

COMENTARIO DEL N° 116 DE LA REVISTA DOCUMENTACIÓN LABORAL. IV ENCUENTRO IBÉRICO DE DERECHO DEL TRABAJO: LOS CONVENIOS DE LA OIT: SU INCIDENCIA EN LOS ORDENAMIENTOS DE PORTUGAL Y ESPAÑA

1. PRESENTACION DEL N° 116 DE LA REVISTA DOCUMENTACIÓN LABORAL Y DEL IV ENCUENTRO IBÉRICO DE DERECHO DEL TRABAJO AL QUE SE DEDICA MONOGRÁFICAMENTE

El pasado año fue un año de celebración para la doctrina iuslaboralista mundial. Cumplía 100 años la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que se dice pronto. Hoy en día se observa cómo el número de centenarios no deja de incrementarse gracias al aumento constante de la esperanza de vida, ocasionado por la disminución de la mortalidad infantil y ha continuado imparable, con un aumento medio de dos años y medio cada década, al que se ha ido sumando un alargamiento generalizado de los años vividos en los grupos de edades más altos. Nos hemos acostumbrado a tener personas centenarias en nuestro entorno, lo hemos normalizado y justificado bajo el paraguas de los avances tecnológicos y su repercusión en el mundo de la medicina. Pero ser centenario es digno de mención y elogio, de reconocimiento y para una organización internacional como la OIT más si cabe. Y digo esto porque su acuerdo de creación hay que ubicarlo entre los acuerdos que pusieron fin a la Primera Guerra Mundial –si bien no sería hasta la Segunda Gran Guerra cuando cogiera un nuevo impulso dentro del organigrama de las Naciones Unidas (ONU)– y pervivir durante tan dilatado periodo de tiempo, con todos los avatares de la historia acontecidos, es una hazaña laudable.

El pasado año, incluso desde finales del 2018, se sucedieron los fastos por doquier y las iniciativas que conmemoraron tal hito se mul-

tiplicaron. Solo por citar los más relevantes, se destaca el Simposio Iberoamericano OIT “El futuro del Trabajo. Un escenario de cambios tecnológicos y transformaciones productivas”, celebrado en la isla canaria de La Palma (30-31 de octubre 2018), el IV Encuentro Ibérico de Derecho del Trabajo organizado por la Asociación Portuguesa de Derecho del Trabajo (APO-DIT) y la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS), junto con la Universidad de Oviedo (28-29 de marzo de 2019), el Seminario Internacional “El futuro del trabajo que queremos: un debate global”, en Oñati (10-11 de abril) o el XXIX Congreso Anual de la AEDTSS celebrado en Salamanca (30-31 de mayo).

He tenido el honor de recibir la encomienda de comentar el n° 116 de la Revista Documentación Laboral, Revista de la AEDTSS y de la Seguridad Social, que se dedica monográficamente a resumir lo acontecido en el Encuentro Ibérico antedicho, celebrado en Oviedo los días 28 y 29 de marzo y al que tuve la oportunidad de asistir en la doble condición de participante y ponente. En esta cuarta edición –la segunda en territorio español– se puso de manifiesto no solo la “prueba evidente de la consolidación de esta feliz iniciativa”, como indicó en su presentación al número el Director de la revista Documentación Laboral D. José María Miranda Boto –a la par que Secretario General de la AEDTSS y Profesor de la Universidad de Santiago de Compostela–, sino el éxito de esta fórmula de debate e intercambio académico transfronterizo entre países vecinos.

En esta ocasión, el Encuentro llevaba por título “Los Convenios de la OIT: su incidencia en los ordenamientos de Portugal y España” y antes de abordar exhaustivamente cada una de las intervenciones que lo integraron, interesa comenzar por detallar que, con carácter previo a la conferencia inaugural, se procedió al acto formal de inauguración en el que participaron las dos presidentas de las asociaciones de DTSS española y portuguesa –Dña. M^a Emilia Casas Baamonde y Dña. Maria do Rosário Palma-Ramallo– junto al Director Ge-

neral de Trabajo del Principado de Asturias y el Presidente del Excmo. Colegio Oficial de Graduados Social de Asturias. La Catedrática de la Universidad de Oviedo, Dña. Carolina Martínez Moreno hizo de anfitriona y puso de manifiesto el enorme placer que suponía a esta universidad poder celebrar tan insigne evento.

Sin solución de continuidad, se procedió a dar paso a la conferencia inaugural a cargo del Catedrático de la Universidad Complutense, D. Joaquín García Murcia, sobre en el mandato y función de la OIT en la legislación laboral internacional. Y, tras ésta, se sucedieron cuatro mesas de debate sobre la recepción normativa y dificultades de aplicación de los convenios fundamentales de la OIT: la primera a cargo de D. Guilherme Dray, profesor de la Universidad de Lisboa, y Dña. Ana Rosa Argüelles Blanco, Catedrática de la Universidad de Oviedo; la segunda sobre trabajo a domicilio, trabajo doméstico y trabajos de cuidado, en la que intervine yo misma, Dña. Carmen Grau Pineda, profesora Titular de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y Dña. Catarina Carvalho, profesora de la Universidad Católica Portuguesa (Porto); la tercera en torno al tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT, con la participación de D. David Carvalho Martins, profesor de la Universidad de Lisboa y D. Miguel Bastera Hernández, Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Alicante; y la cuarta, sobre violencia y acoso en el trabajo en el marco de la OIT, con la intervención de D. José Antonio Fernández Avilés, Catedrático de la Universidad de Granada y Dña. Isabel Vieira Borges, profesora de la Universidad de Lisboa. Finalmente, el encuentro se cerró con la conferencia de clausura sobre el futuro del trabajo a cargo de Dña. Maria do Rosário Palma-Ramalho, Presidenta de la Asociación Portuguesa de Derecho del Trabajo.

En el nº 116 de la mencionada revista se recoge la mayoría de las ponencias que integraron tal evento y que permiten al lector interesado constatar los numerosos paralelismos y similitudes existentes respecto de la in-

cidencia de los convenios de la OIT en España y Portugal, a la par que las notables diferencias. Pero, sea como fuere, la OIT quedó bosquejada como institución “impulsora a ambos lados de la frontera de la legislación laboral, si bien fue conclusión la percepción de un cierto retroceso frente al papel actual de la Unión Europea”⁴.

En común, coincidieron todos los intervinientes en poner de manifiesto, de un lado, el hito histórico que supuso la constitución de la OIT y su incidencia en el desarrollo del Derecho del Trabajo como rama autónoma e independiente del derecho común centrada en la lucha por conquistar unas condiciones de vida mínimas y universales para toda la población trabajadora (estándares mundiales). Y, de otro, su actualidad y utilidad en un contexto que, como el actual, tanto diverge del de su génesis sin, pese a ello, haber perdido un ápice de su sentido originario, de su objetivo vital. Lo que permite aseverar, sin ningún género de dudas, su aun hoy vigencia, interés y necesidad como fuente normativa mundial.

2. LA CONFERENCIA INAUGURAL SOBRE LEGISLACIÓN LABORAL INTERNACIONAL

En cuanto a la conferencia inaugural, como ya se ha adelantado a cargo del Catedrático de la Universidad Complutense, D. Joaquín García Murcia, versada sobre en el mandato y función de la OIT en la legislación laboral internacional, pretendía poner de relieve cómo el impulso exterior ha despertado el interés de la legislación laboral internacional como conjunto de normas provenientes de instancias supranacionales que contribuyen a la institucionalización de las relaciones de trabajo.

Dentro de ese *corpus* de legislación laboral internacional destaca, como parte funda-

⁴ En opinión del Profesor MIRANDA BOTO en la presentación al nº 116 de la revista Documentación Laboral como Director de ésta, p. 5.

mental, el sistema normativo de la OIT que, requiriendo la previa aceptación de los Estados y conviviendo con la normativa nacional y sus problemas jerárquicos, cumple funciones de proyección en el ámbito laboral, de la seguridad social y de la protección de riesgos sociales. Pese a que existen otros componentes de naturaleza jurídica en la legislación laboral internacional –como la Organización de Naciones Unidas y el Consejo de Europa–, son la Unión Europea y el Derecho comunitario los que se dibujan como los dos mayores focos de producción de normas laborales que, consecuentemente, deben estar en obligatoria relación con la OIT para contribuir al cumplimiento de estándares mínimos de condiciones de trabajo a los que líneas atrás se hacía referencia y a la proliferación de mecanismos de conexión entre ordenamientos jurídicos. Y es que la relación entre ambas organizaciones es ineludible, entre otras razones porque los países miembros de la UE lo son también de la OIT pero, además, porque la UE se ocupa de las condiciones de trabajo y de los derechos de las personas trabajadoras.

La relación entre ambas instituciones se evidencia en numerosas y diversas manifestaciones que, como dibuja el profesor García Murcia, pueden resumirse en tres escenarios de comparación entre ambos sistemas normativos: el primero sería el referido a las materias tratadas por ambos en sentido similar o coincidente aunque sea con diferencias cronológicas (p.e. igualdad de trato); el segundo, el relativo a materias tratadas por ambos sistemas pero con orientaciones distintas o divergentes (p.e. corrientes migratorias); y, el tercero, el concerniente a materias tratadas de forma diferencial o divergente (p.e. libertad sindical). En definitiva, propone a modo de cierre el profesor García Murcia, la necesidad de acometer “una labor de cotejo o de contraste entre las normas de contenido laboral o social aprobadas en el seno de una y otra (...) que requeriría un análisis minucioso de uno y otro acervo normativo, con atención a su origen, a sus propósitos y objetivos o a su concreta formulación” (p. 16).

3. LAS MESAS DE TRABAJO DE DOBLE COMPOSICION SOBRE TEMAS DIVERSOS

3.1. Los Convenios fundamentales de la OIT: recepción normativa y dificultades de aplicación

Tras la conferencia inaugural, se celebraron cuatro mesas de debate sobre la recepción normativa y dificultades de aplicación de los convenios fundamentales de la OIT. El formato de estas mesas de debate era el de ponencias de doble composición, hispano-lusa, y su objetivo generar un espacio de comparación entre ambos ordenamientos jurídicos a la luz de los convenios de la OIT.

La primera de ellas estuvo moderada por D. José María Miranda Boto, en su calidad de Secretario General de la AEDTSS, y estuvo a cargo de Dña. Ana Rosa Argüelles Blanco, Catedrática de la Universidad de Oviedo y D. Guilherme Dray, profesor de la Universidad de Lisboa.

Abrió esta primera mesa la profesora Argüelles Blanco, en representación de la parte española, y ofreció una valoración impecable sobre la influencia de los convenios 87 y 98 de la OIT en la evolución del modelo español de relaciones laborales examinando, para ello, las dificultades de aplicación de los principios y reglas de las normas internacionales evidenciadas por el propio sistema de fiscalización interno de la OIT, concretamente, a través de las actuaciones de dos órganos principales en este sentido: el Comité de Libertad Sindical (CLS) y la Comisión de Expertos en la Aplicación de los Convenios y las Recomendaciones (CEACR). Este sistema de fiscalización ha permitido promover reformas puntuales en las disposiciones normativas españolas en materias tales como la titularidad del derecho a la libertad sindical (p.e. en lo referido a los extranjeros no comunitarios); el examen del impacto de la reforma del Código Penal de 2015, más concretamente, de su art. 315.3 solicitando a Gobierno de España informa-

ción sobre la evolución de la situación de algunos trabajadores sujetos a procedimientos penales; los problemas en la determinación de los servicios mínimos durante la huelga; o las consecuencias negativas de la reforma de 2012 al dar preferencia aplicativa al convenio de empresa sobre el de sector. Los detalles sobre cada una de las materias apuntadas se suceden en el texto de la profesora Argüelles Blanco que analiza de forma exhaustiva tanto los incumplimientos denunciados como las reformas acometidas.

Dada la imposibilidad de reproducir en estos momentos las interesantes y sugerentes consideraciones hechas respecto de todas y cada una de ellas, se procede a ahondar en la última de las materias señaladas, en la que el CLS ha tenido la oportunidad de conocer solo en la última década tres quejas en relación con prácticas legislativas supuestamente restrictivas del derecho a la negociación colectiva en nuestro país.

- Una en el caso nº 2785 que tiene su origen en la presentada por la Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA) el 3 de junio de 2010 con ocasión de la negociación del segundo convenio colectivo con AENA (ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea) para sustituir el primer convenio colectivo que concluía el 31 de noviembre de 2004. USCA alegaba la injerencia de las autoridades en el proceso de negociación colectiva con violación del Convenio 98 OIT y la falta de consulta y, tras intensos trabajos, el conflicto concluyó con un laudo arbitral que incluyó el texto íntegro del segundo convenio colectivo entre controladores aéreos y AENA.
- La segunda queja se presentó por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO (Comisiones Obreras) el 17 de noviembre de 2011 (nº 2918) e iba referida a la suspensión de las cláusulas del Acuerdo con los sindicatos para la función pública sobre revisión sala-

rial y afectó a los acuerdos y convenios de los empleados en régimen laboral del sector público, aplicando un recorte del 5% en el salario y otros conceptos retributivos (RD-ley 8/2010, de 20 de mayo). Este conflicto concluyó con una invitación del CLD al Gobierno de España para que, en lo sucesivo, considerase que la negociación colectiva es un derecho fundamental al que, incluso en contextos de estabilización económica, dificultades económicas o crisis, debe darse prioridad para regular las condiciones de trabajo.

- La tercera de las quejas se presentó ante el CLS el 10 de mayo de 2012 y vino de la mano de la Confederación Sindical de CCOO y UGT, si bien a ella se adherieron más tarde la Central Sindical Independiente de Funcionarios (CSIF), la Unión Sindical Obrera (USO) y numerosas organizaciones sindicales nacional. Se trata del caso nº 2917, complejo como pocos y referido, desde un punto de material, a la reforma laboral de 2012 (RD-Ley 3/2012, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral, en relación con otras como el RD-ley 20/2012) y que concluyó con el traspaso a la Comisión de Expertos (CEACR) del conflicto que excede del ámbito del CLS. El tema sigue, aun hoy, pendiente de actuaciones dado que el CEACR invitó al Gobierno de España a que sometiera al diálogo social las cuestiones planteadas en aras a que las reglas esenciales del sistema de negociación colectiva fueran compartidas en la mayor medida posible por las organizaciones de trabajadores y empleadores más representativas (art. 4 Convenio nº 98 OIT).

Y, en este contexto, la citada profesora concluye con un vaticinio a modo de deseo en voz alta, según cuyo tenor literal, dice lo siguiente: “veremos si ese fomento del diálogo social desde la OIT en cumplimiento del artículo 4 del C098, sobre el que alguna noticia

esperanzadora hemos tenido en los últimos meses, se mantiene y tiene como fruto una nueva reforma del Estatuto de los Trabajadores donde el derecho a la negociación colectiva recupere algunos de los espacios que le han sido hurtados”.

El tándem de esta primera mesa de debate de doble composición se completa con la intervención del profesor Dray de la Universidad de Lisboa que comienza su disertación recordando la importancia de la OIT respecto de la dignidad en el trabajo y el desarrollo del Derecho del Trabajo tanto a escala global como nacional. A escala global, se hace referencia a la idea de las normas mínimas del trabajo promovida por la OIT y a escala nacional, portuguesa en este caso, se recuerda que gran parte de los derechos, libertades y garantías de los trabajadores previstas en la Constitución Portuguesa (1976) y el Código de Trabajo portugués (2009) son resultado de los convenios y recomendaciones de la OIT.

No obstante lo cual, el citado profesor llama la atención sobre los problemas que persisten en la implementación de la ley, tanto a nivel nacional como internacional. Comenzando por este último, los desafíos principales van referidos tanto a la Agenda de “Trabajo Decente” y a la necesidad de combatir la economía informal. Ya en sede portuguesa, hace el profesor Dray expresa mención a los dos grandes retos que han de plantearse: los problemas que existen en materia de falsos contratos de prestación de servicios y respecto de la segmentación y precariedad laborales. La contribución de la OIT para combatir estos problemas ha sido determinante porque, en opinión del profesor Dray, más allá de la importante contribución de la OIT para garantizar el acogimiento de unas normas o estándares laborales mínimos a escala global, ésta ha tenido un papel crucial respecto del desarrollo y consolidación del Derecho del Trabajo portugués. Considera que su contribución ha sido “decisiva y significativa” (p. 32) y, siempre según su opinión, los principales derechos, libertades y garantías de los trabajadores portugueses resultan, en gran

medida, del trabajo que ha venido desempeñando de forma continuada la OIT durante sus cien primeros años de existencia.

Con todo, y pese a la ratificación de muchos de sus convenios (77/180, según sus cálculos), es consciente el citado profesor de que subsisten problemas de aplicación normativa y cuestiones por resolver, que siendo problemas a escala global y que, por tanto, exceden las escalas nacionales, tienen un impacto considerable, una incidencia particular, en el país luso como ocurre con los problemas derivados de la creación de empleo digno (decente), la segmentación del mercado de trabajo o la necesidad de combatir la informalidad y la precariedad, en general, pero también específicamente referidos al nuevo ámbito de la economía digital.

A continuación hace referencia a algunos problemas de aplicación legal en Portugal, que no siendo exclusivos, preocupan por su tendencia alcista y la escasa contribución de la negociación colectiva a solucionarlos: de un lado, la existencia de falsos contratos de prestación de servicios usado para “escamotear” la existencia de verdaderos contratos de trabajo (lo que en España se conoce como la “huida de Derecho del Trabajo”); de otro, la segmentación del mercado de trabajo y la precariedad laboral, respecto del cual hace una referencia expresa al reciente informe “Trabajo digno en Portugal 2008-2018: de la crisis a la recuperación” (12 de octubre de 2018) que sigue las sugerencias hechas por la OIT para reducir dicha segmentación a través de la limitación de contratos temporales, un mayor control en el cumplimiento de la normativa laboral, la aplicación de incentivos fiscales a las empresas que conviertan contratos temporales en permanentes y la promoción de la negociación colectiva. Y, en esta línea, concluye trayendo a colación la reciente propuesta de ley nº 136/XII que pretende, de un lado, reducir los niveles de segmentación a través de medidas que permitan limitar el uso de los contratos de trabajo a término y, de otro, promover la negociación colectiva.

3.2. Trabajo a domicilio, trabajo doméstico y trabajos de cuidado

La segunda mesa de debate moderada por D. José Joao Abrantes, Vicepresidente de la APODIT, corrió a cargo de Dña. Catarina de Oliveira Carvalho, profesora de la Universidad Católica Portuguesa (Porto) y yo misma, Dña. Carmen Grau Pineda, profesora Titular de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

La profesora De Oliveira Carvalho hizo una presentación sobre la situación del trabajo doméstico, a domicilio y de cuidados en Portugal, que partiendo de una configuración sociológica previa y común a las tres modalidades de trabajo antedichas –caracterizados por ser mayoritariamente femeninos, socialmente desvalorizados, informales, mal remunerados y precarios–, pretendía acometer un análisis legal de la normativa portuguesa a la luz de los convenios de la OIT. Pese a que Portugal⁵ ha ratificado el Convenio 189 OIT sobre trabajo decente de los trabajadores domésticos⁶, no ha tenido un impacto directo en la reglamentación del trabajo doméstico que permanece inalterada desde 1992⁷ y se encuentra obsoleta y requiere, por tanto, de una exigente labor interpretativa e integradora en orden a asegurar el cumplimiento de las disposiciones del citado convenio, máxime teniendo en cuenta que éstas prevalecen sobre el derecho ordinario a la luz del art. 8 de la Constitución portuguesa.

Por otro lado y, a diferencia de lo anterior, el Estado portugués no ha ratificado el Conve-

nio 177 OIT relativo al trabajo a domicilio⁸, lo que solo se explica por el hecho de contar con una regulación nacional que pese a ser más reciente que la anterior, tampoco asegura la protección mínima exigida en el convenio de la OIT. La Ley n° 101/2009, de 8 de septiembre, es la encargada de regular en Portugal el trabajo a domicilio que va referido, fundamentalmente, a los sectores económicos del calzado y el textil en el que los trabajadores se caracterizan, precisamente, por su invisibilidad. La única excepción a la informalidad e invisibilidad que caracteriza al trabajo a domicilio en el país vecino es el régimen aplicable a la región autónoma de Madeira y sus “bordadoras de casa” o al sector del artesanado (“Obra de Vimes”), sectores con un régimen legislativo regional propio⁹ y altamente reconocido.

Finalmente, y en relación con los trabajos de cuidados, el ordenamiento portugués no cuenta con regulación específica alguna, si bien en el último año se han intensificado los debates parlamentarios respecto de la necesidad de una regulación sobre el estatuto del cuidador informal al albur de la Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de abril de 2016, sobre trabajadoras domésticas y prestadoras de cuidados en la UE (2015/2094 (INI)). Considerando que la mayoría de los cuidados informales son dispensados por mujeres que no pueden trabajar a tiempo completo en otra actividad retribuida por ser incompatibles, resulta fácilmente deducible el déficit de protección de estas cuidadoras y el peligro de aumentar, de este modo, no solo las diferencias salariales por razón de género sino, lo que es peor, aumentado el riesgo de pobreza de éstas. Consciente de todo ello y a sabiendas de lo ineludible del debate social generado al respecto, el Gobierno Portugués comenzó en 2016 a valorar la necesidad de desarrollar estrategias de valorización y apoyo a los cuidadores informales y familiares y, en esa senda, se han

⁵ Resolución de la Asamblea de la República de Portugal n° 42/2015, de 27 de abril, ratificada por Decreto del Presidente de la República n° 31/2015, de la misma fecha. El instrumento de ratificación fue depositado en el Secretariado Internacional de Trabajo el 17 de julio de 2015 y el Convenio entro en vigor para la República portuguesa el día 17 de julio de 2016 (aviso n° 8/2016, de 6 de abril).

⁶ De 16 de junio de 2011 y complementado por la Recomendación n° 201.

⁷ Decreto-Ley n° 235/1992, de 24 de octubre.

⁸ De 20 de junio de 1996 y complementado por la Recomendación n° 184.

⁹ Decreto Legislativo Regional n° 12/93/M, Ley n° 43/96, de 3 de septiembre y Decreto Legislativo Regional n° 2/97/M.

ido aprobando algunas recomendaciones e informes para la creación de un Estatuto del Cuidador Informal (2018)¹⁰.

La “*partenaire*” de la profesora de Oliveira Carvalho en esta mesa de debate con tan sugerente tema es la misma que firma este comentario, Carmen Grau Pineda, profesora Titular de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. En esta aportación fue mi objetivo poner de relieve cómo la regulación española del trabajo doméstico se debate entre la aceptación pacífica y sosegada de unos aspectos y la inacción político-legislativa frente a otros que resultan más conflictivos por razones diversas. Sin ánimo de hacer una exposición detallada de unos y otros, sí que resulta un ejercicio interesante destacar algunos hitos que reflejan las posibles razones de la falta de ratificación del Convenio 189 OIT por parte de España. Y es que recién aprobado el Convenio 189, por allá por junio de 2011, era generalizado no dudar ni de la oportunidad de la norma, ni del éxito de su ratificación. Sin embargo, ocho años después, la ansiada ratificación no ha llegado y lo cierto es que extraña a todos. Es difícil entender como un Estado Social y Democrático de Derecho como España ha optado por quedarse de brazos cruzados y mantenerse al margen de este movimiento mundial. Máxime cuando, según datos oficiales, es el país europeo con mayor número de empleadas del hogar (28.6% del total del empleo del sector en toda Europa). Y precisamente por ello, las principales críticas que desde la doctrina se arrojan a la pasividad legislativa van en la línea de lo crucial que resulta en estos momentos contar con la existencia de una clara voluntad por hacer cumplir y vigilar el cumplimiento de normas internacionales como éstas que, aunque puedan parecer mínimas y superadas ampliamente hoy en día, representan un cambio sustancial en las condiciones de empleo del amplio sector que

¹⁰ Propuesta de Ley nº 186/XIII/4ª (GV); Proyecto de Ley nº 1126/XIII/4ª (CDS-PP); Proyecto de Ley nº 1127/XIII/4ª (CDS-PP); Proyecto de Ley nº 1132/XIII/4ª (PSD); Proyecto de Ley nº 1135/XII/4ª (PAN).

representa hoy por hoy el trabajo doméstico decente.

Desde el ámbito mundial que representa la OIT, se apela a la intervención estatal, vía ratificación del Convenio 189 y su Recomendación 201, para asegurar la igualdad de género a través de la dignificación del trabajo doméstico y de cuidados. Ahora bien, los enfoques nacionales sobre la regulación del trabajo doméstico son muy variados y dependen de la legislación laboral de cada país. Desde la adopción del Convenio 189, un creciente número de países, entre los que se incluye España, han iniciado o culminado sus reformas legales con el objeto de mejorar el reconocimiento de sus derechos, pero a pesar de la tendencia positiva hacia la ampliación de las disposiciones de la legislación laboral para incluir a las trabajadoras domésticas en pie de igualdad con los demás trabajadores, en muchos países se les continúa privando de sus derechos del trabajo y su condición no les confiere la misma protección ni laboral ni social. De tal suerte que, en algunas jurisdicciones, el trabajo doméstico está regulado en varios capítulos, títulos o disposiciones especiales de los códigos de trabajo o legislación sobre el empleo (p.e. Bélgica), mientras que en otros este tipo de trabajo cuenta con una legislación específica (p.e. España y Portugal), como pusieron de manifiesto las dos profesoras integrantes de esta mesa de debate.

En España, en particular, se produjo una mejora legislativa más que significativa a finales del año 2011 cuando se aprobó el RD 1620/2011¹¹, de 14 de noviembre, que pro-

¹¹ Además se aprobó la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, modificada parcialmente por el RDL 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de la gestión y la protección social en el sistema especial para empleados de hogar y otras medidas de carácter económico y social. Con estas normas se incluye a las empleadas de hogar en el RGSS, concretamente en un sistema especial (SEEH), con el objetivo confesado de la equiparación gradual de las condiciones de trabajo de este ámbito con el resto de sectores incluidos en el RGSS. Por último, el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de

porcionó un nuevo marco normativo para este sector –sustituyendo a su antecedente temporal inmediato el RD 1424/1985–, con el objetivo de establecer “mayores y mejores derechos de los trabajadores, aplicando, en lo que resulte factible, la regulación general contemplada en el Estatuto de los Trabajadores y normativa complementaria” (Preámbulo RD 1620/2011). El legislador pretendía entonces hacer aflorar una actividad que se desarrollaba mayoritariamente en la informalidad y, por tanto, al margen de la legislación laboral y de Seguridad Social y que no generaba los pertinentes ingresos a través del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de cotización.

En definitiva, la regulación española del trabajo doméstico se debate entre lo que me gusta calificar “la aceptación pacífica y sosegada de unos aspectos y la inacción político-legislativa frente a otros que resultan más conflictivos por razones diversas”. Y es que hay quienes encuentran las razones en nuestra historia reciente y, en este extremo, es en el que se ubican las consideraciones referidas a la tradición cultural de asignación de roles femeninos a los cuidados y la etnización del sector. A nadie escapa que la contratación de las mujeres inmigrantes posibilita, en España y en los países desarrollados, la conciliación de la vida laboral y familiar de las mujeres nativas que, sin apoyos públicos, resuelven sus dificultades laborales recurriendo, de forma privada, a las primeras y provocando con ello un trasvase de desigualdades de mujeres. Para muchas mujeres inmigrantes, trabajar en el servicio doméstico se convierte en la única opción laboral que tienen al llegar y esto está estrechamente relacionado no solo con la normativa laboral sino, además, con la de inmigración y extranjería, así como con la política migratoria española.

Hogar y otras medidas de carácter económico y social, intentó establecer un periodo transitorio de equiparación progresiva de estas trabajadoras al RGSS, estableciendo un plazo de adaptación que venció el pasado 31 de diciembre de 2018 sin resultados (calendario de equiparación gradual 2012-2018).

Pero también hay razones de otra índole y a ellas me refiero cuando hablo de “reticencias superables y resistencias infranqueables”. En cuanto a las reticencias, superables a base de trabajar las desconfianzas o reparos constatados al respecto, pueden situarse tanto la peculiaridad del desistimiento por el empleador como las dificultades para que la ITSS pueda velar por el cumplimiento de la normativa laboral vigente. Ya en el plano de las resistencias, más costosas de superar por lo que suponen de oposición o protesta frente al cambio que suponen, es posible encontrar dos principales: la referida a su exclusión del ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y de la protección por desempleo al trabajo doméstico.

Sea como fuere, España no ha ratificado el Convenio 189 pese a haber dado los primeros pasos para adecuar su normativa interna nada más aprobarse en mismo y antes de que entrara en vigor. Da la sensación de tratarse de un Convenio que ha caído en el olvido y que, salvo la insistencia recurrente del todavía incipiente movimiento asociativo, ha sido imbuida por una desidia que imposibilita la acción política tan necesaria como ha intentado ponerse de manifiesto en las líneas precedentes. Que España podría haber ratificado el Convenio 189 desde el día siguiente a su aprobación y haber llevado a cabo las modificaciones/adaptaciones normativas precisas sin solución de continuidad, nadie lo pone en duda. Pero no se ha optado por esa posibilidad y, en estos momentos de *impasse*, el futuro se presenta incierto. Quizás hayan pesado más excusas como las antedichas, pero, debe ponernos sobre aviso el hecho de que esté ocurriendo lo mismo con convenios como el C175 sobre trabajo a tiempo parcial, el C177 sobre trabajo a domicilio y el C183 sobre la protección de la maternidad. O es mucha coincidencia o la casualidad ha querido que se trate, en todos estos casos, de convenios relacionados con el trabajo de las mujeres y las múltiples brechas de género que en el mundo del trabajo persisten y respecto de las cuales queda tantísimo por hacer en España.

Sea como fuera si sobre algo inciden ambas profesoras es que del análisis del trabajo doméstico y de cuidados se deriva una inequívoca primera conclusión, esto es, su endémica discriminación y desprotección social. Y es que, siendo justo reconocer que los últimos veinte años han sido positivos para la situación de la mujer en el mundo del trabajo y la igualdad de género en la sociedad, también lo es que allí donde persistan los problemas y obstáculos que impiden la participación de la mujer en igualdad de condiciones, la sociedad tendrá menos capacidad para trazar una vía hacia el crecimiento económico acompañado de desarrollo social.

3.3. El tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT

Y llegamos a la tercera mesa de trabajo, penúltima del Encuentro pero última del monográfico comentado, moderada por D. Daniel Pérez del Prado, coordinador de la Sección Juvenil de la AEDTSS y que contó con la intervención de D. Miguel Basterra Hernández, profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Alicante y D. David Carvalho Martins, profesor de la Universidad de Lisboa.

La representación española en este tema, encabezada por el profesor Basterra Hernández, tenía como objetivo poner de manifiesto la importancia crucial que ostenta el tiempo de trabajo en el seno de la regulación de las relaciones laborales y que se evidencia desde las primeras normas sobre jornada y descansos. No podría resultar más significativo, en este sentido, que el primer convenio aprobado por la OIT lo fuera sobre jornada de trabajo. El convenio n° 1 de la OIT (1919) sobre las horas extraordinarias en la industria, unido al posterior convenio n° 30 (1930) sobre las horas de trabajo en comercios y oficinas, no son más que “la conjunción copulativa” (p. 73) que aglutina las bases, pretendidamente universales, de la regulación de la jornada de trabajo poniendo, de este manera, de manifiesto la preocupación genética u originaria pero, además, constante

de la OIT por todo lo concerniente a la ordenación del tiempo de trabajo, presente a lo largo de sus cien años de historia¹². A continuación, el citado Profesor hizo un análisis exhaustivo sobre la jornada ordinaria de trabajo en España pero a la luz de los convenios de la OIT y, para ello, contrapuso los dos convenios antedichos con la regulación española estatutaria (art. 34 ET), con el resultado final de la detección de “disonancias” entre ambas normativas. Y es que si bien “la respuesta apresurada sería que la normativa española sí se ajusta a las previsiones fijadas en los Convenios n° 1 y n° 30. Sin embargo, significativos matices exigen un análisis pausado del particular”.

Desde un punto de vista puramente cuantitativo, se señala que como ya advirtiera la OIT en un estudio general sobre tiempo de trabajo (2015), en España el promedio de la jornada semanal es notablemente inferior a la contemplada en los textos de referencia de la OIT, sin grandes avances desde su anterior estudio al respecto (1984) y pese a sus reiteradas peticiones en tal sentido. Siendo cierto y verdad que la Recomendación n° 116 OIT supedita la reducción de la jornada al nivel de desarrollo económico del país, también lo es el notable avance experimentado en España en este sentido durante los últimos treinta años. Con todo, los incumplimientos más relevantes van referidos a la dimensión cualitativa de la jornada. Y es que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha informado en varias ocasiones respecto de las deficiencias observadas respecto de los umbrales definidos por la OIT en materia de distribución y concentración, especialmente esto último, del tiempo de trabajo. Los textos de la OIT solo permiten la superación de cuarenta y ocho horas de trabajo en una misma semana en supuestos marcadamente excepcionales y, sin embargo, el art. 34 ET parte, con carácter general, de una jornada de trabajo calculada en cómputo anual, dejando la puerta abierta a que la negociación colecti-

¹² Ambos ratificados por España en 1929 y 1932, respectivamente.

va la distribuya de forma desigual a lo largo del año y permitiendo, por tanto, la saturación y correspondiente descarga de unas semanas respecto de otras. El problema radica, en opinión del profesor Basterra, en que el ET no prevé ningún límite específico para las horas de trabajo semanal –ni diario–, siendo los únicos “diques de contención” el descanso diario o inter-jornadas y el descanso semanal (p. 77). En conclusión, el único límite inquebrantable frente a la distribución irregular de a jornada es el descanso diario de doce horas previsto en el art. 34.3 ET que se erige como la última frontera en este terreno. No obstante lo anterior, la cuestión es que el art. 34 ET no dibuja, simplemente, una distribución irregular de la jornada, sino que, además, dicha distribución puede ser flexible al permitir que el empresario preavise al trabajador en los términos concretos en que se manifestara la distribución irregular de su jornada (antelación mínima de cinco días). En definitiva, concluye el mencionado profesor que mientras la OIT solo fija parámetros mínimos y universales y para distintos contextos, nuestro ordenamiento interno se concreta en los términos previstos en el art. 34 ET.

En cuanto a las horas extraordinarias, la normativa estatutaria las define en contraposición a la jornada ordinaria lo que da lugar a “un concepto relacional y residual y, por tanto, esquivo” (p. 79) que la CEACR ha puesto de manifiesto en diversos informes en los que se hace constar que el art. 35 ET adolece de importantes incumplimientos de los mínimos programados por la OIT y que van referidos, *grosso modo*, a su carácter excepcional y, por tanto, el carácter tasado de los supuestos en que procede el recurso a las mismas; la necesidad de que reglamentariamente se establezca un límite absoluto para la realización de las misma –es posible constatar la existencia de horas extraordinarias más allá de las 80 permitidas en casos concretos contemplados en el art. 35 ET–; y la previsión de que sean retribuidas con un recargo del 25% respecto del salario normal –el art. 35 prevé dos formas alternativas de compensación–. En fin, el con-

trol de las horas extraordinarias se presenta, además de lo anterior, como terreno fértil para los abusos e irregularidades y la OIT muestra una recurrente preocupación por este asunto tal y como muestran los informes de la CEA-CR. Pero, por no extendernos más allá de lo tolerable, solo añadiremos la relevancia dada por el profesor Basterra al registro horario diario como único sistema fidedigno e irreprochable toda vez que las horas extraordinarias se definen a partir del contraste con la jornada ordinaria.

El representante luso integrante de esta mesa de debate y “*partenaire*” del profesor Basterra fue D. David Carvalho Martins de la Universidad de Lisboa que intervino presentando algunas notas sobre la conformidad del derecho portugués con los convenios de la OIT sobre horas de trabajo, trabajo nocturno descanso semanas, festivos y trabajo a tiempo parcial. No desaprovecha la ocasión el profesor Carvalho para insistir en el hecho cierto de que estamos en una época histórica en la que junto a la reducción gradual del tiempo de trabajo con ocasión de la robotización de los procesos productivos, coexiste un modelo de sociedad 24/7 en la que la dedicación se mide en función de la disponibilidad y el grado de compromiso del trabajador con la organización y los retos indudables que todo ello plantea al Derecho del Trabajo a nivel nacional, pero también a nivel mundial y, con ello, a la labor de la OIT en este sentido.

A continuación presenta el profesor Carvalho un esbozo, prolijo en referencias legales, de la normativa lusa sobre horas de trabajo (jornada), trabajo nocturno, descanso semanal, festivos y trabajo a tiempo parcial al albur de la normativa de la OIT que concluye con una reflexión final que induce al oyente/lector a reflexionar sobre el tránsito de la época de la dictadura del reloj, como forma de protección del trabajador, a la de la libertad del *Big Brother*, como medio para alcanzar la conciliación de la vida laboral, profesional y personal. Y valora como, en función del modelo desarrollado de flexibilidad en cada caso, ésta puede ser una solución eficien-

te para el equilibrio de tales facetas o todo lo contrario. Por eso, hace referencia a tres modelos posibles de flexibilidad: la orientada al empleador; la orientada al trabajador; y la mixta. En la primera pone como ejemplos encuadrables el trabajo por turnos, a llamada o cero horas. En la segunda, el horario flexible, los bancos de horas u horarios concentrados. Y añade que la adopción total o estricta de cualquiera de los dos modelos de flexibilidad antedichos afectará a los intereses de la contraparte y generará conflictos laborales. De ahí que el modelo ideal, en su opinión, sea el tercero y mixto, el entendido como aquel que, al tiempo que permite al empleador definir la organización del tiempo de trabajo que precisa, garantiza mecanismos que atienden a los intereses de sus trabajadores. Esquema éste muy similar al implícito en el origen o génesis de la normativa de la OIT más remota y que pone de manifiesto que, por mucho

que cambien los contextos, el objetivo tuitivo genético del Derecho del Trabajo, se mantiene a lo largo de los tiempos, si bien adaptado en función de aquéllos.

En definitiva, el profesor Carvalho considera que los convenios de la OIT son motores dinamizadores de las modificaciones de los ordenamientos jurídicos nacionales y que, en la mayoría de los casos, la ratificación de éstos solo se hace cuando se entiende que el derecho interno ya está en armonía con el contenido de sus convenios, cuando no debería ser así tal y como ya habían señalado algunos de los intervinientes que precedieron al profesor Carvalho en su exposición

CARMEN GRAU PINEDA

Profesora TU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC)