especialmente, las de las microempresas y las pequeñas empresas. Repárese en que, en este punto, la estrategia se hace

<sup>66</sup> <[http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Estrategia\\_Seguridad\\_Salud/Doc.Estrategia%20actualizado%202011%20ultima%20modificacion.pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Estrategia_Seguridad_Salud/Doc.Estrategia%20actualizado%202011%20ultima%20modificacion.pdf)>.

eco de la preocupación reflejada por el artículo 4.3 h) del Convenio núm. 187 OIT respecto de las pymes y microempresas, pues este precepto ya exigía el establecimiento de mecanismos de apoyo para que pudiesen mejorar progresivamente sus condiciones de seguridad y salud. Pues bien, para la consecución de tales objetivos, se aprobaron más de cien medidas, entre las que cabe destacar la simplificación de la normativa, la fijación de criterios de calidad de los servicios de prevención, el impulso de programas de asesoramiento técnico a las empresas y de formación en prevención de riesgos laborales (en el ámbito educativo y laboral) y la mejora de los sistemas de información. El éxito de estas medidas fue notable y el índice de accidentes de trabajo bajó considerablemente.

Con posterioridad, la Comisión Europea aprobó el Marco estratégico de la Unión Europea en materia de seguridad y salud en el trabajo 2014-2020<sup>67</sup>, que asume como retos principales: 1) el mejorar el historial de aplicación de la normativa propia de esta materia en los Estados miembros, ayudando a las microempresas y las pequeñas empresas en la implementación de medidas efectivas para prevenir los riesgos; 2) el optimizar la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo, combatiendo tanto los riesgos existentes como los nuevos y emergentes; y 3), finalmente, afrontar los riesgos propios del cambio demográfico.

A partir de ahí, el 24 de abril de 2015, se aprobó la actual Estrategia española de seguridad y salud en el trabajo 2015-2020 (Estrategia)<sup>68</sup>, tras consensuarse previamente por la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y los interlocutores sociales. Sus objetivos generales siguen siendo los de: 1) promover una mejor aplicación de la legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo y su consolidación en las comunidades autónomas, y, especialmente, en las pequeñas y medianas empresas; y 2) favorecer la mejora continua de las condiciones de trabajo respecto de todos los trabajadores por igual, con especial atención a la prevención de las enfermedades profesionales y enfermedades relacionadas con el trabajo. Entre los objetivos específicos, cabe destacar: 1) el potenciar actuaciones de las Administraciones públicas en materia de análisis, investigación, promoción, apoyo, asesoramiento, vigilancia y control de la prevención de riesgos laborales; y 2) el promover, con la participación de los interlocutores sociales y las comunidades autónomas, la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en sectores, actividades, colectivos y empresas de mayor riesgo (Estrategia, pp. 17-18).

Para su efectividad, estas líneas de actuación generales se desarrollan en medidas más concretas, las cuales se van implementando, de manera sistemática, en tres planes de acción que abarcan todo el periodo de la estrategia, contando para ello con la colaboración

<sup>67</sup> Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a un Marco estratégico de la Unión Europea en materia de seguridad y salud en el trabajo 2014-2020. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0332>>.

<sup>68</sup> <[http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/ESTRATEGIA%20SST%2015\\_20.pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/ESTRATEGIA%20SST%2015_20.pdf)>.

de las Administraciones públicas y los interlocutores sociales, y respetando en todo caso el sistema competencial de nuestro país. Según el artículo 149.1.7.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup> de la CE, el Estado es quien ostenta la competencia exclusiva para legislar en materia laboral, incluida la prevención de riesgos laborales, sin perjuicio de las competencias que las comunidades autónomas tienen para ejecutar el contenido de dicha legislación.

En todo caso, para la consecución de estos objetivos, resulta fundamental, por un lado, el continuar apoyando acciones puestas en marcha con la primera Estrategia 2007-2012, particularmente en sectores que siguen presentando elevados índices de siniestralidad y necesitando planes de sensibilización, asesoramiento técnico y control. Por otro lado, que la Estrategia 2015-2020 afronte nuevos retos, acordes con la situación actual del mercado de trabajo. Aunque las políticas preventivas se han venido centrando, de modo principal, en la reducción de los accidentes laborales, los actuales datos estadísticos reflejan la necesidad de incidir más en las enfermedades profesionales, para prevenirlas antes de que aparezcan. Además, debe prestarse atención a los nuevos modelos organizativos de las empresas, que deben promover la motivación e implicación de los trabajadores, lo que mejorará tanto la competitividad de aquellas como el bienestar y salud de estos últimos.

Como se aprecia, la Estrategia 2015-2020 fue concebida de manera flexible para poder adaptarse a los cambios que se vayan produciendo durante su vigencia, y aun no existentes en el momento de su elaboración. En este sentido, resulta positiva la mención que entonces ya se hace a la necesidad de prevenir los riesgos de carácter psicosocial, los derivados de las nuevas tecnologías o de aquellos que emergen de factores sociolaborales, como el envejecimiento de la población activa o las nuevas tendencias en el empleo (Estrategia, p. 9).

En todo caso, nuestra LPRL siempre ha mostrado capacidad de adaptación ante las nuevas variables y circunstancias, pues, por ejemplo, ya resulta significativa la modificación que se produjo en 2007 de su artículo 5.4, relativo a los objetivos de la política nacional, para establecer la necesidad de que las Administraciones públicas promuevan «la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales», con el fin de detectar y evitar situaciones en las que «los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores»<sup>69</sup>. Sin duda, esta continua adaptación de la política preventiva a las nuevas circunstancias es algo positivo y un argumento que refuerza su eficacia.

En fin, aparte de los dos convenios generales comentados, la OIT también aprobó una serie de convenios específicos sobre determinados agentes de riesgo (por ejemplo, productos químicos, radiaciones, cerusa y sulfato de plomo o asbesto) y ciertas ramas de ac-

---

<sup>69</sup> Este apartado 4 se añade por la disposición adicional duodécima.1 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

tividad (por ejemplo, construcción, minas, agricultura o trabajo portuario). La mayoría han sido ratificados por España y su contenido ya está implementado en la normativa interna.

#### 4. Convenios sobre seguridad en el empleo: el Convenio núm. 158 (1982), de 22 de junio, sobre la terminación de la relación de trabajo

Uno de los convenios de la OIT con mayor impacto en el derecho interno fue el núm. 158 (1982), de 22 de junio, relativo a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador<sup>70</sup>. Aparte de en el momento de su entrada en vigor (el 18 de febrero de 1986), la aplicación de este convenio en el derecho español se volvió a cuestionar a partir de la reforma laboral de 2012, y todo ello en relación con las garantías formales frente al despido de un trabajador ordinario. En concreto, los preceptos del convenio cuya aplicación se puso en duda fueron el 7 y el 11 (Gil, 2014 y 2015).

Sabido es que el artículo 7 de dicho convenio establece, con claridad, que:

[...] no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.

Se exige, pues, como regla general, el ofrecimiento al trabajador de una verdadera posibilidad de defensa frente a las imputaciones que se le hagan en orden a poner fin a su contrato, lo que requiere ser informado previamente y disponer de un tiempo para preparar el alegato. Esta oportunidad de defensa puede materializarse en diferentes formatos, como una audiencia previa o una entrevista personal (esta más interactiva que aquella) al citado sujeto. Ahora bien, de manera similar, parece que también cabría admitir, como garantía formal válida para la defensa de los intereses del trabajador, una audiencia al órgano de representación de personal (unitario, sindical) o a una comisión específica (por ejemplo, constituida *ad hoc* en el convenio) o, por supuesto, la apertura de un expediente contradictorio previo, similar al que el ET exige para un representante legal. Esta garantía ofrecería una doble audiencia: al trabajador y a sus representantes.

Por su parte, el artículo 11 del referido convenio insiste en reforzar la defensa previa del trabajador frente al despido exigiendo que se le dé «un plazo de preaviso razonable» frente al mismo, o, en su lugar, «una indemnización», a menos que sea culpable de una falta de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el

<sup>70</sup> Vid., también, la Recomendación núm. 166 (1982), homónima.

referido plazo. De este modo, la garantía formal de la audiencia previa se refuerza con la del preaviso, que, en cuanto diferente, permite al trabajador conocer con antelación la decisión extintiva del empresario (una vez ya formada) y, en consecuencia, tomar ya ciertas decisiones para organizar su futuro.

En el momento de la entrada en vigor del convenio, los tribunales laborales españoles entendieron que las garantías previstas en los citados artículos de aquel ya estaban, de alguna manera, recogidas en el ordenamiento español, el cual era suficientemente protector del trabajador y no necesitaba modificación alguna, en este punto, para ajustarse al referido convenio. Por un lado, el artículo 55.1 del ET garantiza a todo trabajador el derecho a ser informado sobre los hechos que se le imputan y la fecha de efectos del despido, lo que evita la indefensión de aquel sobre los motivos de este y cuál sea el *dies a quo* de la acción de caducidad. Por otro lado, el trabajador siempre tiene a su disposición la vía judicial, con posibilidad de ejercer su defensa en las conciliaciones extrajudicial, judicial y en el propio proceso. Así las cosas, los jueces concluyen que resulta innecesario crear garantías adicionales a las ya existentes en el derecho interno, en cuanto este es suficientemente protector<sup>71</sup>.

En mi opinión, como ya tuve ocasión de exponer hace muchos años (Mella, 1999, pp. 25 y ss.), esta posición jurisprudencial admite cierta crítica, pues, aunque es cierto que nuestro sistema garantiza la protección frente al despido en las fases coetáneas y posteriores, no lo es tanto que lo haga en las previas. El hecho de que un trabajador ordinario pueda quedar efectivamente despedido sin haber tenido la oportunidad de efectuar descargos en su defensa evidencia que nuestro sistema de garantías es mejorable. Solo los sujetos aforados<sup>72</sup> y los que gocen de mejoras por convenio disponen de ese derecho a ser oídos antes de ser despedidos, lo que, *a contrario sensu*, supone que muchos trabajadores no ven cumplidas las expectativas del artículo 7 del convenio de que se trata<sup>73</sup>. Quizás, con su posición restrictiva, los jueces estaban anticipando ya, en los años ochenta, la tendencia flexibilizadora de la regulación del despido por la que, décadas después, también optaría el legislador estatal.

Desde este punto de vista, con la reforma laboral de 2012 se volvió a cuestionar la conformidad de la normativa española con este Convenio núm. 158 OIT. Más específicamente, una de las dudas surgió entre el artículo 4 de este convenio, según el que «no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o conducta basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa», y el artículo 4 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes

<sup>71</sup> Cfr. Sentencias del Tribunal Central de Trabajo (TCT) de 5 y 31 de marzo, 10 de abril y 5 de mayo de 1987. Y, del TS, por ejemplo, Sentencias de 5 y 24 de noviembre de 1987, 8 de marzo y 19 de abril de 1988, 30 de noviembre y 4 de diciembre de 1989 y 31 de enero de 1990.

<sup>72</sup> Vid. esta posición expresada por CC.OO. en la Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2015, Publicación: 105.ª reunión CIT (2016).

<sup>73</sup> Vid. la Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2016, Publicación: 106.ª reunión CIT (2017).

para la reforma del mercado laboral, en cuanto reguló el –ahora ya derogado<sup>74</sup>– contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores con un periodo de preaviso de 1 año. De ese modo, surge la duda de si la normativa española vulnera el principio de causalidad en la extinción contractual al permitir el despido libre y sin causa durante el primer año del contrato de una forma fraudulenta. La respuesta exige valorar la justificación y razonabilidad de un periodo de prueba tan largo respecto de la duración del supuesto común (6 y 2 meses, art. 14 ET). Para la mayoría de la doctrina, agentes sociales y parte de la jurisprudencia, este plazo es injustificadamente excesivo, pues no se fundamenta en la complejidad de las tareas a realizar ni en las particularidades de este tipo de contrato. Consecuentemente, aquel es fraudulento, al ocultar un contrato temporal de 1 año con despido libre y sin ninguna indemnización para el trabajador<sup>75</sup>.

Con todo, el Tribunal Constitucional (TC) no compartió tal posición y ratificó la legalidad de este periodo de prueba en diversas sentencias, siendo la primera la 119/2014, de 16 de julio. Según esta, la validez del periodo en cuestión se basa en que se configura como una medida anticrisis especial y coyuntural, que responde al deber del poder público de adoptar medidas eficaces para generar empleo de calidad en tiempos de crisis. Su especial duración se basa no solo en la necesidad de constatar las capacidades laborales del trabajador, sino también la futura sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo. Esta segunda finalidad justifica que la duración del periodo sea la misma para todo tipo de trabajador, sin diferencias según su cualificación profesional, de ahí que no haya vulneración del principio de igualdad en este punto. Del mismo modo, se afirma que tampoco hay violación del artículo 37 de la CE por el hecho de que tal plazo se prevea con carácter indisponible para la negociación colectiva, pues con ello se quiere evitar la posibilidad de que el convenio introduzca cualquier modificación que afecte al objetivo último de la creación de empleo indefinido.

Para el Alto Tribunal, la mencionada duración del periodo de prueba es razonable y proporcional a la luz del régimen jurídico del contrato indefinido que se regula, pues, por un lado, este está sujeto a importantes requisitos legales que actúan como garantías para el trabajador, como son su propia vigencia temporal (sometida a la existencia de un determinado nivel de desempleo), su uso limitado a determinadas empresas o la necesidad de que

<sup>74</sup> Con efectos de 1 de enero de 2019, el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, ha procedido a la derogación expresa del artículo 4 y la disposición transitoria novena de la Ley 3/2012, una vez que la Encuesta de Población Activa (EPA) situó, en el tercer trimestre del año 2018, el paro en un 14,55 %, o sea, por debajo del umbral del 15 %, al que, en su día, se supeditó la vigencia del citado contrato.

<sup>75</sup> En las Observaciones de la CEACR adoptadas en 2014 (publicación: 104.ª reunión CIT, 2015), 2015 (publicación: 105.ª reunión CIT, 2016) y 2016 (publicación: 106.ª reunión CIT, 2017), se pueden consultar los argumentos de los sindicatos, patronal y Gobierno español a las recomendaciones del Comité tripartito de la OIT (reclamación presentada en virtud del art. 24 Constitución de la OIT), en relación con diversas consultas realizadas sobre la conformidad de la reforma laboral de 2012 con el Convenio núm. 158 OIT.

el empresario observe ciertas reglas para poder beneficiarse de los descuentos en las cotizaciones sociales y en las deducciones fiscales (no alterar el nivel de empleo, como mínimo, durante el primer año de contrato y conservar este, al menos, durante 3 años); y, por otro lado, cabe destacar concretas ventajas para el trabajador, como la posibilidad de que compatibilice el salario con prestaciones contributivas previamente reconocidas o mantenga el derecho a su percepción a la finalización del contrato.

Reflejando el sentir mayoritario de la doctrina científica ya apuntado, tres magistrados del citado TC firmaron un interesante voto particular discrepante con la argumentación recién expuesta. El razonamiento es el siguiente. El principio de causalidad en la extinción del contrato forma parte del contenido esencial del derecho al trabajo previsto en el artículo 35.1 de la CE, por lo que no cabe poner fin a aquel contrato sin causa justificada o, en su lugar, una indemnización adecuada. La fijación de un periodo de prueba de 1 año, durante el cual rige el libre desistimiento, carece de motivo justificado, pues no lo es la pretendida finalidad económica del legislador de crear empleo indefinido. La decisión final del empresario sobre la consolidación del trabajador nada tiene que ver con una duración más larga del periodo de prueba, pues, tras dicho periodo, este puede verse fuera de la empresa, sin causa ni indemnización. En definitiva, el periodo de prueba de 1 año carece de justificación y, por ello, vulnera el artículo 4 del Convenio núm. 158 OIT.

Omitiendo esta doctrina crítica minoritaria, el Pleno del TC ratifica su ya conocida posición en la posterior Sentencia 8/2015, de 22 de enero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 5610/2012 contra varios preceptos de la Ley 3/2012, ya citada, con la que marca la dirección a la jurisprudencia ordinaria y pone fin al debate suscitado en este punto hasta la derogación del contrato indefinido analizado.

Conviene ahora aprovechar la mención de esta importante sentencia del TC para continuar con el análisis del ajuste de la Ley 3/2012 con otros preceptos del Convenio núm. 158 OIT, como el artículo 9, que consagra el control judicial de la causa del despido. Según este, «los organismos mencionados» en el artículo 8 (entre ellos, los órganos jurisdiccionales) «estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso», con el fin «de pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada» o no.

Como es sabido, el legislador de 2012 se caracteriza por intentar facilitar los despidos por causas relacionadas con la situación de la empresa, tanto en su modalidad individual (art. 52 c) ET) como colectiva (art. 51 ET), y lo hace concretando, con mayor precisión, las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción de tales despidos, a la vez que suprimiendo ciertas expresiones que acompañaban a aquellas. Así, por ejemplo, hasta entonces se entendía que las causas técnicas, organizativas o de producción concurrían cuando contribuían «a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos» (art. 51.1 ET). Según la exposición de motivos de la referida Ley 3/2012, tales expresiones implicaban «proyecciones

de futuro, de imposible prueba», y generaban incertidumbre e inseguridad jurídica sobre la concurrencia de las causas. Ello determinaba que los tribunales valorasen la concurrencia de estas, según juicios de oportunidad relacionados con la gestión y situación de cada concreta empresa. Y, así las cosas, lo que el legislador reformador de 2012 quiso hacer fue limitar el poder de decisión del órgano jurisdiccional en relación con el análisis de la concurrencia de la causa en el caso concreto, lo que suscitó cierta duda del ajuste de este cambio legal al mencionado artículo 9 del convenio OIT e, incluso, al artículo 24.1 de la CE (derecho a la tutela judicial efectiva).

Con todo, la posición mayoritaria de la doctrina científica, del Comité de Expertos de la OIT y de los tribunales españoles fue la de mantener una interpretación amplia de la función jurisdiccional de los jueces, que incluye la posibilidad de realizar un control finalista o de proporcionalidad de las causas y, por lo tanto, el precepto reformado respeta la letra del citado precepto del convenio. En esta línea, destaca la ya analizada STC 8/2015, de 22 de enero, que ratifica la legalidad de aquel precepto con este convenio, pues no se aprecia una restricción en la función jurisdiccional y nada impide que el juez siga valorando la razonabilidad del despido desde su causalidad.

De manera similar, la misma sentencia del TC también rechazó que la modificación introducida por la Ley 3/2012 relativa a la eliminación de los salarios de tramitación en el caso de que el empresario opte por la extinción del contrato en el supuesto de despido improcedente (solo se mantienen si la opción es por la readmisión o el despido es nulo; arts. 56.1 ET y 110.1 Ley reguladora de la jurisdicción social) suponga una vulneración del artículo 10 del Convenio núm. 158 OIT, que exige una indemnización u otra reparación adecuada en el caso de que la extinción sea injustificada. Para la referida sentencia, la opción por la readmisión o la indemnización supone elegir entre dos vías completamente distintas y, en consecuencia, cabe que tengan consecuencias distintas, sin que se vulnere el principio de igualdad de trato por el hecho de que en un caso se deban los salarios de trámite y en el otro, no. En definitiva, la modificación legal introducida en 2012 es acorde con el citado convenio.

## Referencias bibliográficas

Camps Ruiz, L. M. (2014). Los convenios de la OIT sobre vacaciones y sobre descanso semanal. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 112, 17-34.

Chacartegui Jávega, C. (2011). El derecho de vacaciones en la jurisprudencia española

en aplicación de lo previsto en la normativa de la OIT. En J. López, M. Freedland, B. Caruso y K. Stone (Coords.), *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada* (pp. 109-132). Albacete: Bomarzo.



- García Viña, J. y Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2014). Igualdad de remuneración-salarios-protección de los salarios. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 112, 97-127.
- Gil y Gil, J. L. (2014). Strengthening the power of dismissal in recent labor reforms in Spain. *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 3(35), 413-448.
- Gil y Gil, J. L. (2015). La Convention n.º 158 de l'OIT et la protection contre le licenciement injustifié en Espagne. En M. Badel, O. Pujolar y S. Sana-Chailé de Néré (Coords.), *Des liens et des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde* (pp. 663-673). Paris: Dalloz.
- Mella Méndez, L. (1999). *La formalización del despido disciplinario*. Granada: Comares
- Purcalla Bonilla, M. A. y Preciado Domènech, C. H. (2015). Salud laboral y prevención de riesgos laborales (normas generales y sectoriales): implementación de los convenios de la OIT. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 117, 185-211.
- Salido Banús, J. L. y Barceló Fernández, J. (2015). El tiempo de trabajo: los compromisos asumidos por España por la ratificación de diferentes convenios de la OIT y su cumplimiento por la ley y los convenios estatutarios. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 117, 213-237.

