

# La OIT en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: un panorama reciente\*

# ILO in the High Court jurisprudence: A recent outlook

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO\*\*

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.–DESPIDO.–VACACIONES.–NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.–SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO.–POLÍTICA SOCIAL.–GENTE DE MAR.–ACCIDENTES DE TRABAJO.–TRABAJADORES EXTRANJEROS.–SALARIO.–PROTECCIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES EN CASO DE INSOLVENCIA DEL EMPLEADOR.–READAPTACIÓN PROFESIONAL Y EL EMPLEO (PERSONAS INVÁLIDAS).–IGUALDAD.–14. PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD.–TRABAJADORES CON RESPONSABILIDADES FAMILIARES.–TIEMPO DE TRABAJO.–TRABAJO A TIEMPO PARCIAL.–OTROS CONVENIOS.

## INTRODUCCIÓN

La potencia legal y moral de la Organización Internacional del Trabajo encuentra, en líneas generales, escaso acomodo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los últimos años. Numéricamente, las citas de Convenios abundan, pero cuando se ahonda en su utilización el resultado solo conduce a una suave melancolía.

\* Esta crónica recoge la mayoría de las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde 1979 hasta principios de 2020 recogidas en el archivo del CENDOJ. La consulta de sentencias se cerró el 20 de marzo de 2020. En numerosos casos, se ha detectado que el CENDOJ ha adjudicado dos ECLIS distintos a la misma sentencia, recogiendo solo el más bajo. La intención era la exhaustividad, pero el normal devenir humano la hace imposible.

\*\* Universidad de Santiago de Compostela.

Quiero hacer constar mi agradecimiento a Ana Macarena VILAS TOBAR, Becaria de colaboración en el área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela, por la tarea de recopilación jurisprudencial, efectuada con enorme efectividad durante los aciagos días del estado de alarma derivado del Covid-19.

En efecto, en la mayor parte de las ocasiones, la presencia de la OIT parece responder a cuestiones casi estéticas. La invocación de Convenios se convierte, así, en un vago argumento de fuerza moral superior para apoyar la petición concreta, buscando el sustento de la normativa internacional. En la mayoría de estos casos, el Tribunal Supremo no examina la regulación invocada y la sentencia se limita a reproducir la invocación. La normativa de la OIT no supera, dentro de esa abundancia, la densidad de un simple glaseado de la legislación nacional, un *flatus vocis* en homenaje a los dioses tutelares que, con rarísimas excepciones, no contribuye en modo alguno a la resolución del caso.

Las apariciones de los Convenios de la OIT se corresponden, principalmente, con las normas más modernas. A propósito de esta situación, casi todos los Convenios ratificados en los últimos años se citan en algún momento, pero siguen estando en minoría frente a los que España ha dejado de ratificar en esos mismos años. Por otra parte, las citas de normas vetustas carecen de relevancia, salvo una no-

table excepción que se presentará al final del trabajo.

No deja de llamar la atención la ausencia de cita alguna sobre el importantísimo MLC, el Convenio sobre el trabajo marítimo, ratificado por España en 2010. En contraste, la sorpresa procede en ocasiones de la utilización de Convenios que no están en vigor, situación que se repite en los últimos años.

## DESPIDO

Numéricamente, la parte del león en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es, sin duda, para el Convenio 158, sobre la terminación de la relación de trabajo. Aprobado en 1982, ratificado por España en 1985 y en vigor desde ese el año siguiente, aparece reflejado en más de un centenar de sentencias de la Sala de lo Social, con una abundancia que no tiene parangón y que discurre por caminos separados de la de su real eficacia, que roza lo paupérrimo.

Temporalmente, en una etapa inicial, podría hablarse incluso de un “efecto novedad” en las primeras apariciones ante el Tribunal Supremo: una situación en la que las partes invocaban el nuevo Convenio como argumento sin saberse muy bien para qué servía. En este sentido, es menester constatar la granítica tendencia de la Sala en esos primeros años a limitar el alcance del Convenio, defendiendo con firmeza la validez de la legislación española existente.

La primera aparición en la jurisprudencia, en la sentencia de 11 de mayo de 1987<sup>1</sup>, no obstante, fue una aparición negativa para negar su aplicación por motivos temporales, al ser los hechos anteriores a su entrada en vigor en España. Esta situación se repitió en las sentencias de 24 de septiembre de 1987<sup>2</sup> y 15 de marzo de 1988<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ECLI: ES:TS:1987:3262

<sup>2</sup> ECLI: ES:TS:1987:5820

<sup>3</sup> ECLI: ES:TS:1988:1863

La primera sentencia de auténtico interés fue la de 4 de noviembre de 1987<sup>4</sup>, puesto que en ella el Tribunal Supremo señaló que el art. 7 del Convenio, donde se establece que se otorgue al trabajador la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, “no es de aplicación directa, al exigir que el legislador desarrolle el procedimiento adecuado que ofrezca al trabajador la garantía que postula”. En esta aparición inicial se pone de manifiesto el carácter programático del Convenio. Esta doctrina se reiteró, a veces sin cita expresa de la jurisprudencia anterior, en las sentencias de 5 de noviembre de 1987<sup>5</sup>, 24 de noviembre de 1987<sup>6</sup>, 22 de febrero de 1988<sup>7</sup>, 19 de abril de 1988<sup>8</sup>, 22 de junio de 1988<sup>9</sup>, 13 de septiembre de 1988<sup>10</sup>, 27 de septiembre de 1988<sup>11</sup>, 3 de noviembre de 1988<sup>12</sup>, 26 de julio de 1989<sup>13</sup>, 27 de septiembre de 1989<sup>14</sup> y 31 de enero de 1990<sup>15</sup>, insistiendo casi siempre el Tribunal en que la exigencia estaba, en todo caso, suficientemente cumplida con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores. Es síntesis perfecta de esta postura lo señalado en la sentencia de 11 de julio de 1988<sup>16</sup>, en línea con las anteriores: “queda cumplida la exigencia del artículo 7 del Convenio de no dar por terminada una relación de trabajo por motivos disciplinarios sin haber ofrecido al trabajador la posibilidad de defenderse de los cargos contra él formulados”.

La sentencia de 8 de marzo de 1988<sup>17</sup> continuó elaborando sobre la cuestión, al señalar que “el artículo 7.º no puede entenderse comprendido dentro de esa excepción respecto a

<sup>4</sup> ECLI: ES:TS:1987:6969

<sup>5</sup> ECLI: ES:TS:1987:6996

<sup>6</sup> ECLI: ES:TS:1987:7478

<sup>7</sup> ECLI: ES:TS:1988:1161

<sup>8</sup> ECLI: ES:TS:1988:1161

<sup>9</sup> ECLI: ES:TS:1988:4813

<sup>10</sup> ECLI: ES:TS:1988:6143

<sup>11</sup> ECLI: ES:TS:1988:15486

<sup>12</sup> ECLI: ES:TS:1988:16469

<sup>13</sup> ECLI: ES:TS:1989:4533

<sup>14</sup> ECLI: ES:TS:1989:13096

<sup>15</sup> ECLI: ES:TS:1990:726

<sup>16</sup> ECLI: ES:TS:1988:15313

<sup>17</sup> ECLI: ES:TS:1988:1653

las resoluciones judiciales, porque ni la práctica nacional, en este caso la propia delimitación constitucional de la función jurisdiccional, autoriza una acción judicial de desarrollo normativo de una disposición internacional, que es lo que, en definitiva, se produciría dado el contenido de ésta, ni tal contenido admite en la actual situación del Ordenamiento español una aplicación directa, pues las técnicas de flexibilidad empleadas en su formulación, permiten, como ha puesto de relieve la doctrina científica, diversas posibilidades de desarrollo y un amplio sistema de excepciones, no sólo subjetivas por la vía del artículo 2.º, sino, sobre todo, objetivas, en atención al criterio de razonabilidad de la negativa empresarial a la audiencia”. Esta doctrina fue reiterada, junto con la indicada anteriormente, en las sentencias de 28 de abril de 1988<sup>18</sup>, 17 de mayo de 1988<sup>19</sup>, 19 de mayo de 1988<sup>20</sup>, 23 de mayo de 1988<sup>21</sup>, 30 de mayo de 1988<sup>22</sup>, 13 de junio de 1988<sup>23</sup>, 28 de junio de 1988<sup>24</sup>, 14 de julio de 1988<sup>25</sup>, 21 de julio de 1988<sup>26</sup>, 13 de septiembre de 1988<sup>27</sup>, 14 de septiembre de 1988<sup>28</sup>, 20 de marzo de 1989<sup>29</sup>, 20 de septiembre de 1989<sup>30</sup>, 23 de octubre de 1989<sup>31</sup> y 4 de diciembre de 1989<sup>32</sup>.

A su vez, la sentencia de 13 de septiembre de 1988<sup>33</sup> añadió un nuevo matiz a la interpretación del Convenio, siempre en la misma línea: “la forma que establece para el despido disciplinario el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT, debe ser entendida atendiendo a su

verdadera finalidad, que no es otra que garantizar al afectado una posibilidad real de defensa, a través de darle a conocer, en tiempo oportuno, los cargos imputados, excluyendo su alegación intempestiva que impidan preparar la acción impugnatoria”. Esta doctrina fue reiterada dos días después, en la sentencia de 15 de septiembre de 1988<sup>34</sup>.

Por su parte, la sentencia de 16 de marzo de 1988<sup>35</sup> consideró que el art. 10 del Convenio también se cumplía ya en España, negándole pertinencia en la resolución del caso: “establece para el supuesto de despido injustificado que la legislación nacional podrá disponer anular la terminación y eventualmente ordenar a proponer la readmisión del trabajador y ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada, que es precisamente lo que se prevé por el artículo 211 de la Ley de Procedimiento Laboral, precepto que, por tanto, no cabe entender resultare afectado por el Convenio que se invoca”.

La sentencia de 20 de junio de 1988<sup>36</sup> continuó esta tendencia de interpretaciones restrictivas del Convenio, al señalar que “no es cierto que el Convenio 158 de la OIT (...) invierta la carga de la prueba del «fraus legis», pues del mismo no cabe deducir que los contratos de duración determinada sean presumiblemente por su naturaleza, en fraude de ley, y corresponde a la empresa probar la inexistencia de dicho fraude, alterando la regulación normal de la carga de la prueba”, y que solo dice que “se deben proveer garantías necesarias contra el recurso a contratos de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección del Convenio”. Esta sentencia recogió, además, la corriente jurisprudencial ya citada sobre la necesidad de desarrollo legal del art. 7 del Convenio.

La sentencia de 19 de junio de 1989<sup>37</sup> se apartó de esta tendencia al estudiar conjunta-

<sup>18</sup> ECLI: ES:TS:1988:3078

<sup>19</sup> ECLI: ES:TS:1988:3717

<sup>20</sup> ECLI: ES:TS:1988:3783

<sup>21</sup> ECLI: ES:TS:1988:3869

<sup>22</sup> ECLI: ES:TS:1988:4093

<sup>23</sup> ECLI: ES:TS:1988:4494

<sup>24</sup> ECLI: ES:TS:1988:5011

<sup>25</sup> ECLI: ES:TS:1988:15364

<sup>26</sup> ECLI: ES:TS:1988:5795

<sup>27</sup> ECLI: ES:TS:1988:6159

<sup>28</sup> ECLI: ES:TS:1988:6167

<sup>29</sup> ECLI: ES:TS:1989:2054

<sup>30</sup> ECLI: ES:TS:1989:13150

<sup>31</sup> ECLI: ES:TS:1989:5664

<sup>32</sup> ECLI: ES:TS:1989:7009

<sup>33</sup> ECLI: ES:TS:1988:15343

<sup>34</sup> ECLI: ES:TS:1988:6191

<sup>35</sup> ECLI: ES:TS:1988:1912

<sup>36</sup> ECLI: ES:TS:1988:4722

<sup>37</sup> ECLI: ES:TS:1989:3642

mente el Convenio 158 con la Recomendación 143 y declarar, de acuerdo con lo ya dicho por el Tribunal Constitucional, que los candidatos proclamados gozan de las mismas garantías frente al despido que los representantes de los trabajadores.

Tras la reciente reforma del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores, resulta de interés la sentencia de 12 de julio de 2004, en la que el Tribunal Supremo señaló, a propósito del artículo 6 del Convenio 158, que “la ausencia temporal al trabajo por motivo de enfermedad no puede constituir causa justificada de la terminación del contrato, como efectivamente ocurre en este caso, en el que se estima el despido como improcedente o, lo que es lo mismo, sin causa justificada”.

Una segunda etapa se inicia con la reforma de 2012 y la transformación del Convenio 158 en trinchera de defensa de la capacidad judicial para controlar el fondo de un despido.

En primer lugar, las sentencias de 20 de septiembre de 2013<sup>38</sup> y 18 de febrero de 2014<sup>39</sup> recordaron uno de los contenidos esenciales del Convenio 158: su trascendental art. 4 en el que se preceptúa 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 su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. Este recordatorio, por breve que parezca, es más destacado que lo habitual y anunciaba el desacuerdo que pronto se plasmaría en la jurisprudencia.

En la sentencia de 25 de junio de 2014<sup>40</sup> reapareció ese mismo artículo. En ella, el Tribunal Supremo hizo suya parte de la argumentación de una de las partes a propósito del precepto: “implica que el control judicial no se puede limitar a comprobar si concurren las circunstancias definidoras de una situación

económica negativa sino que se debe enjuiciar también si concurre –dicho con las palabras de los recurrentes “un nexo de razonabilidad entre lo pretendido (un determinado número de despidos) y la causa desencadenante (una circunstancia económica y productiva)”. Curiosamente, negó cualquier consecuencia de ello, quitándole la razón a quien había invocado el Convenio, pero desafiando claramente el espíritu de la Ley 3/2012 (y su Exposición de motivos). Esta doctrina fue reiterada en las sentencias de 25 de febrero de 2015<sup>41</sup>, 16 de septiembre de 2015<sup>42</sup>, 21 de diciembre de 2016<sup>43</sup>, 17 de mayo de 2017<sup>44</sup>, 12 de septiembre de 2017<sup>45</sup>, 3 de mayo de 2018<sup>46</sup> y 20 de marzo de 2019<sup>47</sup>.

La sentencia de 18 de julio de 2014<sup>48</sup> continuó elaborando al respecto, engarzando el Convenio con la Directiva 98/59/CE: “los criterios deben permitir establecer la oportuna relación de causalidad entre las medidas y la afectación concreta a los trabajadores. Una real ausencia de criterios de selección, devaluará la negociación en el período de consultas, en cuanto los representantes de los trabajadores no podrán ofertar o contraofertas a las medidas empresariales, haciendo inútil el objetivo finalístico de período de consultas y el posterior y oportuno control judicial”<sup>49</sup>. Esta sentencia fue reiterada en la de 24 de marzo de 2015<sup>50</sup>.

A este respecto, la sentencia de 23 de septiembre de 2014<sup>51</sup> señaló que “por decisión expresa del legislador claramente patente en el texto legal y explicada en la Exposición de Motivos, se ha omitido el llamado juicio de

<sup>41</sup> ECLI: ES:TS:2015:2611

<sup>42</sup> ECLI: ES:TS:2015:5127

<sup>43</sup> ECLI: ES:TS:2016:5734

<sup>44</sup> ECLI: ES:TS:2017:2346

<sup>45</sup> ECLI: ES:TS:2017:3311

<sup>46</sup> ECLI: ES:TS:2018:1859

<sup>47</sup> ECLI: ES:TS:2019:1544

<sup>48</sup> ECLI: ES:TS:2014:3884

<sup>49</sup> ECLI: ES:TS:2014:3884

<sup>50</sup> ECLI: ES:TS:2015:3173

<sup>51</sup> ECLI: ES:TS:2014:4888

<sup>38</sup> ECLI: ES:TS:2013:5414

<sup>39</sup> ECLI: ES:TS:2014:1441

<sup>40</sup> ECLI: ES:TS:2014:3449

razonabilidad, cuya justificación no puede ya exigirse a la empresa y cuya subsistencia tampoco podría ampararse en el Convenio 158 de la OIT<sup>90</sup>. El razonamiento de la sentencia, no obstante, discurrió en sentido contrario y se alineó con los pronunciamientos antes indicados.

En línea con esta oposición del Tribunal Supremo al debilitamiento del control judicial de determinados despidos, hay que señalar la sentencia de 11 de julio de 2018, que destacó “los artículos 4 y 9 Convenio 158 OIT [relativos a la justificación causal del despido], que no sólo actúan como norma mínima, sino que presentan resistencia pasiva respecto de las disposiciones legales internas posteriores [artículo 96.1 CE]; e incluso actúan como elementos interpretativos de los derechos constitucionalmente reconocidos”.

Dentro de la abundancia, es deplorable constatar que la mayoría de las apariciones se encuadran en la tendencia que fue indicada en la Introducción: la vaga cita, sin relevancia, desvaída, generalista y superflua del Convenio, en la mayor parte de los casos originada en los recursos planteados. Así sucede en las sentencias de 21 de septiembre de 1987<sup>52</sup>, 22 de septiembre de 1987<sup>53</sup>, 22 de febrero de 1988<sup>54</sup>, 4 de marzo de 1988<sup>55</sup>, 3 de mayo de 1988<sup>56</sup>, 5 de mayo de 1988<sup>57</sup>, 16 de mayo de 1988<sup>58</sup>, 27 de junio de 1988<sup>59</sup>, 7 de julio de 1988<sup>60</sup>, 13 de julio de 1988<sup>61</sup>, 14 de julio de 1988<sup>62</sup>, 18 de julio de 1988<sup>63</sup>, 19 de julio de 1988<sup>64</sup>, 13 de sep-

tiembre de 1988<sup>65</sup>, 22 de septiembre de 1988<sup>66</sup>, 26 de septiembre de 1988<sup>67</sup>, 27 de septiembre de 1988<sup>68</sup>, 7 de febrero de 1989<sup>69</sup>, 5 de abril de 1989<sup>70</sup>, 7 de junio de 1989<sup>71</sup>, 12 de julio de 1989<sup>72</sup>, 22 de septiembre de 1989<sup>73</sup>, 30 de abril de 1990<sup>74</sup>, 17 de octubre de 1990<sup>75</sup>, 7 de diciembre de 1990<sup>76</sup>, 21 de diciembre de 1990<sup>77</sup>, 29 de noviembre de 1993<sup>78</sup>, 3 de noviembre de 1995<sup>79</sup>, 28 de enero de 1997<sup>80</sup>, 17 de mayo de 2000<sup>81</sup>, 17 de septiembre de 2004<sup>82</sup>, 21 de octubre de 2004<sup>83</sup>, 6 de marzo de 2006<sup>84</sup>, 7 de abril de 2006<sup>85</sup>, 30 de mayo de 2006<sup>86</sup>, 22 de junio de 2006<sup>87</sup>, 4 de julio de 2006<sup>88</sup>, 11 de octubre de 2006<sup>89</sup>, 13 de octubre de 2006<sup>90</sup>, 23 de octubre de 2006<sup>91</sup>, 9 de marzo de 2007<sup>92</sup>, 14 de mayo de 2007<sup>93</sup>, 17 de enero de 2008<sup>94</sup>, 23 de enero de 2008<sup>95</sup>, 23 de febrero de 2008<sup>96</sup>, 18 de diciembre de 2008<sup>97</sup>, 27 de diciembre de

<sup>52</sup> ECLI: ES:TS:1987:5724

<sup>53</sup> ECLI: ES:TS:1987:5780

<sup>54</sup> ECLI: ES:TS:1988:1159

<sup>55</sup> ECLI: ES:TS:1988:1515

<sup>56</sup> ECLI: ES:TS:1988:1161

<sup>57</sup> ECLI: ES:TS:1988:3312

<sup>58</sup> ECLI: ES:TS:1988:3669

<sup>59</sup> ECLI: ES:TS:1988:4930

<sup>60</sup> ECLI: ES:TS:1988:5271

<sup>61</sup> ECLI: ES:TS:1988:5514

<sup>62</sup> ECLI: ES:TS:1988:15494

<sup>63</sup> ECLI: ES:TS:1988:15390

<sup>64</sup> ECLI: ES:TS:1988:15489

<sup>65</sup> ECLI: ES:TS:1988:6158

<sup>66</sup> ECLI: ES:TS:1988:6391 y ECLI: ES:TS:1988:6399

<sup>67</sup> ECLI: ES:TS:1988:15483

<sup>68</sup> ECLI: ES:TS:1988:15497

<sup>69</sup> ECLI: ES:TS:1989:753

<sup>70</sup> ECLI: ES:TS:1989:2343

<sup>71</sup> ECLI: ES:TS:1989:3400

<sup>72</sup> ECLI: ES:TS:1989:12938

<sup>73</sup> ECLI: ES:TS:1989:13144

<sup>74</sup> ECLI: ES:TS:1990:3485

<sup>75</sup> ECLI: ES:TS:1990:7365

<sup>76</sup> ECLI: ES:TS:1990:9010

<sup>77</sup> ECLI: ES:TS:1990:9647

<sup>78</sup> ECLI: ES:TS:1993:12981

<sup>79</sup> ECLI: ES:TS:1995:5501

<sup>80</sup> ECLI: ES:TS:1997:457

<sup>81</sup> ECLI: ES:TS:2000:4018

<sup>82</sup> ECLI: ES:TS:2004:5764

<sup>83</sup> ECLI: ES:TS:2004:6677

<sup>84</sup> ECLI: ES:TS:2006:1974

<sup>85</sup> ECLI: ES:TS:2006:2470

<sup>86</sup> ECLI: ES:TS:2006:3756

<sup>87</sup> ECLI: ES:TS:2006:5107

<sup>88</sup> ECLI: ES:TS:2006:5179

<sup>89</sup> ECLI: ES:TS:2006:6858

<sup>90</sup> ECLI: ES:TS:2006:7543

<sup>91</sup> ECLI: ES:TS:2006:6860

<sup>92</sup> ECLI: ES:TS:2007:2348

<sup>93</sup> ECLI: ES:TS:2007:4692

<sup>94</sup> ECLI: ES:TS:2008:2402

<sup>95</sup> ECLI: ES:TS:2008:781

<sup>96</sup> ECLI: ES:TS:2008:781

<sup>97</sup> ECLI: ES:TS:2008:7538

2008<sup>98</sup>, 7 de octubre de 2009<sup>99</sup>, 11 de diciembre de 2009<sup>100</sup>, 26 de enero de 2010<sup>101</sup>, 3 de febrero de 2010<sup>102</sup>, 18 de junio de 2012<sup>103</sup>, 16 de julio de 2012<sup>104</sup>, 18 de febrero de 2014<sup>105</sup>, 25 de junio de 2014<sup>106</sup>, 18 de julio de 2014<sup>107</sup>, 11 de diciembre de 2014<sup>108</sup>, 17 de febrero de 2015<sup>109</sup>, 20 de octubre de 2015<sup>110</sup>, 24 de noviembre de 2015<sup>111</sup>, 15 de marzo de 2016<sup>112</sup>, 18 de mayo de 2016<sup>113</sup>, 28 de junio de 2016<sup>114</sup>, 26 de octubre de 2016<sup>115</sup>, 23 de noviembre de 2016<sup>116</sup>, 30 de noviembre de 2016<sup>117</sup>, 12 de mayo de 2017<sup>118</sup>, 18 de mayo de 2017<sup>119</sup>, 12 de julio de 2017<sup>120</sup>, 13 de julio de 2017<sup>121</sup>, 8 de noviembre de 2017<sup>122</sup>, 18 de enero de 2018<sup>123</sup>, 18 de septiembre de 2018<sup>124</sup>, 28 de marzo de 2019<sup>125</sup> y 14 de noviembre de 2019<sup>126</sup> (con cita errónea, por añadidura).

## VACACIONES

Casi tan colosal como la descrita en el apartado anterior es la trayectoria del Convenio 132 en la jurisprudencia estudiada. Su

<sup>98</sup> ECLI: ES:TS:2008:7538

<sup>99</sup> ECLI: ES:TS:2009:6969

<sup>100</sup> ECLI: ES:TS:2009:8516

<sup>101</sup> ECLI: ES:TS:2010:1066

<sup>102</sup> ECLI: ES:TS:2010:1230

<sup>103</sup> ECLI: ES:TS:2012:5263

<sup>104</sup> ECLI: ES:TS:2012:5657

<sup>105</sup> ECLI: ES:TS:2014:2571

<sup>106</sup> ECLI: ES:TS:2014:3328

<sup>107</sup> ECLI: ES:TS:2014:4180

<sup>108</sup> ECLI: ES:TS:2014:5710

<sup>109</sup> ECLI: ES:TS:2015:1901

<sup>110</sup> ECLI: ES:TS:2015:5215 y ES:TS:2015:5065

<sup>111</sup> ECLI: ES:TS:2015:5654

<sup>112</sup> ECLI: ES:TS:2016:1230

<sup>113</sup> ECLI: ES:TS:2016:2507

<sup>114</sup> ECLI: ES:TS:2016:3951

<sup>115</sup> ECLI: ES:TS:2016:4941

<sup>116</sup> ECLI: ES:TS:2016:5711

<sup>117</sup> ECLI: ES:TS:2016:5787

<sup>118</sup> ECLI: ES:TS:2017:2023

<sup>119</sup> ECLI: ES:TS:2017:2212

<sup>120</sup> ECLI: ES:TS:2017:3117

<sup>121</sup> ECLI: ES:TS:2017:3166

<sup>122</sup> ECLI: ES:TS:2017:4216

<sup>123</sup> ECLI: ES:TS:2018:374

<sup>124</sup> ECLI: ES:TS:2018:3369

<sup>125</sup> ECLI: ES:TS:2019:1329

<sup>126</sup> ECLI: ES:TS:2019:3895

presencia se extiende a lo largo de todo el periodo analizado, con mucha mayor relevancia, eso sí, de lo que se encontrará en otras materias; no se trata de una simple invocación formal. Se trata además, en líneas generales, de una jurisprudencia cohesionada, con muy abundantes citas a los precedentes, como se verá.

Un primer ejemplo es la sentencia de 15 de febrero de 1988<sup>127</sup>, donde se afirmó que “por cuanto respecta a las vacaciones, el invocado artículo 7.º del Convenio 132 (...) contribuye decisivamente a la expuesta interpretación, en cuanto no sólo no excluye nada de la remuneración normal o media, sino que para la cuantificación de ésta, incluye cualquier parte que se pague en especie”.

Por su parte, la sentencia de 1 de octubre de 1991<sup>128</sup> señaló que de acuerdo con el Convenio “habrá de percibir todo trabajador en concepto de retribución vacacional «por lo menos su remuneración normal o media» (inciso inicial del artículo 7.1), lo que ha de entenderse como el promedio de la totalidad de emolumentos que corresponden a la jornada ordinaria. Establece asimismo dicha norma a continuación (artículo 7.1 *in fine*) que tal remuneración, (habrá de ser) calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado» (artículo 7.1 *in fine*)”.

Próxima en el tiempo, la sentencia de 20 de diciembre de 1991<sup>129</sup> realizó a su vez una importante ordenación de las herramientas útiles para determinar la cuantía de dicha remuneración: “el artículo 1 del mismo [Convenio] remarca la preferencia que se otorga al convenio o pacto colectivo en cuanto a la regulación del derecho a las vacaciones, al preceptuar que la legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de

<sup>127</sup> ECLI: ES:TS:1988:963

<sup>128</sup> ECLI: ES:TS:1991:4971

<sup>129</sup> ECLI: ES:TS:1991:7169

contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera comparable con la práctica nacional que sea apropiada a las condiciones del país”.

La importancia de la negociación colectiva queda claramente puesta de manifiesto, a salvo de la posición del Convenio 132 como norma mínima en caso de ausencia de desarrollo colectivo, y sin que la negociación colectiva pueda llevar a cabo exclusiones arbitrarias. La sentencia de 13 de abril de 1994<sup>130</sup> indicó, no obstante, que el artículo 7 actúa como norma supletoria en ausencia de convenio, sin que en ningún caso pueda considerarse que la omisión en el convenio colectivo de cualquier indicación sobre la cuantía implica la no remuneración de las vacaciones.

El límite indicado fue desarrollado en la sentencia de 21 de octubre de 1994<sup>131</sup>, que añadió una nueva e interesante precisión al afirmar que “para que un concepto salarial sea excluido de la retribución de las vacaciones no basta que este concepto sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo realizado, sino que es preciso que el trabajo mismo que se remunera sea también extraordinario. Esta interpretación hace justicia a la expresión empleada en el transcrito párrafo primero del artículo 7.º que se remite a remuneración normal y media, lo que indica que remuneraciones extraordinarias del trabajo realizado en la jornada normal han de computarse en su promedio, y no en su integridad”.

En la más reciente sentencia de 29 de noviembre de 2018<sup>132</sup> puede encontrarse, sobre la misma cuestión, esta formulación: “En esta regulación se viene a establecer, según ha sido denominado por la jurisprudencia, el principio de equivalencia en el sentido de que en la retribución de las vacaciones deben ser computados los conceptos salariales que no

tuvieran la condición de extraordinarios, pero prevaleciendo el criterio de que es el convenio colectivo el encargado de fijar el montante retributivo, siempre que respete los mínimos de derecho necesario”.

La sentencia de 17 de diciembre de 1996<sup>133</sup>, por su parte, recogió una reflexión de síntesis, de gran interés, sobre lo que debe integrarse en la paga de vacaciones, a propósito de las comisiones. Interpretando el término “remuneración normal” del Convenio 132, el Tribunal Supremo señaló que “lo ordinario es, según el Diccionario de la Lengua, lo común y regular, lo que sucede habitualmente, por oposición a lo extraordinario, que es lo que está fuera del orden o regla natural de las cosas, y este sentido tan ordinaria o normal es una retribución por unidad de tiempo, como una retribución que contempla los resultados del trabajo, como las comisiones”.

En cambio, la sentencia de 21 de enero de 1992<sup>134</sup> plasmó en su momento interesantes matices sobre lo expuesto en anteriores pronunciamientos. El primero fue una reflexión general sobre la naturaleza del Convenio 132: “es una norma autosuficiente para cubrir la laguna legal en materia de retribución de las vacaciones”. Este reconocimiento no es, ni mucho menos, habitual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino por el contrario un caso casi aislado. En todo caso, el problema concreto que se planteaba era la exclusión por la negociación colectiva de “emolumentos correspondientes a la jornada ordinaria” y la posible contradicción con el Convenio 132. Interpretando este, la conclusión de la sentencia fue que “de acuerdo con estos cánones interpretativos no parece posible negar validez a las cláusulas colectivas que sustraigan de la retribución de las vacaciones componentes salariales que pudieran corresponder en una apreciación rigurosamente matemática a la “remuneración normal o media””. Se trata de un apunte de flexibilidad que reapareció en

<sup>130</sup> ECLI: ES:TS:1994:2410

<sup>131</sup> ECLI: ES:TS:1994:6759

<sup>132</sup> ECLI: ES:TS:2018:4436

<sup>133</sup> ECLI: ES:TS:1996:7302

<sup>134</sup> ECLI: ES:TS:1992:327

las sentencias de 9 de noviembre de 1996 y 26 de enero de 2007<sup>135</sup>.

Tuvo también una presencia muy destacada el Convenio en la sentencia de 23 de diciembre de 1991<sup>136</sup>, de nuevo en sentido flexibilizador. La conclusión principal a la que llegó fue que “la garantía que consagra el artículo 7.º del Convenio núm. 132 de la OIT hace referencia a remuneración normal o media, lo cual permite deducir que aquellos componentes salariales cuya instauración responde a la finalidad de retribuir actividades extraordinarias, ajenas, por tanto, a las que se desarrollan en la jornada normal de trabajo, no quedan amparados por dicha garantía”. Como consecuencia de ello, el Tribunal Supremo entendió que no han de computar para el cálculo de la remuneración en periodo vacacional ni el plus de disponibilidad ni el de guardia. En cambio, la sentencia de 20 de enero de 1993 negó la posible exclusión del plus de penosidad sobre esta misma base<sup>137</sup> y la de 15 de septiembre de 1995<sup>138</sup> ordenó la inclusión del plus de nocturnidad promediado.

La sentencia de 4 de noviembre de 1994<sup>139</sup>, a su vez, recordó que solo los conceptos salariales quedan incluidos en la paga de vacaciones: “tratándose de la interpretación del citado convenio de la OIT, nunca ha incluido conceptos de puro carácter indemnizatorio, o en todo caso semejantes al quebranto de moneda, en las previsiones del artículo 7.º”. La sentencia de 21 de noviembre de 2018<sup>140</sup> recuperó este razonamiento en el mismo sentido.

Merece la pena destacar la sentencia de 12 de junio de 2012<sup>141</sup>, al pronunciarse sobre la pertinencia o no de los salarios de tramitación en el cálculo del devengo por vacaciones. El Tribunal Supremo en este caso señaló que

“el tiempo de trabajo acumulable a efectos del devengo del derecho a vacaciones o a su abono en metálico concluye con el despido, solución que no se opone a lo establecido en el artículo 4.1 y 5 del Convenio 132 OIT, puesto que todas las previsiones de los preceptos citados parten de la existencia de un tiempo de trabajo preexistente al cese o terminación de la relación de trabajo”. De ello se siguió el rechazo jurisprudencial a la utilización para el cálculo del tiempo de abono de salarios de tramitación.

Resulta clave en todo este contexto la sentencia de 8 de junio de 2016<sup>142</sup>, dictada en Sala General. En ella se realizó una exposición de la “prolija” jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretando el Convenio 132, no ocultando las contradicciones que se han dado y que este trabajo refleja. Uno de los puntos fuertes de esta sentencia es, precisamente, ordenar dicho panorama. Su principal conclusión fue que “aunque la fijación de esa retribución [«normal o media»] por parte de la negociación colectiva admita un comprensible grado de discrecionalidad, pues a ello indudablemente alude la expresión «calculada en la forma...» que el citado art. 7.1 del Convenio 132 utiliza, de todas las maneras la misma no puede alcanzar la distorsión del concepto —«normal o media»— hasta el punto de hacerlo irreconocible”. Esta doctrina fue reiterada expresamente en otra sentencia del mismo día<sup>143</sup> y en las sentencias de 16 de junio de 2016<sup>144</sup>, 15 de septiembre de 2016<sup>145</sup> y 29 de septiembre de 2016<sup>146</sup>.

Bajo diversas formulaciones, a propósito de diversos conceptos retributivos, pueden localizarse aplicaciones concretas y desarrollos de todo lo expuesto, entre otras, en las sentencias de 20 de enero de 1992<sup>147</sup> (plus de mayor dedicación), 30 de septiembre de 1992<sup>148</sup>

<sup>135</sup> ECLI: ES:TS:2007:748

<sup>136</sup> ECLI: ES:TS:1991:7256

<sup>137</sup> ECLI: ES:TS:1996:6217

<sup>138</sup> ECLI: ES:TS:1995:10656

<sup>139</sup> ECLI: ES:TS:1994:7123

<sup>140</sup> ECLI: ES:TS:2018:4203

<sup>141</sup> ECLI: ES:TS:2012:4879

<sup>142</sup> ECLI: ES:TS:2016:2728

<sup>143</sup> ECLI: ES:TS:2016:2714

<sup>144</sup> ECLI: ES:TS:2016:3081

<sup>145</sup> ECLI: ES:TS:2016:4366

<sup>146</sup> ECLI: ES:TS:2016:4400

<sup>147</sup> ECLI: ES:TS:1992:12235

<sup>148</sup> ECLI: ES:TS:1992:7378

(plus de mayor dedicación), 2 de noviembre de 1993<sup>149</sup> (plus de mayor dedicación y de penosidad), 8 de junio de 1994<sup>150</sup> (complemento de dispersión geográfica), 19 de octubre de 1994<sup>151</sup> (plus de asistencia), 22 de septiembre de 1995<sup>152</sup> (plus de brigada), 3 de junio de 1997<sup>153</sup> (plus de nocturnidad), 19 de abril de 2000<sup>154</sup> (plus de turno de mantenimiento preventivo), 30 de mayo de 2000<sup>155</sup> (“plus de turnicidad variable”), 8 de abril de 2003<sup>156</sup> (complemento de atención continuada), 15 de abril de 2003<sup>157</sup> (complemento de atención continuada), 30 de septiembre de 2003<sup>158</sup> (complemento de atención continuada), 22 de julio de 2003<sup>159</sup> (complemento de atención continuada), 26 de diciembre de 2003<sup>160</sup> (“plus de toma y deje”), 27 de enero de 2004<sup>161</sup> (complemento de atención continuada), 13 de diciembre de 2004<sup>162</sup> (complemento de atención continuada), 25 de enero de 2005<sup>163</sup> (complemento de atención continuada), 16 de diciembre de 2005<sup>164</sup> (“plus de maniobras” y “plus de toma y deje”), 29 de diciembre de 2005<sup>165</sup> (“plus de toma y deje”), 14 de marzo de 2006<sup>166</sup> (“plus de toma y deje”), 25 de abril de 2006<sup>167</sup> (con abundantísima cita jurisprudencial) (plus de toma y deje, plus de maniobras, complemento de jornada partida, plus de Brigada de Socorro y de incidencias), 6 de junio de 2006<sup>168</sup> (complemento de jornada

partida), 17 de octubre de 2006<sup>169</sup> (plus de empresa), 12 de febrero de 2007<sup>170</sup> (plus de nocturnidad, plus de idiomas, complemento por domingos y festivos trabajados), 19 de abril de 2007<sup>171</sup> (plus de toxicidad, penosidad y peligrosidad), 30 de abril de 2007<sup>172</sup> (plus de toxicidad, penosidad y peligrosidad), 3 de octubre de 2007<sup>173</sup> (plus de toxicidad, penosidad y peligrosidad), 21 de diciembre de 2007<sup>174</sup> (plus de toma y deje), 18 de marzo de 2009<sup>175</sup> (plus de nocturnidad), 26 de julio de 2010<sup>176</sup> (horas nocturnas, horas festivas, horas de domingos y fraccionamiento de jornada), 3 de marzo de 2012<sup>177</sup> (conjunto de conceptos salariales previstos en los pactos colectivos de un centro de trabajo), 13 de julio de 2012<sup>178</sup> (complemento de Incapacidad Temporal), 30 de noviembre de 2015<sup>179</sup> (devengos circunstanciales de vacaciones”), 8 de junio de 2016<sup>180</sup> (comisiones por ventas e incentivos a la producción), 30 de enero de 2017<sup>181</sup> (plus de toma y deje y plus por jornada partida), 14 de febrero de 2017<sup>182</sup> (plus de festivos, plus de nocturnidad, plus de pista, plus de centro operaciones-control, plus de transporte, plus de peaje quebranto y conteo), 21 de marzo de 2017<sup>183</sup> (múltiples conceptos retributivos, desde el complemento brigada de incidencias hasta el incidencias), 20 de julio de 2017<sup>184</sup> (plus de cambio de turno, descanso área de mantenimiento, plus destacamento, plus retén laborables, accidentes sábados, domingos y festivos y mando), 20 de diciembre de 2017<sup>185</sup> (incentivo por ventas), 15 de febrero

<sup>149</sup> ECLI: ES:TS:1993:7329

<sup>150</sup> ECLI: ES:TS:1994:18196

<sup>151</sup> ECLI: ES:TS:1994:6677

<sup>152</sup> ECLI: ES:TS:1995:4655

<sup>153</sup> ECLI: ES:TS:1997:3905

<sup>154</sup> ECLI: ES:TS:2000:3384

<sup>155</sup> ECLI: ES:TS:2000:4385

<sup>156</sup> ECLI: ES:TS:2003:2433

<sup>157</sup> ECLI: ES:TS:2003:2680

<sup>158</sup> ECLI: ES:TS:2003:5837

<sup>159</sup> ECLI: ES:TS:2003:5297

<sup>160</sup> ECLI: ES:TS:2003:8480

<sup>161</sup> ECLI: ES:TS:2004:368

<sup>162</sup> ECLI: ES:TS:2004:8052

<sup>163</sup> ECLI: ES:TS:2005:259

<sup>164</sup> ECLI: ES:TS:2005:7935

<sup>165</sup> ECLI: ES:TS:2005:7975

<sup>166</sup> ECLI: ES:TS:2006:1999

<sup>167</sup> ECLI: ES:TS:2006:3092

<sup>168</sup> ECLI: ES:TS:2006:3489

<sup>169</sup> ECLI: ES:TS:2006:6854

<sup>170</sup> ECLI: ES:TS:2007:748

<sup>171</sup> ECLI: ES:TS:2007:3588

<sup>172</sup> ECLI: ES:TS:2007:3374

<sup>173</sup> ECLI: ES:TS:2007:6580

<sup>174</sup> ECLI: ES:TS:2007:8925

<sup>175</sup> ECLI: ES:TS:2009:1738

<sup>176</sup> ECLI: ES:TS:2010:4798

<sup>177</sup> ECLI: ES:TS:2012:2088

<sup>178</sup> ECLI: ES:TS:2012:6908

<sup>179</sup> ECLI: ES:TS:2015:5590

<sup>180</sup> ECLI: ES:TS:2016:2714

<sup>181</sup> ECLI: ES:TS:2017:800

<sup>182</sup> ECLI: ES:TS:2017:825

<sup>183</sup> ECLI: ES:TS:2017:1424

<sup>184</sup> ECLI: ES:TS:2017:3217

<sup>185</sup> ECLI: ES:TS:2017:4807

de 2018<sup>186</sup> (complementos de festivos, domingos, festivos especiales, plus de nocturnidad y plus de idiomas), 28 de febrero de 2018<sup>187</sup> (complementos de nocturnidad, disponibilidad en días de guardia, flexibilidad, especial matinal y especial por quebrantamiento de franjas), 9 de abril de 2018<sup>188</sup> (bolsa de vacaciones, complemento de toxicidad, peligrosidad y trabajo en cámaras frigoríficas, complemento de manutención y alojamiento, complemento de quebranto de moneda, horas extraordinarias), 18 de abril de 2018<sup>189</sup> (plus de penosidad, plus de nocturnidad, plus sustitutivo de productividad o quebranto de moneda), 16 de mayo de 2018<sup>190</sup> (horas extraordinarias, adicionales y de presencia, plus de conductor-perceptor, plus de nocturnidad, complemento de antigüedad, plus de descanso semanal y festivos, quebranto de moneda, bolsa de vacaciones), 14 de marzo de 2019<sup>191</sup> (plus de nocturnidad, plus de retén, plus de retén/guardia), 4 de julio de 2019<sup>192</sup> ( plus de sábado, domingo y festivo, plus festivo especial, complemento de atención continuada, horas extraordinarias, guardias o retribución de la jornada complementaria de atención continuada, retribución variable por objetivos) y 17 de diciembre de 2019<sup>193</sup> (gratificación por fraccionamiento de jornada, plus de jornada irregular diaria, plus de transporte, plus de madrugue).

La oración que mejor sintetiza la posición del Tribunal Supremo, presente de forma literal en muchas de ellas es la siguiente: “obliga en principio a calcular la retribución a percibir durante el período de vacaciones de acuerdo “por lo menos” con la “remuneración normal o media””, límite este que ni siquiera la negociación colectiva puede franquear.

Las sentencias de 17 de septiembre de 2002<sup>194</sup> y 5 de noviembre de 2002<sup>195</sup> se apartaron ligeramente de la tendencia habitual, al estudiar las vacaciones en el caso de personas con contratos de duración determinada. Consideraron que el Convenio 132 no se opone al régimen del Estatuto de los Trabajadores, señalando la última que la norma internacional no establece “obstáculo alguno a que esa indemnización compensatoria se abone, bien a la finalización del contrato, o bien de manera fraccionada durante el desarrollo de la relación laboral”.

En otro orden de cosas, tiene particular importancia la sentencia de 3 de octubre de 2007<sup>196</sup>, sobre articulación entre vacaciones e incapacidad temporal, que cuenta con un numeroso voto particular. En ella se examinó ampliamente el Convenio 132, señalando, en contraste con la Directiva 93/104/CE, que contiene “una ordenación bastante completa, de mínimos en unos preceptos y supletoria de la legislación o “práctica” nacionales en otros, de distintos aspectos normativos de la institución”. Sobre esta base, el Tribunal Supremo señaló que “como dice el art. 10 del Convenio OIT 132, con las vacaciones se trata de procurar al trabajador “oportunidades” de “descanso” y también, en lo posible, de “distracción””. A juicio del parecer mayoritario de la Sala, esta finalidad no es incompatible con la coincidencia con una incapacidad temporal y de ahí que la sentencia considerara que no había un derecho al disfrute íntegro de las vacaciones. Esta doctrina fue reiterada en las sentencias de 20 de diciembre de 2007<sup>197</sup> y 13 de febrero de 2008<sup>198</sup>, si bien tuvo escaso recorrido.

En efecto, la sentencia de 24 de junio de 2009<sup>199</sup>, dictada en Sala General, cambió por completo el criterio recogido en la mencionada sentencia de 3 de octubre de 2007, recogien-

<sup>186</sup> ECLI: ES:TS:2018:579

<sup>187</sup> ECLI: ES:TS:2018:884

<sup>188</sup> ECLI: ES:TS:2018:1587

<sup>189</sup> ECLI: ES:TS:2018:1680

<sup>190</sup> ECLI: ES:TS:2018:2171

<sup>191</sup> ECLI: ES:TS:2019:1197

<sup>192</sup> ECLI: ES:TS:2019:2561

<sup>193</sup> ECLI: ES:TS:2019:4314

<sup>194</sup> ECLI: ES:TS:2002:5885

<sup>195</sup> ECLI: ES:TS:2002:7323

<sup>196</sup> ECLI: ES:TS:2007:8087

<sup>197</sup> ECLI: ES:TS:2007:9051

<sup>198</sup> ECLI: ES:TS:2008:2334

<sup>199</sup> ECLI: ES:TS:2009:5168

do un voto particular defensor de la anterior doctrina. Ciertamente, el desencadenante del cambio fue la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pero la interpretación del Convenio 132 también estuvo presente. En concreto, la sentencia subrayó que este “alude a la obligada coordinación de los intereses empresariales y de los trabajadores a los efectos de fijar el periodo vacacional, y este mandato obliga –a la luz de la STJCE 28/01/09 – a decantarse por la primacía de los intereses de los operarios en los supuestos de que tratamos [IT previa a vacación fijada] cuando la empresa no aduce o acredita perturbación en la organización por el cambio de fecha –en causa a la IT– previamente acordada”. Esta sentencia fue particularmente simbólica, puesto que significó la consagración de la prioridad otorgada a la normativa europea frente a la internacional.

La doctrina de esta sentencia puede considerarse poderosísimamente establecida, puesto que se reiteró en las sentencias de 4 de febrero de 2010<sup>200</sup>, 8 de febrero de 2010<sup>201</sup>, 19 de abril de 2010<sup>202</sup>, 27 de abril de 2010<sup>203</sup>, 31 de mayo de 2010<sup>204</sup>, 13 de julio de 2010<sup>205</sup>, 15 de noviembre de 2010<sup>206</sup>, 8 de febrero de 2011<sup>207</sup> y 29 de octubre de 2012<sup>208</sup>, zanjándose la cuestión ese año con la reforma del Estatuto de los Trabajadores en el mismo sentido.

Un episodio más en este hilo argumental, en la línea comentada en segundo lugar, es la sentencia de 3 de octubre de 2012<sup>209</sup>, puesto que en ella se invocaron, en sentidos enfrentados, las dos doctrinas expuestas. Téngase en cuenta, por añadidura, que en el marco de este litigio se planteó por el propio Tribunal Supremo la cuestión prejudicial *ANGED*. El centro

de gravedad había pasado, claramente, al Derecho de la Unión Europea, pero la OIT sigue estando presente. En esta sentencia, ejemplo de óptimo estudio y documentación, el Convenio 132 reapareció en apoyo de la doctrina comunitaria y señaló el Tribunal Supremo que “la interpretación que la norma del Convenio 132 OIT viene haciendo la CEACR no ofrece dudas sobre la exclusión de las licencias por enfermedad en el cómputo del periodo de vacaciones pagadas. Así se aprecia con claridad en sus Observaciones y Comentarios respecto de las legislaciones de otros Estados Miembros de la OIT”.

Otro tema completamente distinto en el ámbito de las vacaciones es la posibilidad de disfrute fuera del año natural, motivado por incapacidad temporal. En la sentencia de 5 de noviembre de 2014<sup>210</sup>, el Tribunal recuperó la doctrina de la anterior sentencia, insistiendo en que la Comisión de Expertos de la OIT “ruega al Gobierno de España que indique “las medidas tomadas o previstas para establecer con claridad las condiciones en las que los períodos de incapacidad de trabajo no son contabilizados en las vacaciones pagadas anuales mínimas en vigor en el sector privado””. En cuanto al disfrute, la sentencia consideró que el criterio del disfrute dentro del año natural “está implícito en la regla de proporcionalidad del artículo 4 del Convenio 132 de la OIT”, distinguiéndose entre su devengo y su disfrute.

Puede considerarse como *obiter dicta* lo recogido en la sentencia de 22 de diciembre de 1994<sup>211</sup>, ya que en ella no se cuestionó la retribución de las vacaciones: “mientras se disfruta de las mismas, no se puede considerar desplazado por cuenta de la empresa al trabajador, pues éste podrá encontrarse en el lugar que tenga por conveniente, sin que en ningún momento pueda aceptarse que se encuentre desplazado”.

<sup>200</sup> ECLI: ES:TS:2010:621

<sup>201</sup> ECLI: ES:TS:2010:1499

<sup>202</sup> ECLI: ES:TS:2010:2486

<sup>203</sup> ECLI: ES:TS:2010:2382

<sup>204</sup> ECLI: ES:TS:2010:3418

<sup>205</sup> ECLI: ES:TS:2010:4001

<sup>206</sup> ECLI: ES:TS:2010:6530

<sup>207</sup> ECLI: ES:TS:2011:844

<sup>208</sup> ECLI: ES:TS:2012:7460

<sup>209</sup> ECLI: ES:TS:2012:6797

<sup>210</sup> ECLI: ES:TS:2014:5797

<sup>211</sup> ECLI: ES:TS:1994:8852

Curiosamente, en la sentencia de 25 de febrero de 1985<sup>212</sup> se empleó este Convenio como una herramienta esencial para decidir un caso no referente a las vacaciones. En efecto, la norma internacional fue aplicada analógicamente para identificar, de acuerdo con el Convenio, las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o motivadas, como parte del periodo de servicios, al igual que se hace para la determinación de las vacaciones. Lo hace el Tribunal Supremo “a tenor del artículo 4.1 del Código Civil, el estatuir que procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto especial, pero regulan otro semejante entre las que se aprecie identidad de razón”.

No faltan, en todo caso, las habituales menciones pasajeras o vanas, ya provengan de las partes o de la propia Sala, como en las sentencias de 17 de noviembre de 1986<sup>213</sup>, 21 de julio de 1987<sup>214</sup>, 17 de septiembre de 1991<sup>215</sup>, 10 de diciembre de 1991<sup>216</sup>, 17 de diciembre de 1991<sup>217</sup>, 9 de marzo de 1992<sup>218</sup>, 20 de mayo de 1992<sup>219</sup>, 14 de junio de 1996<sup>220</sup>, 21 de marzo de 2001<sup>221</sup>, 25 de febrero de 2003<sup>222</sup>, 9 de marzo de 2005<sup>223</sup>, 31 de enero de 2006<sup>224</sup>, 26 de mayo de 2006<sup>225</sup>, 11 de julio de 2006<sup>226</sup>, 23 de enero de 2012<sup>227</sup>, 4 de julio de 2012<sup>228</sup>, 16 de septiembre de 2015<sup>229</sup>, 13 de octubre de 2015<sup>230</sup>, 17 de no-

viembre de 2015<sup>231</sup>, 25 de enero de 2017<sup>232</sup>, 20 de diciembre de 2017<sup>233</sup>, 18 de julio de 2018<sup>234</sup>, 14 de marzo de 2019<sup>235</sup>, 23 de abril de 2019<sup>236</sup> y 27 de mayo de 2019<sup>237</sup>.

## NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Los ejemplos más destacados de la protección de la dimensión colectiva del Derecho del Trabajo por parte de la OIT son, sin duda, los bien conocidos Convenios 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948, y 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949, incluidos en el grupo de Convenios Fundamentales. A ellos se unen en el estudio de este apartado el Convenio 135, sobre los representantes de los trabajadores, de 1971, el Convenio 151, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, de 1978, y el Convenio 154, sobre la negociación colectiva, de 1981. Sin embargo, la presencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo solo puede ser calificada como decepcionante, a pesar del muy elevado número de menciones. Cabría afirmar, incluso, que el arpa de Bécquer resultaba más relevante.

Las sentencias más antiguas resultan curiosas, como la de 5 de octubre de 1979<sup>238</sup>, por la interpretación que hicieron, acotando sus garantías: “en ninguna (...) se concede al trabajador derecho para cometer reiteradas injustificadas faltas de puntualidad y de asistencia al trabajo pues al hacer referencia a este tema el Convenio n° 98 de la OIT en su art. 1.2.b) prohíbe (...), es decir que el trabajador solo puede faltar durante las horas de su jornada laboral, aunque sea por justifica-

212 ECLI: ES:TS:1985:2085  
 213 ECLI: ES:TS:1986:12714  
 214 ECLI: ES:TS:1987:5323  
 215 ECLI: ES:TS:1991:4598  
 216 ECLI: ES:TS:1991:6887  
 217 ECLI: ES:TS:1991:7090  
 218 ECLI: ES:TS:1992:12349  
 219 ECLI: ES:TS:1992:4025  
 220 ECLI: ES:TS:1996:3661  
 221 ECLI: ES:TS:2001:2309  
 222 ECLI: ES:TS:2003:1245  
 223 ECLI: ES:TS:2005:1458  
 224 ECLI: ES:TS:2006:626  
 225 ECLI: ES:TS:2006:3485  
 226 ECLI: ES:TS:2006:5129  
 227 ECLI: ES:TS:2012:976  
 228 ECLI: ES:TS:2012:6085  
 229 ECLI: ES:TS:2015:4236  
 230 ECLI: ES:TS:2015:4560

231 ECLI: ES:TS:2015:5580  
 232 ECLI: ES:TS:2017:637  
 233 ECLI: ES:TS:2017:4807  
 234 ECLI: ES:TS:2018:3024  
 235 ECLI: ES:TS:2019:1118  
 236 ECLI: ES:TS:2019:1622  
 237 ECLI: ES:TS:2019:1887  
 238 ECLI: ES:TS:1979:745

dos motivos sindicales, con autorización de la empresa”.

En la misma línea, la sentencia de 28 de diciembre de 1979<sup>239</sup> acotó también las prerrogativas de los representantes en la nueva España democrática, al recordar que en el Convenio 98 no se encuentra “ninguna disposición legal sobre autorización para maltratar de palabra a los jefes o compañeros de trabajo, o regulación de esta conducta para convertirla en legítima”.

La limitación de la sentencia de 24 de septiembre de 1986<sup>240</sup> tuvo carácter subjetivo, al no extender la protección del Convenio 98 al caso, puesto que “ni los actores son representantes de los trabajadores ni trata la empresa, al intentar sancionarlos, de restringir la libertad sindical, sino proteger la libertad de los demás trabajadores en supuesto en que ha sido realmente afectada”.

En la sentencia de 5 de noviembre de 1990<sup>241</sup>, la limitación fue de carácter temporal, al señalar que “ni el Convenio Internacional núm. 135 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ni la Recomendación núm. 143 de este organismo autorizan entender indefinidamente aquella garantía a todos los que en su momento fueron candidatos”.

En la sentencia de 14 de abril de 1987<sup>242</sup> se detecta un cambio de tendencia, tras la entrada en vigor de la LOLS. En ella se señaló la necesidad de “dar facilidades a los representantes de los trabajadores (concebidos en el sentido amplio antes expuesto) para el desempeño eficaz de sus funciones y concretamente”, en virtud del Convenio 135 y de la Recomendación 143, para acabar concluyendo que “si la Empresa [sic] exigiese un conocimiento pormenorizado de la mentada reunión sindical, tal conducta entrañaría un atentado a los Convenios 87 y 98 de la OIT”. El salto

cualitativo que se produce con esta sentencia es innegable.

La sentencia de 23 de diciembre de 2005<sup>243</sup> ahondó en la dimensión subjetiva de la protección ofrecida por el Convenio 135 y la Recomendación 143 al subrayar que “el Convenio número 135 establece en su art. 2.1 que “los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones”, consignándose en el art. 3 la precisión en el sentido de que la expresión “representantes de los trabajadores” comprende tanto a los representantes sindicales –según el alcance que esta expresión tiene en el Derecho español– como a los “representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los convenios colectivos, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos”, representantes éstos últimos que son claramente los unitarios, según nuestro ordenamiento. En igual sentido se pronuncian los puntos 1 y 2 de la Recomendación número 143 de la OIT”. Tras una afirmación tan detallada, no cabe duda alguna sobre el tipo de representantes protegidos.

Sobre las personas que gozan del derecho de libertad sindical, en cambio, se pronunció la sentencia de 8 de mayo de 2019<sup>244</sup>, en concreto reconociendo su titularidad a los socios trabajadores de una cooperativa. El Tribunal Supremo, empleando los Convenios 87 y 98 junto con el art. 28 de la Constitución, señaló que “la amplitud del derecho de libertad sindical en los textos descritos no admite restricciones en aquellos supuestos, como el examinado, en donde hay una prestación de trabajo subordinada, aunque las notas de dependencia y, especialmente, la de ajenidad, ofrezcan un perfil menos intenso que el de la relación

<sup>239</sup> ECLI: ES:TS:1979:2473

<sup>240</sup> ECLI: ES:TS:1986:4898

<sup>241</sup> ECLI: ES:TS:1990:7933

<sup>242</sup> ECLI: ES:TS:1987:2669

<sup>243</sup> ECLI: ES:TS:2005:8073

<sup>244</sup> ECLI: ES:TS:2019:1944

laboral típica o común”. Continuó la sentencia recurriendo a Recomendaciones e informes de la OIT, a los que, por supuesto, no reconoció eficacia vinculante, pero sí un valor como criterio interpretativo o aclaratorio. Concretamente, afirmó: “tal es el valor que la Sala concede tanto a la recomendación 193 OIT sobre la promoción de las cooperativas como a diversos informes del Comité de Libertad Sindical de tal organización. En la citada recomendación, se recoge que debería alentarse a las organizaciones de trabajadores a orientar y prestar asistencia a los trabajadores de las cooperativas para que se afilien a dichas organizaciones, lo que, en opinión de la Sala, evidencia que el principio del que se parte en los citados Convenios OIT no es otro que el reconocimiento del derecho a la libertad sindical de los trabajadores cooperativistas”.

A su vez, la documentada sentencia de 17 de diciembre de 2013<sup>245</sup>, tras mencionar la mayoría de los convenios indicados y deteniéndose especialmente en el 151, plasmó un detallado catálogo de vulneraciones empresariales de la libertad sindical relacionadas con los Convenios de la OIT: “la prohibición de limitar el derecho de libertad sindical o de entorpecer su ejercicio legal (artículo 3 Convenio n° 87 OIT), a la obligación de fomentar la negociación colectiva (artículo 5.2 Convenio n° 154 OIT), a la obligación de conceder a los representantes de las organizaciones reconocidas de empleados públicos facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones (artículo 6.1 Convenio n° 151 OIT), a la instauración de métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de las condiciones de trabajo (artículo 7 Convenio n° 151 OIT)”.

Por su parte, la sentencia de 13 de junio de 2011<sup>246</sup> recordó la función principal del Convenio 87: “El conjunto de las normas invocadas contiene el mandato de respeto a la libertad de sindicación así como la interdicción diri-

gida a los poderes públicos para limitar este derecho o entorpecer su ejercicio legal”.

En contraste, es muy llamativa la sentencia de 31 de enero de 2020<sup>247</sup>, en la que la parte recurrente reprochó al TSJ de Cataluña “fundamentar parte de la dogmática judicial sobre la huelga tanto en Convenios de la OIT que España ha ratificado pero que en ninguno de sus artículos se refiere a la huelga (...), como al incorporar en sus razonamientos las referencias a la doctrina que sobre la huelga emana del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, que en ningún caso puede tomarse como base o fundamento clasificatorio de la huelga, hasta el punto de ser elemento hermenéutico esencial para crear esa modalidad inexistente en el ordenamiento jurídico español de huelga mixta, ya que tales recomendaciones no son ni tratados ni acuerdos internacionales, sino meras propuestas a los Estados desprovistas de todo carácter vinculante”. La contestación del Tribunal Supremo fue tajante, subrayando la presencia de “los Convenios de la OIT y la doctrina del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT como un refuerzo o complemento de la motivación fundamentada en las normas y jurisprudencia citadas, no siendo ni los Convenios de la OIT ni doctrina del Comité de Libertad Sindical los motivos jurídicos en los que se fundamenta la resolución adoptada por la sentencia de instancia”.

Abundan en esta materia, por supuesto, las menciones inconcretas al espíritu o a la finalidad de los Convenios, o su posición como fuente inspiradora del ordenamiento español, en ocasiones conectadas con anteriores interpretaciones llevadas a cabo por el Tribunal Constitucional. Ejemplos de ellas son las sentencias de 10 de febrero de 1986<sup>248</sup>, 1 de febrero de 1988<sup>249</sup>, 13 de mayo de 1988<sup>250</sup>, 2 de

<sup>245</sup> ECLI: ES:TS:2013:6407

<sup>246</sup> ECLI: ES:TS:2011:5795

<sup>247</sup> ECLI:ES:TS:2020:202

<sup>248</sup> ECLI: ES:TS:1986:510

<sup>249</sup> ECLI: ES:TS:1988:489

<sup>250</sup> ECLI: ES:TS:1988:3575

marzo de 1989<sup>251</sup>, 7 de mayo de 1990<sup>252</sup>, 18 de febrero de 1997<sup>253</sup>, 2 de junio de 1997<sup>254</sup>, 3 de febrero de 1998<sup>255</sup>, 20 de junio de 2000<sup>256</sup>, 10 de junio de 2003<sup>257</sup>, 26 de enero de 2005<sup>258</sup>, 15 de julio de 2005<sup>259</sup>, 10 de noviembre de 2005<sup>260</sup>, 9 de diciembre de 2005<sup>261</sup>, 12 de julio de 2007<sup>262</sup>, 12 de diciembre de 2007<sup>263</sup>, 25 de febrero de 2008<sup>264</sup>, 28 de abril de 2009<sup>265</sup>, 21 de abril de 2010<sup>266</sup>, 18 de mayo de 2010<sup>267</sup>, 28 de diciembre de 2010<sup>268</sup>, 15 de febrero de 2012<sup>269</sup>, 23 de abril de 2013<sup>270</sup>, 12 de diciembre de 2014<sup>271</sup>, 27 de enero de 2016<sup>272</sup>, 26 de abril de 2016<sup>273</sup>, 26 de octubre de 2016<sup>274</sup>, 26 de enero de 2017<sup>275</sup>, 24 de julio de 2017<sup>276</sup> y 9 de mayo de 2018<sup>277</sup>.

Por supuesto, la habitual invocación de parte o cita en masa, superflua o pasajera también está presente en este campo, con mayor abundancia incluso, reduciendo tan importante normativa internacional a un puro juego floral. Forman parte de este elenco las sentencias de 16 de octubre de 1981<sup>278</sup>, 6 de marzo de

1986<sup>279</sup>, 14 de marzo de 1988<sup>280</sup>, 30 de abril de 1988<sup>281</sup>, 11 de julio de 1988<sup>282</sup>, 7 de febrero de 1989<sup>283</sup>, 29 de septiembre de 1989<sup>284</sup>, 10 de febrero de 1990<sup>285</sup>, 15 de mayo de 1990<sup>286</sup>, 28 de junio de 1990<sup>287</sup>, 13 de septiembre de 1990<sup>288</sup>, 19 de abril de 1991<sup>289</sup>, 4 de julio de 1991<sup>290</sup>, 22 de junio de 1992<sup>291</sup>, 15 de febrero de 1993<sup>292</sup>, 8 de noviembre de 1994<sup>293</sup>, 9 de febrero de 1996<sup>294</sup>, 15 de julio de 1996<sup>295</sup>, 16 de abril de 1999<sup>296</sup>, 15 de diciembre de 1999, 16 de julio de 2004<sup>297</sup>, 15 de abril de 2005<sup>298</sup>, 19 de septiembre de 2005<sup>299</sup>, 14 de octubre de 2005<sup>300</sup>, 3 de noviembre de 2005<sup>301</sup>, 19 de septiembre de 2006<sup>302</sup>, 18 de noviembre de 2008<sup>303</sup>, 6 de mayo de 2009<sup>304</sup>, 10 de junio de 2009<sup>305</sup>, 8 de octubre de 2009<sup>306</sup>, 8 de febrero de 2010<sup>307</sup>, 4 de marzo de 2010<sup>308</sup>, 11 de noviembre de 2010<sup>309</sup>, 14 de abril de 2011<sup>310</sup>, 22 de junio de 2011<sup>311</sup>, 11 de

<sup>251</sup> ECLI: ES:TS:1989:1536

<sup>252</sup> ECLI: ES:TS:1990:3579

<sup>253</sup> ECLI: ES:TS:1997:1094

<sup>254</sup> ECLI: ES:TS:1997:3895

<sup>255</sup> ECLI: ES:TS:1998:640

<sup>256</sup> ECLI: ES:TS:2000:5034

<sup>257</sup> ECLI: ES:TS:2003:3980

<sup>258</sup> ECLI: ES:TS:2005:337

<sup>259</sup> ECLI: ES:TS:2005:4826

<sup>260</sup> ECLI: ES:TS:2005:6877

<sup>261</sup> ECLI: ES:TS:2005:7645

<sup>262</sup> ECLI: ES:TS:2006:5151

<sup>263</sup> ECLI: ES:TS:2007:9093

<sup>264</sup> ECLI: ES:TS:2008:816

<sup>265</sup> ECLI: ES:TS:2009:5320

<sup>266</sup> ECLI: ES:TS:2010:2380

<sup>267</sup> ECLI: ES:TS:2010:3043

<sup>268</sup> ECLI: ES:TS:2010:7632

<sup>269</sup> ECLI: ES:TS:2012:1871

<sup>270</sup> ECLI: ES:TS:2013:3154

<sup>271</sup> ECLI: ES:TS:2014:5789

<sup>272</sup> ECLI: ES:TS:2016:471

<sup>273</sup> ECLI: ES:TS:2016:2034 y ECLI: ES:TS:2016:2362

<sup>274</sup> ECLI: ES:TS:2016:4957

<sup>275</sup> ECLI: ES:TS:2017:531

<sup>276</sup> ECLI: ES:TS:2017:3236

<sup>277</sup> ECLI: ES:TS:2018:1806

<sup>278</sup> ECLI: ES:TS:1981:3667

<sup>279</sup> ECLI: ES:TS:1986:1089

<sup>280</sup> ECLI: ES:TS:1988:1796

<sup>281</sup> ECLI: ES:TS:1988:3197

<sup>282</sup> ECLI: ES:TS:1988:15302

<sup>283</sup> ECLI: ES:TS:1989:9851

<sup>284</sup> ECLI: ES:TS:1989:13052

<sup>285</sup> ECLI: ES:TS:1990:1139

<sup>286</sup> ECLI: ES:TS:1990:3757

<sup>287</sup> ECLI: ES:TS:1990:5020

<sup>288</sup> ECLI: ES:TS:1990:10426

<sup>289</sup> ECLI: ES:TS:1991:2158

<sup>290</sup> ECLI: ES:TS:1991:3893

<sup>291</sup> ECLI: ES:TS:1992:5025

<sup>292</sup> ECLI: ES:TS:1993:659

<sup>293</sup> ECLI: ES:TS:1994:7220

<sup>294</sup> ECLI: ES:TS:1996:786

<sup>295</sup> ECLI: ES:TS:1996:4366

<sup>296</sup> ECLI: ES:TS:1999:2555

<sup>297</sup> ECLI: ES:TS:2004:5278

<sup>298</sup> ECLI: ES:TS:2005:2329

<sup>299</sup> ECLI: ES:TS:2005:5342

<sup>300</sup> ECLI: ES:TS:2005:6188

<sup>301</sup> ECLI: ES:TS:2005:7547

<sup>302</sup> ECLI: ES:TS:2006:6852

<sup>303</sup> ECLI: ES:TS:2008:6578

<sup>304</sup> ECLI: ES:TS:2009:3912

<sup>305</sup> ECLI: ES:TS:2009:5088

<sup>306</sup> ECLI: ES:TS:2009:6570

<sup>307</sup> ECLI: ES:TS:2010:652

<sup>308</sup> ECLI: ES:TS:2010:1968

<sup>309</sup> ECLI: ES:TS:2010:6528

<sup>310</sup> ECLI: ES:TS:2011:3562

<sup>311</sup> ECLI: ES:TS:2011:5684

octubre de 2011<sup>312</sup>, 17 de mayo de 2012<sup>313</sup>, 16 de abril de 2013<sup>314</sup>, 26 de noviembre de 2013<sup>315</sup>, 15 de abril de 2014<sup>316</sup>, 18 de julio de 2014<sup>317</sup>, 15 de octubre de 2014<sup>318</sup>, 21 de octubre de 2014<sup>319</sup>, 12 de noviembre de 2014<sup>320</sup>, 17 de noviembre de 2014<sup>321</sup>, 1 de diciembre de 2014<sup>322</sup>, 25 de febrero de 2015<sup>323</sup>, 17 de marzo de 2015<sup>324</sup>, 23 de marzo de 2015<sup>325</sup>, 2 de julio de 2015<sup>326</sup>, 7 de julio de 2015<sup>327</sup>, 11 de noviembre de 2015<sup>328</sup>, 1 de diciembre de 2015<sup>329</sup>, 15 de diciembre de 2015<sup>330</sup>, 20 de enero de 2016<sup>331</sup>, 25 de enero de 2016<sup>332</sup>, 6 de julio de 2016<sup>333</sup>, 21 de diciembre de 2016<sup>334</sup>, 10 de mayo de 2017<sup>335</sup>, 13 de marzo de 2018<sup>336</sup>, 17 de abril de 2018<sup>337</sup>, 5 de noviembre de 2018<sup>338</sup>, 29 de noviembre de 2018<sup>339</sup>, 10 de abril de 2019<sup>340</sup>, 13 de mayo de 2019<sup>341</sup>, 8 de enero de 2020<sup>342</sup> y 30 de enero de 2020<sup>343</sup>.

Haciendo balance de todas estas citas vanas, es apropiado traer a colación la senten-

<sup>312</sup> ECLI: ES:TS:2011:8038  
<sup>313</sup> ECLI: ES:TS:2012:4297  
<sup>314</sup> ECLI: ES:TS:2013:2053  
<sup>315</sup> ECLI: ES:TS:2013:6538  
<sup>316</sup> ECLI: ES:TS:2014:2058  
<sup>317</sup> ECLI: ES:TS:2014:3933  
<sup>318</sup> ECLI: ES:TS:2014:4632  
<sup>319</sup> ECLI: ES:TS:2014:5705  
<sup>320</sup> ECLI: ES:TS:2014:5421  
<sup>321</sup> ECLI: ES:TS:2014:5127 y ECLI: ES:TS:2014:5788  
<sup>322</sup> ECLI: ES:TS:2014:5643  
<sup>323</sup> ECLI: ES:TS:2015:1452  
<sup>324</sup> ECLI: ES:TS:2015:2340  
<sup>325</sup> ECLI: ES:TS:2015:2103  
<sup>326</sup> ECLI: ES:TS:2015:3963  
<sup>327</sup> ECLI: ES:TS:2015:4045  
<sup>328</sup> ECLI: ES:TS:2015:5705  
<sup>329</sup> ECLI: ES:TS:2015:5797  
<sup>330</sup> ECLI: ES:TS:2015:5778  
<sup>331</sup> ECLI: ES:TS:2016:1573  
<sup>332</sup> ECLI: ES:TS:2016:758  
<sup>333</sup> ECLI: ES:TS:2016:3971  
<sup>334</sup> ECLI: ES:TS:2016:5786  
<sup>335</sup> ECLI: ES:TS:2017:2189  
<sup>336</sup> ECLI: ES:TS:2018:1206  
<sup>337</sup> ECLI: ES:TS:2018:1677  
<sup>338</sup> ECLI: ES:TS:2018:3985  
<sup>339</sup> ECLI: ES:TS:2018:4418  
<sup>340</sup> ECLI: ES:TS:2019:1469  
<sup>341</sup> ECLI: ES:TS:2019:2128  
<sup>342</sup> ECLI: ES:TS:2020:70  
<sup>343</sup> ECLI: ES:TS:2020:428

cia de 21 de abril de 2017<sup>344</sup>, que contiene las más sabias enseñanzas que deberían colgarse a la puerta de cualquier Facultad de Derecho: “ninguna de las normas citadas (...) – merece el más mínimo comentario en el motivo del recurso que no explica por qué razón la sentencia de instancia ha infringido (...) los Convenios 154 y 158 OIT y la Recomendación 166 del citado organismo internacional, en clara infracción de lo que exige el artículo 210.2 LRJS (...). Concorre la expuesta falta del oportuno desarrollo argumental fundamentando la pretendida infracción legal y un razonamiento suficiente que de forma expresa y clara argumente sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia”.

## SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

No es esta una materia que, a priori, forme parte del imaginario general sobre la actividad de la Organización Internacional del Trabajo. Sin embargo, la existencia de varios Convenios al respecto, de contenido muy variado, da lugar a una abundancia jurisprudencial, centrada en los últimos años del periodo estudiado, cuyo impacto, como de costumbre, es reducido. Los Convenios citados son el 148, sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), de 1977; el 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981; y el 162, sobre utilización del asbesto en condiciones de seguridad, de 1986.

La sentencia de 18 de abril de 1992<sup>345</sup> atribuyó al Convenio 155 un mero valor orientativo, puesto que los hechos enjuiciados se produjeron antes de la entrada en vigor de la norma internacional. Fue citado entre otras fuentes “que recogen las líneas de pensamiento y los principios básicos que, en esta materia debatida, prevalecen en el campo de acción de nues-

<sup>344</sup> ECLI: ES:TS:2017:1739

<sup>345</sup> ECLI: ES:TS:1992:3304

tro ordenamiento”. La principal enseñanza, en el caso concreto, que el Tribunal Supremo extrajo de este Convenio es que “establece un «deber de colaboración» entre las [empresas que desarrollen simultáneamente actividades en el mismo lugar de trabajo] en la aplicación de las medidas de seguridad e higiene; de esta disposición parece lógico deducir, en los casos de contratas o subcontratas, la posibilidad de que la responsabilidad que venimos examinando, alcance tanto al empresario directo o contratista como al principal, cuando exista base suficiente para ello”.

Esta doctrina reapareció en la sentencia de 10 de diciembre de 2007<sup>346</sup>. Dicho deber de colaboración se reiteró también en la sentencia de 11 de mayo de 2005<sup>347</sup>, quedándose la invocación, una vez más, en el terreno de los antecedentes y las influencias previas.

Bastantes años después, la sentencia de 30 de junio de 2003<sup>348</sup> mencionó el Convenio 155 como una de las infracciones aducidas, en concreto de su artículo 16, si bien el desarrollo que el Tribunal Supremo hizo se centró en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de la que el Convenio es norma inspiradora, como refleja la Exposición de Motivos de la propia ley. El mismo deber de garantía del empresario fue mencionado, en similar situación, en las sentencias de 12 de julio de 2007<sup>349</sup>, 26 de mayo de 2009<sup>350</sup>, 22 de julio de 2010<sup>351</sup>, 12 de junio de 2013<sup>352</sup>, 20 de noviembre de 2014<sup>353</sup>, 11 de febrero de 2016<sup>354</sup> y 25 de octubre de 2016<sup>355</sup>. Con otra redacción, incluyendo algún precepto más del Convenio, las sentencias de

2 de noviembre de 2017<sup>356</sup> y 28 de febrero de 2019<sup>357</sup> también recogieron dicho deber.

La sentencia de 5 de mayo de 2015<sup>358</sup> también se refirió al Convenio 155, pero su originalidad reside en la cita de informes y criterios de la OIT sobre ergonomía, que dejan con la duda de si la sigla se refiere en verdad a la Organización Internacional del Trabajo o a algún tipo de oficina técnica interior de la empresa demandada.

Por su parte, el Convenio 162 apareció en la sentencia de 18 de mayo de 2011<sup>359</sup>, exponiendo en síntesis las obligaciones principales que contiene, para ser citado en repetidas ocasiones junto con la restante normativa española, sin precisar su vinculación concreta con cada apartado. Quizá consciente de ello, las sentencias de 16 de enero de 2012<sup>360</sup>, de 14 de febrero de 2012<sup>361</sup> contuvieron dicha síntesis, pero sin las menciones posteriores.

Por último, se encuentran sentencias donde distintos convenios son enumerados de pasada, sin abordar en nada su contenido, incluyéndolos normalmente junto a las Directivas comunitarias en el elenco de compromisos internacionales de España. Ejemplo de ello son las sentencias de 26 de diciembre de 2011<sup>362</sup>, 19 de abril de 2012<sup>363</sup>, 19 de febrero de 2013<sup>364</sup> y 13 de diciembre de 2018<sup>365</sup>.

## POLÍTICA SOCIAL

El acercamiento numérico al Convenio 117, sobre política social (normas y objetivos básicos), sorprende, una vez más, por su abun-

<sup>346</sup> ECLI: ES:TS:2007:8814

<sup>347</sup> ECLI: ES:TS:2005:3001

<sup>348</sup> ECLI: ES:TS:2003:4567

<sup>349</sup> ECLI: ES:TS:2007:5606

<sup>350</sup> ECLI: ES:TS:2009:4395

<sup>351</sup> ECLI: ES:TS:2010:4563

<sup>352</sup> ECLI: ES:TS:2013:3647

<sup>353</sup> ECLI: ES:TS:2014:5623

<sup>354</sup> ECLI: ES:TS:2016:736

<sup>355</sup> ECLI: ES:TS:2016:4923

<sup>356</sup> ECLI: ES:TS:2017:4576

<sup>357</sup> ECLI: ES:TS:2019:983

<sup>358</sup> ECLI: ES:TS:2015:2816

<sup>359</sup> ECLI: ES:TS:2011:4667

<sup>360</sup> ECLI: ES:TS:2012:752

<sup>361</sup> ECLI: ES:TS:2012:1533

<sup>362</sup> ECLI: ES:TS:2011:9211

<sup>363</sup> ECLI: ES:TS:2012:3050

<sup>364</sup> ECLI: ES:TS:2013:858

<sup>365</sup> ECLI: ES:TS:2018:4550 y ECLI: ES:TS:2018:4526

dante presencia, especialmente si se tiene en cuenta la naturaleza esencialmente programática de esta norma. El examen del fondo de las resoluciones pone de manifiesto que el valor real del Convenio, en sede jurisprudencial, es ínfimo, como viene aconteciendo en otras materias.

La primera mención en el período estudiado se localizó en la sentencia de 10 de febrero de 1988<sup>366</sup> y responde al modelo tan característico de invocación por aluvión, carente de cualquier transcendencia. Similar situación se dio en las sentencias de 14 de octubre de 1993<sup>367</sup>, 24 de enero de 1995<sup>368</sup>, 19 de marzo de 2001<sup>369</sup>, 27 de septiembre de 2004<sup>370</sup>, 7 de diciembre de 2004<sup>371</sup>, 26 de enero de 2005<sup>372</sup>, 11 de abril de 2006<sup>373</sup>, 13 de noviembre de 2015<sup>374</sup> y 17 de octubre de 2018<sup>375</sup>.

La sentencia de 17 de mayo de 2000<sup>376</sup> se pronunció de forma restrictiva sobre el alcance del Convenio: “En cuanto al artículo 14 del Convenio 117 de la OIT, tampoco contiene un reconocimiento del principio de igualdad de trato en el sentido que pretende la parte recurrente, porque lo que establece es una cláusula antidiscriminatoria específica en orden a suprimir “toda discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato” y no es éste el supuesto debatido en el que lo se alega es que la empresa haya tomado en consideración la naturaleza del vínculo temporal del vínculo laboral para establecer una diferencia de trato en orden al pago de los incentivos no previstos en el convenio colectivo. Pero, como se razonará más adelante, el carácter tempo-

ral del vínculo laboral ni está comprendido entre los factores de discriminación que enumera el Convenio citado, ni puede equipararse a ninguno de ellos”. Esta doctrina se reiteró en la sentencia de 14 de febrero de 2017<sup>377</sup>.

La aparición en la sentencia de 22 de mayo de 1991<sup>378</sup>, a su vez, refleja esa posición inspiradora indicada, al utilizar el Convenio 117 como referente para la legislación española: “el principio de igualdad ante la Ley, en expresión tomada del art. 14 del Convenio 117 de la OIT, determina que las tasas salariales deben fijarse de acuerdo con el principio de salario igual por un trabajo de igual valor en la misma operación y en la misma empresa”. Esta sentencia fue objeto de cita literal en las de 15 de julio de 1995<sup>379</sup>, 22 de enero de 1996<sup>380</sup>.

Por su parte, la sentencia de 22 de octubre de 2003<sup>381</sup> contiene una referencia al mismo art. 14 del Convenio, pero negando su aplicabilidad: “tampoco este precepto contiene un reconocimiento absoluto del principio de igualdad de trato en el sentido que pretende la parte recurrente, porque lo que establece es una cláusula antidiscriminatoria específica en orden a suprimir “toda discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato”. La mención al principio de “salario igual por un trabajo de igual valor” se inscribe en el marco de esta cláusula y no puede interpretarse como la imposición de una prohibición de establecer mejoras retributivas no generales para determinados trabajadores de la empresa a través de los contratos de trabajo, cuando la diferencia de trato resultante no tiene carácter discriminatorio en el sentido ya precisado”. Como se puede constatar, hubo un esfuerzo del Tribunal Supremo por entrar en el contenido real de la norma. La sentencia de

<sup>366</sup> ECLI: ES:TS:1988:811

<sup>367</sup> ECLI: ES:TS:1993:6819

<sup>368</sup> ECLI: ES:TS:1995:258

<sup>369</sup> ECLI: ES:TS:2001:2185

<sup>370</sup> ECLI: ES:TS:2004:5960

<sup>371</sup> ECLI: ES:TS:2004:7918

<sup>372</sup> ECLI: ES:TS:2005:1459

<sup>373</sup> ECLI: ES:TS:2006:2574

<sup>374</sup> ECLI: ES:TS:2015:5652

<sup>375</sup> ECLI: ES:TS:2018:3731

<sup>376</sup> ECLI: ES:TS:2000:4018

<sup>377</sup> ECLI: ES:TS:2017:1012

<sup>378</sup> ECLI: ES:TS:1991:2591

<sup>379</sup> ECLI: ES:TS:1995:4235

<sup>380</sup> ECLI: ES:TS:1996:239

<sup>381</sup> ECLI: ES:TS:2003:5652

19 de octubre de 2003<sup>382</sup> reprodujo literalmente este párrafo.

La sentencia de 5 de junio de 1995<sup>383</sup> lo señaló también en la condición de referencia antes apuntada: “Los anticipos del artículo 246 de la Normativa, que son la materia sobre que versa el conflicto, son propios anticipos de salarios futuros, como sucede con lo previsto en el artículo 12 del convenio 117 de la OIT, para cuya aplicación se dictó en nuestro país el Decreto 3084/74”. En una línea similar, si bien de forma más escueta, la sentencia de 5 de marzo de 2003<sup>384</sup> recordó la vinculación entre las dos normas.

A su vez, la sentencia de 7 de mayo de 2004<sup>385</sup> contiene una llamativa mención, “mediante el mecanismo de la “elevación de las tasas aplicables a los trabajadores peor pagados”, utilizando la feliz expresión contenida en el n° 2 del artículo 14 del Convenio 117 de la OIT”. A resultas de ella, el Tribunal señaló la necesidad de abonar determinados pluses.

La sentencia de 28 de abril de 1993<sup>386</sup>, por su parte, contiene una mención de pasada, pero que, al menos, contribuyó a la elaboración del razonamiento del Tribunal: “los convenios 111 y 117 de lo OIT, que prohíben toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable”.

Para cerrar el apartado, es necesario resaltar uno de los pronunciamientos más tajantes sobre la utilización de la normativa internacional. Se recogió en la sentencia de 9 de marzo de 2005<sup>387</sup>. En ella, ante una invocación como las señaladas en el párrafo anterior, el Tribunal Supremo decidió no pasarla por alto, sino insistir en su ineficacia: “es irrelevante la invocación que hace la parte recurrente del art. 14 del Convenio núm. 117

de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ya que, aparte de carecer de fundamentación en el escrito de recurso, que se limita a su simple cita, se trata de una norma meramente programática, relativa a los fines de la política social, que contiene una referencia especial a motivos discriminatorios (raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato) que no guardan relación con la cuestión litigiosa”. Las sentencias de 28 de abril de 2005<sup>388</sup> y 7 de julio de 2005<sup>389</sup>, del mismo ponente, repitieron el texto, incluyendo una ligera paráfrasis, de mismo contenido, la sentencia de 3 de noviembre de 2008<sup>390</sup>. Si esta lección hubiera quedado bien aprendida, esta Crónica habría visto reducida su extensión considerablemente.

## GENTE DE MAR

La normativa de la OIT sobre trabajo en el mar es especialmente abundante, mientras que su presencia en la jurisprudencia es notoriamente escasa e infectiva. Como ya se indicó inicialmente, resulta especialmente llamativa la ausencia de cualquier mención al Convenio sobre trabajo marítimo de 2010.

El Convenio 113, sobre examen médico de los pescadores, apareció mencionado en la sentencia de 9 de junio de 1987<sup>391</sup>. No obstante, lo hizo únicamente en condición de norma inspiradora de la Orden Ministerial de 1 de marzo de 1973, sobre dicha materia, sin relevancia de fondo alguna.

El Convenio 145, sobre la continuidad del empleo de la gente de mar, fue citado de pasada en la sentencia de 24 de julio de 1987<sup>392</sup>, una vez más sin consecuencia alguna.

Por último, el Convenio 23, sobre repatriación de la gente de mar, se citó en la sentencia

<sup>382</sup> ECLI: ES:TS:2003:6409

<sup>383</sup> ECLI: ES:TS:1995:3207

<sup>384</sup> ECLI: ES:TS:2003:1517

<sup>385</sup> ECLI: ES:TS:2004:3096

<sup>386</sup> ECLI: ES:TS:1993:6320

<sup>387</sup> ECLI: ES:TS:2005:1459

<sup>388</sup> ECLI: ES:TS:2005:2656

<sup>389</sup> ECLI: ES:TS:2005:4601

<sup>390</sup> ECLI: ES:TS:2008:6598

<sup>391</sup> ECLI: ES:TS:1987:4018

<sup>392</sup> ECLI: ES:TS:1987:5435

de 26 de diciembre de 2007<sup>393</sup> como la norma inspiradora de la regulación vigente en España, una vez más sin consecuencia directa alguna en la resolución del litigio.

## ACCIDENTES DE TRABAJO

A propósito del Convenio 121, sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, se da una situación realmente pintoresca, puesto que este Convenio, de 1964, nunca llegó a ser ratificado por España, y sin embargo está presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La sentencia de 26 de diciembre de 2013<sup>394</sup> recogió la obligación para los Estados vinculados por él de prescribir una definición de accidente de trabajo, abriendo la puerta a la exclusión del accidente “en el trayecto”. El párrafo se reprodujo en las sentencias de 14 de febrero de 2017<sup>395</sup> y 22 de febrero de 2018<sup>396</sup>. Evidentemente, el Convenio no tiene aquí transcendencia alguna por la ausencia de ratificación.

La más interesante de las sentencias del Tribunal Supremo sobre esta materia es sin duda la de 10 de octubre de 2019<sup>397</sup>, puesto que en ella se contrastaron el no ratificado Convenio 121 con el vetusto Convenio 17, sí ratificado por España. En efecto, en esta sentencia apareció una norma de casi cien años de antigüedad, ratificada por España durante la Dictadura de Primo de Rivera, sobre la indemnización por accidentes del trabajo, de 1925, pero que sigue en vigor. La sentencia contiene reproducciones de sus artículos 9 y 10, a propósito del derecho de los trabajadores accidentados a recibir prótesis.

El Tribunal Supremo lo utilizó como una verdadera norma aplicable al caso, “vigente

y venerable”, realizando además un completo estudio comparado con el Convenio 121, que por otra parte carece de incidencia sobre la resolución del caso. El razonamiento final fue clarísimo e hizo del Convenio 17 la auténtica *ratio decidendi* del asunto: “esas dos normas con rango de Ley no permitirían que el Real Decreto de 2012 alterase los contornos de la asistencia sanitaria en caso de contingencia profesional, abrogando un auténtico principio en materia de accidentes laborales y desoyendo el mandato del Convenio de la OIT. La solución que acogemos no solo es la más acorde con el mandato del Convenio n° 17 de la OIT (cuyo artículo 1° prescribe que su ratificación obliga al Estado a garantizar a las víctimas del accidente “una indemnización cuyas condiciones serán por lo menos iguales a las previstas en el Convenio”). Singular sentencia esta, sin duda, en la práctica de nuestro Tribunal Supremo y que merece ser destacada.

## TRABAJADORES EXTRANJEROS

Los Convenios 19, sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), y el Convenio 97, sobre trabajadores migrantes, de 1949, se reparten las apariciones jurisprudenciales a propósito de la protección dispensada a los trabajadores extracomunitarios.

Hay que mencionar, en primer lugar, la sentencia de 8 de junio de 1987<sup>398</sup>. En ella, la presencia fue meramente informativa: “aunque, efectivamente, el artículo 6 del Convenio 97 de la OIT limita la igualdad de trato de los trabajadores extranjeros a las materias que dicho precepto enumera entre las que no quedan comprendidas las relativas al empleo”. La clave de la cita estuvo en el “aunque”, puesto que por esa contradicción se siguió el razonamiento del Tribunal Supremo, que no aplicó en modo alguno el Convenio de la OIT, a pesar de haber sido invocado por una de las partes.

<sup>393</sup> ECLI: ES:TS:2007:9077

<sup>394</sup> ECLI: ES:TS:2013:6487

<sup>395</sup> ECLI: ES:TS:2017:878

<sup>396</sup> ECLI: ES:TS:2018:910,

<sup>397</sup> ECLI: ES:TS:2019:3174

<sup>398</sup> ECLI: ES:TS:1987:4004

Por su parte, la sentencia de 1 de abril de 1998<sup>399</sup> recogió el rechazo tajante del Tribunal Supremo de la aplicabilidad del Convenio 97 a una ciudadana marroquí, residente en España sin autorización de trabajo, que solicitó una prestación de invalidez no contributiva. La sentencia, insistiendo en la aplicabilidad del Convenio únicamente a los trabajadores por cuenta ajena, señaló que su invocación era un “mero intento de proporcionar a este texto un alcance de que carece”.

Es realmente curiosa la sentencia de 9 de junio de 2003<sup>400</sup>, puesto que el Tribunal Supremo mencionó el Convenio 19 para no seguir lo que establece. “El Convenio 19 de la OIT, subordina la obligación de dispensar el mismo trato a los extranjeros que a los súbditos nacionales, el que país del trabajador lo haya ratificado” [sic]. Esta norma, por lo tanto, habría conducido a la no concesión de prestaciones por accidente de trabajo al ciudadano ecuatoriano protagonista del litigio, por ausencia de ratificación por parte de su país, de no ser porque se “estableció en el artículo 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966, que «la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional»”. Como se puede comprobar, una Orden hace inútil lo dispuesto en el Convenio.

La sentencia de 21 de enero de 2010<sup>401</sup> recogió este razonamiento, pero no otorgó prestación alguna, al declarar inexistente el contrato de trabajo fraudulento del extranjero reclamante. Dicha sentencia contiene, por añadidura, dos votos particulares en los que también se mencionó el Convenio 19.

La sentencia de 7 de octubre de 2003<sup>402</sup>, a su vez, contiene una larga enumeración de Convenios cuya infracción denunciaba el recurso. De todos ellos, el Tribunal Supremo solo

prestó atención al Convenio 19 y al Convenio 97, a propósito de la mencionada reciprocidad. En este caso, que concernía a un trabajador colombiano, el Tribunal concedió las prestaciones demandadas sobre la base de su existencia.

La sentencia de 18 de marzo de 2008<sup>403</sup> recogió una completa enumeración de la mayoría de las sentencias anteriores y menciones tanto al Convenio 19 como al 97, e incluso a la Recomendación 151 de la propia OIT. Todo ello, sin embargo, no sirvió para nada, puesto que la propia sentencia señaló, literalmente, que no “ofrecen solución al tema”, un ciudadano extranjero no comunitario sin autorización para trabajar que solicitó una prestación por desempleo.

Curiosamente, la sentencia de 12 de noviembre de 2008<sup>404</sup> se equivocó al citar esta última, si bien realizó una síntesis excelente de lo que dijo la primera, superior ciertamente al desarrollo en aquella: “Los convenios números 14 [sic] y 97 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), no son aplicables al caso presente litigioso. El primero versa “sobre la igualdad de trato en materia de indemnización por accidente de trabajo”, sin previsión alguna sobre desempleo. El segundo “relativo a los trabajadores migrantes” resuelve el principio de trato en materia de seguridad social a los emigrantes que se encuentran legalmente “y no comprende, por tanto, a los extranjeros sin la autorización para residir exigida por el artículo 30.bis 1 LO 4/2000 de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social (en adelante LO Ext.). Tampoco lo es la Recomendación 151, que por su propia naturaleza ninguna obligación impone al Estado español, en cuanto no la ha ratificado”. En la misma sentencia se volvió a insistir en la inaplicabilidad del Convenio 19 (ahora sí correctamente identificado): “el precepto considera incluido en el sistema español de la Seguridad Social a los

<sup>399</sup> ECLI: ES:TS:1998:2165

<sup>400</sup> ECLI: ES:TS:2003:3940

<sup>401</sup> ECLI: ES:TS:2010:948

<sup>402</sup> ECLI: ES:TS:2003:6101

<sup>403</sup> ECLI: ES:TS:2008:1864

<sup>404</sup> ECLI: ES:TS:2008:6602

trabajadores por cuenta ajena de países que hayan ratificado el Convenio 19 de la OIT, sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar “a los solos efectos de la protección frente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”.

Por último, y la brevedad de la enumeración es testimonio de la futilidad del Convenio 97 ante el Tribunal Supremo, se halla la sentencia de 31 de enero de 2017<sup>405</sup>, en cuyo voto particular el Convenio fue invocado para exigir igualdad de trato en materia de seguridad social para los trabajadores migrantes.

## SALARIO

El Convenio 95 de 1949, sobre protección del salario, y el Convenio 131 de 1970, sobre la fijación de salarios mínimos, tienen una presencia muy diferenciada en la escasa jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto. El 131 no pasa de ser un convidado de piedra, mientras que el 95 ha dado lugar a algún resultado de interés.

Una primera sentencia de 10 de noviembre de 1986<sup>406</sup>, en la que se negó el carácter salarial de las propinas, contiene una exclusión tajante de la aplicabilidad del Convenio 95: “el tema se reconduce nuevamente a lo que debe entenderse por salario en situaciones específicas y concretas, como la que aquí se debate, cuestión resuelta como ya se ha puesto de relieve por esta propia Sala”.

Tal resolución se recogió, con más detalle, en otra sentencia de la misma fecha<sup>407</sup>, lo que puede explicar lo taxativo de la anterior. En efecto, esta sentencia utilizó la definición de salario recogida en el Convenio 95 para excluir, ahora sí, de forma razonada el carácter salarial de la propina: “el artículo 1 del Convenio Internacional sobre Protección del Salario

suscrito por España, al definir dicho salario “como la remuneración o ganancia, sea cual fuera 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 éste último haya, efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar», está poniendo de manifiesto que las notas que le caracterizan, son las de ser remuneración debida por un empleador a un trabajador y que el débito salarial se produce por el trabajo o servicios prestados o que deba prestar, requisitos no concurrentes en la participación de la masa de propinas, que no tiene su causa en el trabajo sino en la liberalidad de la clientela”.

La presencia de ambos Convenios en la sentencia de 1 de febrero de 1991<sup>408</sup> fue completamente irrelevante, uno más de los habituales aluviones de citas. Casi veinte años de silencio siguieron hasta la sentencia de 16 de abril de 2010<sup>409</sup>, en la que el Convenio 95 reapareció sin trascendencia alguna.

Por su parte, la sentencia de 30 de junio de 2016<sup>410</sup> contiene dos referencias al Convenio 95. La primera procedió de la sentencia de instancia, pero la más relevante fue la que realizó la propia Sala de lo Social, que denegó a un convenio colectivo la capacidad de imponer detracciones salariales periódicas “por el hecho de que el art 8 del Convenio 95 de la OIT sobre la protección del salario, ratificado por España el 24 de junio de 1958, disponga que “los descuentos de los salarios solamente se deberán permitir de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites fijados por la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral” y que únicamente “se deberá indicar a los trabajadores, en la forma que la autoridad competente considere más apropiada, las condiciones y los límites que hayan de observarse

<sup>405</sup> ECLI: ES:TS:2017:656

<sup>406</sup> ECLI: ES:TS:1986:13436

<sup>407</sup> ECLI: ES:TS:1986:13437

<sup>408</sup> ECLI: ES:TS:1991:556

<sup>409</sup> ECLI: ES:TS:2010:2489

<sup>410</sup> ECLI: ES:TS:2016:3609

para poder efectuar dichos descuentos”, porque, como ya se ha expresado, no se trata, en realidad, de un descuento salarial propiamente dicho sino de una aportación, aun cuando sea lógico entender que se utilice para ello el recurso al descuento en nómina, lo que, por otra parte, no consta en el Acuerdo, donde únicamente se precisa la cuantía de dicha aportación, resultando, de cualquier modo, distinta la capacidad para decidir una aportación de cada trabajador/a a un determinado fin, de la capacidad para negociar los descuentos que procedan en el salario, que sería, en este caso, consecuencia de la anterior”.

Más recientemente, la sentencia de 16 de abril de 2018<sup>411</sup> mencionó el Convenio 95 para ratificar la redacción del Estatuto de los Trabajadores: “El concepto básico de salario que se consagra en el art. 26.1 ET se corresponde con lo establecido en el art. 1 del Convenio 95 OIT, según el cual «...el término salario significa 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 o por servicios que haya prestado o deba prestar»”.

Dos sentencias de 7 de marzo de 2019<sup>412</sup> emplearon, a su vez, el Convenio 95 para exigir que las percepciones salariales en especie “han de resultar apropiadas y útiles para el trabajador y/o sus familiares [art. 4.2.a) Convenio 95 OIT]”. Sobre esta base, las sentencias reconocieron el carácter salarial al suministro eléctrico gratuito. En el mismo sentido se pronunciaron dos sentencias, clónicas, de 8 de marzo de 2019<sup>413</sup>.

Por último, la sentencia de 11 de junio de 2019<sup>414</sup> citó el Convenio 95 para ratificar el prorrateo en doce mensualidades de las pagas extraordinarias, sin mayor elaboración.

## PROTECCIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES EN CASO DE INSOLVENCIA DEL EMPLEADOR

Próximo por contenido, el Convenio 173, de 1992, se halla en una posición original. Por un lado, España solo ha aceptado parte su contenido. Ha aceptado, en concreto, las obligaciones de las partes II (la protección de los créditos mediante un privilegio, excluyendo a los empleados públicos) e III (protección mediante una institución de garantía, excluyendo en este caso al personal de trabajo doméstico). Por otro lado, en esta última parte existe una coincidencia material con la Directiva 80/987/CEE y sus sucesoras.

Temporalmente, la primera mención se remonta a la sentencia de 31 de octubre de 2001<sup>415</sup>. En ella, el Convenio 173 fue la herramienta decisiva para la resolución del litigio, sin que, curiosamente, la sentencia contuviera mención alguna a las Directivas europeas. Piénsese, en todo caso, que la “explosión jurisprudencial” sobre el FOGASA todavía no había tenido lugar en este momento y solo existía el antecedente aislado de la sentencia *Wagner Miret*.

La sentencia tiene, por lo tanto, gran interés, puesto que el Convenio podría haber sido una herramienta principal para la extensión del ámbito del art. 33 ET. El Tribunal Supremo, curiosamente, decidió no pronunciarse sobre el carácter autosuficiente o no del Convenio, limitándose a exponer argumentos a favor y en contra. En cuanto al fondo de la cuestión, el aspecto más importante de esta sentencia es la interpretación de que los créditos protegidos por el Convenio son únicamente los

<sup>411</sup> ECLI: ES:TS:2018:1705

<sup>412</sup> ECLI: ES:TS:2019:1200 y ECLI: ES:TS:2019:1187

<sup>413</sup> ECLI: ES:TS:2019:1116 y ECLI: ES:TS:2019:1143

<sup>414</sup> ECLI: ES:TS:2019:2461

<sup>415</sup> ECLI: ES:TS:2001:8515

derivados de la terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador y, en consecuencia, no había contradicción con la regulación del FOGASA que no incluía las indemnizaciones previstas en convenio colectivo por falta de preaviso y por fin de obra. La sentencia contiene también interesantes reflexiones sobre la Recomendación 180 de la OIT, subrayando significativamente el caso omiso que de ella ha hecho el legislador español.

La misma argumentación, con cita de la precedente, fue incluida en la sentencia de 26 de diciembre de 2001<sup>416</sup>, para concluir que “la garantía del Fondo no cabe extenderla a la indemnización por fin de obra, ni aún tras la modificación del artículo 49 ET, dado el tenor del artículo 33 ET que no la contempla y el techo del Convenio 173, que no la incluye”.

La sentencia de 11 de marzo de 2002<sup>417</sup> volvió a recoger el desarrollo de la de 2001 y repitió que las indemnizaciones por fin de obra quedan fuera del ámbito del FOGASA, sin aportar ninguna nueva elaboración. Tras un largo silencio, la doctrina volvió a reflejarse, con idénticos efectos, en la sentencia de 16 de octubre de 2013<sup>418</sup> y en la de 15 de junio de 2015<sup>419</sup>.

Se reprodujo también en la sentencia de 4 de octubre de 2016<sup>420</sup>, un recurso de casación para unificación de doctrina donde la sentencia impugnada cuestionaba la validez de la doctrina expuesta, por haber cambiado la redacción del art. 33 ET e incluir las indemnizaciones por fin de contrato temporal. El Tribunal Supremo mantuvo la validez de su doctrina, limitando la indemnización al máximo establecido legalmente. Una última mención, puramente episódica, apareció en la sentencia de 8 de enero de 2019<sup>421</sup>.

Por su parte, la sentencia de 27 de diciembre de 2001 señaló, sin influencia alguna en el fallo, que el art. 33 ET “no refleja con fidelidad, sin embargo, los compromisos contraídos por nuestro país al suscribir y ratificar el Convenio 173 OIT, sobre todo en la definición que se da a las partidas atendidas por las instituciones de garantía, en concreto, las “indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo” (art. 12.d)”. Se trata una vez más de un puro *obiter dicta*, sin trascendencia.

La sentencia de 22 de abril de 2002<sup>422</sup> no aportó tampoco nada relevante al balance de eficacia del Convenio 173. Se limitó a señalar que, en su configuración formal, el FOGASA cumple con las exigencias convencionales. Su argumentación fue repetida literalmente en las sentencias de 22 de octubre de 2002<sup>423</sup> y de 14 de octubre de 2005<sup>424</sup>, y en aun más breve síntesis en la de 29 de noviembre de 2006<sup>425</sup>.

El impacto del Convenio 173 en la jurisprudencia, haciendo balance, puede considerarse como escaso. En nada ha afectado a lo que ya establecía la legislación española y solo ha servido para respaldar interpretaciones restrictivas frente a las pretensiones de las partes.

## READAPTACIÓN PROFESIONAL Y EL EMPLEO (PERSONAS INVÁLIDAS)

La presencia jurisprudencial del Convenio 159, de 1993, es realmente inusitada, puesto que se concentra en cuatro sentencias dictadas en dos días consecutivos, obvio indicio de su unidad de concepción. En este caso, la coincidencia material con la Directiva 2000/78/CE a la hora de proteger la discapacidad (nótese

<sup>416</sup> ECLI: ES:TS:2001:10334

<sup>417</sup> ECLI: ES:TS:2002:9465

<sup>418</sup> ECLI: ES:TS:2013:5235

<sup>419</sup> ECLI: ES:TS:2015:4357

<sup>420</sup> ECLI: ES:TS:2016:4614

<sup>421</sup> ECLI: ES:TS:2019:364

<sup>422</sup> ECLI: ES:TS:2002:9508

<sup>423</sup> ECLI: ES:TS:2002:6939

<sup>424</sup> ECLI: ES:TS:2005:6189

<sup>425</sup> ECLI: ES:TS:2006:8563

la diferente terminología en uno y otro instrumento) relega a este Convenio a la posición de convidado de piedra.

La primera de ellas, que por fuerza debe ser considerada el patrón, es la de 9 de octubre de 2012<sup>426</sup>. En ella se señaló, lisa y llanamente, la “medida de acción positiva, impuesta tanto por el Convenio OIT 159, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas minusválidas (1983), ratificado por España en 1990”, para a continuación mencionar la Directiva. Nada más se siguió de esta indicación. Las tres sentencias dictadas al día siguiente, 10 de octubre de 2012<sup>427</sup>, a pesar de contar con tres ponentes distintos, reprodujeron literalmente la redacción indicada. Nada se obtiene, por lo tanto, de la aplicación de este Convenio.

## IGUALDAD

Como es bien sabido, dos de los ocho Convenios fundamentales de la OIT son el Convenio 100, sobre igualdad de remuneración, de 1951, y el Convenio 111 sobre la discriminación (sobre empleo y ocupación). En cambio, su importancia material no se ve reflejada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, donde su eficacia es radicalmente nula. En líneas generales, la cita general del art. 14 de la Constitución Española absorbe la invocación internacional. Junto a los mencionados instrumentos, completan el elenco, en las mismas condiciones de efectividad, el ya mencionado Convenio 151, a propósito de las relaciones de trabajo en las administraciones públicas, en cuyo articulado se contienen cláusulas en materia de igualdad.

Como es habitual, la casi totalidad de sus apariciones son puramente testimoniales, mencionando la existencia de alguno de los Convenios entre una retahíla de normas supuestamente aplicables al problema. Tal es

el caso, en mayor o menor grado, de las sentencias de 20 de enero de 1987<sup>428</sup>, 5 de mayo de 1988<sup>429</sup>, 12 de septiembre de 1989<sup>430</sup>, 23 de julio de 1999<sup>431</sup>, 27 de diciembre de 1999<sup>432</sup>, 1 de septiembre de 2004<sup>433</sup>, 25 de septiembre de 2006<sup>434</sup>, 14 de diciembre de 2006<sup>435</sup>, 30 de mayo de 2007<sup>436</sup>, 6 de octubre de 2015<sup>437</sup> y 13 de septiembre de 2016<sup>438</sup>.

Como curiosidad, hay que destacar la sentencia de 14 de diciembre de 2006<sup>439</sup>, en la que el Tribunal Supremo reprochó la alegación defectuosa por las partes de las normas internacionales, reproche que sería trasladable a la inmensa mayoría de las situaciones recogidas en este trabajo: “La denuncia del Convenio 111 de la OIT, sobre discriminación en materia de empleo, no puede ser considerada, porque no especifica el precepto del mismo que se considera infringido, ni hay referencia alguna a dicho Convenio en el desarrollo del motivo”.

Más severo aun fue el reproche recogido en la sentencia de 18 de enero de 2007<sup>440</sup>: “El Convenio n° 111 de la OIT se compone de catorce artículos distintos, y sin embargo la denuncia de su infracción se efectúa de modo genérico, sin especificar cual o cuales de sus preceptos son los infringidos. Esta inconcreción supone un grave defecto de planteamiento de tal denuncia, que impide su estimación. Pero además los razonamientos que se expresan en los siguientes apartados, son aplicables también a este Convenio n° 111 y determinarían la desestimación de tal infracción”.

<sup>428</sup> ECLI: ES:TS:1987:13685

<sup>429</sup> ECLI: ES:TS:1988:3311

<sup>430</sup> ECLI: ES:TS:1989:13033

<sup>431</sup> ECLI: ES:TS:1999:5378

<sup>432</sup> ECLI: ES:TS:1999:8463

<sup>433</sup> ECLI: ES:TS:2004:5785

<sup>434</sup> ECLI: ES:TS:2006:6491

<sup>435</sup> ECLI: ES:TS:2006:8282

<sup>436</sup> ECLI: ES:TS:2007:3951

<sup>437</sup> ECLI: ES:TS:2015:4840

<sup>438</sup> ECLI: ES:TS:2016:4398

<sup>439</sup> ECLI: ES:TS:2006:8416

<sup>440</sup> ECLI: ES:TS:2007:865

<sup>426</sup> ECLI: ES:TS:2012:8645

<sup>427</sup> ECLI: ES:TS:2012:8620, ECLI: ES:TS:2012:8621 y ECLI: ES:TS:2012:9077, respectivamente.

## PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

Tres Convenios de la OIT, el 3, el 103 y el 183, regulan esta cuestión, desde situaciones muy distintas. El primero, de 1919, forma parte del más remoto pasado y su aparición es anecdótica, en una sentencia de 21 de enero de 1988<sup>441</sup>, donde se entremezcló con otra normativa, sin trascendencia real alguna.

El segundo, de 1952, fue ratificado por España de 1965, con excepción de las personas a que se refiere el art. 7, párrafo 1, d) (“las mujeres asalariadas que trabajan en su domicilio”). Una primera mención a él apareció en la sentencia de 11 de mayo de 1998<sup>442</sup>, para afirmar con complacencia que la normativa española ya mejoraba las previsiones mínimas de doce semanas de descanso por maternidad.

Las siguientes apariciones jurisprudenciales discurrieron en el mismo sentido. En las sentencias de 5 de mayo de 2003<sup>443</sup> y 27 de mayo de 2015<sup>444</sup>, el Convenio 103 fue mencionado como referente del artículo 48 ET, al establecer la obligatoriedad del descanso obligatorio de seis semanas tras el parto. Recuérdese que la Directiva 92/85/CEE es mucho más laxa a este respecto. El recorrido de la cita, en todo caso, termina ahí.

No se adentró más en el contenido del Convenio, también a propósito de esas seis semanas, la sentencia de 10 de enero de 2017<sup>445</sup>, en la que también se mencionó el Convenio 183. Se limitó a indicar, con una redacción diferente, la obligatoriedad de las seis semanas, para después desarrollar la argumentación sobre el art. 48 ET.

La última mención al Convenio 103 se encuentra en la sentencia de 16 de julio de 2019<sup>446</sup>. Con una redacción distinta de las an-

teriores, la presencia es la misma, subrayando el carácter de antecedente internacional de la regulación recogida en el Estatuto de los Trabajadores.

En contraste, la situación a propósito del Convenio 183 es pintoresca, puesto que se trata de un Convenio no ratificado por España todavía. Los veinte años transcurridos desde su adopción hacen predecir fácilmente que España no lo ratificará, en buena medida por su coincidencia de contenidos con la Directiva 92/85/CEE, un escenario que ya se ha indicado anteriormente.

La invocación de este Convenio, por lo tanto, podría quedarse en un mero *flatus vocis*, como fue el caso de la sentencia de 12 de mayo de 2015<sup>447</sup>. En ella, la parte recurrente lo incluyó en una cuantiosa enumeración de normas internacionales sin especificar cuál era la afectación al caso, sin consecuencia alguna.

Sin embargo, se produce la curiosa paradoja de que, en las otras tres sentencias donde apareció mencionado, el Tribunal Supremo lo utilizó, levemente eso sí, en su argumentación. Así sucedió en la sentencia de 20 de noviembre de 2015<sup>448</sup> (y la reproducción literal que se hizo en la sentencia de 14 de enero de 2020<sup>449</sup>), donde se afirmó que “estas normas sobre la inversión de la carga de la prueba tienen su origen en la doctrina del T.J.C.E. y en lo dispuesto en el Convenio 183 de la OIT”. Dado que la argumentación posterior se construyó principalmente sobre la jurisprudencia comunitaria, esta cita puede considerarse un simple *obiter dicta* erudito, sin trascendencia real.

La última aparición del Convenio se dio en la conocida sentencia de 18 de abril de 2018<sup>450</sup>. En ella, su artículo 10 fue mencionado como precedente normativo del artículo 37.4 ET, haciendo caso omiso de la normativa de la Unión

<sup>441</sup> ECLI: ES:TS:1988:179

<sup>442</sup> ECLI: ES:TS:1998:3011

<sup>443</sup> ECLI: ES:TS:2003:3017

<sup>444</sup> ECLI: ES:TS:2015:2628

<sup>445</sup> ECLI: ES:TS:2017:84

<sup>446</sup> ECLI: ES:TS:2019:2778

<sup>447</sup> ECLI: ES:TS:2015:3462

<sup>448</sup> ECLI: ES:TS:2015:5791

<sup>449</sup> ECLI: ES:TS:2020:300

<sup>450</sup> ECLI: ES:TS:2018:1613

Europea en la materia, en este caso la Directiva 96/34/CE, cuando en realidad lo sería el Convenio 103. La invocación, en todo caso, tampoco tuvo virtualidad alguna.

## TRABAJADORES CON RESPONSABILIDADES FAMILIARES

El Convenio 156 es la norma que más claramente puede identificarse con la actual noción de “corresponsabilidad”, inspiradora de varios preceptos del Estatuto de los Trabajadores y de otras normas españolas. Su trayectoria jurisprudencial es verdaderamente anecdótica, puesto que en menos de un año se concentran seis sentencias, para después no volver a ser invocado.

La primera fue la de 6 de abril de 2004<sup>451</sup>, donde apareció recogido junto con las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CE en un “recuerdo de medidas legislativas que tienen por objeto evitar las consecuencias nocivas que pueden tener para la mujer la situación cronológica de la maternidad y conciliar, a su vez, esta circunstancia con la vida familiar y laboral”. Esta aparición no fue más allá de una pura exhibición de erudición, puesto que la decisión del Tribunal Supremo dedicó su atención a la normativa europea.

Curiosamente, en una primera sentencia de 2 de noviembre de 2004<sup>452</sup>, donde también se mencionó, el fallo del Tribunal Supremo fue en sentido contrario, sin que el Convenio tuviera papel alguno en ello. La mencionada enumeración, curiosamente, fue desplazada al Voto particular formulado por el ponente de la anterior sentencia. La sentencia de 4 de noviembre de 2004<sup>453</sup> reprodujo literalmente el texto de la mayoría, sin que en este caso hubiera voto particular.

Una segunda sentencia de la misma fecha<sup>454</sup> compartió parte de la exposición señalada. Pero merece la pena destacarla al contener una elaboración sobre el verdadero alcance del Convenio, una auténtica excepción en la línea del Tribunal Supremo: “la solución que se propone no puede fundarse en el Convenio 156 de la OIT, que nada dice sobre el permiso parental, ni sobre la reducción de jornada legal. Sólo prevé muy genéricamente la adopción por los Estados miembros de medidas contra la discriminación por responsabilidades familiares, en especial en la extinción del contrato de trabajo, y el establecimiento de acciones para promocionar la igualdad efectiva dentro de “las condiciones y posibilidades nacionales”, fomentando la elección de empleo y la consideración de las necesidades de estos trabajadores “en lo que concierne a las condiciones de empleo y Seguridad Social”, aparte de otras indicaciones no menos genéricas en materia de planificación social, servicios comunitarios, formación profesional, información y educación. Salvo la regla del artículo 8 sobre la prohibición de que las responsabilidades familiares del trabajador puedan ser causa justificativa de la extinción de contrato de trabajo por el empresario, las normas del convenio son meras orientaciones sin aplicación directa, pues deben ser instrumentadas por la legislación de cada Estado y ofrecen un amplio margen a ésta”. El razonamiento fue en sentido contrario a la eficacia del Convenio, al subrayar su naturaleza programática. En todo caso, hubo un esfuerzo de análisis que destaca por sí mismo. Todo ello se reprodujo en una nueva sentencia del mismo día<sup>455</sup>, con idéntico ponente.

En el mismo sentido, pero sin recurrir ya a toda la argumentación indicada, fue la sentencia de 21 de febrero de 2005<sup>456</sup>. Después, vino el silencio.

<sup>451</sup> ECLI: ES:TS:2004:2382

<sup>452</sup> ECLI: ES:TS:2004:6997

<sup>453</sup> ECLI: ES:TS:2004:7109

<sup>454</sup> ECLI: ES:TS:2004:7010

<sup>455</sup> ECLI: ES:TS:2004:7013

<sup>456</sup> ECLI: ES:TS:2005:1024

## TIEMPO DE TRABAJO

La sentencia de 9 de junio de 1987<sup>457</sup> recogió una inútil mención del Convenio 1, sobre las horas de trabajo, según la cual “la posibilidad de prolongar la jornada de trabajo ordinaria se encuentra prevista con carácter general en el art. 6, b), del Convenio, n° 1 OIT, al establecer que las autoridades públicas de cada país habrían de determinar mediante reglamentos de industria o profesión las excepciones temporales que puedan admitirse para permitir que las empresas hagan frente a aumentos extraordinarios de trabajo”. La mención no tuvo efecto alguno en el razonamiento del Tribunal Supremo.

Por su parte, la sentencia de 6 de junio de 2013<sup>458</sup> utilizó, a iniciativa del propio Tribunal, una enumeración de Convenios para caracterizar algunas actividades en el ámbito del Convenio Colectivo de RENFE: “determinados grupos de trabajadores deben anticipar la entrada al trabajo o retrasar la salida para llevar a cabo lo que las normas internacionales de trabajo (Convenio OIT N° 1, 1919, art. 6.1, Convenio OIT N° 30, 1930 art. 7.1 y Convenio OIT N° 36, 1936 art. 3.1) suelen llamar “trabajos preparatorios o complementarios” de ejecución necesaria en ciertos establecimientos o centros de trabajo”. Concluido este homérico catálogo, el Tribunal no volvió a emplear la normativa internacional.

## TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

Una situación similar a las ya comentadas se da a propósito del Convenio 175, sobre trabajo a tiempo parcial, de 1994, casi paralelo en el tiempo y en contenido a la Directiva 97/81/CE. Se trata de nuevo de un Convenio no ratificado por España, por lo que su presencia es anecdótica.

Su primera cita proviene de la sentencia de 18 de marzo de 2002<sup>459</sup>, con error incluido, en un papel de norma inspiradora de la regulación nacional: “esta interpretación es más acorde con la realidad socio-jurídica del actual contrato a tiempo parcial, cuya “normalidad” –a la que no fue ajena el convenio de la OIT, norma 107 de 1994– se intentó fundamentalmente por el RDL. 15/1998”.

En la sentencia de 5 de mayo de 2006<sup>460</sup>, fue mencionado de pasada por el Tribunal, para subrayar que su contenido (no aplicable) está en la misma línea que la Directiva indicada (que es el verdadero referente de la norma estudiada). Esta sentencia fue, a su vez, citada literalmente en la de 10 de junio de 2014<sup>461</sup> y en la de 22 de marzo de 2018<sup>462</sup>. Se trata de un Convenio, en definitiva, destinado al olvido jurisprudencial, salvo por posibles “copia y pega” futuros.

## OTROS CONVENIOS

Hay que dar noticia, en último lugar, de las sentencias donde se citan Convenios aislados. Se han descartado de este elenco aquellas, abundantes, en las que, invocado un Convenio por las partes, ni siquiera merecía la atención del Tribunal Supremo.

Resultan llamativas tanto la invocación como la respuesta en la sentencia de 3 de febrero de 1987<sup>463</sup>: “ha de tratarse de un alegato final que la recurrente incluye en la duplicación o reiteración del motivo cuando cita como violado el art. 12-2.º de la Carta Social Europea en relación con el art. 54 del Convenio 102 OIT y con el 8 del Convenio 128. La actora ha obtenido, en la vía jurisdiccional, la protección de la Seguridad Social que a su estado corresponde, según la concreta normativa jurídica,

<sup>457</sup> ECLI: ES:TS:1987:12146

<sup>458</sup> ECLI: ES:TS:2013:3653

<sup>459</sup> ECLI: ES:TS:2002:9433

<sup>460</sup> ECLI: ES:TS:2006:3493

<sup>461</sup> ECLI: ES:TS:2014:2569

<sup>462</sup> ECLI: ES:TS:2018:1452

<sup>463</sup> ECLI: ES:TS:1987:649

patria que es acorde con las exigencias de la ahora invocada; lo que hace desechable lo propuesto”.

La sentencia de 24 de julio de 1990<sup>464</sup> se refirió, de forma inusitada, al Convenio 137, haciendo un resumen de sus principales contenidos, pero sin vincularlos verdaderamente con el fondo de la cuestión, la jubilación forzosa de los estibadores: “Sobre esta singularidad ilustra ampliamente el Convenio 137 de la OIT, Convenio ratificado por España e incorporado, por tanto, a nuestro ordenamiento jurídico. En esta disposición internacional se identifican las causas justificativas de un tratamiento particular de estas relaciones de la carga, conveniencia de reducir el tiempo de estadía de los buques en el puerto, cambios tecnológicos importantes en los sistemas de trabajo y en los métodos de manipulación de cargas. Al mismo tiempo, el Convenio 137 OIT, indica las medidas de organización del trabajo que es preciso adoptar para hacer frente a tales necesidades: prioridad de empleo a trabajadores portuarios registrados (art. 3.2), garantía de empleo permanente o regular de los mismos (art. 2.1), fijación de periodos mínimos de empleo o ingresos mínimos (art. 2.2), atención particular a la formación profesional de estos trabajadores (art. 6.º). Entre estas medidas figura también, expresamente, la revisión periódica del censo de trabajadores portuarios, y, cuando sea «inevitable», la reducción del «contingente total de trabajadores registrados»”.

La sentencia de 23 de febrero de 1993<sup>465</sup>, por su parte, puso de manifiesto una considerable laguna en la normativa internacional: “Tampoco esclarece nuestro propósito el examen de otros convenios internacionales, como

los elaborados en el seno de la OIT y ratificados por España, pues no lo hacen, en lo que en ellos se contiene sobre asistencia sanitaria, los convenios 24, 25, 55, 56 y 102, ni tampoco su recomendación número 69, sobre asistencia médica”.

En la sentencia de 26 de junio de 2003<sup>466</sup> se mencionó, con escaso valor, el Convenio 140 sobre licencia pagada de estudios: “la formación profesional, cuya finalidad es facilitar la adaptación de los trabajadores a las exigencias de la vida actual – como postulaba ya el Convenio 140 de la OIT de 1.974 – constituye una actividad íntimamente vinculada a la posición profesional del trabajador”.

No deja de levantar sorpresa la mención recogida en la sentencia de 9 de febrero de 2005<sup>467</sup>, donde apareció mencionado el Convenio 157, sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, de 1982, solo ratificado por cuatro países (entre ellos, España): “Y al “hogar” se refiere también, tanto la ya citada Exposición de Motivos de la Ley 26/90 (III) cuando habla de facilitar el acogimiento de los ancianos y minusválidos “en los hogares de sus hijos”, como el art. 1.g del Convenio 157 de la OIT”.

Particularmente patética, pero apropiadísimo final de este trabajo, es la presencia de los Convenios 34 y 96 en la sentencia de 20 de julio de 2007<sup>468</sup>, zanjada expeditivamente por el Tribunal Supremo: “Hay que empezar señalando que la denuncia es defectuosa. Los Convenios de la OIT mencionados se citan de forma genérica en el encabezamiento y no vuelven a examinarse en el desarrollo del motivo”. Tal letanía podría servir de epitafio a toda esta Crónica.

<sup>464</sup> ECLI: ES:TS:1990:6018

<sup>465</sup> ECLI: ES:TS:1993:12871

<sup>466</sup> ECLI: ES:TS:2003:4475

<sup>467</sup> ECLI: ES:TS:2005:741

<sup>468</sup> ECLI: ES:TS:2007:5913